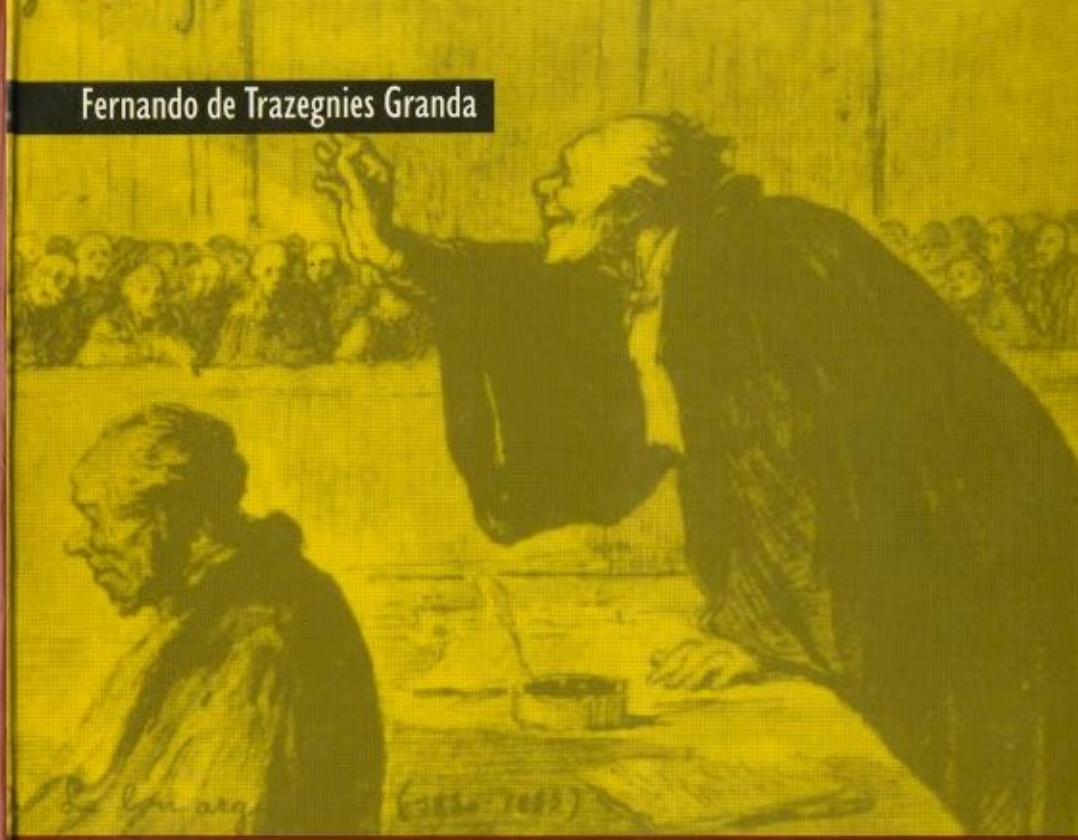
Fernando de Trazegnies Granda

La responsabilidad extracontractual

Vol. IV
Tomo II

Biblioteca
PARA LEER
EL CÓDIGO CIVIL



La responsabilidad extracontractual

Vol. IV - Tomo II Biblioteca PARA LEER EL CÓDIGO CIVIL

Pontificia Universidad Católica del Perú FONDO EDITORIAL 2001

Fernando de Trazegnies es Profesor Principal del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y ha enseñado, entre otras materias, Filosofía del Derecho e Historia del Derecho. Sus escritos jurídicos incluyen La idea de derecho en el Perú republicano del s. XIX; Ciríaco de Urtecho, litigante por amor. Reflexiones sobre la polivalencia táctica del razonamiento jurídico; En el País de las Colinas de arena. Reflexiones sobre la inmigración china en el Perú del s. XIX desde la perspectiva del Derecho; Postmodernidad y Derecho; Pensando Insolentemente. Tres perspectivas académicas sobre el Derecho, seguidas de otras insolencias jurídicas; etc. También ha publicado un libro de ficción (cuento corto) titulado Imágenes rotas.

LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Biblioteca Para leer el Código Civil
dirigida por: Fernando de Trazegnies Granda

Fernando de Trazegnies

La Responsabilidad Extracontractual

(ARTS. 1969-1988)
SETIMA EDICION

TOMO I

BIBLIOTECA

PARA LEER EL CODIGO CIVIL
VOL. IV

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 2001

Primera edición, setiembre de 1988	1,500 ejemplares
Segunda edición, octubre de 1988	1,500
Tercera edición, noviembre de 1988	1,500
Cuarta edición, julio de 1990	1,500
Quinta edición, junio de 1995	1,500
Sexta edición, mayo de 1999	750
Sétima edición, setiembre de 2001	500

La responsabilidad extracontractual (arts. 1969-1988). Tomo I. (Biblioteca *Para leer el Código Civil*, Vol. IV

Copyright © 2001, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Plaza Francia 1164, Lima-Perú.
Telefax: 511-3307410. Telf.: 511-3307411
E-mail: feditor@pucp.edu.pe

Derechos reservados
ISBN: 84-8390-983-9
Depósito Legal: 1501052001-3091

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

Impreso en el Perú - Printed in Peru

La teoría es la parte más importante del dogma del Derecho, como el arquitecto es la persona más importante entre los que participan en la construcción deuna casa. Los más importantes desarrollos de los últimos veinticinco años son desarrollos en el campo de la teoría.

OLIVER WENDELL HOLMES.

En vano puede esperarse progreso alguno en las ciencias con la superposición o el injerto de nuevas ideas sobre las antiguas. El planteamiento debe ser hecho desde los cimientos mismos, si no queremos dar vueltas en círculo realizando solamente ligeros y despreciables progresos.

FRANCIS BACON.

[Nuestros abogados] no admiten novedades, se aferran a la enseñanza de su tiempo y declaran que la Sociología es una ciencia que no conocen ni desean conocer. Tienen por cerebro un fonógrafo con leyes y decretos; por corazón un legajo con pidos y suplicos; por ciencia, un monstruo engendrado en el contubernio de la Teología con el Derecho romano.

MANUEL GONZALEZ PRADA.

Escuché una historia el otro día sobre un hombre que tenía un valet a quien pagaba un elevado sueldo, pero sujeto a descuentos en razón de sus faltas. Uno de estos descuentos fue: "Por falta de imaginación, cinco dólares". Pero esta falta no está limitada a los valets.

OLIVER WENDELL HOLMES.

Uno tiene que desprenderse del mal gusto de querer estar de acuerdo con muchos.

FRIEDRICH NIETZSCHE.

The general purpose of the law of torts is to secure a man indemnity against certain forms of harm to person, reputation or estate, at the hand of his neighbours, not because they are wrongs, but because they are harms.

OLIVER WENDELL HOLMES
(Estados Unidos, 1881)

Au terme du parcours sur lequel s'élance notre droit, toute victime d'accident aura donc une créance de réparation!

RENE SAVATIER
(Francia, 1963)

The concepts of community responsability for the injured and a comprehensive entitlement to care, treatment, rehabilitation and compensation are not now seriously challenged.

J. L. FAHY
(Nueva Zelanda, 1976)

Tous les dommages accidentels causés par l'activité d'autrui devraient et pourraient récévoir compensation. Seule la faute deliberée de la victime devrait supprimer ou decroitre son droit a indemnisation. Le dommage accidentel devrait en général etre couvert par des techniques de dilution de sa charge.

ANDRE TUNC
(Francia, 1981.)

¿Que es un acto humano sino una ilusión cuando dos interpretaciones distintas son igualmente válidas?

LAWRENCE DURRELL.

Nota del Editor

El presente es el Volumen VI de la Biblioteca "Para leer el Código Civil", que está destinada a cubrir todos los artículos del Código Civil de 1984.

Conforme se anunció en el primer volumen, que se encuentra ya en su novena edición, los estudios publicados en esta Biblioteca se orientarán a ayudar en la interpretación del nuevo Código Civil, por lo que están centrados sustancialmente en su articulado. Sin embargo, la actitud interpretativa no es obstáculo para la crítica ni para la sugerencia. Tampoco implica un sometimiento absoluto a la voluntad del legislador, sino que persigue lograr creativamente la mejor utilización posible del texto legal en cada circunstancia. Por todo ello, estos libros pretenden desempeñar el papel de valiosos instrumentos de trabajo en manos del juez, del abogado e incluso del futuro legislador.

Los dos primeros volúmenes aparecieron prácticamente en la fecha de entrada en vigencia del Código. Por eso se consideró importante ofrecer en ellos una introducción a temas variados del nuevo cuerpo legal, a cargo de quienes fueron sus legisladores, a fin de permitir una primera familiarización con el espíritu de los textos. A partir del Volumen III (Marcial RUBIO CORREA: *Título Preliminar*), hemos iniciado una perspectiva monográfica en profundidad, recorriendo en cada caso los artículos correspondientes a una de las Secciones o de los Libros del Código en particular.

Esperamos contribuir en esta forma a la difusión del nuevo Código y al progreso de la ciencia jurídica en el país.

TOMO I

DEDICATORIA 19

PREFACIO 23

PARTE PRIMERA: LA TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Título I: Los orígenes 29
Título II: La moderna responsabilidad extracontractual 43

Capítulo I: Las tendencias en boga 45
Capítulo II: Responsabilidad extracontractual y teoría económica. 69

Título III: La responsabilidad extracontractual en el Perú 95

PARTE SEGUNDA: COMENTARIOS AL ARTICULADO DEL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984

Título I: De la responsabilidad extracontractual 126
Título II: Los principios de responsabilidad 129

Capítulo I: El principio subjetivo de responsabilidad 131

Sección I: Generalidades 133
Sección II: El Dolo 133
Sección III: La Culpa 141
Sección IV: En el camino de la responsabilidad objetiva ... 162

Capítulo II: El principio objetivo de responsabilidad 167

Sección I: Presencia de la responsabilidad objetiva 169
Sección II: El riesgo o peligro 172

Título III: De las inmunidades 193

Capítulo I: Generalidades 195
Capítulo II: El daño autorizado 201

Sección I: Del ejercicio regular de un derecho 203
Sección II: De la legítima defensa 211
Sección III: Del estado de necesidad. 221

Capítulo III: *Volenti non fit iniuria* 229

Sección I: Generalidades 231
Sección II: Los convenios de irresponsabilidad 232
Sección III: La asunción voluntaria del riesgo 249
Sección IV: Los convenios *ex post* 267
Sección V: Consideraciones finales 271

Capítulo IV: Las inmunidades contextuales 273

Sección I: Generalidades 275
Sección II: El ambiente de gratuidad 276
Sección III: El ambiente de familiaridad 287

Capítulo V: El escudo del seguro 297

Título IV: La relación de causalidad 301

Capítulo I: El nexo causal 303
Capítulo II: Las fracturas causales 323

Sección I: Generalidades 325
Sección II: El caso fortuito y la fuerza mayor 328
Sección III: El hecho determinante de tercero 356
Sección IV: La imprudencia de la víctima 369

Capítulo III: Los daños remotos 401

Título V: Casos especiales de responsabilidad 419

Capítulo I: El daño inconsciente 421

Sección I: El estado de pérdida de consciencia 423
Sección II: La incapacidad 437

Capítulo II: Los daños causados por las cosas 459

Sección I: De las cosas animadas 464
Sección II: De las cosas inanimadas 479

Sub—Sección I: De la caída de los edificios 479
Sub—Sección II: De las cosas peligrosas 496

Capítulo III: La responsabilidad vicaria del empleador 507

Sección I: Subjetividad y objetividad 609
Sección II: El fundamento de la responsabilidad vicaria ... 519
Sección III: Condiciones de aplicación 525
Sección IV: La acción de repetición 538

Capítulo IV: Difamación y calumnia 545

Sección I: La difamación 547
Sección II: La calumnia 551

Título VI: Responsabilidades concurrentes 559

Capítulo I: Incitación o ayuda 561
Capítulo II: Solidaridad de responsables 571

Sección I: Responsabilidad solidaria o responsabilidad *in solidum* 573
Sección II: El Código Civil peruano 576
Sección III: Las relaciones intra-responsables 582

DEDICATORIA

Este libro quiere rendir homenaje al doctor José LEON BARANDIARAN, maestro de toda una generación.

El doctor LEON BARANDIARAN fue quizá el primer jurista peruano que desarrolló una reflexión rigurosa y sistemática sobre el Derecho Civil, utilizando abundantemente el método comparatista con una erudición y una finura de análisis verdaderamente admirables y sin precedentes en nuestro medio. El rigor de su pensamiento se combina en sus trabajos con un enorme poder sugestivo y una gran receptividad.

Es posible que el secreto de la fuerza de su obra exegética, el aliento vital que se respira en cada una de sus páginas, esté constituido por su concepción del Derecho. Lejos de convertir su campo de estudio en el calabozo donde se encierra a sí mismo el especialista, LEON BARANDIARAN ha tomado siempre el Derecho como una puerta abierta hacia el mundo, como un punto de vista a partir del cual era preciso redescubrir todo, como un equipaje de caminante que había que echarse al hombro y luego salir a andar por el mundo real.

Esto explica la inquieta vida intelectual del doctor LEON BARANDIARAN. Lector empedernido de Vallejo, admirador de Dante, frecuentador asiduo de Cervantes, de Shakespeare y de Goethe, le confesó alguna vez al autor de estas líneas: "A mí el Derecho nunca me interesó. En mi casa tengo pocos libros de Derecho; la mayor parte son de Literatura". No cabe duda de que exageraba. Pero esta exageración intencional era una forma de transmitir esa convicción tan acendrada en

LEON BARANDIARAN de que el jurista tiene que ser ante todo un humanista.

En uno de sus trabajos, escribió el doctor LEON BARANDIARAN que "El artista genial es como un pequeño Dios que se complace en una especie de recreación del mundo. El puede develar los más íntimos y recónditos secretos de la naturaleza y del alma". Y éste es quizá el modelo que se propuso para su actividad teórica: el jurista tiene que ser como el artista, tiene que estar atento a la naturaleza y al alma y tiene que proponerse recrear el mundo. El jurista no puede ser el mero intérprete mecánico de la voluntad del legislador sino que, como todo artista, tiene que tener imaginación, tiene que reconstruir la teoría jurídica. Para ello utilizará las leyes que, como si se trataran de pinceles y de pinturas, el legislador le ha puesto en las manos; pero la obra jurídica finalmente no puede quedar reducida a lo que dicen las leyes, como una obra de arte no es un pincel y unas pinturas: es preciso utilizar esos instrumentos para componer —es decir, crear a base de ciertos elementos dados— una obra jurídica, de la misma manera como se compone un cuadro, un verso o una sinfonía. Y es esa actitud de artista inspirado del Derecho la que ha hecho que la nueva generación lo considere como la personificación del jurista auténtico.

Personalmente, me siento muy agradecido a sus libros y a su amistad que han contribuido decisivamente en mi formación jurídica y humana. El afecto que ha tenido a bien demostrarme en tantas oportunidades, la modestia y la elegancia con que siempre supo expresar las opiniones jurídicas más complejas y las críticas más certeras, despertaron en mí un profundo respeto intelectual y una gran admiración, así como un afecto personal muy intenso.

Dentro de tal contexto, este libro puede parecer un ejercicio de arrogancia inexcusable, porque se toma la libertad de discutir un texto legal en el que el doctor LEON BARANDIARAN tuvo participación. Sin embargo, los humanistas —¡tan admirados por LEON BARANDIARAN!— reconocieron que el hombre no puede resignarse a lo que le ha sido dado, a pesar de toda su excelencia, sino que siente la necesidad irresistible de repensar lo aprendido, de discutir los conocimientos recibidos, de transformar permanentemente su entorno físico e intelectual e incluso su propia naturaleza. PICO della MIRANDOLA decía que el hombre no tiene un lugar establecido en el mundo ni está confinado a límite alguno,

sino que tiene que determinar por sí mismo su posición y sus límites. Y Guillaume POSTEL escribía en 1560 que el entendimiento entre los hombres no debía buscarse a través de la reducción de todas las opiniones a una sola que se tiene por verdadera sino tolerando los vicios de los demás y aprobando sus virtudes.

Por otra parte, como maestro, LEON BARANDIARAN ha puesto siempre en práctica la idea de que una escuela no es un conjunto regimentado y uniforme de pareceres sino una efervescencia intelectual. En consecuencia, plantear posiciones distintas a las del Maestro no es apartarse de su escuela sino, por el contrario, asumir una de las líneas más profundas de su enseñanza.

*Creo, pues, que la discrepancia es también una forma (dialéctica) de homenaje. Por ello, aun cuando nada puede perdonar la osadía, quisiera ofrecerle al doctor José LEON BARANDIARAN, como un acto de reverencia intelectual, estas páginas que no hubieran sido posibles sin su enseñanza, con el anhelo de que, tolerando los vicios de razonamiento y aprobando sus virtudes (si las hubiera), puedan ser aceptadas por el Maestro.**

Lima, junio de 1987

---

* Esta Dedicatoria fue escrita cuando todavía no se había producido el fallecimiento del Dr. José León Barandiarán. Sin embargo, pensamos que los grandes espíritus tienen en este mundo no sólo una vida física, que es mortal, sino también una vida intelectual, que es imperecedera. Por eso hemos decidido no cambiar nada en esta Dedicatoria, ya que el Dr. León Barandiarán no ha dejado ni dejará de estar entre nosotros a través de nuestra admiración y de nuestro afecto.

PREFACIO

La finalidad de este trabajo es colaborar con el abogado y con el juez para desarrollar una mayor riqueza interpretativa de las normas sobre responsabilidad extracontractual, vigentes a partir del 14 de noviembre de 1984. Creemos que la interpretación puede ser enriquecida con una exploración de los sentidos posibles de los textos legales. Por ello, estas dis-quisiciones se encuentran a mitad de camino entre el pasado de la redacción del Código y el futuro de su aplicación.

En este sentido, pensamos que el esfuerzo por redescubrir la voluntad presunta del legislador no debe ser entendido como un intento de congelar la vida de la ley y recortar la posibilidad de que reciba en el futuro diferentes interpretaciones. Hemos sostenido en diversos foros que la ley no es sino una guía de trabajo que requiere ser interpretada; de ninguna manera puede considerarse como un producto final que se aplica mecánica y uniformemente a todo caso que cae bajo su imperio. Aun sin ser positivistas, coincidimos con Hans KELSEN cuando nos dice que «la ley a aplicar representa un simple marco en cuyo interior existen varias posibilidades de interpretación» y, por consiguiente, "decir que un acto jurisdiccional, una sentencia o un decreto, está fundado en la ley no significa que *es la* norma que puede ser creada dentro del marco de la norma general, sino únicamente que es *una* de las varias normas individuales que podrían ser creadas". Y KELSEN agrega, para mayor claridad, que "el resultado de una interpretación jurídica no puede ser otra cosa que la determinación del *marco* que representa ese Derecho a aplicar y,

como consecuencia, el reconocimiento de las *diferentes posibilidades* que existen en el interior de ese marco. Es así como la interpretación de una ley no debe necesariamente conducir a una decisión única, que sería la correcta; *es posible que la ley conduzca a varias decisiones que son todas de igual valor* (siempre que se tome como medida del valor sólo a la ley por aplicarse)"[1].

Es por ello que, siguiendo a KELSEN, no creemos que las declaraciones de quienes redactaron el Código de 1984 sobre el sentido de "su" voluntad legislativa nos proporcionan "la" interpretación única y correcta de las reglas sobre responsabilidad extracontractual contenidas en el nuevo Código. Siempre es KELSEN quien nos recuerda que "Desde el punto de vista del Derecho positivo, ya sea que uno se atenga a la voluntad presunta del legislador descuidando el texto literal, ya sea que por el contrario se observe estrictamente el texto sin preocuparse de la voluntad a menudo problemática del legislador, se trata de dos actitudes que tienen absolutamente el mismo valor"[2].

En realidad, frente a la voluntad del legislador histórico que redactó la norma está también la voluntad del legislador actual que no la deroga: la norma se mantiene en vigencia día a día porque existen razones —muchas veces nuevas, nunca pensadas por el legislador histórico— para no derogarla. Por consiguiente, estas razones (que pueden ser distintas de aquellas que inspiraron la dación de la norma) son tan válidas —o quizá incluso más— que las del legislador histórico. En ese sentido, la ley es al legislador como el hijo a su padre: le debe la vida, pero ello no lo convierte en su esclavo. Las razones que tuvieron sus padres para procrearlo dicen mucho de lo que sus padres querrían que el hijo fuese; pero el hijo tendrá inevitablemente una vida propia. No cabe duda de que acogerá en muchos casos las ideas de sus padres; pero lo hará porque tienen sentido dentro de las circunstancias de su propia vida y no simplemente porque sus padres lo procrearon con esas ideas en la mente.

---

1. Hans KELSEN: *Théorie Pure du Droit*. Trad. francesa de la 2a. ed. de la "Reine Rechtslehre" por Charles Eisenmann. Dalloz. Paris, 1962. p. 457. El énfasis es nuestro.

2. *Op. cit.* p. 458.

Nuestra tarea no consiste, entonces, en establecer pies forzados para los intérpretes futuros sino, por el contrario, en mostrar algunas de las diferentes posibilidades interpretativas de las normas, en señalar sus encrucijadas de sentidos que nos abren caminos hacia destinos diversos y quizá todavía desconocidos. Las normas se abrirán paso por sí solas por entre la maleza de las situaciones jurídicas, adaptándose a las cambiantes circunstancias y lanzándose hacia metas insospechadas. No pretendemos aquí levantar un inventario de todas las trochas posibles dentro de este bosque legal de sentidos, ya que gran parte de ellas se encuentra todavía más allá de nuestro horizonte existencial; lo que queremos —más modestamente— es invitar a los hombres de Derecho a explorar el interior de esas nuevas tierras que han sido simplemente demarcadas en la Sección Sexta del Libro VII del Código Civil de 1984.

La responsabilidad ha sido uno de los clásicos campos de batalla entre los juristas. Hay pocos temas en el Derecho donde se hayan generado contiendas intelectuales tan apasionadas como en éste. Casi todo civilista se ha sentido con la obligación de tomar partido por la subjetividad o por la objetividad de la responsabilidad y se han escrito miles de páginas sobre la materia, tanto en los libros especializados como en grandes capítulos de los Tratados generales de Derecho Civil.

Sin embargo, cuando comparamos estas exquisitas disquisiciones doctrinarias con las urgencias de la realidad contemporánea en materia de accidentes, nos sentimos cuando menos incómodos. ¡Tanta energía intelectual despilfarrada y tan poca satisfacción obtenida con ello por las víctimas de los accidentes de la vida moderna! La discusión clásica nos da la impresión de esos torneos medievales en donde, dentro de un ambiente multicolor y de fiesta intelectual, los grandes juristas se dan furiosas embestidas conceptuales. Pero el presunto "beneficiario" de esas justas, esa víctima que requiere reparación del daño recibido, no se beneficia mayormente de todo ese desborde de entusiasmo jurídico sino que tiene, a pesar de tanta teoría, que esperar años antes de ganar su juicio. Mientras su abogado y el de la parte contraria se solazan en las recíprocas argumentaciones, la pobre víctima ve cómo su pretendida reparación por los gastos que tuvo que realizar en moneda dura a causa del accidente, se reduce a pasos agigantados en virtud de la inflación, mientras que sus gastos de abogado y de juicio siguen incrementándose. Si gana el juicio, se encontrará que económicamente más le hubiera valido no haberlo iniciado. Y, lo que es peor, muchas veces no podrá recuperar ni siquiera parte de

sus gastos porque su victoria es pírrica: su abogado le ganó en argumentos al abogado de la parte contraria y obtuvo sentencia favorable; pero el demandado no tiene medios para hacer frente al pago de la reparación.

* * * *

Un proverbio sufí enseña que hay libros que dicen cosas y hay libros que hacen cosas. Nos gustaría que el nuestro fuera de los segundos.

PARTE PRIMERA

LA TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

TITULO I

LOS ORIGENES

1. *Instituciones y principios.* No es posible entender una institución jurídica a través de la mera lectura del articulado correspondiente; hay que conocer antes que nada el principio o los principios que organizan tales normas en ese campo conceptual integrado que llamamos institución. De ahí que sea muy importante descubrir ante todo el principio o los principios de responsabilidad que alientan —o que pueden alentar— la responsabilidad extracontractual en el Código Civil de 1984 y sólo desde esta perspectiva observar el funcionamiento de las normas que integran la institución.

Ahora bien, los principios organizan las instituciones para realizar —éticamente, justamente, eficientemente, económicamente, etc.— ciertos fines u objetivos que la sociedad se propone lograr. El Derecho es básicamente un mecanismo de regulación de las conductas sociales. Por consiguiente, la clave de la institución la encontraremos en los propósitos sociales que el Derecho pretende realizar. Una vez conocidos los objetivos sociales, podremos reconocer los principios jurídicos que nos ayudan a realizarlos; y ello nos permitirá a su vez una interpretación eficiente y dinámica de las normas pertinentes.

2. *Una labor de desmitificación.* Para comenzar, es preciso desmitificar el campo de estudio. Los mitos son saludables y enriquecedores con relación a esas verdades y a esos conocimientos que no pueden ser expresados sino míticamente. Pero cuando la forma mítica desciende del plano de los grandes misterios de la Divinidad, del Cosmos y del Yo y pasa a sustituirse a la razón o a la observación en los campos propios del análisis crítico o de la comprobación rigurosa de los hechos, entonces el mito se prostituye y se convierte en pseudo-ciencia o en pseudo-historia; en este caso su función es empequeñecedora y oscurecedora antes

que iluminadora y ampliadora de la consciencia. Y sucede que el Derecho es bastante afecto a los falsos mitos, lo que entorpece artificialmente su desarrollo como ciencia social.

Uno de los mitos más amados por los juristas consiste en creer que las instituciones jurídicas son eternas, que no tienen comienzo ni fin porque son contemporáneas de la humanidad: comenzaron con el primer hombre y terminarán con el último. Desde este punto de vista, algunos han pretendido que la responsabilidad extracontractual —como la familia, la propiedad, el contrato— existe desde el comienzo de los tiempos. Otros han sostenido que la antigua Roma fue el primer pueblo civilizado, que comprendió las verdades intemporales del Derecho Natural que los inciviles antecesores no habían logrado entender, y por ello fueron los romanos quienes explicitaron las bases universales de todas nuestras instituciones jurídicas, incluida la responsabilidad extracontractual.

3. *Derecho e historia.* Nuestra tesis consiste en afirmar, por el contrario, que la responsabilidad extracontractual es básicamente una institución moderna —es decir, desarrollada durante los últimos 300 años— porque es una solución nueva para un problema viejo.

No porque la necesidad de viviendas haya existido siempre podemos decir que los rascacielos han existido también siempre, mediante el recurso retórico de considerarlos como meras variantes verticales de las cavernas prehistóricas. El cronista Juan de MATIENZO, cuando quiso en 1567 describir las llamas de ese Perú descubierto pocas décadas antes, no encontró mejor forma de hacerlo que considerándolas ovejas: "Llaman los naturales a las ovexas, llamas...Su talle, es del tamaño de asnillos, crecidos de piernas y anchos de barriga; tira su pescuezo y talle a camello. Las cabezas son largas...", pero, a pesar de todas esas diferencias, no son sino ovejas de Castilla de "características especiales"[3]. En Derecho hay muchas llamas que pasan por ovejas romanas.

Las instituciones jurídicas no son soluciones universales a determinados problemas sino intentos históricos de dar una respuesta jurídica a problemas cuya raíz es a veces —no siempre— universal; intentos cir-

---

3. Juan de MATIENZO: *Gobierno del Perú.* Institut Français d'Etudes Andines. Paris-Lima, 1967, p. 89.

cunstanciados, porque utilizan los valores, técnicas y conocimientos de cada época determinada a fin de encontrar una solución mejor y más adecuada a las circunstancias. El problema puede existir a través de las épocas (relativamente, sólo en su gran silueta, porque en sus formas concretas el planteamiento del problema también varía a lo largo de la historia); pero definitivamente las respuestas y soluciones que se proponen al problema dependen de las ideas, medios y circunstancias de cada época.

4. *El tratamiento social de los daños.* El problema que afronta la responsabilidad extracontractual es el relativo al tratamiento social de los daños que los hombres se infligen unos a otros. Pero las respuestas han variado notablemente a lo largo de la Historia.

Originalmente, este problema se resolvía a través de la venganza privada. Sin embargo, difícilmente podemos decir que ése es el antecedente de la moderna y sofisticada responsabilidad extracontractual. En todo caso, podría ser el antecedente remoto de todo el Derecho; o quizá mejor, la venganza privada es probablemente el estado social anterior a la existencia del Derecho. Más tarde la venganza es organizada por el grupo y así resulta monopolizada por la autoridad social.

En realidad, es posible hablar de Derecho —y aun entonces sólo con sentido analógico— cuando se pasa del estadio de las reclamaciones interindividuales o de la irrestricta decisión de la autoridad social a un sistema normativo de organización de la sociedad en tanto que tal, con derechos y obligaciones para los ciudadanos y para el Estado, con frenos y contrapesos que equilibran los *intereses* brutos, los que, a través de un razonamiento socialmente aceptable, son transformados en *derechos* reclamables. El Derecho Romano, por ejemplo, ya no es una mera canalización de la venganza ni el nudo ejercicio de la autoridad por aquél que gobierna sino que es un "sistema", una organización de los intereses y actividades de los hombres en el seno de la sociedad, que establece derechos y obligaciones recíprocos.

5. *La responsabilidad extracontractual en el Derecho Romano.* Sin embargo, el Derecho Romano tampoco conoció propiamente una teoría de la responsabilidad extracontractual.

Nos dicen los hermanos MAZEAUD que los romanos no tuvieron un principio general aplicable a lo que ahora llamamos responsabilidad

extracontractual. No hay un solo texto de naturaleza general y principista; los juristas latinos se limitaron simplemente a conceder indemnizaciones en ciertos casos específicos[4]. El primer reconocimiento del área como tal —que los MAZEAUD califican de ensayo de generalización, pero hacen la salvedad de que no es todavía un esfuerzo de abstracción teórica— es la *lex Aquilia*. Esta norma es fundamentalmente una base de protección de la vida y de la propiedad a través de la concesión de una indemnización para ciertos casos específicos en que estos derechos resultan afectados; pero aunque ya se trata de un texto normativo sobre el tema, todavía no se formula como una institución sino que las normas de la *legis Aquiliae* se encuentran limitadas a situaciones absolutamente particulares. Los MAZEAUD aclaran además que la *lex Aquilia* no exigía la *culpam* como condición para su aplicación, sino que se trataba de una responsabilidad que ahora llamaríamos "objetiva": no era necesario probar la negligencia del autor del daño sino sólo el *damnum iniuria datum*. Es recién a fines de la República que juristas como Quintus Mucius SCAEVOLA iniciaron un cierto desarrollo hacia lo que ahora designamos con el nombre moderno de culpa aquiliana. Pero se trata todavía de un movimiento subjetivista tímido y vacilante. Por otra parte, la *lex Aquilia* tenía un campo muy restringido: sólo otorgaba acción a los propietarios que eran ciudadanos romanos. Son los pretores los que ampliaron dificultosamente la protección en dos direcciones: de un lado, incluyendo en ella a los titulares de otros derechos reales y, de otro lado, haciendo extensiva la protección a los *peregrinos* (visitantes extranjeros), que no tenían ciudadanía romana.

BERMAN opina que en el Derecho Romano los conceptos "no eran tratados como ideas que subyacen a las reglas y determinan su aplicabilidad. No eran considerados filosóficamente. Los conceptos del Derecho Romano, como sus numerosas reglas jurídicas, estaban vinculados a situaciones específicas. El Derecho Romano consistía en un intrincado tejido de reglas; pero éstas no eran presentadas como un sistema intelectual sino, más bien, como un elaborado mosaico de soluciones prácticas a cuestiones jurídicas específicas. Por eso uno puede decir que, aun-

4. Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 6a. ed. T.I. Editions Montchrestien. Paris, 1965, Nos. 22-6, pp. 34-36.

que existían conceptos en el Derecho Romano, no había un concepto del concepto"[5].

Sandro SCHIPANI, en un libro extraordinariamente minucioso y preciso[6] y en un artículo reciente[7], es quizá quien más extensamente ha tratado el tema. Y desde el inicio nos advierte que, si bien la Escuela Pandectista alemana del siglo pasado señala sin ninguna duda que la responsabilidad *ex lege Aquilia* en el Derecho Romano se aplicaba en base al criterio de culpa (entendida como negligencia), esa interpretación es sospechosa: es una forma de leer las fuentes antiguas que responde al uso moderno que los juristas alemanes del S. XIX querían dar al Derecho Romano[8]. En realidad, las cosas son bastante más complicadas y deben ser apreciadas en su evolución histórica en el transcurso del desarrollo del Derecho Romano.

Para algunos, dice SCHIPANI, la forma romana de resolver los casos que ahora llamaríamos de responsabilidad extracontractual se acerca más a la responsabilidad objetiva que a la subjetiva. Así SCHIPANI da cuenta de que hay quienes, como VENEZIAN, interpretan el sistema romano "en clave de responsabilidad objetiva"[9]. ROTONDI piensa que, para los juristas romanos clásicos, el término "*culpa*" no significa culpa en el sentido técnico, sino mera imputabilidad; por eso, responden también los incapaces aun cuando no tengan culpa subjetiva[10]. Y KUNKEL sostiene que la palabra misma de *culpae* habría sido raramente utilizada por los juristas romanos clásicos[11] y que su sentido era más bien el de

---

5. Harold J. BERMAN: *Law and Revolution. The formation of the Western Legal Tradition*. Harvard University Press. Cambridge (U.S.A.), 1983, p. 150.

6. Sandro SCHIPANI: *Responsabilità "ex lege Aquilia". Criteri di imputazione e problema della "culpa"*. Università di Torino. G. Giappichelli, Editores. Torino, 1969.

7. Sandro SCHIPANI: *Diritto romano e attuali esigenze della responsabilità civile: pluralità di prospettive e ruolo della "culpa" come criterio elaborato dalla scienza del diritto nell interpretazione dalla "lex Aquilia"* en *Studia Iuridica* XII/1985.

8. Sandro SCHIPANI: *Responsabilità "ex lege Aquilia". Criteri di Imputazione e Problema della "culpa"*. Università de Torino. G. Giappichelli, Editore. Torino, 1969, pp. 1-2.

9. Sandro SCHIPANI: *Op. cit.*, p. 12.

10. *Ibid.*, p. 13.

11. *Ibid.*, p. 15.

dolo; la culpa, entendida como negligencia y contrapuesta al dolo, sería una construcción posterior.

SCHIPANI nos hace notar que en el texto de la *legis Aquiliae* no hay ninguna mención al término *"culpam"*, ley que, por otra parte, es eminentemente casuística. Son los pretores, quienes llevando la *legem Aquiliam* más allá de sus propios términos, iniciaron el desarrollo de la idea de la responsabilidad. Los juristas clásicos utilizaron fundamentalmente la perspectiva de la *iniuriae* antes que la de la *culpae*. La diferencia entre ambas expresiones es muy importante. El sentido de la *iniuriae* equivale a una conducta sin justificación jurídica: se trata de una conducta injusta porque quien la realiza no tiene derecho para realizarla[12]. En otras palabras, la *iniuriae* es la violación —casi diríamos, objetiva— de un derecho de otro, sin derecho propio para hacerlo; y esta violación produce un daño en el otro. Así, la *iniuria* no se refiere a la voluntad del sujeto sino a la ilicitud de la conducta; al punto que puede producirse una *iniuriam* con una conducta involuntaria[13], como la del incapaz. En la calificación de la *iniuriae* se pone el acento en el *hecho*: es un hecho socialmente reprobable porque el sujeto no tenía derecho a hacerlo, independientemente de toda apreciación moral del acto, es decir, independientemente de que el agente lo haya hecho voluntariamente o no, con negligencia o no. En la calificación de la *culpae* (como ésta se desarrollará posteriormente) se pone el acento más bien en el *sujeto:* se juzga la moralidad de la conducta y se la juzga reprobable en sí misma debido a que el sujeto pudo preverla y evitarla, pero no lo hizo por negligencia[14].

Los pretores se sirvieron de esta noción de *culpae* —bastante más subjetiva que la de *inuriae*— como un *topos* que, de un lado, les permitía dinamizar las soluciones jurídicas extendiendo el alcance de los casos particulares contemplados en la *lege Aquilia* y, de otro lado, constituía una ayuda para precisar la causalidad. En efecto, el establecimiento del nexo causal entre una acción y un daño es siempre un problema: en un sentido extenso, todo es causa de todo. Por eso el pretor considera que la existencia de una conducta subjetivamente reprobable —*culpa*— facilita

12. *Ibid.*, pp. 83-4.

13. *Ibid.*, pp. 89 y 90.

14. *Ibid.*, pp. 106 y 109.

la singularización del «causante» entre los muchos que directa o indirectamente tuvieron que ver con la producción del daño.

Pero no será en Roma sino en Constantinopla donde se acogerá más decididamente la idea de culpa: son los maestros de la escuela oriental, inspirados en la obra de Ulpiano, quienes provocarán una expansión de la referencia a la culpa[15]. ROTONDI nos dice que recién en el Derecho justinianeo se plantea la culpa —noción que había sido elaborada más bien en el ámbito de la responsabilidad contractual— como presupuesto subjetivo de la responsabilidad aquiliana, es decir, como método para la aplicación de la *legis Aquiliae*[16]. Según SCHIPANI, en la compilación de Justiniano la exposición de la *legis Aquiliae* se desarrolla tomando la culpa como técnica interpretativa y argumentativa[17]. Pero aún en el Derecho justinianeo, la culpa no tiene plenamente el sentido de negligencia, sino que permanece vinculada al sentido de conducta reprobable de la que se sigue un daño[18]; esta conducta reprobable está muchas veces constituida por una negligencia, pero no siempre[19]. Además, si bien hay una consciencia de la culpa —entendida siempre en sentido objetivo, como confrontación de la conducta dañina con un modelo de conducta y no con las posibilidades reales del sujeto— todavía no existe una elaboración conceptual terminada: ocupa un lugar central, pero los puntos de vista sobre ella oscilan sin encontrar todavía la estabilidad de una concepción dogmática unitaria[20].

6. *La responsabilidad extracontractual en el antiguo Derecho Anglosajón.* En el mundo del Derecho Anglosajón, los autores reconocen que la responsabilidad extracontractual comienza recién y de manera muy

---

15. *Ibid.*, p. 37.

16. Sandro SCHIPANI: *Diritto romano e attuali esigenze della responsabilità civile: pluralitá di prospettive e ruolo della "culpa" come criterio elaborato dalla scienza del diritto nell interpretazione dalla "lex Aquilia"* en *Studia Iuridica* XII/1985, p. 255.

17. Sandro SCHIPANI: *Responsabilità "ex lege Aquilia". Criteri di Imputazione e Problema della "culpa"*. Università de Torino. G. Giappichelli, Editore. Torino, 1969, pp. 26.

18. *Ibid.*, p. 452.

19. *Ibid.*, p. 473.

20. *Ibid.* , p. 152.

incipiente en el S. XIII con el recurso denominado *trespass* (del latín, *transgressio*), que era un remedio contra daños directos y físicos a personas o propiedades.

Es probable que este derecho a reparar tal tipo de daño estuviera basado remotamente en la *lege Aquilia*. Recordemos que la *lex Aquilia* tampoco protegía los daños resultantes de cualquier conducta sino "sólo de aquélla que ocasiona el evento a través de un contacto inmediato, físico y violento, entre el sujeto agente y el sujeto pasivo"[21]. De otro lado, en Inglaterra —como en Roma, según se ha visto— no hay una preocupación teórica sobre la materia y lo que ahora llamamos responsabilidad extracontractual se desarrolla en función de casos específicos. Para accionar judicialmente, el demandante tenía que comprar una suerte de formulario o recurso (*writ*); y sólo se vendían recursos específicos. El único de tales recursos o *writs* que originalmente tenía vinculación con el campo de aplicación de la moderna responsabilidad extracontractual era el *trespass*. Posteriormente los Tribunales fueron creando nuevos *writs* en este campo y es así como poco a poco se fue constituyendo un mosaico de acciones que fueron calificadas bajo el nombre genérico de *torts* (que viene del latín popular *tortum*, que significa "torcido", vía el francés *tort*, que se refiere a algo contrario a derecho). Los primeros *writs* fueron variantes del *trespass*, utilizables siempre frente a situaciones específicas: ingreso violento a la propiedad ajena, apropiación violenta de ganado, perturbación violenta del cuerpo de otra persona[22]. Uno de los *writs* que aparecen más tardíamente es el llamado "*negligence*" que, de alguna manera, incorpora algo de la idea de la culpa. Sin embargo, el *tort* de *negligence* nos recuerda más a la *iniuriam* romana que a la *culpam*: se constituye porque el agente infringe objetivamente un deber establecido, antes que por la moralidad implícita de la conducta subjetiva.

Es entonces interesante destacar que también en Inglaterra los atisbos de responsabilidad extracontractual nacen basados en un principio objetivista: el *trespass* fue un caso de responsabilidad objetiva. Y es sólo

---

21. *Ibid.*, p. 49.

22. Harold J. BERMAN: *Op. Cit.*, p. 453.

a partir del S. XVII que la alegación de que no había existido "culpa" en el demandado comienza a adquirir la fuerza de una defensa[23].

7. *La moderna responsabilidad extracontractual.* Si ni Roma ni el antiguo Derecho Anglosajón desarrollaron la responsabilidad extracontractual y no prestaron tampoco importancia excesiva al principio de la culpa, ¿de dónde y en qué época nace esa responsabilidad extracontractual subjetivista que tan presente está en los Códigos del S. XIX? Pues nace en el S. XVII, bajo la influencia de las ideas individualistas y liberales.

A partir del momento en que la sociedad pasa a un segundo plano y el individuo se convierte en el constructor dinámico y responsable de su contorno social, se considera que no se puede obligar a una persona a responder sino por lo que estuvo dentro de su esfera de posibilidades: la obligación de indemnizar se deriva única y exclusivamente de la manera —adecuada o inadecuada— como el individuo ha ejercido su libertad. Ahí donde no ha existido libre decisión, tampoco puede haber responsabilidad.

Es por ello que en Inglaterra recién en el S. XVIII —cuando surgen los sistemas modernos de pensamiento— la culpa es materia de análisis en los casos judiciales de *trespass;* es por ello también que significativamente el *tort* denominado *negligence* tiene un desarrollo espectacular en esta época al punto que sobrepasa desde entonces a todos los demás *torts* y asume un sentido cada vez más subjetivista.

Dentro de los órdenes jurídicos de tradición romanista, la responsabilidad extracontractual sigue una evolución similar. GUARINO nos dice que la aparición del *dammi iniuria dati* inicia aquella evolución —todavía no plenamente completa en el Derecho justinianeo— que llevará a los ordenamientos jurídicos modernos a considerar que la "responsabilidad civil" se presenta esencialmente cuando un sujeto realiza un acto que determina un daño económico para otro sujeto: de lo cual se sigue la obli-

---

23. *Vid.* Anché TUNC: *La Responsabilité Civile.* Económica. Paris, 1981. Nos. 65-70, pp. 56-59.

gación del dañante de resarcir al dañado por un importe equivalente al perjuicio económico sufrido[24].

Ya en la Edad Media, a partir del Derecho Canónico, comienza a esbozarse una concepción más moralista de la responsabilidad, que se modela sobre la idea del pecado. Los órdenes jurídicos medievales admiten cada vez en mayor medida la apreciación de la culpa subjetiva como causal de responsabilidad del agente; o, dicho de otra manera, se reconoce la falta de culpa como defensa válida. Las Partidas de Alfonso el Sabio, por ejemplo, se refieren en tal sentido a los daños y menoscabos.

Según ROTONDI, la culpa moderna —aquélla contemplada en el *Code Napoléon*— tiene sus raíces en la Escuela Clásica del Derecho Natural[25], es decir, en aquella escuela de Derecho Natural individualista que tiene como fundador a GROCIO (1583-1645) y que se encuentra conformada con juristas como PUFFENDORFF (1632-1694) y HEINECIO (1684-1741). ROTONDI afirma que "es en la obra de la Escuela que por primera vez se afirma el principio de que el daño como tal genera obligación de resarcimiento"[26]. Esta sería la primera afirmación de principio, que libera a la responsabilidad de la casuística aquiliana. Esta sería la partida de nacimiento de la responsabilidad extracontractual porque, siempre siguiendo a ROTONDI, "la contribución de la Escuela de Derecho Natural no consistiría tanto en haber provocado una aplicación más amplia, sino en haber elaborado una justificación autónoma (la equidad), que permitió a la doctrina el traducir en una formulación general aquello que la práctica había anticipado"[27].

Sin embargo, los hermanos MAZEAUD consideran que es el gran jurista francés DOMAT (1625-1696) quien, en el S. XVII, enuncia por primera vez el principio general de responsabilidad: aquél que causa un

---

24. Antonio GUARINO: *Diritto Privato Romano*. 7ma. ed. Editore Jovene Napoli, 1984. No. 97. 1, pp. 876-877.

25. Sandro SCHIPANI. *Diritto romano e attuali esigenze della responsabilità civile: pluralità di propettive e ruolo della "culpa" come criterio elaborato della scienza del diritto nell interpretazione della "lex Aquilia"* en *Studia Iurídica* XII/1985, p. 255.

26. *Ibid*, p. 256.

27. *Loc. cit.*

daño está obligado a repararlo. La *actio legis Aquiliae,* a pesar de todas las extensiones pretoriales, nunca había llegado a una formulación de principio[28]. Pero en el S. XVII el terreno se encontraba abonado por las nuevas ideas individualistas —todavía incipientemente expresadas— que llevaban a pensar en la necesidad de reparar al individuo los daños que pudiera sufrir de otro y en la posibilidad de responsabilizar al individuo agraviante cuando y sólo cuando hubiera obrado con culpa. DOMAT colocará la noción de culpa como centro de su teoría de la responsabilidad extracontractual.

En cualquier caso, sean los alemanes de la Escuela Clásica, sea DOMAT, lo importante es que existe acuerdo en los autores en señalar el S. XVII como la época en que la responsabilidad extracontractual adquiere personalidad propia; y la adquiere dentro del cuadro del individualismo liberal. La responsabilidad extracontractual llega a la mayoría de edad con la acentuación del valor del individuo en el S. XVII. Es entonces que se da gran importancia a la protección de los derechos individuales, tanto aquéllos expresamente contenidos en la ley como aquéllos considerados implícitos al individuo (principalmente, el derecho a la vida, a la integridad corporal y a la propiedad). Los romanos ciertamente prefiguraron la importancia del individuo y ello hace que, entre todas las tradiciones jurídicas de la antigüedad, la del Derecho Romano sea la que mejor pudo ser adaptable a la época moderna. Pero el niño que nació en Roma, recién se hizo hombre y adquirió el rostro que hoy le conocemos después del S. XVII.

8. *Los materiales de construcción.* La afirmación de que la responsabilidad extracontractual es una institución inventada y desarrollada en la época moderna, no excluye que haya sido construida con elementos extraídos de antiguas construcciones. No cabe duda de que en ella advertimos las raíces romanas; pero, según ROTONDI, el antecedente de la culpa moderna no se encuentra tanto en la *lege Aquilia* sino, más bien, en la reelaboración bizantino-justinianea[29]. También se aprecia la presencia (quizá mucho más próxima) de la noción de culpa de los canonistas medievales pensada dentro de la perspectiva del pecado.

---

28. Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.*, No. 36, pp. 45-46.

29. Sandro SCHIPANI: *Op. cit.*, p. 255.

Pero no se puede decir que un edificio es antiguo porque fue construido con restos de demolición de construcciones antiguas; como no se puede decir que el Palazzo Farnesio —que es una de las más espléndidas manifestaciones del Renacimiento— debe ser considerado un palacio romano porque sus mármoles fueron extraídos de las ruinas del Foro y porque sus fuentes provienen de las termas de Caracalla. Como decía PASCAL: *"Qu'on ne dise pas que je n'ai rien dit de nouveau: la disposition des matiéres est nouvelle"*. Es evidente que lo que cuenta no son los materiales empleados sino la concepción de la institución jurídica, los valores y preocupaciones que la alientan, los propósitos sociales que la organizan. Y éstos, en el caso de la responsabilidad extracontractual, son fundamentalmente modernos.

TITULO II

LA MODERNA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

CAPITULO I

LAS TENDENCIAS EN BOGA

9. *Teorías justificatorias del desplazamiento del daño.* La comprobación de que la responsabilidad extracontractual es una institución histórica y de que sus principios no son universales sino que responden a las preocupaciones de una época, nos devuelve la capacidad de juicio. Dado que estos principios organizativos de la institución surgen en función de una problemática concreta, es importante evaluar el principio que introduciremos en un nuevo Código en función de las circunstancias de la vida social en las que se aplicará: deberá responder a las realidades, convicciones y problemas de nuestra época y no a las preocupaciones de los romanos (quienes, por otra parte, como excelentes juristas, eran muy conscientes de sus circunstancias inmediatas, a diferencia de algunos de sus modernos admiradores).

Ahora bien, la responsabilidad extracontractual moderna es un mecanismo que persigue ante todo reparar económicamente un daño. En otras palabras, cuando una persona ha sufrido un daño sin justificación, el Derecho quiere que los aspectos materiales de este daño le sean aliviados mediante el traslado de su carga económica a otro o a otros individuos. Los autores coinciden en que la moderna responsabilidad extracontractual coloca el acento en la reparación de la víctima antes que en el castigo del culpable: el automovilista imprudente puede ser sancionado con multas —aun si no ha llegado a producir daños— o eventualmente con sanciones penales si su conducta ha sido particularmente grave; pero el Derecho Civil se ocupa fundamentalmente de reparar a la víctima, persigue el resarcimiento económico de quien sufrió el daño, independientemente de que el causante merezca un castigo o no.

Como puede advertirse, resarcir es desplazar el peso económico del daño: liberar de éste a la víctima y colocárselo a otra persona (el culpa-

ble, el causante, el empleador, el dueño del animal, el asegurador, etc.). Sin embargo, no es posible desplazar el peso económico del daño sufrido por la víctima y colocarlo sobre otra persona si no existe alguna buena razón para que ésta otra lo soporte. Notemos que obligar a una persona a cubrir los daños de un accidente equivale a convertirlo en víctima; y si las víctimas son tratadas con simpatía por el Derecho Civil, no podemos aumentar el número de ellas creando, paralelamente a la víctima directa o física, otra víctima de carácter económico. De ahí que el Derecho haya explorado ciertos *principios* que permiten justificar la transferencia del peso económico del daño.

10. *La culpa.* La primera de estas teorías justificatorias —que corresponde a la mentalidad liberal predominante en la época en que nace la responsabilidad extracontractual moderna— es la llamada responsabilidad por culpa o responsabilidad subjetiva, según la cual el peso económico del daño debe trasladarse al causante si éste ha obrado dolosamente o con imprudencia o descuido.

De acuerdo a este principio, cuando miramos en derredor desde la perspectiva de la víctima que busca satisfacción, al primero que encontramos es al causante del daño; y si este causante no obró con la diligencia adecuada, el perjuicio económico debe trasladársele porque el daño no se hubiera producido si no hubiera sido por su intervención negligente o imprudente. El causante «decidió» no tomar las precauciones debidas (es decir, pudo hacerlo y no lo hizo); y, como consecuencia de esta imprudencia o negligencia, debe asumir los efectos nocivos que se deriven de esa conducta. Hay un acento en el rol de la voluntad y de la libertad individual, que se manifiesta aún a través de la negligencia. Existe, pues, una buena razón para el desplazamiento del *oneris* económico. Si, por el contrario, el daño se produjo debido a circunstancias fortuitas que escapaban al control de la voluntad del causante, no existe 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.

11. *Las sutilezas de la subjetividad.* La teoría subjetiva, heredera moderna de las reflexiones medievales sobre el pecado, ofreció desde el primer momento muchas dificultades.

En términos rigurosos, se es culpable subjetivamente cuando no se han adoptado las medidas que estaban *al alcance del sujeto* para evitar el

daño. Este es el sentido moral de la responsabilidad: si el daño no podía ser evitado por ese individuo en particular en esas circunstancias determinadas, no hay moralmente culpa.

Algunos autores alemanes, en un prurito de rigor y de escrúpulos, pretendieron trasladar al Derecho este concepto de culpa derivado de la moral, absolutamente subjetivo y casuístico. BRODMANN sostuvo que "Para haber tenido la obligación de evitar un daño, hay que haber tenido también la posibilidad de evitarlo. Pero el deber de un individuo está en proporción a su inteligencia. A nadie puede pedírsele que sea más listo de lo que Dios lo ha hecho"[30].

De esta manera la responsabilidad resulta relativizada e individualizada, sujeta a las posibilidades psicológicas, físicas, culturales y quizá hasta económicas de cada individuo en particular. Pero de esta manera también la investigación de la culpa se hace muy difícil. El análisis jurídico se transforma prácticamente en un análisis psicológico: lo que pudiera ser evitado por algunos individuos de reflejos más rápidos quizá no puede ser evitado por quien tiene reflejos más lentos; luego éste último no es culpable en tales circunstancias, aunque en las mismas circunstancias el primero sí lo sería.

La evaluación de la culpa moral requiere un *esprit de finesse* que excede la capacidad de investigación del Derecho y lo vuelve inoperante. Ya en la Edad Media, un juez inglés, con ese espíritu pragmático y esa nota de humor propios del genio anglosajón, decía a este respecto que "el pensamiento humano no debe ser investigado judicialmente, porque ni el mismo Diablo sabe lo que piensan los hombres"[31].

12. *La culpa objetiva*[32]. Estas dificultades para introducirse en el alma de los hombres han obligado al Derecho a reducir su análisis de la culpa a niveles más groseros pero más objetivos, que atienden fundamental-

---

30. Cit. p. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. T.I. 6a. ed. Editions Montchrestien. Paris. 1965. No. 419, p. 491.

31. *Op. cit.*, No. 420, p. 492.

32. Respecto de la distinción entre la *culpa in abstracto* (objetiva) y la *culpa in concreto* subjetiva), *vid. infra.* Nos. 50-56.

mente a las conductas antes que a las motivaciones, a los comportamientos socialmente esperados antes que a las posibilidades específicas de cada individuo. El Derecho, sin abandonar todavía la noción de culpa sino para hacerla jurídicamente viable, inventó la ficción del "hombre razonable", construida míticamente sobre la idea del "buen padre de familia" romano: se trata de un prototipo de ser humano que actúa siempre en la forma más adecuada, dentro de lo razonable; y este hombre inventado se convierte en modelo o patrón para juzgar la conducta de los hombres reales.

Ya el Derecho Romano había advertido que la aplicación de una *culpa* estrictamente subjetiva e individualizada era prácticamente imposible: en la medida en que avanza la idea de *culpae* sobre la idea más objetiva de *inuriae*, "no se procede caso por caso a la investigación de aquello que explica la participación de la voluntad efectiva del sujeto sino que se traza un modelo, un deber ser que quita contenido en el plano psicológico a la referencia a la facultad intelectiva y volitiva"[33].

Aún cuando una parte de la doctrina alemana todavía acoge la idea de la apreciación de una culpa *in concreto*, la doctrina francesa y la doctrina anglosajona se inclinan por la apreciación de la culpa *in abstracto*[34], es decir, sin referencia al sujeto específico concreto, sino a una noción abstracta de hombre-tipo a la que los franceses, siguiendo la tradición romanista, llaman "el buen padre de familia" y los anglosajones llaman "el hombre razonable" (el que ejerce un *reasonable care*). Es así como, ante un accidente, no se trata de preguntarse si esa persona en particular que es el causante tenía —él mismo— la posibilidad de evitar el daño, sino que simplemente comparamos su conducta con la que habría tenido en esas circunstancias un hombre razonable, un buen padre de familia. Si hay discrepancias entre la conducta real y la conducta "modelo", ese causante es "culpable", luego responsable.

---

33. Sandro SCHIPANI: *Responsabilità "ex lege Aquilia". Criteri di Imputazione e Problema della "culpa"*. G. Giappicheli. Torino, 1969, p. 124. *Vid.* también *supra* No. 5.

34. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.*, Nos. 420-423, pp. 491-495.

Notemos que estamos aquí ante una noción objetiva de culpa. Y que bien puede suceder que el causante no tenga culpa desde el punto de vista moral porque no pudo hacer más; pero que, sin embargo, tenga "culpa" jurídicamente hablando por no haber actuado de acuerdo al *standard*.

13. *Dificultades de la culpa en general.* La teoría de la responsabilidad subjetiva como única explicación de la obligación de reparar era quizá discutible como principio desde que fue ideada; pero cuando menos podía funcionar adecuadamente —con la "corrección" de la objetividad en la culpa— dentro de un mundo todavía simple como el de los siglos pasados, donde los riesgos de accidentes eran pocos y de una naturaleza tal que la negligencia podía ser fácilmente establecida.

Pero la industrialización, las innovaciones tecnológicas, el incremento de las velocidades y de los poderes para hacer cosas, originaron una verdadera inflación de riesgos en el mundo contemporáneo. Además, los nuevos riesgos tienen una naturaleza elusiva debido a su complejidad y no permiten identificar con facilidad al culpable, si existe alguno. ¿Cómo pedirle a los parientes de las víctimas de un accidente de aviación que prueben que el piloto actuó con negligencia (aun cuando ésta sea objetivamente considerada), para tener derecho a una indemnización? ¿Cómo exigir que la persona que se intoxicó con un producto defectuoso pruebe que el fabricante fue negligente o imprudente en su elaboración? En circunstancias tales, la investigación de la culpa se convertía —a pesar del objetivizante recurso a la comparación con el patrón de conducta esperada— en un expediente engorroso, costoso y a veces insuperable que conducía, por lo general, a que las víctimas no alcanzaran resarcimiento alguno.

En el Perú, un jurista de mirada aguda y larga denunció tempranamente las dificultades de mantener el principio de la culpa en todos los casos. Manuel Augusto OLAECHEA, ponente del título correspondiente del Código de 1936, decía (sin ser debidamente escuchado): "Si se examina el proceso de las ideas jurídicas, observamos una interesante evolución: la responsabilidad principia por tener en Roma un carácter netamente objetivo y poco a poco incide en el concepto de imputabilidad: la falta, vale decir la culpa, sirve de base a la doctrina, que queda así transformada de real en subjetiva. La culpa aquiliana o el cuasi delito traduce una especie de pecado jurídico. Esta concepción subje-

tivista domina en el curso de los siglos. Realiza una confusión entre los puntos de vista penal y civil, y es verdaderamente arcaica en una época como la actual en que el problema de la responsabilidad no puede ser una simple cuestión de consciencia sino también de orden económico". Y concluía con una suerte de declaración de guerra al subjetivismo: "No concibo el sistema tradicional. Entiendo menos la lucha para sostenerlo. Este sistema no es social, ni cristiano, ni justo"[35].

14. *Hacia una objetivación de la responsabilidad.* Todo ello llevó a una mayor objetivación de la responsabilidad por dos caminos: uno más tímido, más tradicional; otro más osado, pero también más espinoso.

El primer camino pretendió mantener la fidelidad al principio de la culpa. Ya hemos visto cómo este principio había sufrido una primera objetivación casi de inmediato al establecer el patrón objetivo del hombre razonable; podíamos hablar así de una "culpa objetiva". Ante las nuevas dificultades se da un paso más allá y se establece que la carga de la prueba corresponde a quien pretende liberarse de la responsabilidad: es éste quien debe acreditar que obró sin culpa. Así, esta área del Derecho crea una grave excepción al principio que sostiene que es el demandante quien debe probar lo que afirma. La teoría subjetiva clásica establecía que la víctima debía probar la existencia del daño y *además* la culpa del causante que justificaba que se le trasladara las consecuencias económicas de tal daño. En cambio, a partir de la inversión de la carga de tal prueba, la víctima se limita a probar el daño y el hecho de que una determinada persona fue *causante* del mismo; y es el causante quien debe probar la ausencia de culpa de su parte si quiere evitar el pago de una indemnización. Nótese cómo la inversión de la carga de la prueba funciona como una presunción *iuris tantum* generalizada de culpa: todo causante es, de primera intención, culpable.

El segundo camino adoptó una dirección parecida, pero intentó formularla como un nuevo principio de responsabilidad. Esta nueva formulación del principio de responsabilidad fue denominada "responsabilidad objetiva" porque sólo atiende a los hechos del caso (al nexo causal) sin que sea necesario preguntarse por la paternidad moral —la culpa—

35. Manuel Augusto OLAECHEA: *El problema de la Responsabilidad Extracontractual en el nuevo Código Civil.* Lima.

del daño. La discusión sobre la culpa *no requiere* ya ser planteada por el demandante (como en la formulación clásica del principio subjetivista) *ni tampoco puede* ser alegada por el demandante para liberarse de responsabilidad (como sucedía en la inversión de la carga de la prueba): demostrado el daño, el causante queda obligado a repararlo.

Evidentemente, este nuevo principio facilitó en forma extraordinaria la reparación de las víctimas, sin que éstas tuvieran que recurrir a proezas judiciales en materia de probanza ni a farragosos juicios en los que la bizantina discusión sobre la culpa aparecía como un engorroso *leit motiv* que retardaba el pago de la justa compensación, ya sea porque fuera planteada por el propio demandante como fundamento de su acción (responsabilidad subjetiva sin inversión de la carga de la prueba), ya sea porque fuera planteada por el demandado como defensa (responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba).

15. *Dificultades de la responsabilidad objetiva.* Sin embargo, la responsabilidad objetiva no resolvió de manera adecuada el problema moral y filosófico de explicar la razón o justificación por la que el causante tenía que convertirse en segunda víctima (de carácter económico) del accidente, aun en los casos en que éste puede probar que no tuvo culpa alguna.

Es por ello que algunos juristas conservadores, aun cuando eran conscientes de la necesidad de reformular el principio liberal de responsabilidad, se resistían a abandonar la idea de culpa porque, desde su punto de vista individualista, esto significaba el abandono de toda eticidad en la apreciación de la conducta. Georges RIPERT, por ejemplo, en el Prefacio al libro de SAVATIER, expresa su nostalgia por la culpa en estas palabras: "Escriben los juristas: debemos abandonar la idea de culpa, es una idea anticuada, el progreso la ha substituido por la idea del riesgo. ¿Se atreverían a escribir: debemos abandonar la idea de que el hombre debe comportarse bien y decirle: 'Pórtate como quieras, a tus propios riesgos y peligros, pero si dañas a otro tendrás que pagar'? Sin embargo, eso es lo que enseñan y creen firmemente quienes ayudan de esta manera al progreso del Derecho"[36]. Entre nosotros, José LEON BARANDIARAN defiende la necesidad de la culpa (aunque admite excepciones para el

36. Georges RIPERT en el Prefacio al libro de René SAVATIER: *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français.* T.I. L.G.D.J. París, 1951, p. IX.

caso de daños producidos mediante bienes o actividades peligrosas) porque "los actos humanos están sometidos a juicios estimativos, de mérito y de demérito, según que se procede bien o mal, pues la vida humana no está regida por la ley de causalidad, sino que tiene un sentido teleológico, ya que de otra manera no habría manera de calificar al ser humano como un sujeto de responsabilidad ética"[37].

Es de advertirse que de alguna manera la responsabilidad objetiva tiene todavía algún fundamento en la culpa; sólo que atribuye culpa a todo causante y no le da 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 se 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.

En vista de ello, algunos juristas pretendieron fundarla moralmente en el riesgo creado por el causante: el que realiza una actividad para beneficio propio (en sentido lato y no comercial), está creando un riesgo y debe responder por él. Pero si bien esta teoría puede tener mayor aplicación en el caso de ciertas actividades (plantas de energía nuclear u otras anormalmente riesgosas), no parece justificar adecuadamente la responsabilidad objetiva en los accidentes rutinarios —aunque sean producidos con bienes o actividades riesgosos— donde tanto el causante como la víctima se han colocado en situación de riesgo en su propio provecho: el conductor que se dirige en su vehículo a su oficina y el peatón que sale de su casa y cruza la autopista para comprar una botella de cerveza, ambos realizan actividades que crean riesgos en provecho de ellos mismos; y no parecería que hubiera razón sólida alguna para preferir a uno a costa del otro. La única respuesta a esta objeción consiste en ingresar en una casuística muy compleja para establecer cuáles actividades son "más" generadoras de riesgos que otras. Pero por ese camino podemos perdernos en sutilezas de apreciación tan complicadas y escolásticas como la evaluación de la culpa y, en algunos casos, entrar en un callejón sin salida.

---

37. José LEON BARANDIARAN: *Curso del Acto Jurídico, con referencia al Proyecto de Código Civil Peruano*. Lima, 1983, p. 75.

Por consiguiente, la teoría objetiva así fundamentada se convertía ya sea en un expediente para obtener la reparación de la víctima a cualquier precio teórico, sin preocuparse mayormente de la justificación para que tal persona en particular sea obligada a pagar el daño, ya sea —paradójicamente— en un medio para eliminar la responsabilidad extracontractual e impedir la reparación de las víctimas si llegamos a la conclusión de que todos realizamos de alguna manera actividades riesgosas en nuestro propio beneficio por lo que debemos asumir personalmente tales riesgos.

16. *Enfasis en la víctima.* Estas consideraciones dieron origen a una reflexión más profunda de la responsabilidad extracontractual a la luz de sus objetivos actuales y dentro de las circunstancias concretas en que se producen los daños en el mundo contemporáneo.

Es así como se tomó más acentuadamente consciencia de que la responsabilidad extracontractual no tiene por objeto sancionar sino reparar: por tanto, el centro de preocupación está en la víctima y no en el causante. Este último será sancionado administrativamente con multas o suspensión de su licencia de conducir o podrá ser quizá hasta enjuiciado penalmente. Pero al Derecho Civil le interesa más bien aliviar a la víctima en los aspectos económicos del daño.

17. *La responsabilidad de la sociedad.* Por otra parte, se reconoció que el peso de los daños producidos por dolo y culpa inexcusable debe recaer sobre el culpable con el objeto de intimidar a quienes pudieran sentir la tentación de no adoptar las precauciones necesarias, sea por imprudencia imperdonable, sea para evitar un mayor costo económico o para obtener una ventaja material. Pero también se advirtió que paralelamente a esos daños de "padre" claramente conocido existen actualmente un sinnúmero de accidentes que se producen aparentemente sin culpa de ninguna de las partes y en cierta forma debido a que es la sociedad toda la que quiere aprovechar ciertas ventajas tecnológicas generadoras de riesgos.

En estos casos —que constituyen quizá la mayor parte de los accidentes en el mundo actual— parecería que es también la sociedad toda la que debe de alguna manera contribuir a la reparación de la víctima. Sin embargo, tanto la teoría subjetiva como la teoría objetiva sólo toman en cuenta al causante directo y a la víctima: tratan la responsabilidad ex-

tracontractual como una relación interindividual, sin considerar los aspectos sociales que entran en juego. El sistema de la responsabilidad extracontractual, ya sea que se adopte el principio subjetivo o el objetivo, opera como un interruptor de corriente, con sólo dos puntos: *off* (el peso económico permanece en la víctima porque no se reconoce responsabilidad en el causante) y *on* (el peso económico se traslada al causante porque se establece la responsabilidad de éste). Sin embargo, en gran parte de los accidentes actuales parecería que la sociedad toda debe ser de alguna manera responsabilizada y el problema no puede quedarse dentro de los estrechos límites de la relación causante-víctima sino que tiene que procesarse socialmente.

Tomemos el ejemplo de los accidentes de automóvil. En la mayoría de los casos, los dos choferes consideran honestamente que la culpa es del otro; el juez tiene muy graves escrúpulos de consciencia para atribuir la culpa a uno o a otro y finalmente opta por una responsabilidad compartida. Y es que, en realidad, quizá la culpa es de ambos o de ninguno: aun cuando seamos los choferes más diligentes del mundo, en muchos momentos tenemos descuidos; y si uno de esos momentos coincide precisamente con el azar de que otro automóvil se cruce ante nosotros, se produce un accidente. Por consiguiente, el accidente resulta una combinación entre una falla humana estadísticamente inevitable y el azar. Notemos que si el azar no interviene en el momento del descuido colocando otro automóvil o un peatón delante, ni siquiera la teoría subjetiva sanciona la culpa presente en el descuido que efectivamente existió: si no ha habido daño (es decir, intervención del azar), el "culpable" de descuido no es sancionado por la responsabilidad extracontractual; lo que prueba que el sistema de responsabilidad extracontractual no está orientado a la sanción de una falta sino a la reparación de un daño.

¿Podemos hablar todavía seriamente de la culpa como elemento decisivo de la responsabilidad cuando, a pesar de que existe un culpable (alguien que ha cometido un descuido o una imprudencia), éste no es penalizado sólo porque tuvo la *suerte* de no cometer ningún daño? La responsabilidad extracontractual sólo entra en acción si existe víctima; lo que significa que es la víctima el centro en torno al cual gira la responsabilidad extracontractual (y no el culpable) y que es la reparación lo que constituye el objetivo fundamental de todo el sistema (y no la sanción).

Esta participación de la sociedad en la comisión del daño —que lleva a diluir socialmente la idea de culpa del causante directo— es particularmente patente cuando advertimos que, en muchos casos, la sociedad pudo disponer las cosas de manera de evitar que se produzca el daño, pero no lo hizo porque esperaba obtener ciertos beneficios del riesgo. Los accidentes no serían dañinos si la sociedad adoptara ciertas medidas de precaución. Por ejemplo, no habrían accidentes de automóvil si se prohibiera el uso de automóviles. O, menos radicalmente, los accidentes automovilísticos no causarían prácticamente daño alguno si se estableciera que no pueden circular automóviles que rueden a más de 10 km. por hora y que no cuenten con bandas de algodón y de jebe en todo su contorno que hagan inofensivas las colisiones. Es posible evitar así casi totalmente las muertes producidas con ocasión del tránsito vehicular. Pero la sociedad no quiere hacerlo porque prefiere que se produzca un cierto porcentaje de muertes —estadísticamente inevitables si no adoptamos las precauciones *sociales* antes mencionadas— para que la sociedad pueda disfrutar de las ventajas de la velocidad.

Por consiguiente —y siguiendo con el ejemplo anterior— no sólo los conductores de automóviles sino la sociedad toda se beneficia también con la existencia de vehículos rápidos, que son mayores productores de riesgos pero que tienen ventajas indudables para la manera general de vivir de todos los miembros del grupo social. Consecuentemente, si la sociedad acepta el riesgo a cambio de los beneficios, debe compartir también parte de la responsabilidad derivada de los accidentes rutinarios (no producidos por dolo ni por culpa inexcusable).

18. *La distribución social del daño.* Este tipo de reflexiones ha guiado el pensamiento jurídico hasta la más moderna teoría de la responsabilidad extracontractual, llamada de la distribución o difusión social de los daños.

La distribución social del daño ha sido también llamada por la doctrina "distribución del riesgo" (*risk distribution*). Sin embargo, a través de esta última expresión se pueden entender varias cosas diferentes[38]. De un lado, puede pensarse que se trata simplemente de colocar la carga de

38. Guido CALABRESI: *Some thoughts on risk distribution and the law of Torts*. 70 The Yale Law Journal 499 (1961).

los daños en los más ricos, en quienes están en mejor posibilidad de pagarlos. Esto nos llevaría a una suerte de justicia "a la Robin Hood": quitarle a los ricos para darle a los pobres, sin más justificación que el hecho de que unos son ricos y los otros pobres. Esta sería la teoría del "bolsillo grande" (*deep pocket o long purse justification*)[39]. Una segunda acepción nos conduce a la idea de que los que crean un riesgo deben soportar sus consecuencias, cualquiera que sea su grado de riqueza. Esto nos remite a la teoría del riesgo creado que hemos mencionado al hablar de la teoría de la responsabilidad objetiva[40]. Una tercera acepción consiste en diluir el peso económico del daño, intersubjetivamente e intertemporalmente, de manera que el "responsable" no sea una nueva víctima, desde el punto de vista económico.

Es esta tercera acepción que nos interesa en particular y que consideramos que constituye una posición diferente frente al problema de la responsabilidad por accidentes. Según ella, no se trata ya de buscar a un culpable a 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.

¿Cómo lograr este propósito? A través de dos poderosos medios de difusión de los costos económicos que ofrece la moderna sociedad de mercado: el sistema de precios y la contratación de seguros.

Explicaremos la utilización de cada uno de estos medios a través de sendos ejemplos.

19. *La difusión del riesgo a través del sistema de precios.* Veamos el caso de los daños causados por productos defectuosos: una persona utiliza una crema de afeitar fabricada defectuosamente y ésta le causa una

---

39. Una discusión más detallada de ese tema puede leerse *infra*, No. 24.

40. *Supra*, No. 15.

grave alergia que exige un costoso tratamiento médico y la imposibilita para concurrir a su trabajo por varios días.

La responsabilidad subjetiva clásica exigiría que el consumidor, además de acreditar que el uso de tal crema le produjo la alergia, pruebe que hubo negligencia en el fabricante de la crema; lo que constituye evidentemente una labor ardua. La vertiente moderna de esa teoría, que invierte la carga de la prueba, atribuiría responsabilidad de primera intención al fabricante; pero liberaría a éste de culpa —y, consiguientemente, de responsabilidad— si prueba que adoptó todas las medidas razonables de control en la fabricación de los productos y que el defecto encontrado posteriormente escapaba a sus posibilidades de conocimiento dentro de los límites de una vigilancia normal del proceso productivo. Por su parte, la responsabilidad objetiva privilegiaría a la víctima al punto de obligar al fabricante a pagar una reparación sin que su falta de culpa lo exonere; pero la pretendida explicación de que al fabricar tal crema de afeitar ese fabricante creó un riesgo en su beneficio no es correcta, ya que el sujeto que compró la crema para usarla también pensó que se beneficiaría con tal uso.

La nueva teoría de la distribución social de los riesgos atribuiría también responsabilidad irrefutable al fabricante, pero basándola en razones muy distintas: el defecto del producto casi puede ser considerado como un azar, porque nadie tiene realmente culpa de que exista (suponiendo que no haya mediado dolo ni culpa inexcusable); pero el fabricante es la parte que está en mejores condiciones de diluir ese costo en el todo social a través de un incremento de los precios. En otras palabras, el fabricante puede calcular el riesgo estadístico de que ciertos productos salgan defectuosos a pesar de todo el control aplicado e incluir ese costo probable en el precio del artículo; de modo que todo el que compra la crema de afeitar está de alguna manera garantizando la posibilidad de una reparación para aquél miembro de la comunidad de usuarios que tiene la mala suerte de que le toque precisamente el producto defectuoso que escapó a todo control.

Como se puede apreciar, ese fabricante no es un "responsable" propiamente dicho porque no se espera que él soporte íntegramente el peso del daño; es más bien un canal para difundir tal peso económico entre la sociedad a través del sistema de precios. De esta manera, el riesgo social de que alguna vez se produzcan artículos defectuosos sin dolo ni culpa

inexcusable del fabricante se diluye entre la sociedad toda que consume estos productos y que paga un precio que incluye el monto de las eventuales compensaciones por los daños causados.

20. *La difusión del riesgo a través del seguro.* El mecanismo del seguro es similar al descrito anteriormente, pero tiene un mayor grado de institucionalización. Aquí la difusión de la carga económica del daño se realiza a través de un seguro obligatorio para aquellos riesgos de carácter rutinario fácilmente identificables y categorizables, tales como los accidentes de automóviles.

Este seguro permite una adecuada satisfacción de la víctima y una eficiente difusión del daño entre todos los asegurados a través del pago de las primas. No se trata ya de buscar culpables sino simplemente, aceptando que en los accidentes rutinarios no hay propiamente culpa de nadie (en el sentido fuerte del término) y que la propia sociedad admite tales riesgos para beneficiarse con las ventajas que conllevan, se persigue reparar a las víctimas dentro de un esfuerzo social institucionalizado, sin producir una nueva víctima de carácter económico: el "culpable" o el "causante", según se fundamente en la teoría subjetivista o en la objetivista; es decir, aquél que debe pagar individualmente el costo del daño.

21. *Difusión del riesgo y prevención del daño.* Claro está que es preciso tener en cuenta, adicionalmente al propósito reparativo de la responsabilidad extracontractual, los efectos erradicativos. En verdad, aun cuando en nuestra opinión la erradicación del riesgo no constituye la función principal de la responsabilidad extracontractual, no puede negarse tampoco que este mecanismo jurídico puede contribuir de manera bastante importante a lograr ese otro objetivo social.

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[41]. Esto significa que al-

41. *Vid. infra*, No. 31, donde se hace la explicación de estos términos de CALABRESI dentro del contexto de su planteamiento.

gún tipo de incomodidad debe ser sentida por aquéllos 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.

Parecería que regresamos de esta manera nuevamente a la teoría de la responsabilidad objetiva por riesgo creado[42], 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 física del riesgo sino en la posibilidad económica de evitarlo. En vez de una apreciación gruesa y empírica sobre si crea más riesgo poner un automóvil en circulación o salir a caminar distraídamente por las calles, CALABRESI nos propone un sofisticado análisis económico para determinar quiénes son los que deben asumir el pago del seguro.

El principio básico consiste en que el costo de diluir los daños económicos del accidente debe pasar a formar parte del costo de determinado bien o servicio que pudiera ser ofrecido con menos riesgos. El productor se está beneficiando por el hecho de crear un riesgo y de no cargarlo a sus costos, sino simplemente abandonarlo a los usuarios. Es verdad que si el peso económico del daño (es decir, el monto de las primas del seguro, dentro del mundo actual) es incorporado al costo del bien o servicio, el productor lo trasladará al precio y se resarcirá de ello. Pero su bien o servicio será más caro; y, a través de la ley de la oferta y la demanda, el público decidirá si siempre tiene todavía interés en tal bien o servicio a su costo real, es decir, incluyendo su incidencia de daños probables. Si el precio se eleva demasiado y disminuye la posibilidad de venta del bien o servicio, el productor tendrá interés en estudiar alternativas que reduzcan la posibilidad de accidentes (costo primario) y, consecuentemente, reduzcan las primas a pagar (costo secundario), lo que lo llevará a una reducción de sus costos de producción.

Como puede apreciarse, 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

---

42. *Supra*. No. 15.

usuario por caminos ajenos al mercado. Esto último sucede cuando el productor del bien o servicio no toma en cuenta la posibilidad de accidentes derivados de su actividad productiva y el sistema de responsabilidad extracontractual remite estos costos a otras personas (la propia víctima, un tercero o, sólo en ciertas circunstancias, el propio productor). El Derecho debe, más bien, obligar a una "internalización" de los costos, *i.e.*, a exigir que cada productor contabilice las posibilidades de accidentes derivadas del riesgo del bien o servicio, de manera que incidan en su precio final.

Dentro de este marco conceptual es posible comprender por qué, por ejemplo, los atropellos automovilísticos deben ser cubiertos por seguros de los propietarios de automóviles y no por seguros de los peatones. Ambos sistemas podrían resolver el problema de la difusión del riesgo: si los propietarios de automóviles son obligados a asegurarse, serán ellos quienes cargarán ese costo adicional de las primas de seguro a las actividades económicas que ellos realizan y así difundirán el riesgo; si los peatones son obligados a asegurarse, harán lo propio y también difundirán el riesgo. Pero es indudable que el propietario de un automóvil puede contribuir más fácilmente y a más bajo costo a evitar daños a peatones, que lo que pueden hacer los peatones mismos: los propietarios tienen un cierto control sobre la potencialidad riesgosa del automóvil, ya que están en aptitud de revisar periódicamente sus frenos y su dirección, usar llantas en buen estado, contratar choferes expertos, conducir a baja velocidad, etc. Ahora bien, si por el contrario obligamos a los peatones a que se aseguren y no a los automovilistas, el seguro del peatón no afectará el costo de poseer y conducir un automóvil; consiguientemente, los automovilistas no tendrán interés en buscar alternativas (las medidas de precaución antes mencionadas) que les reduzcan un costo que ellos no tienen. En consecuencia, aun cuando la reparación (el costo secundario) estaría garantizada, el accidente mismo (el costo primario) no sería controlado. Esto haría además que las primas de seguro del peatón fueran más altas de lo que podrían ser si los automovilistas adoptaran precauciones. Por otra parte, manejar automóvil sería una actividad que se realizaría por debajo de su costo (ya que el costo de los accidentes habría sido transferido al peatón) y ello sería un incentivo para el uso del automóvil; lo que a su vez aumentaría los costos del peatón debido a que aumentarían las primas en razón del incremento del número de automóviles peligrosos.

A todo ello hay que agregar que, para ciertas personas, las primas no son transferibles porque las actividades económicas que realizan tienen precios rígidos que no permiten un aumento fácil. Por ejemplo, el propietario de un automóvil que es empleado y no empresario, tendrá dificultades para exigir un mayor sueldo atendiendo a este mayor costo de las primas. Pero también tendrán esta misma dificultad algunos empresarios que no pueden aumentar proporcionalmente el precio de los bienes o servicios que producen debido a limitaciones del propio mercado o a medidas administrativas. En principio, siempre que el mercado no es perfecto, la incidencia de la prima de seguro tiende a quedarse en quien está obligado a contratar el seguro. En estos casos, el mecanismo del seguro cumple su papel de difundir la mayor parte del peso económico del daño cuando menos entre el total de los asegurados; pero ese peso residual constituido por la prima misma de seguro queda en quien mejor podría evitar la producción de estos daños y así tiende a erradicarlos. Por consiguiente, podría argumentarse que la ausencia de un mercado perfecto hace aún más eficaz la solución a través del seguro porque logra establecer una proporcionalidad entre dos propósitos sociales que podrían presentarse como contrapuestos: de un lado, la disolución o difusión del daño debido a que se tiene consciencia de su carácter social; de otro lado, la erradicación de las fuentes de daños, debido a que también se tiene consciencia de que, aun cuando el riesgo ha sido creado socialmente, hay contribución de algunos individuos que, pudiendo adoptar ciertas precauciones, no lo hacen.

Este efecto se hace aún más notorio si las Compañías de Seguros establecen, como es usual, primas diferenciadas en razón del riesgo y de las precauciones asumidas: quien no tenga accidentes en un año, puede pagar una prima menor en el año siguiente; quien tiene su automóvil en mejores condiciones, puede tener también derecho a una reducción de la prima. En esta forma, la asignación de la obligación de asegurarse a quien mejor puede controlar o atenuar el riesgo, cumple una función erradicante.

Finalmente, insistimos en que la finalidad de la responsabilidad extracontractual es eminentemente reparativa. Por tanto, no debe esperarse de ella un papel erradicativo muy grande. Para cumplir este otro propósito social, existen áreas del Derecho más eficientemente preparadas. Por ejemplo, el Reglamento de Tránsito prevé multas y otras sanciones para quienes conduzcan a velocidad excesiva o para quienes no cumplan con

un mínimo de revisión técnica anual de sus vehículos, etc. Todo ello no tiene otro objeto que evitar que se incrementen innecesaria o intolerablemente los riesgos sociales. La prevención del daño está, pues, fundamentalmente a cargo de normas ajenas al Derecho Civil.

22. *Sistema y estadística.* Utilizando las categorías de STEINER, podríamos decir que la percepción clásica de la responsabilidad es *diádica*, mientras que la percepción actual es *sistémica y estadística*[43].

Por percepción diádica debemos entender aquella que configure el accidente como un hecho que relaciona dos unidades individuales, como un par: el "responsable" (culpable o causante, según se trate de responsabilidad subjetiva u objetiva) y la víctima. En este sentido, "par" no implica una relación permanente o continua sino simplemente una vinculación de naturaleza correlativa, que puede tener un carácter absolutamente accidental. En cambio, la percepción sistémica coloca a los diferentes participantes del accidente (causante, víctima, seguro, etc.) como partes interrelacionadas de un esquema más amplio y social: son elementos de un contexto de relaciones entretejidas.

La visión diádica es miope y no logra comprender adecuadamente el accidente, porque el contexto social no deja de estar presente en éste aun cuando se lo perciba como un hecho que sucede sólo entre el responsable y la víctima. Asumida una óptica diádica, ni la doctrina ni los jueces perciben la dimensión social del accidente porque no tienen la visión adecuada; pero esta dimensión no desaparece con cerrar los ojos: es un ingrediente esencial del mismo[44]. Las Cortes y la teoría jurídica imaginan usualmente los accidentes como eventos aislados, discretos; no comprenden las conexiones de estos fenómenos con la vida de la sociedad.

Esta misma configuración del accidente como hecho privado impide a las teorías clásicas (sean subjetivas u objetivas) la consideración del accidente como una categoría estadística. La percepción clásica ve el acci-

---

43. Henry J. STEINER: *Justification and Social Vision in Common Law Change. The Case of Modern Accident Law.* Preliminary draft. Harvard, Julio de 1983, p. 109.

44. *Loc. cit.*

dente en sus aspectos anecdóticos, mientras que la percepción actual lo ve como un fenómeno recurrente y medible estadísticamente[45].

Es probablemente debido a esas diferencias de perspectiva que la responsabilidad extracontractual tradicional sólo se preocupa del caso concreto y se limita a una estrecha concepción judicial del daño. En cambio, la responsabilidad extracontractual moderna, tomando consciencia de la naturaleza social del problema, amplía el campo del Derecho Civil y no vacila en recurrir además a otras áreas jurídicas para, entre todas, intentar administrar el riesgo, domesticarlo, calcularlo socialmente y establecer también socialmente los mecanismos de prevención (básicamente por la vía administrativa y por la vía penal y, en forma menor, por la vía civil) y de reparación (a través del Derecho Civil y de los medios del mercado: seguros, precios, etc.).

23. *La doctrina y la experiencia peruanas en materia de difusión social del riesgo.* Esta teoría de la difusión social del riesgo no es absolutamente nueva en el Perú. Existen autores que han hablado de ella y existen también casos de aplicación práctica; sólo que ello ha pasado de alguna manera desapercibido.

Entre los codificadores de 1936, el inteligente jurista Manuel Augusto OLAECHEA, con esa capacidad visionaria que caracteriza a los grandes espíritus, sostuvo ya en esa época: "La noción eminentemente moral de la falta es hoy la única medida legal de la responsabilidad civil delictual en el Perú. Y bien, yo estimo que esta medida jurídica es de suyo insuficiente para resolver una multitud de cuestiones que la vida moderna suscita"; y, por ello, propone la adición dentro del orden jurídico peruano del principio de "la repartición de los riesgos"[46]. Es indudable que OLAECHEA —jurista cultísimo— había leído a los autores más recientes y había encontrado interesante esta nueva conceptualización de la responsabilidad extracontractual, libre de la orientación vengativa de la

---

45. Henry J. STEINER: *Op. cit.*, p. 122.

46. Opinión del doctor Manuel Augusto OLAECHEA en el seno de las discusiones de la Comisión Reformadora que preparó el proyecto de lo que sería el Código Civil de 1936. Esta opinión ha sido recogida por el Presidente de dicha Comisión, Juan José CALLE, en su obra *Código Civil del Perú*, Lima, 1928, p. 702, nota al artículo 2191.

noción de culpa y más adaptada a las necesidades de la moderna sociedad de mercado que aspira a internalizar y contabilizar más rigurosamente sus costos de producción y a desarrollar más eficazmente la gestión empresarial. Aún cuando la idea que se hace OLAECHEA de esta repartición de los riesgos aparece todavía muy teñida por la responsabilidad objetiva, no cabe duda de que se trataba de un buen comienzo. Sin embargo, los años treinta en el Perú constituían todavía un horizonte muy temprano para hablar de estas sofisticadas soluciones de las modernas sociedades industriales. Por ese motivo, el articulado del Código Civil de 1936 no reflejó estas nuevas tendencias que posiblemente sólo el doctor OLAECHEA conocía y apreciaba en todo su valor.

Pero el Perú ha hecho precozmente una experiencia concreta con el principio de la repartición social de los riesgos en el campo de los accidentes del trabajo. En vez de dejar estos daños librados a los avatares de la interpretación de la culpa (con inversión o sin inversión de la carga de la prueba), instituyó un sistema de seguro obligatorio en virtud del cual toda víctima era reparada sin que se requiera indagación alguna sobre la existencia de un presunto culpable. Este seguro —que actualmente ha pasado a formar parte de la seguridad social, pero que inicialmente era contratado con las Compañías privadas de seguros— no está basado en la idea de que hay un culpable contra el cual el seguro puede repetir; simplemente se trata de una organización colectiva del riesgo, en la que los pagos realizados por concepto de indemnización se diluyen entre el total de las primas que pagan los asegurados, fijándose el monto de tales primas en una cantidad que resulta de aplicar un coeficiente estadístico de riesgo al costo promedio de la reparación del accidente de trabajo.

Este sistema es beneficioso para el trabajador, quien siempre tiene derecho a una indemnización aún cuando el empleador pudiera probar ausencia de culpa; y es beneficioso para el empleador porque sabe que su riesgo por accidentes de trabajo de sus trabajadores se ha convertido en un costo fijo (la prima) que se incorpora al precio de sus productos como cualquier otro costo.

Los juristas civilistas no percibieron esta evolución de la responsabilidad extracontractual como un evento teórico novedoso en el seno del Derecho Civil sino más bien como una mutilación —que aceptaron sumisamente— del campo civil. En vez de intentar reconceptualizar la responsabilidad extracontractual para acoger estas nuevas formas interesantes de

reparar daños, simplemente abandonaron el terreno considerando que había sido capturado irremisiblemente por el Derecho Laboral (que para el civilista clásico está más cerca del Derecho Público que el Derecho Privado) y/o por el Derecho Administrativo. En esta forma, una de las más importantes áreas de la responsabilidad extrancontractual quedó fuera del Código Civil, consolándose los juristas civilistas por el hecho de que "la legislación especial sobre accidentes de trabajo deja subsistente la doctrina del derecho común que se refiere a la obligación de indemnizar en los casos de culpa o de negligencia"[47].

Uno de los propósitos de la moderna teoría de la distribución social de los daños es recuperar para el Derecho Civil estas "áreas extrañadas" y sentar principios en el Código que puedan ser válidos para toda reparación de daños, cualquiera que sea el modo de reparación que se adopte; sin perjuicio de que se promulguen cuerpos normativos particulares que reglamenten esos principios civiles para que sean aplicados a los distintos tipos de riesgos (por ejemplo, la ley de accidentes del trabajo, la ley de seguro obligatorio de automóviles, etc.).

47. *Vid.* Juan José CALLE: *Código Civil del Perú.* Lima, 1928, p. 710.

CAPITULO II

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL Y TEORIA ECONOMICA

24. *Responsabilidad y riqueza personal.* El primer acercamiento entre la situación jurídica derivada del daño y las consideraciones de carácter económico que envuelven a las partes, se ha basado en una comprobación simple: el agente y la víctima no tienen necesariamente la misma capacidad económica; por consiguiente, cuando existe una manifiesta desigualdad, el Derecho no puede ignorar este hecho que forma parte del tejido de la situación jurídica.

Esta consideración de la riqueza relativa de las partes con el objeto de determinar la responsabilidad puede fundarse en justificaciones muy diferentes.

De un lado, es posible utilizar un razonamiento estrictamente utilitario y aplicar la teoría del costo y del beneficio marginal. Dentro de esta línea, se dirá que quien tiene más dinero puede soportar mejor el daño y perjudicarse menos con ello, que quien tiene menos dinero: la víctima directa "económica" (el responsable) es menos víctima si tiene más dinero. Puede plantearse un ejemplo extremadamente simplista, pero ilustrativo: si una persona tiene un solo vehículo, será catastrófico para ella si lo pierde en un accidente (caso de que sea la víctima) o si tiene que venderlo para pagar el valor de un automóvil a la persona con quien ha chocado (caso de que sea señalado como responsable); en cambio, si la persona tiene diez automóviles, la pérdida física de uno o de su valor no afectará gravemente su vida ni su comportamiento económico futuro. Por consiguiente, cuando los legisladores establecen las reglas de responsabilidad o cuando los jueces las aplican —sostienen algunos— deben tener en cuenta este orden de consideraciones a fin de que el peso económico del daño recaiga (o permanezca, en el caso de la víctima) en quien

tiene mayor capacidad para absorberlo, ya que ello será lo menos disruptivo económicamente.

Otros sostienen que la atención a la relativa riqueza de las partes se funda en una razón de orden político-social: siendo la igualdad un ideal, es preciso aprovechar cualquier ocasión para producir un efecto redistributivo que tienda a minimizar las diferencias de fortuna. Dentro de esta línea de razonamiento, el accidente y su reparación se convierten en instrumentos de una política de redistribución de la riqueza. En consecuencia, siempre que se produce un accidente, hay que cargarle el peso económico del daño a la parte más rica a base del expediente de hacerlo responsable (si es agente) o de hacerle soportar dicho peso negándole el derecho a exigir indemnización (cuando es víctima). De esta manera se hará menos ricos a los ricos y menos pobres a los pobres, con lo que se avanza hacia el ideal igualitario.

Una tercera eventual fundamentación puede tener un carácter moral y basarse en un sentido de solidaridad "a la Robin Hood": no es que se proponga una nivelación de fortunas, sino simplemente se postula que los ricos deben ayudar a los pobres y por eso tienen obligación de cargar con las desgracias sociales.

Por último, es posible introducir el factor riqueza dentro del razonamiento únicamente por razones prácticas: si se atribuye la responsabilidad al más rico, hay más garantía de que la víctima sea efectivamente indemnizada.

25. *La riqueza en los Códigos.* Aun cuando nunca se ha aceptado una cruda determinación de la responsabilidad en base a la riqueza relativa de las partes, no cabe duda de que la mayoría de los sistemas de responsabilidad extracontractual otorgan un cierto crédito a este tipo de argumentos.

El Código Civil de la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas de 1922 incorpora una norma directamente en tal sentido en su artículo 406: "En los casos en que, conforme a los artículos 403 a 405, la persona que hubiese causado un daño no esté obligada a resarcirlo, el Tribunal, teniendo en cuenta la situación económica del autor y de la víctima, puede obligarla a hacerlo". Por consiguiente, el causante se convierte en responsable no porque es culpable sino porque es rico: se pasa del principio subjetivo al principio objetivo en ese caso particular sobre

la base de la capacidad económica del causante. Y el artículo 411 agrega que "Al determinar la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios, el Tribunal tomará en consideración la situación económica de la víctima y del autor del daño". Sin embargo, notemos que la responsabilidad no se determina de manera general en función de la riqueza relativa de las partes, sino que, una vez establecida la responsabilidad conforme a los artículos 403 a 405 (culpa como regla general y responsabilidad objetiva en los casos de actividades peligrosas), es posible *corregir* los resultados del análisis sobre la base de una consideración de la riqueza de las partes. Por consiguiente, nos encontramos frente a un correctivo y no frente a un nuevo principio de responsabilidad.

Existen maneras menos directas de tomar en cuenta la riqueza de las partes, como lo hacía nuestro Código Civil Peruano de 1936. En ese cuerpo legal, existían cuando menos dos normas que atendían a dicha consideración: el artículo 1138 disponía que "Cesa la obligación de reparar el daño en cuanto la reparación privase al deudor de los recursos necesarios para su subsistencia y para el cumplimiento de su obligación legal de suministrar alimentos". En este caso, no se trata de tomar usualmente en consideración este elemento para corregir el análisis puramente lógico de la responsabilidad como lo plantea el Código Ruso, sino de exonerar a una persona de su obligación de reparar, sólo si está incursa en circunstancias verdaderamente *excepcionales* de pobreza. Y esta consideración no lleva a hacer pagar al que más tiene sino a que no pague el que no tiene. Por tanto, no es que se haga responsables a los ricos sino que se perdona la responsabilidad de los muy pobres.

Sin embargo, este tipo de disposiciones no es frecuente. No existe una norma similar en el Código Civil Peruano de 1852, ni en el *Code Napoléon* ni en el *B.G.B.* Alemán, ni en el Código Italiano. Singularmente, el Código Suizo de las Obligaciones contiene una regla relativamente semejante en su artículo 44 que establece que el Juez podrá reducir la indemnización cuando su pago lleve a la miseria a la persona responsable, siempre que el daño no haya sido causado intencionalmente o con culpa grave. La norma comentada del Código Civil Peruano de 1936 ha sido suprimida en el Código Civil de 1984.

Una ocasión más frecuente de incorporar el criterio de riqueza dentro del razonamiento de la responsabilidad ha sido la indemnización de los daños causados por incapaces. A diferencia de lo que sucede con la

regla comentada en el párrafo anterior, gran parte de los códigos modernos recoge una disposición al respecto. El Código Civil Peruano de 1984 dispone en su artículo 1977 que si la víctima de un daño cometido por incapaz no ha podido obtener reparación del representante de éste, "puede el Juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo", es decir, del incapaz mismo.

26. *Riqueza y culpa.* Gil PARIENTE nos dice que la riqueza relativa de las partes se encuentra reconocida en todos los sistemas de responsabilidad extracontractual como un elemento secundario —pero presente— en la configuración de la responsabilidad[48].

Sin embargo, esta consideración parece incompatible con la teoría de la culpa.

Si consideramos que la responsabilidad extracontractual es un sistema de sanciones para quienes cometen faltas que causan daños antes que un sistema de reparación de daños cualquiera que sea su origen, la mayor o menor riqueza de las partes no agrega ni quita un ápice a la responsabilidad: el agente es culpable o no es culpable, independientemente de que sea más rico o menos rico que su víctima. Por tanto, el agente debe pagar o no debe pagar en función de su culpabilidad o inocencia, sin que en ningún caso haya que referirse a su fortuna.

A pesar de la incompatibilidad conceptual mencionada, los códigos subjetivistas recogen sin mayor escrúpulo teórico la consideración de la eventual riqueza del incapaz que antes hemos mencionado[49]. Hemos visto ya el caso del Código Peruano de 1984 sobre el daño cometido por el incapaz rico. Exactamente el mismo texto tiene la segunda parte del artículo 2047 del Código Civil Italiano, de donde indudablemente lo tomó el legislador peruano. Y una norma similar se encuentra en el primer párrafo del artículo 54 del Código Suizo de las Obligaciones. El artículo 406 del Código Civil Ruso a que hemos hecho referencia, también es aplica-

---

48. Gil PARIENTE: *The relative wealth of the parties as a factor in tortious liability.* 18 Israel Law Review 431 (1983).

49. *Supra.* No. 25.

ble al caso. El Código Civil Peruano de 1936 contenía igualmente una regla de corte semejante en su artículo 1140.

Es probable que todas estas disposiciones insertas dentro de códigos fundamentalmente subjetivistas, tengan su origen en el artículo 829 del *B.G.B.* que fue incorporado por el legislador alemán de 1896 a pesar de su firme adhesión al principio de la culpa.

Ahora bien, la contradicción teórica que preconizaba el *B.G.B.* fue obviamente advertida por sus comentaristas. SALEILLES pretende justificarla no por la vía de la coherencia lógica sino del sentimiento o del "instinto": "Se sentía instintivamente algo de chocante en cuanto a la equidad, al no imponer riesgo alguno a los irresponsables, cuando no hubiera persona que hubiera estado encargada de su vigilancia y ante quien se hubiera podido hacer efectiva la responsabilidad; chocante sobre todo cuando el irresponsable menor o demente, fuera rico o su víctima estuviera en estado de necesidad"[50]. BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE dicen también que "El sistema de la irresponsabilidad de los locos puede, en la práctica, conducir a resultados que sublevan la consciencia, debido a su carácter contrario a la equidad; un loco millonario mata a un obrero, padre de familia y cuyo trabajo es el único recurso del hogar. Apliquemos el principio enunciado más arriba (sólo hay responsabilidad cuando hay culpa): el loco no debe reparación y la familia del obrero se encontrará en adelante sin pan"[51]. ENDEMANN igualmente plantea que "la norma (del artículo 829 del *B.G.B.*) debe servir para compensar allí donde un hombre sin medios de fortuna haya sido perjudicado por el hijo de un hombre rico o por un demente acaudalado"[52].

Se trata, pues, de una manifiesta infracción al principio de la responsabilidad por culpa, ya que una persona sin discernimiento no puede ser culpable y, consecuentemente, no debe ser obligada a pagar indemni-

---

50. Cit. p. José LEON BARANDIARAN: *Comentarios al Código Civil Peruano. (Derecho de las Obligaciones).* T.I. *Acto Jurídico.* 2a. ed. Ediar S.A. Editores. Buenos Aires, 1954, p. 442.

51. Cit. p. Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle.* 6a. ed. T.I. Editions Montchrestien. Paris, 1965. No. 467, p. 531.

52. Cit. p. José LEON BARANDIARAN: *Op. cit.*, p. 443.

zación. Pero, en vez de que ello lleve a reflexionar sobre las incongruencias de la teoría de la culpa y a ensayar la formulación de una nueva concepción de la responsabilidad, los autores prefirieron mantener su adhesión a ella y saltarse a la torera la contradicción.

Es evidente que el manido recurso a la expresión "por equidad" del que hacen uso los autores y también la propia norma del Código Suizo, no constituye una justificación racional que permita articular adecuadamente esta "responsabilidad por fortuna" con la "responsabilidad por culpa". Los hermanos MAZEAUD han denunciado certeramente la inexactitud de este tipo de razonamiento[53]. A ello habría que agregar la desconfianza epistemológica que nos deben merecer aquellos términos que sólo pretenden echar un manto lingüístico sobre la fisión teórica a fin de que la grieta no sea aparente; pero debajo de esa sábana verbal, el adulterio conceptual entre el dinero y la culpa prosigue.

27. *El análisis costo/beneficio.* En Estados Unidos surgió una perspectiva distinta de la relación entre Derecho y análisis económico con el objeto de establecer las condiciones de culpa.

El problema consistía en determinar los casos en que una precaución adicional hubiera evitado el accidente; por consiguiente, no haberla adoptado implicaría una negligencia. Pero, en última instancia, todos los accidentes pueden evitarse; la diferencia está en el costo en que se incurre para evitarlos: hay accidentes que son evitables a un costo razonable y otros que solo serían evitables a un costo excesivo. Por consiguiente, si el principio subjetivo establece que sólo se incurre en culpa por negligencia cuando no se ha adoptado una precaución de costo razonable, era necesario cuantificar la razonabilidad; en otras palabras, había que determinar hasta cuánto un hombre razonable debe gastar en precauciones para evitar un accidente. Si ese hombre gastó lo razonable y a pesar de ello se produjo el accidente, no hay culpa; aun cuando quizás gastando más se hubiera podido evitar tal accidente.

Un ejemplo puede aclarar mejor el tipo de preocupación al que nos referimos. Pensemos en un propietario de automóvil a quien se le vacian

53. Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.* No. 467, p. 530.

los frenos y choca con otro vehículo, causándole grandes daños. Si ese propietario hubiera hecho examinar técnicamente los frenos esa mañana antes de salir de su casa, hubiera advertido que no estaban en buenas condiciones y que así no podía salir a la calle. ¿Fue imprudente o negligente porque no hizo practicar un examen de los frenos antes de salir?

Las Cortes norteamericanas, en el caso *United States v. Carrol Towing Co.* [53bis], establecieron lo que se llamó la *Hand Formula* para determinar lo que es razonable en este tipo de situaciones, basada en un cálculo matemático[54]. De acuerdo a esa fórmula, el costo (C) de adoptar las precauciones correspondientes tiene que ser evaluado en relación con la probabilidad (P) de que ocurran accidentes por no haber adoptado la precaución, multiplicada por la magnitud del daño causado (M). La fórmula puede ser expresada resumidamente de la siguiente manera:

Si C < P * M -> Hay negligencia (era razonable adoptar "C")

Si C > P * M -> No hay negligencia (no era razonable)

Si a la luz de esa fórmula examinamos el caso de los frenos vaciados, la razonabilidad del propietario puede ser apreciada objetivamente. Evidentemente, traer a un mecánico todas las mañanas a la casa para que examine los frenos antes de salir, tiene un costo muy alto en remuneraciones por servicios, tiempo perdido, etc. Por otra parte, la probabilidad de que ocurra un problema de frenos a pesar de que no practicamos una revisión técnica diaria sino —por ejemplo— semestral, es muy baja. Por consiguiente, si multiplicamos tal probabilidad por la magnitud del daño ocurrido al otro vehículo va a arrojar una cifra inferior al gasto que significaría una revisión diaria. No es, pues, razonable que un propietario de automóvil haga revisar diariamente su coche.

53bis. *United States v. Carroll Towing Co.* 159 F 2d 169 (2d Cir. 1947).

54. Richard A. EPSTEIN: *A theory of strict liability. Toward a reformulation of Tort Law.* Cato Institute. San Francisco, 1980. p. 7.

En cambio, si estamos frente a un accidente aéreo, las cosas pueden ser radicalmente diferentes. Aplicando la fórmula, el segundo miembro de la comparación puede ser muy elevado con relación al costo de la verificación técnica previa a todo vuelo, ya que la probabilidad de accidentes es muy alta y la magnitud de un accidente aéreo es enorme. Se justifica, pues, que las Compañías de Aviación realicen un examen mecánico del avión antes de cada vuelo. La fórmula nos ha permitido establecer que lo que es razonable para las Compañías de Aviación, no lo es para los propietarios de automóvil. Por tanto, ahí donde las Compañías de Aviación no han adoptado esas precauciones y se produce un accidente, hay culpa; en cambio, si los automovilistas no adoptan las precauciones requeridas para los aviones y se produce un accidente, no hay necesariamente culpa.

Es preciso hacer notar que, aun cuando esta "fórmula de razonabilidad" quiere participar del *glamour* de exactitud que rodea a las matemáticas, su aplicación puede ser todavía muy subjetiva. Es difícil determinar el costo efectivo de las precauciones porque existen siempre alternativas, entre las cuales es preciso a su vez establecer lo que es razonable: las precauciones que protegen ciertos bienes o derechos pueden no ser tan eficientes para proteger otros, lo que lleva a tener que decidir cuáles son los derechos que la responsabilidad extracontractual quiere proteger en mayor medida. Además, la probabilidad es muy difícil de calcular, de manera que quede expresada en un coeficiente exacto.

Sin embargo, si no intentamos aplicar este razonamiento con la precisión de una ciencia exacta sino con el enfoque probabilístico y aproximativo del Derecho, la llamada "fórmula del Learned Hand" puede ser de utilidad.

28. *La optimalidad de PARETO.* Una tentativa completamente nueva de acercamiento entre el Derecho y la Economía ha surgido recientemente desde la perspectiva de la teoría económica neo-liberal.

Colocando tanto el cálculo costo/beneficio de la *Hand Formula*[55] como la justificación utilitaria a la que antes se hizo referencia[56] dentro

55. *Cf. supra.* No. 27.

56. *Supra.* No. 24.

del contexto de la moderna teoría económica, algunos juristas se han preguntado sobre el tipo de normas legales que deben aplicarse para que se cumpla el criterio de optimalidad económica de PARETO[57]. Veamos en que consiste este concepto de la nueva teoría económica.

El análisis económico es fundamentalmente social: nos situamos ante un grupo humano y nos preguntamos cómo ese grupo, en tanto que grupo, puede disponer de una mejor asignación de recursos entre cada uno de sus miembros. Dado que el neo-liberalismo coloca el mayor acento en la iniciativa y en el interés individuales como motores de la economía, la mejor asignación de recursos será aquélla en la que cada individuo tenga lo que realmente tiene interés en tener, aquello por lo que está dispuesto a pagar a través de las múltiples transacciones que pueden tener lugar en todos los sentidos dentro de los miembros de un grupo.

Para apreciar si una acción o un cambio en la situación del grupo es una "mejora" (siempre teniendo en cuenta al grupo en tanto que tal), el economista italiano Vilfredo PARETO propuso un criterio objetivo: la situación final será mejor que la precedente si, como consecuencia de la medida o acción, todos los miembros del grupo se encuentran mejor. Pero esto no significa una forma de igualitarismo; PARETO no sostiene que las únicas medidas que pueden considerarse "mejoras" son las que benefician a todos por igual. Algunos pueden ser mucho más beneficiados que otros; pero lo importante es que aun el último de los miembros del grupo resulte de alguna manera beneficiado. Si unos ganan a costa de los otros (uno gana 100 y diez personas pierden 10), no tenemos mejora alguna. Pero si uno gana 100 y los otros ganan 10, incluso estos últimos tienen interés en el cambio porque se trata de una situación mejor que la anterior. Y, desde el punto de vista social o de grupo, la situación posterior es preferible a la anterior porque se ha producido un incremento general de riqueza.

Ahora bien, en un mundo ideal en el que las transacciones no tengan un costo y puedan realizarse de manera muy fluida, cada uno intentará comprar al otro aquéllo que le interesa. No se trata solamente de

---

57. *Cf.* E.J. MISHAN: *Pareto optimality and the Law*. American Economy Association, Vol. LVII, No. 3, Evanston, Illinois,June 1967. *Vid.* Vilfredo PARETO: *Manuel d'Economie Politique*. Marcel Giard, Ligraire-Editeur Paris, 1927.

bienes materiales, sino que aquél a quien no le gusta que le quiten la vista al mar desde su casa, comprará un terreno en la primera línea de la playa; y por ello pagará un precio mayor. Este sobreprecio será de una magnitud equiparable a su interés; porque cuando los precios de los terrenos con frente al mar sean demasiado caros, ese individuo llegará al límite de su interés en la vista al mar y quizá entonces preferirá invertir ese dinero suplementario (la diferencia entre el valor de su interés y el precio del terreno frente al mar) en aumentar el capital de su industria. Consecuentemente, no comprará tal terreno o, si ya lo tiene, lo venderá y comprará otro en segunda línea, a fin de dedicar el dinero suplementario al negocio. Si todos los hombres razonan de esta manera —aplicando un cálculo estricto de costo/beneficio— negociarán ininterrumpidamente hasta llegar —a través de múltiples y repetidas transacciones— a una situación óptima en los términos de PARETO.

Debe tenerse presente que este tipo de razonamiento no toma en cuenta en lo más mínimo los elementos que pudieran ser agrupados bajo términos tales como "justicia", "equidad", etc. Todo ello es considerado simplemente como una perturbación cultural al libre fluir del mercado; no se debe pretender imponer algo porque nosotros creemos que es justo, sino dejar que todo el mundo negocie de acuerdo a sus intereses. Sólo de esta manera se llegará finalmente a una "verdadera justicia" (posiblemente los economistas rechazarían esta expresión que corresponde al lenguaje de la ética) que es la optimalidad de PARETO.

29. *El problema del costo social.* El artículo que abre esta nueva línea de reflexión jurídica —materia de intensos debates desde entonces— es el publicado en 1960 por R.H.COASE bajo el título *The Problem of Social Cost* [58].

Aplicando la teoría económica neo-liberal y el criterio de optimalidad de PARETO, este autor llega a la conclusión de que, si las transacciones son fluidas, no tiene mucha importancia el reparto original de los bienes y ni siquiera las intervenciones del Derecho para respaldar o modificar posteriormente ese reparto. Cualquiera que sea la distribución original de recursos o el tipo de intervenciones del Derecho, las personas llegarán al óptimo de PARETO a través de negociaciones entre ellas.

---

58. R. H. COASE: *The Problem of Social Cost.* 8 The Journal of Law & Economics. Vol. III, 1. Octubre de 1960.

Observemos la gravedad de esta conclusión: el Derecho es irrelevante para promover una "justicia distributiva" ya que necesariamente se llegará a una situación óptima (para todos, en términos de PARETO) si simplemente se deja que cada uno negocie libremente, si el mercado funciona de manera flexible y ágil, si las partes involucradas no tienen trabas para llegar a acuerdos entre ellas y si no existen costos de la negociación misma que distorsionen los precios de lo que se pretende obtener a través de la negociación.

Esto significa que el papel del Derecho no consiste en introducir valores propuestos culturalmente dentro de las relaciones de los individuos sino simplemente en facilitar que los individuos obtengan negociadamente la realización de los valores que ellos mismos se proponen. Todo intento del Derecho de afirmar o imponer valores sobre un individuo es una forma condenable e ineficiente de paternalismo porque, por principio, como lo señaló John Stuart MILL, "la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso sería mejor para él o porque le haría feliz o porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo"[59].

Dentro de esta línea de razonamiento, COASE trata de demostrar que la óptima asignación de recursos no se encuentra afectada porque existan o no existan reglas jurídicas sobre responsabilidad extracontractual: de una forma o de otra, si las personas pueden negociar de manera libre y generalizada, se llegará a la misma situación. Gordon TULLOCK lo plantea gráficamente: "Si el Derecho de la Responsabilidad Extracontractual fuera derogado para los casos de accidentes del tipo que venimos discutiendo, el individuo que demande judicialmente una indemnización por daños sufridos como consecuencia de un accidente de automóvil recibiría gran simpatía de las Cortes, pero nada más. Esta propuesta chocará a muchas personas, pero no es absolutamente obvio que cause mayores problemas una vez que los nuevos seguros hayan sido

---

59. John Stuart MILL: *Sobre la libertad.* Alianza Editorial, Madrid, 1970, p. 65.

contratados. En estas circunstancias, me aseguraré a mí mismo contra daños por accidentes"[60].

Desglosemos el argumento en cada una de sus partes componentes a fin de comprender mejor cómo trabaja.

Imaginemos primero un mundo jurídico en el que se imponga la responsabilidad objetiva como regla general para la indemnización de daños causados por accidentes. Estamos frente a la más estricta de las responsabilidades legales, independientemente de que exista culpa o no, el agente debe pagar una indemnización a la víctima. Dentro de la esfera del automovilismo, lo que sucederá lógicamente es una expansión de los llamados *seguros de responsabilidad civil* o seguros de tercera persona *(Third party liability)*. Todo automovilista razonable tomará un seguro para cubrirse de los daños que pudiera causar con su automóvil, los que le serán fatalmente imputados en base a la responsabilidad objetiva. Pero, indudablemente, este automovilista no absorberá por sí solo el costo de las primas de seguro. Dado que ese automovilista vende también algo (nadie puede vivir sin vender en una sociedad de mercado), cargará esos costos al precio del producto que vende. Por consiguiente, ya sea que venda un servicio de transporte porque utiliza ese automóvil para conducir pasajeros o carga, ya sea que venda los productos que fabrica su empresa si es un industrial, ya sea que venda sus servicios personales si es un profesional o un simple trabajador, en cualquiera de estos casos aumentará algo el precio de sus productos o servicios a fin de resarcirse del costo de las primas de seguro. De esta manera, las eventuales víctimas también pagarán el costo de tales primas a través de los productos o servicios que consumen. Por su parte, esas víctimas aumentarán también el precio de sus respectivos bienes y servicios; y así sucesivamente. De manera que, a la larga, todos los individuos habrán costeado la indemnización de las víctimas.

Ahora comparemos esta situación con la que pudiera presentarse si derogamos todas las normas sobre responsabilidad extracontractual aplicables a los accidentes automovilísticos. ¿Sería acaso diferente? TULLOCK nos dice que, si sabemos que nadie nos pagará por los daños

60. Gordon TULLOCK: *The Logic of the Law*. Basic Books. New York, London, 1971, p. 106.

que pudiéramos sufrir como consecuencia de que existen automóviles en circulación, toda persona razonable intentará también asegurarse. Pero este seguro no será del mismo tipo: esta vez no nos aseguraremos por los daños de los cuales pudiéramos ser responsables frente a terceros sino que, como cada uno tiene que soportar su propio daño, nos aseguraremos frente a los daños que nos pueden ocurrir a nosotros mismos *(First party insurance).* Ahora bien, dado que dentro de la sociedad de mercado todos venden algo, cada uno de nosotros cargará el costo de las primas del seguro al precio de sus propios bienes o servicios; con lo cual los terceros, entre los que se encuentran los automovilistas, también contribuirán al pago de tales primas. Por consiguiente, sea por un camino o por el otro, son las mismas personas (todas las involucradas en un lado u otro) que terminan pagando el costo de los seguros necesarios para cubrir los accidentes.

No se piense que este argumento puede ser destruido aduciendo que los seguros no se encuentran suficientemente desarrollados y que, cuando menos en algunos países, no hay una tal consciencia de la necesidad de asegurarse. Si eliminamos la variable «seguros», todo sigue igual: lo único que cambia es que lo que habrá que trasladar a costos y hacer objeto de nuestras negociaciones no es simplemente una prima de seguro sino el monto íntegro de la reparación (si no hay normas de responsabilidad civil).

30. *La teoría económica repensada.* Los planteamientos que hemos expuesto están asentados sobre un presupuesto fundamental: que el mercado pueda funcionar sin ninguna traba y basado exclusivamente en un razonamiento utilitario. Sin embargo, ésta no parece ser la situación real.

CALABRESI denuncia esta falta de correspondencia de la situación teórica con la situación real. Es verdad, dice, que si se asume que la conducta es siempre racional, que las transacciones no implican costo y que no hay restricciones legales para el mercado y para la libre negociación, toda distribución defectuosa desde el punto de vista de PARETO (ya sea porque el reparto original era defectuoso o porque se produjo una situación posterior —un accidente— que modificó el *status* económico de las partes), será "curada" por el mercado[61] a través de las negociaciones o

61. Guido CALABRESI: *Transaction costs, resource allocation and liability rules. A comment.* II The Journal of Law & Economics 68 (1968).

transacciones subsecuentes. Por ejemplo, si el costo de un artefacto que impida que el humo de las fábricas deteriore el trigo de los agricultores vecinos es más barato que producir un trigo resistente al humo, los agricultores tendrán interés en pagar a las fábricas ese costo para que instalen el aparato; y a su vez los agricultores cargarán este costo al precio del trigo. Si, en cambio, es más barato producir una variedad de trigo resistente, los agricultores no querrán pagar nada a los fabricantes por el dispositivo anticontaminante y preferirán invertir una suma menor en una solución propia.

Pero, agrega CALABRESI, no existe nunca una situación tan fluida en la que todo pueda ser cargado al mercado y donde la transacción misma no suponga un costo que crea una distorsión del sistema. Dado que la sociedad está formada por un gran número de personas y que no todas tienen igual capacidad para negociar, las bases sociales de toda la construcción teórica propuesta se resienten cuando son confrontadas a la realidad. Muchas personas están en una posición negociatoria débil, ya sea porque tienen patrones culturales que las limitan o porque su ubicación dentro del mercado no les permite trasladar el costo del daño a su propia actividad o porque existen costos de oportunidad que no pueden afrontar. En estas condiciones, el reparto original de bienes y de posibilidades o las intervenciones posteriores del Derecho, influyen notablemente en los resultados de las transacciones recíprocas.

Veamos el caso de los accidentes de trabajo. La teoría dice que no importa en quién recaiga el peso económico del daño porque el mercado se encargará de distribuirlo adecuadamente: si recae en el trabajador (es decir, si el empleador no tiene obligación de resarcir el daño sufrido), los trabajadores exigirán al empleador una suma mayor por concepto de salario con el objeto de "auto-asegurarse"; si cae en el empleador, los fabricantes colocarán esta incidencia como parte del costo y los trabajadores tendrán que pagarla dentro del precio de los artículos que compran. Pero si analizamos la realidad, este razonamiento no es exacto. Cuando no existía seguro de accidentes de trabajo, el trabajador no tomaba en cuenta el riesgo para establecer el monto del salario que pedía por su trabajo; y, en la mayor parte de los casos, tenía que aceptar el salario que le daban o se quedaba sin trabajo y se moría de hambre[62].

---

62. Guido CALABRESI: *Some thoughts on risk distribution and the law of torts.* 70 The Yale Law Journal 506 (1961).

MISHAN señala también sus reservas sobre la tesis de que el Derecho es en última instancia irrelevante en la asignación de lo que le corresponde a cada uno. La ley, según obligue o no obligue a pagar los daños originados por una determinada acción, determina en quién recae el esfuerzo de negociación. Si la ley hace responsable al industrial que arroja sus desagües químicos al río, por los daños causados a agricultores que riegan sus campos aguas abajo, entonces será tal industrial quien tendrá que intentar comprar a los agricultores su derecho a demandar: tendrá que ofrecerles una suma que les haga económicamente soportable el hecho de recibir aguas contaminadas. En cambio, si la ley no le atribuye ninguna responsabilidad sobre la base de que se trata de daños indirectos o de cualquier otra argumentación jurídica, entonces serán los agricultores quienes tendrán que intentar comprarle al industrial su derecho de contaminar: le ofrecerán una suma que le haga económicamente rentable colocar un dispositivo de purificación de los desagües antes de que sean arrojados al río. El hecho de que el orden jurídico reconozca el derecho del ciudadano a usar aguas no contaminadas, a la ausencia de ruidos molestos, a disfrutar de aire puro, etc. coloca la carga del compromiso económico en quienes pretenden destruir estas condiciones y abre mayores posibilidades de negociación a los afectados[63].

Hay un argumento más en contra de la teoría reseñada —aún sin entrar en los problemas filosóficos y éticos que ella encierra— que CALABRESI apunta. Para establecer el verdadero funcionamiento del mercado en cada caso, haría falta una enorme cantidad de información. Si se quisiera simplemente analizar el tipo de transacciones en cascada que conducirían al óptimo de PARETO a partir de un accidente de automóvil, sería necesario reunir una inmensa cantidad de datos; y hasta ahora no se ha intentado un análisis completo de ese tipo.

Pero los abogados no pueden esperar hasta tener una seguridad completa para actuar. Mientras que los economistas —al menos, los economistas neo-liberales— tratan de matematizar las situaciones y moverse en un mundo de verdades establecidas y vinculadas entre sí mediante ecuaciones, los abogados se mueven en el mundo de lo meramente probable. Pero como el mundo probable es el de todos los días, los aboga-

---

63. E.J. MISHAN: *Pareto optimality and the Law.* American Economic Association. Vol. LVII. No. 3. Evanston, Illinois. Junio de 1967.

dos están más cerca de la realidad que esos esquemas económicos abstractos. Por otra parte, en este mundo de todos los días la gente tiene otros intereses al margen del beneficio económico: la gente cree también en la justicia y en un conjunto de valores culturales o morales que quiere que sean realizados, independientemente de su relación costo/beneficio. El abogado no puede ceñirse simplemente a una racionalidad hipotética, sino que tiene que ayudarse en su labor con un ejercicio adivinatorio *(guess work)* sobre lo que son realmente los hechos y sobre lo que la gente realmente quiere.

Por todo ello, mientras que para COASE la menor intervención del Gobierno y del Derecho es usualmente lo mejor, para CALABRESI las cosas se presentan de manera bastante más compleja. De ahí que aún cuando en teoría el mercado bajo ciertas condiciones puede controlar las diferentes situaciones y lograr un óptimo, en la práctica no se puede abandonar todo al mercado porque carecemos de los datos sobre su operación en la realidad, sobre las condiciones en que realmente está actuando[64].

31. *La propuesta de CALABRESI.* Otro trabajo que constituye un hito insoslayable en la moderna reflexión sobre la responsabilidad extracontractual y sobre las relaciones entre el Derecho y la Economía es el libro de CALABRESI titulado *The Cost of Accidents*[65]. Sin embargo, antes y después de la aparición de ese libro, CALABRESI ha publicado diversos artículos que aclaran y complementan sus planteamientos.

Para CALABRESI, la responsabilidad extracontractual no es un campo aislado del Derecho sino que sus reglas tienen una estrecha relación con las demás normas, particularmente con las de los Derechos Reales y las del Derecho Penal. En última instancia, el Derecho es un sistema de protección de intereses individuales que la comunidad considera con "título" suficiente para ser protegidos. Por tanto, básicamente el orden jurídico confronta en primer lugar un problema de "titularidad". Determinada las bases de tal titularidad, el Derecho se encarga de proteger

---

64. Guido CALABRESI: *Transaction costs, resource allocation and liability rules. A Comment.* II The Journal of Law & Economics 72-2 (1968).

65. Guido CALABRESI: *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis.* Yale University Press, New Haven y London, 1970.

los "títulos" a través de diferentes grupos de normas. En el campo del Derecho Civil, los Derechos Reales protegerán los títulos sobre bienes objetivables *(rei)*, bienes permanentes que están en el comercio de los hombres y cuyo título es oponible a cualquiera; la responsabilidad contractual protegerá los títulos sobre intereses efímeros (duran lo que dura la relación contractual); la responsabilidad extracontractual protegerá los títulos sobre bienes *extra commercium*, que no pueden ser objeto de propiedad (derecho a la vida y a la salud, a la honra, al goce pacífico de los bienes, etc.), y también las "propiedades" cuando no se atenta contra su titularidad (que es materia de los Derechos Reales) sino contra su integridad física o contra su valor económico (daños y perjuicios). El Derecho Administrativo colabora con tal protección prohibiendo o alentando ciertos actos que pueden afectar los bienes titulados y administra la comunidad de titulares. El Derecho Penal prolonga una de las funciones del Derecho Administrativo prohibiendo de forma radical ciertos actos que afectarían también muy radicalmente los respectivos derechos titulados[66].

El problema fundamental consiste, entonces, en determinar las bases de la titularidad y luego definir los mecanismos de respaldo. Uno de los criterios que puede regir este proceso es el de la eficiencia económica u optimalidad de PARETO. Pero, como hemos visto, CALABRESI reconoce —contra lo que sostienen los más fervorosos defensores de la corriente denominada *Law & Economics*— que la optimalidad funciona de manera diferente según el reparto inicial, porque las transacciones posteriores resultan afectadas por la desigual distribución de riqueza. Además, CALA—BRESI acepta que hay valores culturales (religiosos, éticos, etc.) que muchas veces parecen asumir más importancia que la optimalidad misma.

Estas ideas informan su teoría sobre los accidentes. En este campo, los individuos son indudablemente titulares de un derecho a gozar de su vida y de sus bienes en condiciones pacíficas y normales. El orden jurídico pretende proteger estos bienes mediante procedimientos que tienden fundamentalmente a evitar que sean afectados; o a que, si lo son, el daño producido sea reparado. Con estas miras, CALABRESI distingue tres ti-

---

66. Guido CALABRESI y A. Douglas MELAMED: *Property rules, liability rules and inalienability: one view of the Cathedral.* 85 Harvard Law Review 1089 (Abril 1972).

pos de costos que se derivan de los accidentes: (a) los costos primarios, que son los resultados directos del accidente: la vida truncada, el miembro perdido, la propiedad dañada, la salud quebrada por la contaminación ambiental, etc.; (b) los costos secundarios, que están constituidos por las sumas de dinero que deben pagarse como indemnización a quienes sufrieron los daños: el peso económico del daño que recae sobre un individuo en particular, ya sea que se le llame "el culpable", "el agente", etc.; y (c) los costos terciarios, que son todos los derivados de poner en funcionamiento la maquinaria legal que controla los costos primarios y los secundarios: el costo de prohibir administrativamente una determinada actividad, el costo para la víctima de demandar, el costo para el Poder Judicial de manejar una gran cantidad de juicios de responsabilidad, etc.[67].

El ideal sería minimizar los tres costos antes mencionados. Sin embargo, estos tres tipos de costos se encuentran interrelacionados y lo que minimiza uno de ellos puede maximizar el otro. Por ejemplo, no puede pensarse que la sociedad quiere eliminar los accidentes a cualquier precio; hay muchos casos en los que el costo de una medida destinada a evitar un accidente (costo terciario) es demasiado alto y hace imposible su aplicación. Así, es necesario desterrar el mito de que la sociedad protege la vida humana por sobre todas las cosas. "Nuestra sociedad" dice CALABRESI, "no se ha comprometido a preservar la vida a cualquier costo... Se aceptan riesgos que —estadísticamente, por lo menos— tendrán indudablemente un costo en vidas humanas"[68]. De lo que se trata entonces es de saber "cuán lejos queremos ir en salvar vidas y a qué costo"[69].

Para combatir los costos de los accidentes puede recurrirse a medidas que operan a través del mercado *(general deterrence)* y que no prohiben la actividad generadora de accidentes pero obligan a pagar sus consecuencias (reglas de responsabilidad extracontractual)[70] o a medidas que

---

67. Guido CALABRESI: *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis.* Yale University Press. New Haven y London, 1970, pp. 26-31.

68. Guido CALABRESI: *Op. cit.*, p. 17.

69. *Ibidem.*, p. 18.

70. Guido CALABRESI: *Op. cit.*, pp. 68-88.

operan administrativamente *(specific deterrence)* y que prohiben o limitan la actividad generadora de accidentes (reglamento de tránsito que establece velocidades máximas, obligación de colocar un artefacto anticontaminante en las chimeneas de las fábricas, prohibición de tener una fábrica de explosivos en el centro de la ciudad, etc.)[71].

Habitualmente, los sistemas de responsabilidad extracontractual se combinan con medidas administrativas para combatir o compensar el costo de los accidentes. Y, si se quiere diseñar un método eficaz de minimizar los efectos de los accidentes, es preciso estar muy consciente de esta vinculación entre ambos tipos de medidas. Por ejemplo, si la acción por daños y perjuicios es demasiado complicada o si es usual que la víctima no obtenga judicialmente reparación o que la reparación obtenida sea siempre insatisfactoria (por el tiempo transcurrido o por otras razones), las personas manifestarán una tendencia a contratar un seguro; lo que facilita la *reparación* del daño (costos secundarios). Ahora bien, las Compañías de Seguros señalarán primas más ventajosas a quienes tengan automóviles reforzados que resisten mejor las colisiones (en el caso de seguro de automóviles) o a quienes sepan manejar armas (en el caso de seguros personales). Pero los automóviles reforzados hacen más estragos a los demás automóviles cuando chocan y la difusión del uso de armas en la población hace más insegura la vida en la ciudad; lo que incrementa la *producción* de daños (costos primarios). El mismo razonamiento es aplicable al caso de que el Gobierno desarrolle un sistema de seguro obligatorio de accidentes de automóviles; si se opta por seguros de "primera persona" (cada seguro paga los daños propios de su asegurado) en vez de los seguros por "tercera persona" (cada seguro paga los daños de la otra persona involucrada en el accidente), se tienen numerosas ventajas: se elimina la engorrosa investigación de la culpa, la víctima reclama a su propia Compañía de Seguros con la que tiene relaciones habituales, etc.; pero las Compañías de Seguros favorecerán todos los mecanismos que reduzcan el daño propio aunque aumenten la peligrosidad de ese automóvil y consecuentemente incrementen la producción de daños.

CALABRESI sugiere que el peso económico del daño debe ser inicialmente colocado en quien es el "más barato evitador del daño"

---

71. Guido CALABRESI: *Op. cit.*, pp. 95-128.

(cheapest cost-avoider). "Es preciso" dice, "detectar qué actividad o grupo de actividades puede reducir los costos de los accidentes en la forma más barata en términos de valores de mercado, dado que solamente si los costos son atribuidos a esas actividades puede haber propiamente una decisión adecuada del tipo *general deterrence* (es decir, vía el mercado) por o contra los costos de los accidentes. El problema análogo para la *specific deterrence* consiste en determinar cuáles actividades pueden reducir 'mejor' los costos de accidentes desde un punto de vista colectivo"[72]. En otras palabras, se trata de golpear el mal en su origen, obligando económica o administrativamente a tomar una decisión en contra del accidente a aquél que precisamente es quien puede evitarlo. El responsable será aquél que mejor pueda evaluar el riesgo de accidente, porque es el que mejor puede adoptar las medidas necesarias para evitar que el accidente se produzca.

Esta determinación del *cheapest cost-avoider* puede hacerse caso por caso o también por categorías de agentes o de actividades: los automovilistas, los que usan máquinas en su producción, los que producen bienes destinados al consumo, los que abren piscinas al público, etc. Dentro de este contexto, el principal objetivo de todo sistema de responsabilidad extracontractual por accidentes tiene que ser la reducción del costo de los accidentes. Pero el sistema debe ser sentido como justo*(fair)*. Propiamente hablando, la justicia no es un objetivo sino una limitación: el objetivo es reducir el costo de los accidentes (en el cual se incluye tanto el disminuir las posibilidades de accidentes como el compensar a las víctimas); y es ésto lo que hay que hacer de manera justa[73].

CALABRESI no ignora la naturaleza social del accidente moderno; y, por ese motivo, no deja de ver la necesidad de diluir el peso económico del daño entre la sociedad. Por eso incluso afirma que, complementariamente al principio de hacer recaer la responsabilidad sobre el *cheapest cost-avoider*, hay que aplicar el principio de que la responsabilidad debe incidir fundamentalmente en quien mejor pueda asegurarse o auto-asegurarse[74].

---

73. Guido CALABRESI: *Op. cit.*, pp. 24-5.

74. Guido CALABRESI: *Fault, accidents and the wonderful world of Blum and Kalven.* 75 The Yale Law Journal 225 (1965).

Este planteamiento pudiera parecer contradictorio: si de lo que se trata es de presionar económicamente sobre quien puede evitar el daño para que efectivamente lo evite, parecería que éste debe soportar todo el peso económico sin diluirlo a través del seguro o de los precios. Sin embargo, es claro que no sería realista pensar que, dentro de una economía de mercado, aquél a quien se le ha hecho recaer la responsabilidad no va a intentar desplazarla a otros mediante alguno de los procedimientos mencionados. Pero ello no afecta el objetivo de erradicación del daño en la medida en que no vivimos dentro de un mundo de mercado ideal. Las transacciones no son tan fáciles ni tan fluidas como lo supone la teoría: el precio de muchos productos no puede ser aumentado sin dificultades, el hecho de recibir inicialmente el peso económico del daño —aunque después lo transfiera— implica costos financieros y de oportunidad que a su vez tienen que ser desplazados a los precios; pero todo ello hace cada vez más complejas las cosas. Por consiguiente, aun cuando el peso del daño pueda ser teóricamente diluido a través del sistema de precios y de los seguros, en la práctica quien lo recibe inicialmente preferiría no haberlo recibido nunca. De esta manera existe siempre una función de *deterrence*.

Desde su perspectiva fundamental de *deterrence*, lo que CALABRESI no admite es que el costo del accidente sea retirado de la economía tanto del causante como de la víctima mediante un sistema de seguro social general[75], del tipo de Nueva Zelandia. Mientras el costo del accidente tenga que ser internalizado por el *cheapest cost-avoider*, aun cuando éste proceda después a difundirlo más o menos trabajosamente, el efecto *deterrence* está siempre presente. En cambio, dice CALABRESI, cuando nadie resulta incomodado por el accidente porque un organismo estatal se encarga de compensarlo, nadie se preocupará tampoco por evitar las causas de los accidentes.

Sin que ello signifique que nos inclinemos por un seguro estatal —respecto del cual debo confesar mi escepticismo— pienso que esta última conclusión no es del todo rigurosa. Es posible hacer una distinción entre los daños intolerables (todos aquéllos que se pueden razonablemente evitar y no se evitan) y los propiamente accidentes. Los primeros son

75. *Ibidem*, p. 232.

aquellos que la sociedad puede y quiere evitar. Para ello, ha establecido medidas de *specific deterrence*, como la prohibición de conducir por encima de cierta velocidad dentro del área urbana o la obligación de descontaminar las aguas que se arrojan al río, etc. También se encuentran en este grupo los daños causados mediando dolo o culpa inexcusable. Los segundos, los accidentes, son los que no se pueden evitar razonablemente (debido a que su producción misma es colectiva y a que el costo colectivo de evitarlos sería más alto de lo que la sociedad está dispuesta a pagar). Podríamos decir que los daños intolerables deben ser internalizados por el *cheapest cost-avoider* (que en el caso de los daños dolosos o causados mediando negligencia inexcusable será el "culpable", en sentido clásico) con el objeto de desalentarlo en la creación de la situación generadora del daño, mientras que los propiamente accidentes pueden ser internalizados directamente con el objeto de que su peso sea diluido de la mejor forma posible (ya que no hay forma de evitarlos).

32. *Apreciación general de esta perspectiva de la responsabilidad extracontractual.* Las tesis sostenidas por los partidarios de la corriente denominada *Law & Economics* son difícilmente aceptables.

De un lado, sus razonamientos estan basados en un mercado ideal que no parece corresponder a ninguna realidad social; menos aún a la de un país como el Perú donde las transacciones se encuentran obstruidas por múltiples trabas y donde la mentalidad utilitaria no es el patrón psicológico de comportamiento ni aun entre los grupos más directamente influenciados por el liberalismo capitalista: nuestro "medio de negocios" constituye una extraña mezcla de privilegios feudales, actitudes de *condottiere* renacentista y un análisis costo/beneficio artesanal; mezcla que, para hacerlo todo aún más complicado, se expresa en argot capitalista. Y este medio se encuentra rodeado por una mayoría nacional que aún no ha ingresado a la mentalidad de mercado y que posiblemente no ingrese nunca porque su desarrollo sigue caminos diferentes que pudieran llevarla hacia formas nuevas de progreso.

De otro lado, no parece posible mantener realistamente ese afán de "pureza" del razonamiento económico (que nos recuerda mucho, en tanto que actitud, a la teoría "pura" del Derecho planteada por KELSEN). Para bien o para mal, el razonamiento en estas materias tiene siempre un carácter social. Esto significa que nada es "puro": el Derecho no puede ser entendido sin un recurso a la economía, pero tampoco la Economía pue-

de ser entendida sin un recurso a lo que una determinada cultura considera justo, a los valores que esa cultura quiere respetar.

Dentro de esta línea de consideraciones las tesis de CALABRESI merecen la mayor atención, aun cuando sea preciso repensarlas íntegramente para adaptarlas a una tradición jurídica diferente y a una sociedad en la que la mentalidad y los procedimientos de mercado no se encuentran desarrollados.

Dicho esto, es preciso destacar también que el esfuerzo de la corriente *Law & Economics* tiene un enorme valor y merece un detallado examen. Aun cuando no estemos de acuerdo con sus conclusiones y aun cuando nuestra propia posición se encuentra fuertemente teñida por una actitud moralista, no podemos ignorar que las reflexiones de los autores que hemos citado nos fueron extraordinariamente útiles para una mejor comprensión de la responsabilidad extracontractual; y pensamos que ya no es posible tratar esta institución jurídica sin reflexionar y tomar posiciones frente a este nuevo hito teórico.

La perspectiva económica tiene la virtualidad de mostrarnos la naturaleza social del daño. Esto significa, por una parte, que ciertos daños son resultado de los intereses del grupo social y no sólo de la maldad o de la negligencia o imprudencia de un individuo aislado. Pero también significa, por otra parte, que el daño de uno puede ser el bien de otro; y viceversa. Dice COASE: "La cuestión ha sido usualmente pensada como si A le causa un daño a B y lo que tiene que decidirse frente a esto, es: ¿cómo se debe refrenar a A? Pero esto es equivocado. Estamos tratando con un problema de naturaleza recíproca. Para evitar el daño a B, le causamos un daño a A"[76]. Veamos un ejemplo. Prohibimos que una fábrica se instale en determinado lugar porque sus humos dañarán los campos vecinos. Pero entonces la fábrica tiene que irse más lejos y esto aumentará sus costos de transporte y otros. Por consiguiente, para evitar un daño al agricultor, le causamos un daño al industrial. Por eso, sigue COASE, "La verdadera pregunta que tiene que ser contestada es: ¿debemos permitir que A le cause un daño a B o debemos permitir que B le cause un daño a A? El problema está en evitar el daño más serio"[77].

---

76. R.H. COASE: *The Problem of the Social Cost.* 8 The Journal of Law & Economics. Vol. III, 1 Octubre de 1960.

77. *Loc. cit.*

El análisis económico contribuye a desmitificar cosas; hace ver que quizá elementos que desde un punto de vista cultural parecían muy importantes, en realidad lo son menos si examinamos sus efectos y vemos que su participación no influye mucho en el resultado final.

Quizá podemos decir con MICHELMAN que el análisis económico no es la solución a los problemas de la responsabilidad extracontractual, pero es un extraordinario "generador de hipótesis"[78]: hipótesis novedosas, ángulos todavía insospechados para tratar el problema, que deben ser articulados con los demás ángulos (incluyendo los clásicos), a fin de tener una mejor visión de conjunto.

78. Frank I. MICHELMAN: *Pollution as a Tort: A Non-Accidental Perspective on Calabresi's Costs*. 80 The Yale Law Journal 647 (1971).

TITULO III

LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL EN EL PERU

33. *El Código Civil de 1852.* El codificador de 1852 adoptó el principio de la culpa como base para la determinación de la responsabilidad, de acuerdo a la tradición de la época.

De la misma manera como el *Code Napoléon* en el cual se inspira, el Código Civil peruano de 1852 coloca la materia bajo el título "Obligaciones que nacen de delitos o de cuasidelitos", marcando de esta forma el carácter de hecho ilícito del acto que produce el daño resarcible y la necesidad de la presencia del dolo o de la culpa para configurarlo.

Esta culpa debe ser demostrada por el demandante en la generalidad de los casos. Sin embargo, existen algunas situaciones en las que ya se admite una inversión de la carga de la prueba. Este es el caso de la responsabilidad de los padres, guardadores, maestros y, en general, personas que tengan a alguien bajo su cuidado, por los daños que cometan los hijos, las personas sujetas a la guarda, los alumnos y, en general, aquellos sujetos al cuidado de ellas, respectivamente: si bien esas personas responden de primera intención, están en aptitud de liberarse de responsabilidad justificando que no pudieron impedir el hecho que causó el daño (art. 2194). También sucede lo mismo con la responsabilidad por daños producidos por animales, por los que responde el dueño; pero éste puede liberarse probando que el animal se había perdido o extraviado sin su culpa (art. 2192).

Cabe señalar que en este último caso la responsabilidad es más estricta: no se libera el dueño del animal si éste no se hubiera extraviado, aunque pruebe que no podía hacer nada para impedir el daño. En el fondo, hay aquí un atisbo de la teoría del riesgo creado que no estaba pre-

sente en su antecedente francés. En el *Code Napoléon* —cuando menos según la interpretación primigenia, que actualmente ha sido variada por los tribunales franceses hasta casi transformar esta responsabilidad en objetiva— el propietario era responsable, ya sea que el animal estuviera bajo su custodia o que se hubiera escapado o perdido; pero tal propietario podía probar también su ausencia de culpa en ambos casos[79]. En cambio, el Código Civil Peruano de 1852 le quita posibilidad de liberarse mediante la argumentación subjetivista si el animal no se ha perdido ni extraviado.

Pero además, existen otras reglas en las que se apunta aún más marcadamente el inicio de un pensamiento jurídico objetivista. Así, el artículo 2197 establece que "el que vive en una casa es responsable de los daños que causen las cosas arrojadas de ésta; pero puede repetir contra el autor del daño". Nótese cómo responde una persona que definitivamente no es el autor del daño y que no necesariamente tiene culpa. Forzando mucho la teoría de la culpa, alguien podría aducir que existe en esta peculiar responsabilidad una cierta base de culpa porque todo el que vive en una casa tiene la obligación de vigilar que ninguno de los otros moradores arroje algo por la ventana. Pero esta argumentación no corresponde a la naturaleza jurídica de la situación prevista en la norma: esa persona no puede exonerarse probando que no tuvo culpa; sólo le queda repetir contra el verdadero autor del daño.

Tiene igualmente un sabor objetivista —consciente o inconsciente— el artículo 2198 cuando establece que "Se obligan también a reparar los daños que causen: (1) El que tiene alguna cosa puesta o suspendida en un lugar por donde pasan o en que se paran hombres, y cuya caída puede causar daño; (2) El que corre por las calles a bestia, o en cualquier especie de carro; (3) El que va dentro del carro y ordena la carrera al conductor; (4) El que arrea bestias por las calles haciéndolas correr; y (5) El que caza con armas de fuego o pone trampas en el camino". Debe advertirse que no se trata propiamente de casos de culpa, porque todas esas actividades pueden realizarse con el mayor cuidado. Estamos más bien ante un caso de riesgo cuando el Código ordena que, aunque se

79. Henri y Léon MAZEAUD: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. T.II, 6a. ed. Editions Montchrestien. Paris, 1970. Nos. 1072-3, p. 143.

practique la cacería con toda prudencia, el que hiera a otro en esas circunstancias responde por los daños. No cabe duda de que esta norma se aproxima bastante más a la teoría de 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 intuiciones que están en el ambiente jurídico y que llevarán posteriormente a los juristas franceses a formular tal teoría.

34. *El Código Civil de 1936.* El legislador del Código Civil de 1936 se mantuvo dentro de la tradición de la culpa, con algunas excepciones para las que acogió tímidamente la teoría objetiva.

A pesar de las intuiciones de OLAECHEA respecto de la presencia de un componente social en la responsabilidad por accidentes y a pesar de sus esfuerzos por introducir un principio objetivo de responsabilidad, esta labor de avanzada no fue comprendida.

Juan José CALLE apoyó la introducción del principio de responsabilidad objetiva propuesta por OLAECHEA y en un *Memorandum,* presentado a la Comisión Reformadora, manifestó su opinión en el sentido de que no sólo los actos ilícitos podían dar nacimiento a la obligación de reparar sino también algunos actos que, aun siendo lícitos, debían dar lugar a resarcimiento en el caso de que causaran daño, debido a su carácter riesgoso. Por este motivo, propuso que en el nuevo Código se mantuviera el tenor del artículo 2191 del Código Civil de 1852, pero que se le infundiera una nueva interpretación: la palabra "hechos" debía ser entendida en sentido objetivo. Termina su *Memorandum* manifestando de manera expresa su concordancia con OLAECHEA[80].

Sin embargo, Alfredo SOLF y MURO discrepó radicalmente de este temperamento modernizante y sostuvo que los actos lícitos no pueden dar lugar a reparación aunque produzcan daños, porque conforman una "zona inmune en que puede moverse el hombre impunemente"; y tal zona "es de gran importancia en la práctica para dar una guía a quien deba conducirse en la vida con seguridad". En consecuencia, no acepta que se traslade al nuevo Código el antiguo artículo 2191 —que, acogido

80. *Código Civil del Perú.* Anotado por el Dr. Juan José CALLE. Librería e Imprenta Gil. Lima, 1928, p. 712.

aisladamente, podía haber dado una equivocada impresión objetivista—sino con la aclaración en otra norma en el sentido de que los actos practicados en el ejercicio regular de un derecho no dan lugar a responsabilidad extracontractual: "Esta última salvedad importa decir que sólo hay lugar a la indemnización de los daños causados por los hechos del hombre no ejercidos en forma regular o, en otros términos, que el ejercicio normal de un derecho no acarrea responsabilidad, aun cuando ocasione perjuicio"[81]. En sus conclusiones, SOLF y MURO dice adherirse también a la propuesta de OLAECHEA, pero siempre "que se declare que la responsabilidad por el riesgo creado tendrá aplicación en los casos contemplados en las leyes especiales sobre riesgo profesional, y en las que se establecen el riesgo de empresa u otras de la misma índole"[82]. Como puede apreciarse, se trata de una adhesión de pura cortesía porque, en la práctica, la propuesta de OLAECHEA quedaba totalmente transformada: el Código contemplaría únicamente la responsabilidad por culpa y había que dejar a otras leyes especiales la responsabilidad objetiva. Esta posición ilustra el mecanismo de auto-arrinconamiento dentro de límites cada vez más estrechos que sufre el Derecho Civil en las últimas décadas en razón de su incapacidad para absorber imaginati–vamente la nueva problemática.

El artículo 1136 del Código Civil de 1936 ("Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo") reproduce en forma prácticamente idéntica el artículo 2191 del Código Civil de 1852 ("Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia cause un perjuicio a otro, está obligado a subsanarlo"). Y a su vez la regla del Código Civil de 1852 no hacía sino resumir en un solo texto los artículos 1382 (*"Tout fait quelconque de l'homme, qui cause a autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, a le réparer"*) y 1383 (*"Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence"*) del *Code Napoléon.* Como explican los juristas Henri y León MAZEAUD y André TUNC, la palabra "hecho" *(fait)* mencionada en el artículo 1383 del Código Francés no significa otra cosa que lo que DOMAT había aludido con el mismo término, es decir, el "hecho

81. *Ibid.*, p. 713.

82. *Ibid.*, p. 714.

ilícito" o falta intencional (delito civil)[83]. Por consiguiente, la trilogía "hechos-descuido-imprudencia" del artículo 1136 del Código de 1936 — al igual que sus antecedentes del S. XIX— se refería al dolo y a las dos formas de la culpa (descuido e imprudencia), no a una responsabilidad objetiva por el mero hecho.

Ya hemos señalado que OLAECHEA y CALLE pretendieron infundir a esa norma un nuevo espíritu, insuflándole la responsabilidad objetiva a través de la palabra "hechos". Pero ante la oposición de SOLF y MURO, tuvieron que aceptar la limitación de que ese artículo sólo se refiriera a los daños no causados en el ejercicio regular de un derecho, introduciendo a desgano la tesis de SOLF y MURO en un mero inciso del segundo artículo de la responsabilidad (inciso 1 del artículo 1137); lo que equivalía a dejar la puerta de servicio abierta para que la teoría de la culpa tuviera siempre un acceso, aun cuando fuera de menor categoría.

Las discusiones que precedieron a la dación del Código de 1936 y este giro final de la redacción del articulado han llevado a Manuel A. VASQUEZ de VELASCO a resumir la época, desde una posición subjetivista, en los siguientes términos: "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 pugnaces ambas. Las propugnaba con calor en varios países de América una falange juvenil de abogados noveles, 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"[84].

---

83. Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. T.I. 6a. ed. Editions Monstchrestien. Paris. Nos. 368-375, pp. 454-7.

84. Manuel A. VASQUEZ de VELASCO: *La Responsabilidad Civil Extracon-tractual*. Revista del Foro. Lima, diciembre de 1953.

35. *La interpretación doctrinal del Código de 1936.* El propio Manuel Augusto OLAECHEA aclaró el sentido del criterio de responsabilidad utilizado por el legislador, a través de un interesante proceso de afinamiento conceptual progresivo.

En la Exposición de Motivos del nuevo Código, OLAECHEA había intentado insistir en su interpretación objetivista de las nuevas reglas. Más tarde, en una Ejecutoria Suprema en la que intervino como Fiscal, reafirma esta línea de interpretación[84bis]. La señora Clotilde viuda de Sojo había interpuesto una demanda de indemnización contra don Jorge Kieffer Olcese por la muerte de su esposo, don Manuel Sojo Zárate, producida por un accidente automovilístico en la Avenida Colonial el 22 de abril de 1939. La defensa sostuvo que el accidente no se había producido por omisión o descuido del demandado sino, más bien, por imprudencia de la víctima. En su dictamen del 16 de diciembre de 1943, el doctor OLAECHEA plantea una conciliación difícil. De un lado, sostiene que "el concepto clásico de culpa no puede satisfacer por sí solo las tendencias y necesidades de la vida jurídica contemporánea"; por lo que, apoyándose en lo escrito por él mismo en la Exposición de Motivos del Libro Quinto del Código Civil de 1936, afirma que "Hay en ciertas situaciones un elemento preponderante de riesgo que tiende a objetivar la responsabilidad": "Estos casos miran al interés social y están inspirados en una profunda exigencia de equidad". Tales situaciones se presentan cuando se utilizan ciertos elementos o se realizan ciertas actividades "que entrañan peligro personal o colectivo". Recurre a la autoridad de Angel Gustavo CORNEJO quien, en sus *Comentarios al Nuevo Código*, había sostenido la existencia de un doble principio de responsabilidad: el subjetivo, que se aplica al delito y al cuasi-delito; y el objetivo que se aplica cuando ha mediado un elemento riesgoso. CORNEJO considera que éste último es el caso fundamentalmente en las relaciones derivadas del trabajo, en la utilización de ciertos elementos, en el ejercicio de ciertas actividades, tratándose de incapaces y en lo referente a personas que están bajo la dependencia de otras. Para CORNEJO, los artículos del Código Civil de 1936 que se aplican objetivamente son los siguientes: 1139, 1142, 1144, 1145 y 1146. OLAECHEA no circunscribe la responsabilidad objetiva a determinados artículos sino que piensa que el propio artículo 1136 —pieza central del sistema— encierra la idea de responsabili-

---

84bis. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. Diciembre de 1943. No. 3, pp. 22-24.

dad objetiva si ha intervenido un elemento peligroso. Atendiendo a todo ello concluye que la viuda tiene derecho a ser resarcida por la muerte de su marido en el accidente automovilístico, aun si no ha demostrado la culpa del conductor; lo que presupone que, en su opinión, la circulación automotriz es una actividad riesgosa.

Sin embargo, de otro lado, estaba la realidad del Código que recogía las tesis de SOLF y MURO, que ya hemos reseñado. Por consiguiente, parecía haber una contradicción entre el tenor literal del Código y lo que OLAECHEA sostenía en sus escritos y en sus dictámenes.

Los escritos del mismo OLAECHEA eran un testimonio de esta contradicción entre lo que este jurista hubiera querido para el Código y lo que el tenor del Código dispuso. En un trabajo suyo denominado *El Problema de la Responsabilidad Extracontractual en el nuevo Código Civil*, se advierte claramente esa ambigüedad. En su primera línea declara: "El artículo 1136 del nuevo Código Civil no elimina, como es natural, la noción de culpa". Y unos párrafos más adelante agrega: "He aquí por qué el nuevo Código Civil sin abandonar total y absolutamente, como ningún Código contemporáneo, la noción de culpa, que es siempre un elemento que califica la voluntad, se orienta por el canal objetivo". Parece establecerse aquí un marco de conciliación, cuyas bases deben ser explicitadas. Pero a continuación expresa con gran vigor objetivista: "Para el Código Civil de 1936, el principio de la responsabilidad es general y se produce por todo hecho que cause daño. No puede explicarse la incertidumbre que domina a jueces y abogados. La Exposición de Motivos del Libro V lo dice claramente". Pero cuando intentamos entender esa atormentada relación entre lo objetivo y lo subjetivo, nos encontramos que, a través de un *détour*, volvemos a caer en la culpa: "Sólo se requiere que exista un vínculo de causalidad entre el hecho y el daño *y que se trate de acciones que no entren en el ejercicio regular de un derecho»*(el énfasis es nuestro). Pero ya hemos visto cómo el camino del ejercicio regular de un derecho nos conduce simple y llanamente a la culpa. Frente a estas declaraciones, podemos comprender fácilmente la incertidumbre de jueces y abogados; incertidumbre que OLAECHEA, ensimismado en las dificultades de su posición, no lograba entender.

El siguiente paso en este proceso de precisión del concepto fue dado con motivo de un hecho memorable en la Historia del Derecho y de las relaciones diplomáticas del Perú. El entonces Embajador de Colombia

en el Perú, don Eduardo ZULETA ANGEL, era un jurista inquieto, que se había interesado mucho por este estado de ebullición civilista que, con motivo de la dación del nuevo Código, percibía en el país en el que estaba acreditado. Afortunadamente, ese embajador no compartía la idea de algunos de que los diplomáticos deben permanecer en una oscura neutralidad y no pueden pronunciarse sobre los asuntos del país que los hospeda. Tampoco tenía necesidad de escudarse en esa actitud por falta de capacidad, porque era un abogado brillante. Es así como consideró —acertadamente— que el mejor homenaje cultural que podía hacer un país huésped era precisamente prestar interés a la cultura peruana, participar en los debates intelectuales que tenían lugar en el campo del Derecho, que conocía muy bien. Es con este espíritu que aceptó dar una conferencia sobre el nuevo Código en el Colegio de Abogados de Lima, expresando sus puntos de vista de manera honesta y directa. En tal conferencia, el embajador ZULETA manifestó que, sin perjuicio de la opinión de los importantes juristas nacionales que habían tratado sobre el tema —Angel Gustavo CORNEJO, RODRIGUEZ LLERENA, Germán APARICIO y GOMEZ SANCHEZ y CARLOS ZAVALA LOAIZA— y a quienes había indudablemente que referirse para conocer los principios de la responsabilidad extracontractual, era Manuel Augusto OLAECHEA quien mejor expresaba la tesis prevaleciente, tanto por su calidad de ponente del Título correspondiente del Código y autor de la Exposición de Motivos como también porque, en última instancia, todos los demás juristas citados tomaban su fuente en OLAECHEA. Y así, intentando interpretar el pensamiento de OLAECHEA, sostuvo que el Código Civil Peruano debía ser entendido concordando el artículo 1136 con el inciso 1 del artículo 1137, de manera que —salvo los casos especiales de los artículos 1140, 1142, 1143, 1144, 1145 y 1146— no hay responsabilidad sin un error de conducta, es decir, sin culpa. El Código de 1936 no ha abandonado la idea de culpa, decía, sino que ha creado una presunción general de culpa que puede ser destruida por el demandado probando la intervención de una causa extraña o *la ausencia de culpa.*

El doctor OLAECHEA, quien no pudo asistir por razones de salud, envió una tarjeta al embajador para agradecerle la mención y felicitarlo por la conferencia, de la que había sido informado por su hijo.

ZULETA contestó con una extensa e interesante carta de 2 de agosto de 1944 en la que resume sus interpretaciones sobre la responsabilidad extracontractual en el Código Civil Peruano, la que fue publicada

en la Revista de Jurisprudencia Peruana, junto con el texto de la conferencia. En esta carta, ZULETA comenta el trabajo del doctor OLAECHEA que acabamos de reseñar (*El Problema de la Responsabilidad Extracontractual en el nuevo Código Civil*) y, tratando de conciliar los criterios aparentemente antagónicos, sostiene que lo que el doctor OLAECHEA ha querido plantear es que "lo importante en materia de responsabilidad civil es desplazar la carga de la prueba". De esta manera, la conciliación teórica se apoya en un sustento basado en la culpa (tesis subjetivista), aunque invierte la carga de la prueba en favor del demandante (influencia objetivista). ZULETA concluye que el Código Peruano es subjetivista, pero que ha facilitado la probanza a las víctimas estableciendo presunciones de culpabilidad.

En el mismo número de la *Revista de Jurisprudencia Peruana* se publica la respuesta de Manuel Augusto OLAECHEA de 14 de agosto de 1944, en la que definitivamente queda aclarada la posición de este jurista.

OLAECHEA atenúa un tanto el radicalismo de su posición objetivista expresada en *El Problema de la Responsabilidad Extracontractual en el nuevo Código Civil* y admite que el "principio de clausura" del sistema es el subjetivo, con la carga de la prueba invertida. Dice OLAECHEA: "En síntesis, si la víctima-demandante en el proceso de responsabilidad prueba el daño y el hecho (culposo o no culposo) del demandado, éste debe ser condenado a la reparación del perjuicio, aunque no se produzca ninguna prueba sobre la culpa del autor del daño, *a menos que el demandante demuestre, si se trata del daño irrogado por él, el ejercicio regular de su derecho,* la causa extraña o la fuerza mayor" (El énfasis es nuestro). Notemos que, aunque el autor se refiere a hechos "culposos o no culposos", se trata realmente siempre en esta hipótesis de hechos culposos, ya que si el agente demuestra que actuó en ejercicio regular de un derecho —es decir, sin culpa— no existe la obligación de reparar. El propio OLAECHEA entiende el ejercicio regular de un derecho como la ausencia de culpa, cuando explica que el articulado del Código "Admite *la noción de culpa que reside* en la inconducción del agente apreciada en función de las circunstancias, o, como dice el artículo 1137, *en el ejercicio irregular de un derecho"* (El énfasis es nuestro). Pero, paralelamente a esta noción central de culpa, "El articulado del Código coordina los elementos objetivo y subjetivo de la responsabilidad" introduciendo la inversión de la carga de la prueba y, además, ciertos casos de excepción

que se rigen exclusivamente por el principio objetivo, respecto de los cuales funciona "una responsabilidad de pleno derecho e irreversible mediante la prueba contraria". Así: "Tratándose de la responsabilidad de las personas o de las cosas sujetas a la guarda, existe algo más que una inversión de la prueba, o una simple presunción susceptible de ser abatida por la prueba contraria: la responsabilidad en tales casos es indeclinable y se basa en consideraciones superiores de justicia y de naturaleza probatoria". También cuando se trate de una "actividad o empresa [que] supone ciertos y determinados riesgos de naturaleza interior que son inherentes e inseparables", la responsabilidad del agente está privada de "virtud exoneratoria". Otros casos a los que hace mención son los relativos a la responsabilidad de los padres, tutores o curadores (artículo 1143) y a la responsabilidad del principal respecto de los actos de su servidor (artículo 1144).

Es interesante mencionar que en esa misma época se solicitó una opinión sobre el principio de responsabilidad extracontractual del Código Civil Peruano a Henri MAZEAUD, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de París. MAZEAUD manifestó que "Los artículos 1136 a 1149 (de los actos ilícitos) que los redactores del Código Civil Peruano de 1936 han consagrado a la responsabilidad delictual y quasidelictuosa, constituyen un mejoramiento sensible relativamente al Código Napoleón; pero sin aportar en éste modificaciones profundas", ya que "en sus grandes líneas, el nuevo Código Civil Peruano se conserva dentro de los principios tradicionales. Y si se le pudiera reprochar una insuficiente precisión de lenguaje, el Código se mantiene dentro de la tesis de la responsabilidad a base de la culpa (culpa voluntaria, o culpa de imprevisión o negligencia)". Termina con la conclusión de que, en definitiva, "las disposiciones del Código Civil Peruano de 1936 relativamente a la responsabilidad extracontractual, aun cuando m;as completas que las del Código Napoleón, presentan todavía ciertas lagunas"[85].

Es, pues, evidente que, a pesar del espíritu renovador y combativo del doctor OLAECHEA, el medio jurídico peruano de la época no le per-

85. Henri MAZEAUD: *Iniciativas y opiniones sobre reformas en la legislación. Opinión del profesor Henri Mazeaud sobre la sugerencia para reformar los dispositivos del Código civil que se refieren a la responsabilidad extracontractual.* Traducción del doctor Ismael Bielich Flores. Lima.

mitió 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.

Sin embargo, OLAECHEA había ganado algunos partidarios para su tesis. Otro ilustre jurista peruano, contrincante habitual de OLAECHEA en los informes orales ante la Corte, el doctor Ernesto de la JARA y URETA, se manifiesta partidario de la tesis que sostiene que el Código Civil de 1936 ha introducido el principio de la responsabilidad objetiva. En un dictamen fiscal recaído en el juicio seguido por Juan Eduardo Tavera contra José Barriga —dictamen del cual nos ocuparemos con más detalle cuando tratemos de la responsabilidad de menores[86]— señala que "la obligación de indemnizar los daños causados por los actos que el Código Civil de 1852 consideraba como cuasi-delitos, se contempla con criterios distintos en ese Código y en el que actualmente rige (Código Civil de 1936)". Y, refiriéndose a la Ejecutoria dictaminada por OLAECHEA dice que en ella "se establece claramente los fundamentos del Código (de 1936), que permiten prescindir del concepto clásico de la culpa y su noción subjetiva, para atender al elemento objetivo del daño. La teoría del riesgo, la de la guarda de las cosas y otras muchas surgidas de las exigencias de la vida moderna y de los nuevos conflictos y necesidades que origina, han producido la variación en nuestra legislación"[87].

Pero el subjetivismo vuelve a la carga. Algunos años más tarde, el doctor Manuel A. VASQUEZ de VELASCO, probo y prestigioso magistrado, pronuncia un encendido discurso en favor de la culpa en el Congreso Internacional de Juristas reunido en Lima en 1951, con el que logra que se apruebe una recomendación en el sentido de que el principio de culpa debe ser el fundamento de la responsabilidad civil extracontractual[88]. Ahí sostuvo el doctor VASQUEZ de VELASCO, contra la opinión de los comentaristas antes citados, que el Código Civil de 1936 no había acogido la tesis objetivista en ninguno de sus artículos; y que ni siquiera la teoría de los accidentes de trabajo podía ser explicada sin ayuda

---

86. *Infra*. No. 237.

87. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 10, año 1944, pp. 57-62.

88. Manuel A. VASQUEZ de VELASCO: *La Responsabilidad Civil Extracontractual*. Revista del Foro. Lima, diciembre de 1953.

de la culpa. Todo lo cual sustentó con una minuciosa argumentación, que terminaba con las siguientes palabras: "En conclusión, la teoría de la responsabilidad sin culpa no tiene respaldo legal alguno. Y no podría tenerlo, porque carece de contenido de justicia; y la ley no es una fórmula vacía sino la fórmula de la justicia. Responsabilidad sin culpa es cosa sin sentido ni cabida en el campo del Derecho, ya que, siendo el fin del Derecho el amparo de la justicia, la ley no puede proteger lo que es injusto; y es evidente que responsabilizar a quien no tiene culpa es más que injusto, es inicuo".

José LEON BARANDIARAN, en sus *Comentarios al Código Civil Peruano* publicados en 1953, asume también una orientación subjetivista, con alguna concesión a la teoría del riesgo; "Se puede decir firmemente, que la idea de culpa sigue siendo la idea capital de la responsabilidad civil dentro de nuestro Código. El principio del riesgo y de la culpa objetiva intervienen, pero sólo en determinados casos"[89]. Cabe destacar que cuando el doctor LEON BARANDIARAN se refiere a la "culpa objetiva" no lo hace en el sentido de la mayor parte de los juristas como una culpa "standarizada" o *in abstracto*[90] sino, más bien, como casi equivalente a responsabilidad objetiva[91]. Pero,independientemente de esta cuestión terminológica, lo importante estriba en que este jurista basa también el sistema del Código en la culpa. Y para que no quede duda alguna, para que no se diga que la palabra "hechos" del artículo 1136 instaura la responsabilidad objetiva, aclara: "cuando el artículo 1136 de nuestro actual Código habla de 'hechos', 'descuido o imprudencia', no se refiere a un hecho cualquiera sino a uno intencional. El descuido o la imprudencia respectan a la culpa propiamente dicha. El hecho, de carácter intencional, respecta al dolo[92]. Esta posición subjetivista ha sido mantenida por el doctor LEON BARANDIARAN pues en su *Curso del Acto Jurídico*, publicado en 1983, reitera: "Se ha discutido si conforme a nuestro Código

---

89 José LEON BARANDIARAN: *Comentarios al Código Civil Peruano. (Derecho de Obligaciones)*. T.I. *Acto Jurídico*. Ediar Soc. Anon. Editores. Buenos Aires, 1954, p. 396.

90. *Vid. supra*. No. 12 y también *infra*, Nos. 50-56.

91. *Vid. verbi gratia, op. cit.*, No. 398, en lo relativo a la posibilidad de hacerle pagar indemnización al incapaz.

92. José LEON BARANDIARAN: *Op. cit.*, p. 397.

es necesaria la culpa como elemento determinante de responsabilidad. La duda no tiene base en qué apoyarse. Del inciso 1o. del artículo 1137, del artículo 1139, del artículo 1140, del artículo 1141, del artículo 1145, del artículo 1146 y del artículo 1147 se deduce inconfusamente que la culpa se hace presente como causa determinante de la responsabilidad"[93].

En 1959, otro preclaro jurista peruano, el doctor Félix NAVARRO IRVINE, se pronuncia sobre el tema a través nuevamente de un dictamen fiscal. Eran las épocas en que toda Ejecutoria Suprema requería un dictamen fiscal por escrito —con todo lo positivo que ello significaba en materia de establecer una jurisprudencia de los Tribunales suficientemente documentada— y en que los abogados de prestigio y juristas de fama aceptaban el cargo de Fiscal, cuando menos interinamente.

NAVARRO analiza la demanda interpuesta por Francisco Mamani Quispe, en representación de su menor hija Vicenta Gloria Mamani, contra don Gilberto Cuadros por el daño material y moral sufrido por el hecho de haber sido atropellada por un ómnibus de propiedad del demandado y conducido por un servidor de éste[94]. La niña tenía escasamente 6 años de edad y se dirigía a su colegio en compañía de su hermano. En la calle Santa Marta, fue perseguida por un perro. Asustada por esta amenaza, atravesó corriendo la pista para dirigirse a la vereda de enfrente. En estos momentos pasaba un ómnibus conducido por un servidor del demandado que la atropelló y, como consecuencia, hubo que amputarle una pierna. El chofer del ómnibus sostuvo que no había tenido culpa en el accidente y que, más bien, había mediado descuido del padre de la niña —el actor—por haberla dejado transitar sin compañía o custodia de una persona mayor. Es por ello que la defensa sostuvo que tampoco el patrón del chofer y propietario del ómnibus era responsable, porque no hay responsabilidad sin culpa.

NAVARRO establece que "Ninguna prueba ha sido ofrecida ni actuada para dar a conocer las circunstancias del accidente". Según NAVARRO, esta "abstención de iniciativa probatoria por ambas partes sólo se

---

93. José LEON BARANDIARAN: *Curso del Acto Jurídico, con referencia al Proyecto del Código civil peruano.* 1a. ed. Lima, 1983, p. 76.

94. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año 1960, No. 198, pp. 849-852.

explica porque el demandante entendía que no tenía que probar la culpa ya que en este caso debía funcionar la responsabilidad objetiva por riesgo; y, a su vez, el demandado entendía que mientras no le probaran culpa alguna, no tenía responsabilidad".

NAVARRO opina que la responsabilidad que contempla el Código se fundamente en la culpa, pero que la carga de la prueba ha sido invertida; en consecuencia, si el demandado no ha probado su ausencia de culpa, debe pagar. Esta tesis, concordante con la de OLAECHEA y la de ZULETA, se encuentra claramente expresada en el dictamen: "Aunque está suficientemente esclarecido por las motivaciones de los legisladores y las exégesis de reputados comentaristas que la responsabilidad extracontractual que establece el artículo 1136 del Código Civil no se apoya en el principio del riesgo, sino supone que el agente incurra en culpa o falta, corresponde al perjudicante la carga de la prueba liberatoria...". Esta inversión de la carga de la prueba se justifica porque "frente al progreso de la técnica que aumenta cada día y la mecanización de la vida humana, no cabe pretender que el hombre normal, expuesto a múltiples encuentros con aparatos y máquinas, esté en aptitud de apreciar, en caso de accidente, cuándo medió impericia o negligencia del conductor y cuándo una causa fortuita inevitable. De ahí que un principio de justicia haya llevado a los ordenamientos jurídicos modernos, como nuestro Código Civil de 1936, a presumir la culpa del agente, si en el uso de la cosa causa daños, presunción que puede destruir actuando prueba para convencer que no incurrió en ella". Y agrega: "Tal es la concepción intermedia que, como figura general, debe prevalecer en la apreciación de la responsabilidad extracon-tractual: ni la fórmula fatalista del "obrar a propio riesgo" o del "riesgo creado" que determinaría una responsabilidad sin culpa, meramente objetiva, ni la inequitativa de exigir a la víctima que sea ella, tras de haber sido dañada, la que aporte a los jueces la prueba de la culpa del agente". La Ejecutoria Suprema de 27 octubre de 1959 hizo suyos estos planteamientos del doctor NAVARRO.

36. *La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia.* Sin embargo, a pesar de esta matizada orientación subjetivista de la doctrina y de las Ejecutorias antes citadas (que en gran medida son un homenaje a los ilustres juristas que actuaron de Fiscales antes que una verdadera toma de posición de la Corte Suprema), la mayor parte de la jurisprudencia asumió una actitud objetivista.

Es verdaderamente un hecho extraordinario que alguna Ejecutoria exonere de responsabilidad al causante sobre la base de que ha demostrado en juicio su ausencia de culpa. En la inmensa mayoría de los casos, la responsabilidad es atribuida al causante, quien tiene siempre que pagar alguna indemnización a la víctima.

Sin embargo, este resultado objetivista de la intervención del Poder Judicial no se produce necesariamente como consecuencia de un compromiso razonado con la teoría objetiva. De la lectura de los fallos judiciales, es posible advertir que la objetivación de la responsabilidad dentro del marco del Código Civil de 1936 se desarrolla, más bien, por los dos caminos a que antes hemos hecho mención[95]: uno, de alguna forma solapado, no manifiesto quizá ni siquiera para el Juez que resuelve la causa; el otro, desembozado, pero poco fundamentado desde el punto de vista teórico.

El primer camino consistió en encontrar culpa en cualquier causante. En algunas ocasiones, el Juez fue tan exigente en su apreciación de la prueba liberatoria del demandado que prácticamente hizo imposible demostrar la ausencia de culpa. En otras ocasiones, la sentencia no analiza mayormente la prueba actuada sino que, cualquiera que ésta sea, considera de plano que hay negligencia, impericia o imprudencia del causante del daño. Aun cuando el demandado acredita que el accidente se produjo por imprudencia de la víctima —como es el caso de la Ejecutoria en la que interviene como Fiscal Manuel Augusto OLAECHEA, a la que hemos hecho referencia[96]— la Corte establece que hay también culpa en el causante y, por tanto, cuando menos hay responsabilidad compartida entre la víctima y el causante; de modo que la indemnización es reducida, pero el causante siempre paga. En consecuencia, bajo la pantalla de la culpa, nos encontramos frente a situaciones de responsabilidad objetiva.

El caso más caricaturesco de utilización de este procedimiento es quizá el juicio seguido por Alfredo Rivera contra Hans Christian Berk Obermayer y el Club de Automóviles Sport, en razón de la volcadura del piloto Berk durante una competencia automovilística. El automóvil salió

---

95. *Vid. supra.* No. 14.

96. *Supra.* No. 35

de la pista y atropelló al espectador Rivera y a sus dos hijos; éstos últimos murieron como consecuencia de ello. El Fiscal PONCE SOBREVILLA, siguiendo la tesis construida por el Juez de Primera Instancia, doctor Luis YRIVARREN, sostuvo que el piloto Berk era culpable porque había demostrado *impericia* en la conducción...¡aun cuando dicho piloto era en ese año el Campeón Nacional de Automóviles Sport! La Corte Suprema confirmó esta tesis por Resolución de 24 de agosto de 1967[97].

El segundo camino para la objetivación consistió en plantear abiertamente la responsabilidad objetiva como tesis interpretativa de los artículos del Código, aunque ello no corresponda a las declaraciones póstumas de quienes fueron legisladores. Es interesante revisar algunos de los casos que se han presentado en la jurisprudencia en este sentido.

Doña Sara Neyra viuda de Navarro demanda a don Carlos Mendoza Bohórquez para que le pague daños y perjuicios como indemnización por la muerte de su hijo. El accidente ocurrió el 6 de abril de 1949 cuando Francisco Navarro Neyra, acompañado de otra persona, se dirigía a Ica en el automóvil de propiedad de Carlos Mendoza, conducido por su dueño. El joven Navarro era estudiante del 7mo. año de Medicina y viajaba a la mencionada ciudad para aplicar penicilina a un enfermo grave que atendía el doctor Manasés Fernández Lancho. A las siete y media de la noche, el automóvil de Mendoza se estrelló violentamente contra un camión estacionado sin luces a la altura del kilómetro 306 de la Carretera Panamericana. Como consecuencia de las gravísimas lesiones recibidas, falleció el pasajero Navarro.

Es importante destacar que Navarro viajaba en el automóvil del demandado, por lo que no se trata de daños producidos a personas ajenas al automóvil, ya sea peatones o pasajeros de otros vehículos, sino a una persona que de alguna manera se beneficiaba también con el automóvil que produjo el daño. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que se acreditó que "Es verdad que en el caso de autos existe responsabilidad en el chofer del camión No. 47033, que lo estacionó sin tomar las precauciones más elementales". Por consiguiente, se demostró que la culpa era del chofer del camión y no del chofer del automóvil en el que viajaba la víctima. En el fondo, este propietario-chofer del automóvil fue la víctima di-

97. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 291, abril de 1968, pp. 450-452.

recta —al igual que el pasajero— de la imprudencia del chofer del camión por los daños producidos a su auto; y, como consecuencia de la sentencia, se convirtió también en víctima indirecta o económica de tal imprudencia, porque se le obligó a pagar los daños y perjuicios de su pasajero, ocurridos en razón de una falta cometida por el camionero. Sin embargo, el Fiscal GARCIA ARRESE declara que "esta circunstancia (el haberse acreditado la culpa del camionero) no exime de responsabilidad al demandado, conforme lo establece el artículo 1136 del Código Civil. En todo caso, queda a salvo el derecho del demandado para ejercitarlo de acuerdo con el artículo 1147 del mismo Código". Es decir, el Fiscal no le imputa culpa al chofer del vehículo sino que simplemente lo hace "responsable" (entiéndase, objetivamente); pero, movido por un último escrúpulo de consciencia, "aconseja" al propietario del automóvil que, en todo caso, demande a su vez al conductor del camión para exigirle que le reembolse parte de la suma pagada a los deudos del pasajero muerto, considerando que tal camionero es co-autor del daño (referencia al artículo 1147 del Código Civil de 1936). La ejecutoria de la Corte Suprema de 21 de mayo de 1954 confirmó esta interpretación objetivista del Fiscal, que explicaba las sentencias de primera y segunda instancia en contra de don Carlos Mendoza Bohórquez; sin embargo, también víctima de un escrúpulo final, la Corte redujo el monto de la indemnización a menos de la tercera parte de lo que había sido ordenado por las instancias inferiores[98].

Otro caso resuelto por la vía de la responsabilidad objetiva fue el correspondiente a la demanda planteada por doña Rosa Clotilde Rojas viuda de Podestá contra la Compañía de Aviación Faucett S.A. por indemnización por la muerte de su esposo, el Comandante F.A.P. Jorge Podestá Jiménez.

El Comandante Podestá viajaba como pasajero de un avión de la Compañía Faucett que despegó de Pisco con sólo dos personas, para dirigirse a Nazca. A la altura de Cerro Colorado, en la península de Paracas, el avión se estrelló. En el accidente pereció el piloto, Capitán Luis Yábar Dávila, y los dos pasajeros. El dictamen del Fiscal GARCIA ARRESE es algo ambiguo porque juega tanto al argumento objetivo como al subjetivo. De un lado, sostiene que "es un hecho" que la víctima murió en el

98. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año 1954, No. 127, pp. 973-974.

accidente de aviación y que "Este *hecho* genera, como consecuencia, la obligación indemnizatoria a cargo de la empresa demandada, dedicada al servicio comercial de transporte aéreo. No hay razón legal para eximir de esa obligación a la Compañía Faucett S.A.". (El énfasis es nuestro). Como se observa, el Fiscal utiliza el término "hecho" con el sentido objetivo que querían CALLE y OLAECHEA. Sin embargo, unas líneas más adelante efectúa una disquisición entre "causas desconocidas" y "causas imprevisibles", afirmando que no se trata de la misma cosa, por lo que "no le ha sido posible a la empresa demostrar las causas de exoneración de responsabilidad". En esta última afirmación parecería que el Fiscal considera que, si la demandada hubiera demostrado ausencia de culpa, no habría existido responsabilidad; lo que reduce el planteamiento al criterio de la culpa con inversión de la carga de la prueba.

La Ejecutoria Suprema de 14 de enero de 1955 zanja la duda en sus Considerandos, al sostener que la indemnización se fija "no habiendo culpa que apreciar". Pero se advierte que aun entre los Vocales Supremos no hay uniformidad de criterio pues el Vocal PONCE SOBREVILLA emite un voto singular de tono subjetivista, afirmando que procede la indemnización pero por razones distintas a las señaladas en la Ejecutoria: la verdadera razón debe ser que hubo negligencia de la Compañía de Aviación porque el piloto carecía de brevete especial que lo faculte a volar aviones monomotores y además sólo tenía autorización para actuar como copiloto, todo lo cual justifica el pago de una indemnización de S/. 400,000 como la ordenada por las instancias inferiores; aunque señala que también hubo culpa de la víctima porque precisamente el difunto Comandante Podestá era una de la autoridades encargadas de expedir la licencia de conducción de los aviones a los pilotos que llenaran los requisitos exigibles por los reglamentos, por lo que procede reducir el monto de la indemnización a S/. 110,000[99]. Por consiguiente, mientras la Ejecutoria llega a la conclusión de que procede atribuir responsabilidad sobre una base objetiva a la compañía aérea y que ello significa que ésta pague a la viuda la cantidad de S/. 110,000, el Vocal discrepante llega a las mismas conclusiones sobre la base de un juego de culpas recíprocas.

Un caso aún más claro de responsabilidad objetiva es el de la Ejecutoria de 6 de julio de 1955, recaída en el juicio seguido por doña

---

99. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año 1955, No. 133, pp. 1701-1711.

Dalila Aramburú viuda de Arones y sus hijos Julio, Rosalina y Yolanda, contra la Compañía Nacional de Tranvías S.A. con motivo de la muerte de don Erasmo Arones, esposo y padre de los demandantes, respectivamente[100].

El día 29 de mayo de 1950, a las 9 p.m., don Erasmo Arones, de 58 años de edad, atravesó la Avenida Saenz Peña, en el Callao, "sin fijarse en el tranvía que venía aminorando su marcha" para detenerse en un paradero próximo. Además, como el señor Arones era cojo de una pierna, no tuvo la agilidad necesaria para sortear el peligro cuando se encontró delante del tranvía. A pesar de los esfuerzos del motorista para evitar el accidente, el tranvía atropelló a don Erasmo Arones sin arrollarlo, arrojándolo a distancia y dejándolo inconsciente. Llevado que fue al Hospital Daniel A. Carrión, falleció al día siguiente como consecuencia directa del atropello.

En el juicio quedó perfectamente acreditado que la causa del accidente se debió a la negligencia de la víctima, quien "avanzó inadvertidamente sin tomar las precauciones que la prudencia aconseja". A su vez, "El conjunto de prueba reunida permite llegar a la conclusión de que, sin que hubiera negligencia culposa en el motorista Zevallos Vásquez, al servicio de la Compañía propietaria del tranvía, concurrió el descuido de Arones". Por el contrario, no sólo no hubo culpa en el motorista sino que su atinada y eficiente reacción permitió disminuir el impacto: "La actitud vigilante del motorista al advertir que un peatón avanzaba sobre su línea de marcha impidió la muerte inmediata , por la parada brusca". Tampoco hubo velocidad excesiva ni defecto mecánico en el tranvía: "Si ésta (la velocidad) hubiera sido mayor y los frenos del tranvía hubieran estado en mal estado, Arones no hubiera sido golpeado y lanzado a un lado, sino arrollado quedando bajo las ruedas".

A pesar de lo expuesto, el Fiscal opina que "es justo reparar el daño causado *en forma involuntaria*" (el énfasis es nuestro). Y la Corte Suprema ordena que la Compañía Nacional de Tranvías pague una indemnización a los deudos. Por consiguiente, en este caso estamos ante una responsabilidad objetiva neta: no se trata de una simple inversión de la carga de la prueba que lleva a responsabilizar al causante porque no pudo

---

100. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año 1955, No. 140, pp. 325-326.

demostrar su ausencia de culpa; aquí se acreditó la ausencia de culpa y se estableció que el hecho era involuntario e inevitable, pero a pesar de ello se ordenó el pago de una indemnización.

Entre estos casos de objetivación de la responsabilidad mediante la introducción de la idea de que la creación de un riesgo comporta la obligación de resarcir los daños que cause, es interesante citar el juicio seguido por don Jorge Rosales Flores contra don Enrique Deacon Mujica.

El señor Deacon transitaba en su automóvil a las 12 m. del 18 de marzo de 1946 por la calle González Prada del Barrio de Surquillo de Miraflores cuando la niña Carmen Rosales Flores, de 4 años de edad, se arrojó sobre el vehículo y, al chocar contra éste, sufrió un golpe que le produjo la muerte instantánea. En el juicio, según señala el Fiscal SOTELO, "resulta establecido que ese accidente tuvo como causa única la imprudencia de la criatura que, con la imprevisión propia de su edad, se aventuró precipitadamente a la pista con el tráfico en marcha y se estrelló contra el tapabarro posterior derecho del automóvil". Como puede apreciarse, el automóvil no atropelló a la niña, sino que es ésta quien embistió al automóvil. Por otra parte, parece imposible para un chofer evitar que un peatón se estrelle contra el tapabarro posterior; además, es probable que el chofer ni siquiera haya estado en capacidad de ver a la niña. No hay, pues, culpa de quien conducía el automóvil: no hay culpa objetiva, pues actuó en la forma en que cualquier automovilista prudente y razonable hubiera actuado; menos aún existe culpa subjetiva, pues no estuvo en posibilidad de prever ni evitar el accidente. El Fiscal agrega que "en este caso el accidente tuvo como verdadera causa originaria el grave descuido de la madre o de los familiares de la menor encargados de su vigilancia, que permitieron que saliera sola a la calle con el designio de atravesar, como frecuentemente lo hacía, el crucero que da a la esquina de su casa para dirigirse a la pulpería del frente".

Sin embargo, el Fiscal SOTELO considera que don Enrique Deacon debe abonar una indemnización —aunque reducida— al padre de la menor; y justifica esta opinión en que "el acontecimiento se verificó con ocasión de la utilidad y servicio que venía prestándole ese vehículo, y ser así aplicable, por analogía al caso, la responsabilidad que incumbe al dueño de una empresa por los accidentes de trabajo que ocurren en ella".

El Fiscal había intuido un aspecto importante de las reparaciones por accidentes; de alguna manera tiene una cierta consciencia de la necesidad de darles un tratamiento social, como se advierte por la analogía que hace con los accidentes de trabajo. Pero no llega a justificar convincentemente su posición. Porque, si una persona actúa de manera razonable y diligente, ¿por qué tiene que responder por daños que no causó, aunque éstos hayan sido producidos con algo que le daba provecho? Todo nos da provecho de alguna manera; continuamente creamos riesgos que se fundan en alguna utilidad que obtendremos de ellos. Y es lógico que paguemos por los daños que causamos con estos riesgos, siempre que seamos efectivamente culpables de ellos. Pero, ¿qué me obliga a pagar una indemnización por un daño que escapa a mi control, como es el hecho de que alguien se arroje contra mi tapabarro sin que yo pueda impedirlo? Desde el punto de vista de la culpa —que está implícito en el razonamiento que acabamos de efectuar— tal obligación resulta un contrasentido. Si entendemos la relación accidente-reparación como una situación interindividual, diádica —es decir, ajena a todo contexto social— y si la reparación es fundamentalmente una sanción a quien obró mal, no puede obligarse a nadie a pagar por una conducta que no fue negligente. Y es así como lo veía el Vocal Supremo FRISANCHO quien emite un voto singular en contra de la opinión del Fiscal y de la Sala, en el sentido de que "no habiendo incurrido el demandado en negligencia, descuido o imprudencia cuando se produjo el accidente en que perdió la vida un niño de cuatro años como ha quedado ampliamente comprobado en autos, no está aquél obligado a indemnizar al padre de la víctima". FRISANCHO sostiene que "la teoría del riesgo o la llamada responsabilidad sin culpa, no está consagrada en el Código Civil vigente, en el que se ha puesto el título de Actos Ilícitos al articulado que se ocupa de daños y en el que el artículo 1137 excluye de responsabilidad a quienes con actos lícitos causaren daños"[101].

Este caso patético y extremo demuestra la debilidad de la teoría del riesgo creado, para justificar por sí sola la obligación de resarcir. En realidad, la solución adoptada por la Corte no deviene inteligible sino cuando la analizamos a la luz de la teoría de la difusión social del riesgo. Es solamente cuando comprendemos que toda situación interindividual im-

---

101. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Nos. 54-5, Julio-Agosto de 1948, pp. 527-529.

plica una relación social —y los riesgos individuales modernos (como el uso del automóvil) conllevan también un beneficio para la sociedad toda— y cuando pensamos más bien en la víctima que hay que ayudar antes que en un "culpable" a quien hay que castigar, que todo retoma sentido. Tratándose de un riesgo social, paga quien está en mejor posición de diluir el daño entre el todo social. Y éste es el caso del automovilista, quien tiene a su disposición el mecanismo del seguro. Evidentemente, el sistema sería más eficiente si se implantara un seguro obligatorio; pero mientras éste no exista, la atribución de la responsabilidad al automovilista —con la posibilidad que éste tiene de contratar un seguro voluntario, a la que se agrega la capacidad de disminuir los riesgos *(deterrence)* a la que se refería CALABRESI[102]— es el camino más directo y simple de evitar que un solo individuo (ya sea víctima o causante) tenga que responder íntegramente por daños de los cuales no es técnicamente culpable.

Otras resoluciones judiciales no son tan claras en su afirmación objetivista y, a veces, como carentes de fe en el poder de convicción de la teoría del riesgo, optan por justificar la decisión sobre la base conjunta de los principios objetivo y subjetivo. Hemos visto ya una situación de este tipo en uno de los dictámenes que anteceden del Fiscal GARCIA ARRESE; sin embargo, la Corte optó en ese caso por la línea objetivista. Veremos a continuación otra en que la comprometida opinión fiscal fue acogida por la Corte con todas sus ambigüedades teóricas. Y es interesante que tal opinión provenga nada menos que de Juan José CALLE, el Presidente de la Comisión Reformadora que compartía la posición objetivista de OLAECHEA.

En el juicio seguido por don Ernesto Ibarra contra don Manuel Velarde Kemisch, el doctor CALLE plantea la responsabilidad objetiva por riesgo cuando afirma que manejar un automóvil "constituye un serio peligro, aun en condiciones normales de tráfico". Pero también insiste en la presencia de una culpa del piloto, aun cuando ésta parezca remota. Por consiguiente, la culpa y el riesgo se encuentran profundamente imbricados en este planteamiento y se fundamentan uno al otro. Parecería que el Fiscal ha comprendido la necesidad de reparar el daño aunque no haya culpa; pero, como la teoría del riesgo en el fondo le repugna (a pe-

102. *Supra.* Nos. 21 y 31.

sar de que apoyó de alguna manera a OLAECHEA en el seno de la Comisión Reformadora), trata de encontrar de todas maneras una culpa de cualquier tipo para justificar su opinión. La Corte Suprema, por Ejecutoria de 26 de octubre de 1945, admitió el razonamiento del Fiscal, sin formular atingencia alguna con relación a la ambigüedad teórica que estaba implícita en dicho razonamiento[103].

37. *La elaboración del Código Civil de 1984. El Proyecto de la Comisión Reformadora*[103bis]. El Proyecto de la Comisión Reformadora dio un paso más adelante y planteó la distribución social de los 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.)[104].

Sin embargo, este principio de la distribución social del riesgo de accidentes —intuído por OLAECHEA en 1928, profetizado por SAVATIER y ampliamente estudiado por la doctrina norteamericana de los últimos cincuenta años— fue considerado demasiado "novedoso y revolucionario".

Las críticas fueron abundantes desde los sectores más diversos. Quizá las mayores resistencias provinieron de aquéllos que hubieran podido mejorar el funcionamiento de la sociedad peruana y además hacer

---

103. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Nos. 34-5, Noviembre-Diciembre de 1946, pp. 715-6.

103bis. Debe advertirse que "Comisión Reformadora" es el nombre abreviado con que usualmente se denomina a la "Comisión Encargada del Estudio y la Revisión del Código Civil de 1936".

104. El Fondo Editorial de la Universidad Católica publicó en 1980 los *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil* que se encontraban entonces listos, incluyendo extensas exposiciones de motivos doctrinariamente fundamentadas por los ponentes de cada Libro o Título. Más tarde, el *Proyecto de Código Civil*, sin las exposiciones de motivos, fue publicado por el Ministro de Justicia y Presidente de la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, doctor Felipe OSTERLING PARODI.

incluso un legítimo beneficio dentro de este nuevo contexto, si hubieran tenido el espíritu más abierto: las Compañías de Seguros. Acostumbradas a un tipo de negocio rutinario, se opusieron a una innovación que les abría mayores posibilidades de operación pero, al mismo tiempo, les exigía un poco de imaginación y de audacia para encarar la situación. Alguien ha dicho que en un país subdesarrollado, todo es subdesarrollado: la economía, el nivel de vida, pero también las izquierdas y las derechas, las revoluciones y los negocios, la información jurídica y las Compañías de Seguros. Mientras que en cualquier país capitalista es parte inherente a todo negocio el espíritu de riesgo y cualquier hombre de empresa está dispuesto a asumir nuevos riesgos si eso le abre la posibilidad de aumentar utilidades, en un país subdesarrollado algunos negocios prefieren abstenerse de toda innovación, prefieren permanecer en la sombra, pasar ignorados, antes que encarar riesgos nuevos aunque traigan consigo la posibilidad de beneficios adicionales: al igual que los señores feudales de la antigüedad, tienen rentas aseguradas a través de métodos y sistemas tradicionales, no quieren, pues, que se les ofrezca nuevas posibilidades porque ya tienen lo suficiente y prefieren no apostar a lo nuevo. Paradójicamente, las compañías cuya función es asegurar los riesgos, se resisten a aceptar cualquier nuevo riesgo en sus operaciones comerciales, como el del seguro obligatorio de automóviles; aunque ello signifique solo un modesto desafío local ya que en todas partes del mundo civilizado el seguro obligatorio ha sido perfectamente asumido y convertido en beneficio por las Compañías Aseguradoras auténticamente capitalistas, que efectivamente creen en la iniciativa y en el espíritu de empresa como motores de la economía y que no temen los riesgos propios de toda nueva aventura comercial.

38. *Vicisitudes del Proyecto en el seno de la Comisión Revisora.* Dada la resistencia al principio de la repartición social de los riesgos dentro de nuestro medio, el autor de este trabajo y ponente del Anteproyecto y Proyecto de la Comisión Reformadora tuvo que admitir una nueva formulación del articulado sobre responsabilidad extracontractual en el seno de la Comisión Revisora; y es así como, luego de muchas sesiones de intercambio de ideas, aceptó retroceder hasta el principio de responsabilidad objetiva. Sin embargo, esto no significaba abandonar la teoría de la difusión social de los riesgos sino meramente presentarla en forma menos explícita; aun cuando inevitablemente esta forzada retirada teórica tenía un costo en términos de eficiencia del sistema de responsabilidad.

En efecto, la responsabilidad objetiva para los casos de accidentes rutinarios de alguna manera promueve la contratación de seguros. Aquél que es propietario de un automóvil y sabe que tendrá que responder económicamente por todos los daños que cause sin poder refugiarse en la ausencia de culpa para sostener un juicio largo, considerará prudente asegurarse. De esta manera, la mayor parte de los automovilistas se sentirán impulsados a contratar un seguro; y, por ese camino, los daños por accidentes automovilísticos serán difundidos entre la comunidad de asegurados.

Sin embargo, no puede ocultársenos el hecho de que el cambio del seguro obligatorio (al que lleva la teoría de la difusión social del riesgo bajo su forma explícita) por seguros voluntarios (que son promovidos por la existencia en el Código de una responsabilidad objetiva), no es socialmente inocuo. En el caso del seguro obligatorio es evidente que los costos de las primas bajan debido a que *todos* los propietarios de vehículos están asegurados; mientras que en el caso del seguro voluntario sólo lo están algunos. Por otra parte, el seguro obligatorio —y, por tanto, general— convierte la relación *individual* del seguro (Compañía Aseguradora/ asegurado) en una situación *social* que la Administración debe considerar con más cuidado; lo que, en ciertas circunstancias, puede permitir un mejor control de un sistema de interés público.

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 la culpa.

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 desplegó estratégicamente hasta la teoría objetiva y finalmente terminó recluido en el viejo principio de la culpa.

Sin embargo, la flexibilidad inherente al Derecho que le permite adaptarse a las nuevas circunstancias sociales y a las nueva ideas, posibilita a los Jueces —a pesar de los esfuerzos del legislador para obligar a una marcha hacia atrás— a continuar esta historia hacia adelante, en las direcciones más modernas y convenientes para el desarrollo de esta institución en el Perú. Así lo veremos en las partes restantes de este trabajo, al comentar cada uno de los nuevos artículos del Código de 1984 y al formular nuestras propuestas para el futuro tratamiento de la responsabilidad civil.

PARTE SEGUNDA

COMENTARIOS AL ARTICULADO DEL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984

TITULO I

DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

39. *Actos ilícitos y responsabilidad extracontractual.* El primer comentario importante a la Sección VI del Libro VII del nuevo Código es el hecho de que ya no se denomina "Del acto ilícito" como en el antiguo Código, sino "De la responsabilidad extracontractual".

El cambio es muy significativo porque responde a una evolución en la concepción misma de la institución.

Para una responsabilidad extracontractual basada exclusivamente en el principio de la culpa, la obligación de pagar una indemnización no tenía otra justificación que la ilicitud de la conducta dañina. Por ese motivo, toda responsabilidad que no tuviera por fuente un contrato solo podía estar fundada en un acto ilícito. Por el contrario, las teorías ajenas a la culpa (las diversas variantes de la teoría objetiva y de la teoría de la difusión social del riesgo) han sostenido que hay otras razones que justifican también el pago de una indemnización; razones basadas en el buen orden y correcta distribución de los riesgos dentro de la sociedad, que exigen la reparación de la víctima pero que no pretenden necesariamente descubrir a un culpable ni sancionarlo.

40. *La denominación general del área en la Comisión Reformadora.* El Anteproyecto presentado por el que escribe este libro ante la Comisión Reformadora —basado fundamentalmente en la teoría de la difusión social de los riesgos para el caso de accidentes— adoptó esta segunda línea no necesariamente culpabilizante de la reparación y, por consiguiente, suprimió la denominación de "Acto Ilícito" para el área, sustituyéndola por la de "Responsabilidad no derivada de acto jurídico".

Posteriormente, acogiendo las observaciones de los doctores Manuel de la PUENTE y LAVALLE y Fernando VIDAL RAMIREZ, orientadas básicamente a mantener en la medida de lo posible una cierta tradición terminológica aun cuando se modificara el principio central de la responsabilidad, el autor de este trabajo aceptó el cambio de la nueva denominación propuesta en el Anteproyecto por aquélla más clásica de "Responsabilidad extracontractual". Sin embargo, debe advertirse que esta modificación de la denominación genérica de la institución no afectaba la nueva concepción de la responsabilidad, pues lo importante era que ésta no se presentara como consecuencia de un irremplazable acto "ilícito".

41. *La denominación general en la Comisión Revisora.* Es particularmente sintomático que el redactor final de la versión que la Comisión Revisora convirtió en Código Civil, no regresara a la vieja denominación de acto ilícito.

A pesar del acento subjetivista de la versión finalmente aprobada, parece haberse acogido la idea —central dentro de una posición moderna— de que el acto ilícito no es la *única* fuente extracontractual de la obligación de pagar una indemnización para reparar a la víctima. Como veremos más adelante, este paradójico abandono de la ilicitud como fuente única de la obligación indemnizatoria por un legislador eminentemente subjetivista se debió con toda probabilidad al hecho de que el nuevo legislador reconoció cuando menos el principio objetivo de responsabilidad para el caso de los daños causados mediante bienes o actividades riesgosos (art. 1970); por consiguiente, la Sección ya no trata sólo de actos ilícitos sino también de actos lícitos pero que, dada su peligrosidad, convierten objetivamente al causante en responsable aunque no hubiera hecho nada ilícito ni culpable.

TITULO II

LOS PRINCIPIOS DE RESPONSABILIDAD

CAPITULO I

EL PRINCIPIO SUBJETIVO DE RESPONSABILIDAD

Art. 1969.- *Aquél 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.*

Sección I: Generalidades

42. *Culpa y azar.* No cabe duda de que en este primer artículo el legislador se coloca en una posición subjetivista, atribuyendo responsabilidad —y, por consiguiente, obligando al pago de una indemnización— solamente a quien sea "culpable" por dolo o culpa.

Esto significa que, cuando menos en virtud de este artículo (pero, afortunadamente, veremos que existen otros que permiten una lectura diferente), la víctima que se encuentra frente a un causante que le demuestra que no tiene ni dolo ni culpa, está desamparada y no recibe indemnización, aunque ella misma (la víctima) tampoco haya tenido dolo ni culpa. En el fondo, en tal caso se considera que sus daños son el resultado del azar; y el azar (a pesar de que la moderna organización social permitiría tratarlo de forma más humana) sigue siendo en nuestro Código un hecho inmanejable de la naturaleza que tiene que ser soportado única y exclusivamente, con todo el peso de la adversidad, por quien tuvo la mala suerte de sufrirlo.

Sección II: El Dolo

43. *El dolo en los antecedentes legislativos extranjeros.* Un elemento positivo e interesante de la norma que comentamos lo constituye el he-

cho de haber rescatado para el campo civil la reparación de los daños resultantes del dolo, que una jurisprudencia de origen incierto había confinado al campo penal.

En efecto, el dolo estuvo siempre en la mente del legislador civilista. En Francia, en los tiempos de la Revolución, el artículo 4 del Código Penal de Brumario del Año IV (noviembre de 1795), recogía el pensamiento jurídico de la época sobre esta materia y señalaba: "Todo delito da esencialmente lugar a una acción pública; puede también derivarse del mismo una acción privada o civil"[105]. Esto significaba que la diferencia entre lo penal y lo civil no estaba en la naturaleza del acto (doloso o por culpa) sino en la perspectiva desde la cual el mismo acto era tratado por el Derecho; si se perseguía descubrir y castigar al autor de un hecho doloso, debía intervenir el Derecho Penal; si se perseguía más bien reparar a la víctima de un hecho, doloso o no, debía intervenir el Derecho Civil.

Es por ello que la reparación de los hechos dolosos fue incluida en la responsabilidad extracontractual por el legislador del *Code Napoléon*, quien transmitió esta orientación normativa al legislador del Código Civil Peruano de 1852, el que a su vez le confió al legislador del Código Civil Peruano de 1936.

En el *Code Napoléon*, al igual que en los códigos peruanos de 1852 y de 1936, se hace mención a hechos, descuido e imprudencia como hipótesis que dan lugar a responsabilidad. Pero es claro que con la palabra "hechos" el legislador napoleónico se refería al hecho intencional; y la regla establecía que daban lugar a una reparación en la vía civil, al igual que los casos de simple culpa cuasi delictual: negligencia o imprudencia. Aún más, en la famosa sesión de la Asamblea Legislativa francesa de 19 de Pluvioso del Año XII (10 de febrero de 1804), el tribuno TARRIBLE, transmitiendo el pensamiento de los autores del *Code*, dice: "No está dentro de los objetivos del Proyecto de Ley considerar aquí los delitos en sus relaciones con el orden político. Han sido encarados solamente en sus relaciones con el interés de la persona agraviada". Y agre-

---

105. Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 6a. ed. T.I. Editions Montchrestien. Paris, 1965. No. 42, p. 52.

ga: "Esta disposición [aquélla que se refiere a los hechos, descuido o imprudencia] comprende dentro de su vasta latitud a todos los tipos de daños y los somete a una reparación uniforme, que tiene como medida el valor del perjuicio sufrido. Desde el homicidio hasta la lesión ligera, desde el incendio de un edificio hasta la caída de un inmueble de débil construcción, todo está sometido a la misma ley, todo es declarado susceptible de una apreciación que indemnizará a la persona que haya sufrido cualquier tipo de daño"[106].

44. *El Código Civil Peruano de 1852.* En nuestro Código Civil de 1852, heredero en esta parte del *Code Napoléon*, no cabe duda de que se conservó la línea de pensamiento antes reseñada: la denominación general del Título que trata sobre la responsabilidad extracontractual es "Obligaciones que nacen de delitos o de cuasidelitos".

El primer artículo del Título (art. 2189) define los delitos como "los *hechos* practicados intencionalmente contra la ley". Luego el artículo siguiente define los cuasidelitos como "unos hechos ilícitos cometidos sólo por culpa y sin dolo". Y a continuación el tercer artículo establece la norma reparativa respecto de los dos casos que acaba de definir: "Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia cause un perjuicio a otro, está obligado a subsanarlo". Es clarísimo, pues, que el Código de 1852 amparaba con una acción de responsabilidad extracontractual a las víctimas de hechos dolosos.

45. *El Código Civil Peruano de 1936.* Finalmente, el Código Civil de 1936 se limitó a suprimir los dos primeros artículos del Título, dentro de la nueva tendencia de evitar definiciones; pero en su artículo 1136 —el que establece el principio general de responsabilidad— reproduce casi textualmente el artículo equivalente del Código Civil de 1852 que antes hemos citado: "Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo" (Código de 1936).

Esto significa que el Código de 1936 da por definido lo que es hecho (intencional) y lo que es descuido o imprudencia (culpa); y se limita a repetir el *mismo* principio general de responsabilidad que el del Código de 1852 (que incluía la reparación de los actos dolosos o delitos). Duran-

106. *Ibid.*, No. 43, p. 53.

te los años de su vigencia se pretendió posteriormente hacer una lectura objetivista de este texto, considerando que los "hechos" no implicaban dolo ni culpa sino hechos en general. Pero esta nueva forma de ver las cosas, si quería ser coherente consigo misma, debía aceptar que la palabra "hecho" así considerada tiene un carácter genérico y que, por tanto, incluye los hechos sin culpa, con culpa e incluso con dolo.

46. *Opinión de la doctrina peruana.* Los más connotados comentaristas del Código de 1936 han interpretado siempre el artículo 1136 en el sentido de que incluye el dolo.

Así, el doctor José LEON BARANDIARAN, en sus clásicos "*Comentarios al Código Civil Peruano*"[107], considera que las acciones por responsabilidad extracontractual y por responsabilidad penal son relativamente independientes, pudiendo la víctima optar por reclamar en una u otra vía el pago de la reparación civil. Y en un texto reciente dice el doctor LEON BARANDIARAN que: "El artículo 1136 no menciona el dolo. Es absurdo, empero, considerar que no ha querido referirse a él. Cuando habla de hecho, se refiere a hecho doloso"[108].

47. *Una jurisprudencia dudosa.* Sin embargo, a pesar de los antecedentes legislativos y de la opinión de la doctrina, por razones que no han sido suficientemente explicadas, la jurisprudencia de la Corte Suprema de épocas recientes ha rechazado la acción civil para reclamar la indemnización derivada de los hechos dolosos, considerando que ésta debía ser reclamada como parte civil en la vía penal.

Puede verse, como ejemplo, la Ejecutoria Suprema de 15 de mayo de 1978 que declara "que la responsabilidad extracontractual tiene por objeto procurarse la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por descuido, imprudencia o negligencia [nótese cómo se ha substituido la palabra "hechos" del texto legal por la de "negligencia" que no es sino una reiteración de "descuido"]; que para el resarcimiento del daño irrogado a la víctima de un delito existe el instituto de la reparación civil

---

107. José LEON BARANDIARAN: *Comentarios al Código Civil Peruano.* T.I., 2a. Ed., Ediar Editores, Buenos Aires, 1954, pp. 378-383.

108. José LEON BARANDIARIAN: *Curso del Acto Jurídico, con referencia al Proyecto de Código Civil peruano.* Lima, 1983, p. 75.

que debe perseguirse en la vía respectiva y sólo respecto al delito por negligencia, al agraviado corresponde el derecho de decidir si la reclama dentro de proceso penal, constituyéndose en parte civil, o en acción aparte; que tratándose de daño material o moral ocasionado por un acto voluntario o doloso [aquí la Ejecutoria no advierte la diferencia entre la culpa inexcusable, que es un acto voluntario pero no doloso[109], y el dolo], cuyo juzgamiento corresponde al fuero penal, sólo cabe perseguirse el pago de la reparación civil conjuntamente con la pena en el respectivo juicio penal"[110]. En el mismo sentido, la Ejecutoria de 12 de setiembre de 1978 declara que "la vía civil no es competente para obtener resarcimiento del daño causado por el delito doloso, sino únicamente y como excepción, de aquéllos derivados de las infracciones por negligencia"[111]. "Y, como ésas, podríamos mencionar muchas otras Ejecutorias del mismo período, como la de 15 de agosto de 1978[112] o también la Ejecutoria Suprema de 4 de agosto de 1978"[113], etc.

Esta jurisprudencia distorsiona gravemente el sistema de responsabilidad extracontractual que, como claramente lo expuso TARRIBLE, debe proveer reparación para todo aquél que sufra un daño, cualquiera que sea su tipo. En realidad, lo normal sería que la víctima de un acto delictual reclame en la vía civil la reparación por daños y perjuicios: el Juez civil y el procedimiento civil se encuentran mejor preparados para evaluar los daños y determinar la indemnización que corresponde a la víctima. En cambio, el Juez penal está preocupado fundamentalmente por castigar al delincuente en nombre de la sociedad. Todo el procedimiento penal, su sistema de pruebas, su actitud y mentalidad general, está orientado a la identificación y sanción del delincuente; y es sólo marginalmente que fija una indemnización para la víctima.

---

109. Cabe destacar que ni el Código de 1936 ni el Código de 1984 perciben este elemento de intencionalidad relativa que está presente en el orígen francés de la noción de culpa inexcusable, limitándose a considerarla simplemente como sinónima de culpa grave; pero, de esta manera, dan innecesariamente un nuevo nombre a un concepto perfectamente conocido y abren posibilidades de confusión y de desconcierto, *vid. infra*, No. 122.

110. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Junio de 1978, No. 413, p. 621.

111. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Diciembre de 1978, Nos. 418-419, p. 959.

112. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Octubre de 1978, Nos. 416-417, p. 854.

113. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Diciembre de 1978, Nos. 418-419, p. 959.

48. *La recuperación civil de los daños delictuales.* En este sentido, el Código Civil de 1984 ha hecho bien en rescatar para el Derecho Civil la reparación del acto doloso a fin de salvar un error de aplicación del sistema jurídico cometido por el Poder Judicial.

Esta recuperación había sido también prevista, de manera más completa, en un artículo expreso del Proyecto de la Comisión Reformadora (art. 2047). Sin embargo, dado que el nuevo Código se limita a hacer la aclaración en el artículo que establece el principio general de responsabilidad sin otorgarle una atención particular al problema, quedan algunos problemas pendientes que la jurisprudencia deberá resolver.

El artículo 2047 del Proyecto de la Comisión Reformadora, al tratar este asunto, había delineado la situación con algo más de detalle; y los principios ahí sugeridos pueden ser adoptados como base de reflexión y discusión por el Poder Judicial al encarar estos casos. Así, dicha norma proyectada establecía que la víctima de un hecho doloso puede optar por reclamar la indemnización en la vía civil o en la vía penal; pero, otorgando una preferencia a la vía civil en razón de la naturaleza de lo reclamado, el Proyecto prescribía que el Juez penal no debía resolver sobre la reparación sino únicamente en los casos en que la víctima se hubiera constituido como parte civil. Vencido el término para ello dentro del proceso penal, la responsabilidad todavía podía ser exigida por la vía civil, dentro de los plazos de prescripción que corresponden a la responsabilidad extracontractual.

El Juez debía abstenerse de emitir pronunciamiento sobre daños y perjuicios incluso cuando el agraviado se hubiera constituido en parte civil, *si éste no ha reclamado expresamente en esta vía la indemnización del daño.* Esta norma tenía por objeto permitir que el agraviado pueda constituirse en parte civil con el objeto de participar en el juicio destinado a castigar a quien le infirió un daño y controlar de alguna manera la aplicación de la ley penal; pero sin quedar atado por ello a someterse a esa vía para el establecimiento de la reparación. Si el Juez penal tiene que resolver sobre daños y perjuicios siempre que ha habido constitución de parte civil (aunque ésta no pida la indemnización por esta vía), entonces el agraviado preferirá muchas veces no constituirse en parte con el objeto de poder reclamar la indemnización en la vía civil, que le puede ser más conveniente; pero de esta forma se habría perdido en la práctica

una de las garantías del proceso penal, que es la participación directa del agraviado en el mismo.

49. *Aplicación de la ley civil.* Por otra parte, el artículo 2047 del Proyecto también establecía —dentro del mismo espíritu de considerar la reparación civil como independiente de la sanción penal y siguiendo las pautas del artículo 53 del Código Suizo de las Obligaciones— que, al apreciar la existencia del daño y la naturaleza de la responsabilidad, el Juez civil no se encuentra sujeto a las disposiciones del Derecho Penal que regulan la imputabilidad ni a la sentencia penal absolutoria del responsable de los daños, salvo en cuanto se haya pronunciado sobre la responsabilidad civil a petición de la parte interesada.

De otro lado, se había previsto que, aún cuando la víctima opte por exigir la reparación en la vía penal por razones de economía procesal o cualesquiera otras, el Juez penal debía resolver este punto de acuerdo con las disposiciones civiles sobre responsabilidad extracontractual para los efectos de establecer la responsabilidad y el monto de la reparación de la cosa y de la indemnización por el perjuicio material o moral.

Estos aspectos podrán ser precisados por la jurisprudencia, siguiendo las pautas de la tradición jurídica peruana en el sentido de que la inocencia penal del causante no lo libera automáticamente de la responsabilidad civil, sino que ésta tiene que ser evaluada con criterios civilistas. Y ello es obvio si se tiene en cuenta que la responsabilidad civil cubre una hipótesis más amplia que la responsabilidad penal, ya que no sólo comprende los daños resultantes de delito, sino también aquéllos que se derivan de descuido e imprudencia no delictual, así como los que deben ser resarcidos sin culpa, como los ocasionados mediante bienes o actividades riesgosas. Por consiguiente, puede haberse establecido en el juicio penal correspondiente que no hay delito, pero esto no significa que no haya obligación *civil* de pagar una indemnización.

Una amplia y constante jurisprudencia, todavía bajo el antiguo Código, ha establecido la procedencia de la acción civil en los casos en que no se ha encontrado responsabilidad penal. Así, por ejemplo, en el juicio seguido por Víctor Valenzuela contra la Negociación Agrícola Chacaca Mazo Limitada, el Fiscal SOTELO se pronuncia por la investigación civil de la responsabilidad aunque no haya existido "delito justificable" porque "tal resolución [en el juicio criminal] por sí sola no puede justifi-

car" civilmente al propietario del camión con el que se cometió el daño; tesis que es amparada por la Corte Suprema por Resolución de 27 de setiembre de 1947[114]. De la misma manera, en el juicio seguido por doña Rosa Corzo viuda de Caballero y por sus hijos contra la Empresa A.C.E.H. Pacheco Benavides, propietaria del ómnibus que causó la muerte de su esposo, la Corte Suprema, de acuerdo también a un dictamen fiscal de SOTELO, considera que la sentencia que declara no haber responsabilidad penal del chofer, no exonera de responsabilidad civil a la empresa propietaria del vehículo y principal del chofer autor del daño[115]. En la misma línea está la Ejecutoria Suprema de 18 de abril de 1950, recaída en el juicio sobre indemnización seguido por los deudos de Segundo Juan Silva Soto contra don Héctor Rodríguez, propietario del vehículo y empleador del chofer que atropelló a la víctima. La Corte acoge otro dictamen del Fiscal SOTELO en el que éste opina que "el auto del Tribunal Correccional de Cajamarca, que declara no haber lugar a juicio [criminal] y manda archivar el expediente, si bien establece la inexistencia de delito en ese hecho y por lo mismo la irresponsabilidad penal del inculpado, no excluye la civil indemnizatoria por el daño causado [que corresponde al propietario-empleador del vehículo]"[116].

Si bien en los casos citados, la Corte Suprema admitió la responsabilidad de los empleadores de los causantes —que, obviamente, no habían sido parte del juicio penal como inculpados— existen otras Ejecutorias que permiten la investigación de la responsabilidad civil aún respecto de personas que fueron directamente objeto de un proceso penal y que fueron declarados inocentes. Este es el caso de la Ejecutoria de 20 de julio de 1948 recaída en el juicio seguido por don Jorge Rosales Flores, padre de la menor Carmen Rosales Flores que falleció en un accidente de tránsito, contra don Enrique Deacon Mujica, propietario y conductor del vehículo que produjo la muerte de dicha menor. El fiscal SOTELO dictaminó en el sentido de que, aun cuando se había establecido que no había lugar a juicio criminal contra Deacon porque la criatura se arrojó contra el automóvil sin que fuera posible evitar el accidente, ello no exoneraba de responsabilidad civil al demandado; y la Ejecutoria de 20 de julio de

---

114. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año 1974, pp. 800-801.

115. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año 1949, Nos. 66-67, pp. 529-530.

116. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Mayo de 1950, No. 76, pp. 603-604.

1948, aun cuando disminuye la cantidad que las sentencias inferiores habían ordenado pagar, mantiene el principio de la independencia de la responsabilidad civil frente a la penal[117].

Sección III: La Culpa

50. *Culpa in abstracto y culpa in concreto.* El artículo que estamos comentando recoge la idea de culpa como criterio de identificación del responsable. Pero nada en su texto ordena que la apreciación de la culpa sea practicada *in abstracto* o *in concreto.*

Pensamos que este artículo sólo puede referirse a aquéllo que antes hemos denominado "culpa objetiva"[118], ya que la culpa considerada en sus aspectos absolutamente subjetivos pertenece más bien al campo de la Moral que al del Derecho.

Como dicen los hermanos MAZEAUD y TUNC, si se pretendiera que el juez examine la culpa subjetiva o *culpa in concreto*, si se postulara que el juez debe estudiar la personalidad efectiva de ese sujeto en particular que es el causante y las circunstancias específicas e irrepetibles en que se produjo el accidente, "¿Cómo sabría él si, frente a su propia consciencia, un individuo ha sido imprudente o negligente? Bajo el color de analizar un estado de alma, se vería fatalmente obligado a abandonar el examen de esa consciencia en particular, a salir de la intimidad del investigado, para echar una mirada en torno a sí a fin de comparar la conducta de aquél respecto de quien se debe establecer su responsabilidad con la que hubiera tenido cualquier otro individuo en circunstancia semejante"[119].

---

117. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Julio y Agosto de 1948, Nos. 54-55, pp. 527-529. Esta ejecutoria ha sido ya comentada, en lo que se refiere al principio objetivo de responsabilidad; *vid. supra*, No. 35.

118. *Supra.*, No. 12.

119. Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle.* 6a. ed. T.I. Editions Montchrestien, Paris, 1965. No. 421, p. 492.

51. *Grados de culpa y patrón objetivo.* Ya POTHIER en el S. XVIII, en su *Traité des Obligations*, que fue una de las obras precursoras del *Code Napoléon*, planteaba la necesidad de objetivar la apreciación de cada uno de los tres grados de culpa mediante la comparación de la conducta del agente con un "tipo social". Así decía que la *culpa lata* consiste en no adoptar respecto de los asuntos de otro el cuidado que "Las personas menos cuidadosas y las más estúpidas" no dejarían de tener respecto de sus propios asuntos; la *culpa levis* es la falta de cuidado, comparando la conducta con la de una "persona prudente"; y la *culpa levissima* supone comparar la conducta con la que tendrían "las personas más meticulosas" respecto de sus propios asuntos[120]. En todos estos casos, está presente la idea de un modelo social que sirve de patrón objetivo para determinar la culpa.

La teoría contemporánea de la culpa no realiza más las distinciones exquisitas de POTHIER sobre los grados de culpa para determinar la responsabilidad extracontractual: se limita a establecer un sólo patrón objetivo de conducta —aquél del hombre razonable— que da lugar a responsabilidad en todos los casos de desviación de la conducta deseable. Se trata, pues, de una objetivación de la culpa a través del establecimiento de un solo *standard*; toda conducta *sub-standard* debe dar lugar a indemnización bajo el pretexto de que hay culpa.

52. *Culpa jurídica y culpa moral.* Por consiguiente, la culpa que debemos investigar en el causante del daño, de acuerdo al artículo 1969 del Código Civil de 1984, no puede ser apreciada *in concreto* tomando en cuenta todas las particularidades y posibilidades subjetivas del agente sino *in abstracto*, mediante la comparación con una conducta objetiva o ideal en tales circunstancias.

Este es uno más de los casos en que el Derecho se distingue —lícitamente— de la Moral: mientras que una determinada conducta puede ser moralmente irreprochable analizada *in concreto*, esa misma conducta es considerada culpable por el Derecho por comparación con un patrón objetivo de conducta y da lugar al pago de una indemnización.

---

120. Henri y León MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.*, T.I., No. 38, p. 49.

Veamos un ejemplo. *Pomponius* acaba de recibir la noticia de que su madre se está muriendo. Toma su automóvil y se dirige rápidamente al hospital para acompañarla en los últimos minutos. Embargado como está por la emoción, no tiene una atención plena en el manejo; cuando menos, no maneja con la misma atención que una persona normal en circunstancias normales. Y ciertamente no le hubiera sido posible conducir normalmente porque no está en un estado de ánimo normal ni en circunstancias normales. Sin embargo, tampoco es capaz de darse cuenta de las repercusiones de tal estado de ánimo alterado sobre sus actos y sobre la rapidez de sus reacciones.

De pronto, se cruza un peatón; y aunque quizá, si hubiera tenido una atención más despierta, hubiera podido evitar atropellarlo, en las condiciones psicológicas en que se encuentra no alcanza a frenar a tiempo y lo arroja violentamente frente a sí, causándole la muerte. *Pomponius* no es moralmente responsable de esa muerte, no ha cometido ningún pecado, porque las circunstancias extraordinarias en las que se encontraba su espíritu le impedían obrar de mejor forma. Ni siquiera podría decirse que, consciente de su estado alterado, debió haber dejado su coche y tomado un taxi para dirigirse al hospital: a diferencia de lo que sucede con alteraciones producidas por factores exógenos (como la embriaguez o el estado de drogado), los cambios emocionales pasan muchas veces desapercibidos para los sujetos que los experimentan. No hay, pues, culpa subjetiva en *Pomponio*.

Pero, aunque no sea moralmente culpable de la muerte del atropellado, pagará una indemnización por los correspondientes daños y perjuicios a los deudos. Aun cuando subjetivamente no tuvo culpa porque le fue imposible evitar el atropello, tiene culpa objetiva porque su conducta se desvía del *standard* del hombre razonable. En ese momento no conducía como "un buen padre de familia" sino, en todo caso, como un buen hijo afectado por tan grave noticia sobre su madre. Moralmente, queda exonerado; pero, jurídicamente, tiene que asumir las consecuencias de su descuido objetivo.

Por otra parte, las complejidades de la culpa subjetiva exceden el tipo de análisis propio de la responsabilidad jurídica. Imaginemos los problemas que tendría el Juez para distinguir conceptualmente entre el caso de *Pomponii* que maneja pensando en su madre moribunda y el caso de *Proculi* quien también mató un peatón por el hecho de estar desaten-

to; pero *Proculus* no pensaba en su madre sino que, mientras manejaba su vehículo, se solazaba con el recuerdo de una hermosa mujer a la que había conocido la noche anterior.

53. *La culpa objetiva en la jurisprudencia peruana.* Los jueces peruanos no se han preocupado mayormente en explicitar de manera teórica el tipo de culpa al que recurren para resolver los casos de responsabilidad extracontractual. Posiblemente, han considerado tan natural que la culpa sea entendida de acuerdo a un patrón objetivo, que no han encontrado necesario explayarse sobre ese punto en sus sentencias.

En general, no se encuentra en los fallos judiciales en materia de responsabilidad civil un interés por penetrar en el alma del sujeto para determinar si en consciencia —es decir, en la consciencia del propio sujeto— es culpable. En la práctica, las ejecutorias muestran, por el contrario, una apreciación de la culpa basada en características generales de un sujeto cualquiera colocado en las circunstancias del acto que produjo el daño.

Sin embargo, hemos encontrado algunas Ejecutorias que ilustran algo más explícitamente nuestro punto de vista.

En la tarde del día 23 de mayo de 1940, don Manuel Velarde K. se dirigía de Chosica a Lima por la Carretera Central, manejando su propio automóvil[121]. De pronto se encontró con una densa humareda como consecuencia de la quema de rastrojos en alguno de los campos vecinos. Esta humareda había invadido la pista y disminuía notablemente la visibilidad. Velarde redujo prudentemente la velocidad. En estas circunstancias, unos campesinos, que estaban comiendo en los matorrales vecinos a la carretera, atravesaron la pista. El automóvil conducido por Velarde atropelló a tres de ellos, falleciendo don Ernesto Ibarra Cocpa.

Los herederos de éste último interpusieron una acción civil por indemnización contra Velarde, que fue declarada fundada. El Fiscal Juan José CALLE, en un dictamen que fue recogido por la Corte Suprema,

---

121. Esta Ejecutoria ha sido ya citada, por otras razones, en el presente libro. *Vid supra*, No. 36.

opinó que la responsabilidad civil se refiere a los actos del hombre que produzcan daños, "haya culpa o no". Sin embargo, el Fiscal intentó demostrar que había habido culpa en este caso. El parecer del Fiscal se basa en que "No cabe duda de que hubo falta de prudencia en el piloto, porque en presencia de la cortina de humo debió suspender el viaje...[dado que ello] constituía un elemento de riesgo que no debió correr". Evidentemente, la necesidad de suspender un viaje porque uno se encuentra ante una cortina de humo es muy discutible; pero lo interesante es el criterio que plantea el Fiscal para llegar a esa conclusión: "debió poner de su parte lo que un hombre diligente debe poner para evitar un accidente". Por consiguiente, más allá de que un "hombre diligente" deba o no parar su vehículo ante una humareda lo importante estriba en que, para determinar la conducta negligente o imprudente, el Fiscal toma como base un *standard* objetivo: la conducta de un "hombre diligente"[122]. Claro está que este concepto está sujeto también a la subjetividad del que juzga: el "hombre diligente" puede ser entendido de muchas maneras. Pero ya no se trata de analizar la culpa en la interioridad del sujeto sino de comparar la conducta realizada con un patrón "sociológico" (con todas las dificultades que evidentemente encierra tal comparación).

Otra Ejecutoria que nos muestra que la culpa debe apreciarse teniendo en cuenta lo que habría hecho razonablemente un hombre normal —y no lo que pudo hacer o no pudo hacer el demandado en particular— es la recaída en un juicio seguido por el Concejo Distrital de Magdalena del Mar con don Juan Machiavello González[123].

El 4 de noviembre de 1943 se produjo un choque en una intersección de calles de Magdalena Nueva entre un automóvil manejado por su propietario, el señor Juan Machiavello González, y un camión de propiedad de la Municipalidad de Magdalena del Mar manejado por el chofer municipal, el señor Alberto Villavicencio Toledo. Como consecuencia del accidente, fueron lesionados los dos ayudantes del camión de la Municipalidad y ambos vehículos presentaron serios daños. El Concejo Distrital de Magdalena del Mar demandó al señor Machiavello, exigiéndole el pago de los gastos de curación del ayudante del camión y de la repara-

---

122. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 34-35, Noviembre - Diciembre de 1946, pp. 715-716.

123. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Nos. 66-67, 1949, pp. 526-527.

ción del vehículo. A su vez, el señor Machiavello reconvino contra la Municipalidad, reclamando de ésta el pago de los desperfectos de su automóvil.

En autos quedó probado que el camión ingresó al crucero a gran velocidad y que no reaccionó debidamente al encontrarse frente al automóvil. Por consiguiente, la Corte declaró infundada la demanda del Concejo y fundada la reconvención de don Juan Machiavello, a quien la Municipalidad debía reembolsarle sus daños. Lo interesante de la argumentación de la Corte estriba en el criterio empleado para pensar que el chofer del camión no reaccionó adecuadamente. De acuerdo al dictamen del Fiscal SOTELO (que la Corte hizo suyo), "Las condiciones personales del chofer del camión, comprobadas científicamente..., lo hacen inapto para el manejo de vehículos motorizados y explican el por qué no pudo reaccionar en forma eficiente para evitar el choque". Estas condiciones consistían en que "adolece de deficiencia mental y defecto físico por incapacidad de la mano izquierda, a consecuencia de una intervención quirúrgica anterior a los hechos". De ello se deduce que, aunque hubiera hecho el máximo esfuerzo personal para evitar el accidente (ausencia de culpa subjetiva), no podía reaccionar de la manera como lo haría un hombre normal (culpa objetiva); por lo que la Corte estimó que tenía culpa.

Es verdad que la reconvención de Machiavello fue planteada contra el Concejo que era el empleador de dicho chofer. Por tanto, la responsabilidad del Concejo es por *culpa in eligendo*, independientemente de la culpa del propio chofer. Pero lo que nos interesa por el momento es que la Corte no calificó el accidente como un caso fortuito que ocurre a pesar de la mayor diligencia del causante, sino que encontró que el daño de Machiavello era indemnizable porque el chofer del camión tenía culpa al no haber actuado de la manera como lo haría un chofer normal. El hecho de que, *in concreto*, su defecto físico no le permitiera actuar mejor (apreciación subjetiva), no constituye eximente de culpa en la mente del Juzgador.

54. *Papel determinante de las convicciones del Juez en la investigación de la culpa objetiva.* Evidentemente, el patrón del "hombre razonablemente prudente" no es una regla de derecho: la descripción del modelo de conducta razonable no está contenida en ninguna norma, ni puede estarlo. Tampoco es una cuestión de hecho: la conducta efectiva del demandado y los daños del demandante son hechos. El *standard* es, más

bien, la *idea* que tienen los Jueces de lo que era posible razonablemente hacer en las circunstancias en que se encontraba el demandado.

Como bien señalan los hermanos MAZEAUD, ese "hombre razonable", ese "hombre prudente", no es un ser incondicionado, considerado al margen de toda situación, fuera del tiempo y de las circunstancias. El modelo —sin dejar de ser un ente abstracto— es un ente situado histórica, cultural y circunstancialmente: es una construcción mental, pero se llega a ella a partir de una realidad circunstanciada. Así, "para juzgar la conducta de un médico habrá que compararla con la que hubiera tenido otro médico, para juzgar la conducta de un automovilista, habrá que compararla con la que hubiera tenido otro automovilista"[124]: no podemos comparar cada una de esas conductas efectivas con una idea universal del "hombre prudente" a secas.

Por otra parte, incluso la construcción mental de un "automovilista prudente" no cubre todos los casos imaginables en los que puede ejercer su prudencia un automovilista, sino sólo la conducta examinada. Y, por último, aun así limitado ese patrón objetivo al tipo de actividad y a la conducta problemática, todavía hay que decir que ni siquiera esa versión limitada del "modelo" de conducta tiene mayor estabilidad: su valor comparativo puede ser efímero. Las convicciones del Juez sobre lo que es prudente y razonable están sujetas a los cambios de las circunstancias que pueden hacer que una conducta imprudente se vuelva prudente y que una conducta irrazonable o "anormal" se vuelva razonable y normal. Por ejemplo, si nos preguntamos sobre lo que pensamos que es prudencia en materia de velocidad en la conducción de automóviles, podríamos decir que conducir por la ciudad a 100 kms. por hora es imprudencia, mientras que conducir en las mismas circunstancias a 50 kms. por hora es una conducta prudente. Sin embargo, hace 70 años, dado el estado incipiente de la industria automovilística, el escaso poder de los frenos de los vehículos automotores y su impreciso mecanismo de dirección, conducir por la ciudad a 50 kms. por hora hubiera sido una grave imprudencia.

Por consiguiente, tanto los cambios en la técnica como los cambios en la psicología de las personas y los cambios en los valores aceptados

---

124. Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.*, T.I. No. 429, p. 499.

por la sociedad, pueden dar lugar a modificaciones del *standard* de prudencia o de negligencia o de normalidad que construimos mentalmente para evaluar una situación concreta.

55. *Las circunstancias: externas e internas.* Se trata, entonces, de un *standard* "situado", un *standard* que se define en el interior de circunstancias concretas.

Pero existe el peligro al razonar de esta manera, como lo advierten de inmediato los hermanos MAZEAUD, que por otro camino nos encontremos de regreso en la idea de la *culpa in concreto:* "porque, bajo el pretexto de colocar el tipo de comparación en idénticas condiciones a las que se encontraba el demandado, llegaría uno, según una expresión trivial, pero cómoda, a 'colocarse en el pellejo' del autor del daño e incluso 'en su consciencia'"[125].

¿Cuál es el criterio, entonces, para atender a las circunstancias, pero mantenerse dentro de la noción de *culpa in abstracto?* Para los MAZEAUD, el *quid* del asunto consiste en que sólo se deben tomar en cuenta las circunstancias "externas", mas no las "internas"[126]. Esto significa que el juez debe preguntarse cómo se habría comportado un automovilista prudente en el momento y en la posición del autor del daño (circunstancias externas); pero no tomará en cuenta el *état d' âme,* la consciencia del automovilista, ni su temperamento, sus reflejos, su capacidad de reacción, sus hábitos mentales y motrices, etc.

Un ejemplo de estas circunstancias externas que el juez debe apreciar para evaluar la razonabilidad de la conducta del causante, lo encontramos en el juicio seguido por Fidelina Hidalgo de Rengifo contra la Compañía Nacional de Tranvías S.A.[127].

El joven Luis Rengifo Hidalgo, hijo de la demandante, fue atropellado y muerto por un tranvía. La Corte estableció que la víctima había

---

125. *Ibid.*, No. 431, p. 500.

126. *Loc. cit.*

127. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Nos. 60-61, Enero-febrero de 1949, pp. 88-89.

actuado con imprudencia, porque estaba jugando al Carnaval. Sin embargo, el Fiscal SOTELO —cuyo dictamen fue hecho suyo por la Corte Suprema— señala que el motorista "pudo usar de mayor cuidado y precauciones en ese día de Carnaval, en que ocurrieron los sucesos, que por ser tal hay evidente falta de control y de atención en las gentes que se dedican al juego en las calles". En otras palabras, lo que hubiera sido normalmente una imprudencia de parte del peatón, no lo era tomando en cuenta las circunstancias; y lo que hubiera sido una precaución razonable en el motorista durante un día común, no era suficiente en tiempos de Carnaval.

56. *Dificultades de la distinción.* Sin embargo, esta distinción entre circunstancias "externas" y circunstancias "internas" no resuelve todos los problemas, sino que crea uno más: el Juez tendrá que decidir cuales son circunstancias externas y cuales son internas, porque tal carácter no surge con fuerza irrefutable de los hechos.

¿Debemos, por ejemplo, considerar la edad como una circunstancia interna o externa? Si la asumimos como interna, la edad no puede ser un factor para evaluar el comportamiento del causante; pero si la asumimos como externa, no podremos comparar la conducta de un niño con la de un adulto sino con la de un "niño prudente". Un caso similar sucede con la enfermedad. Si es una circunstancia interna, no debe importarnos si el automovilista era un hombre enfermo o no lo era: su conducta efectiva habría que evaluarla con referencia a la conducta de un "hombre prudente" normal y sano. Pero si se trata de una circunstancia externa, entonces sólo podremos "medir" su conducta con referencia a la de un "enfermo prudente", teniendo en cuenta como factor atenuante todas las limitaciones de la enfermedad. En el juicio seguido por el Concejo Distrital de Magdalena del Mar con don Juan Machiavello González a que hemos hecho referencia[128], la Corte consideró que la deficiencia mental y la incapacidad en el correcto manejo de una mano son circunstancias que, lejos de justificar la mala maniobra, la hacían patente y por ello determinó que había existido culpa en el chofer; por tanto, en los términos de los hermanos MAZEAUD, la Corte estaba considerando esas circunstancias como "internas" y, consecuentemente, inaceptables como justificación.

---

128. *Supra.*, No. 53.

Un factor particularmente perturbador de este planteamiento es, como lo vieron claramente los MAZEAUD, la competencia profesional o la habilidad para realizar un cierto oficio. ¿Debemos considerar esa competencia o capacidad como circunstancia externa o interna? Parecería tratarse de una circunstancia interna, lo que llevaría a que no se tenga en cuenta para apreciar la responsabilidad. Sin embargo, muchos jueces la introducen en el análisis de la culpa, como si se tratara de una circunstancia externa. Pero, aun para los que admiten que ese factor debe ser considerado, esa toma en consideración no se realiza siempre en el mismo sentido. Para unos, el hecho de que el autor del daño sea particularmente competente —y, por tanto, más consciente de los riesgos implícitos— es un elemento agravante de la responsabilidad. Para otros, reduce las posibilidades de incurrir en imprudencia porque esa competencia les permite asumir con seguridad riesgos que para personas de menor competencia el tomarlos hubiera sido calificado como imprudencia; por lo que el umbral de la imprudencia en las personas particularmente competentes es más lejano y sus posibilidades de incurrir en responsabilidad son más bajas.

Por otra parte, si se decidiera incorporar el nivel de competencia en el análisis de la culpa, se presenta el problema adicional de definir en lo que consiste la competencia. Algunos casos parecerían claros: una persona que tiene un título profesional se supone que es competente en su campo. Pero aun entre los poseedores de un título, hay unos más competentes que otros. No porque todos tienen brevete de chofer, puede decirse que todos los brevetados manejan con el mismo grado de competencia o habilidad. De otro lado, en aquellas actividades respecto de las cuales no existen títulos formales, ¿cómo debe ser demostrada la habilidad?

Es fácil apreciar que este tipo de consideraciones nos puede llevar a sutiles discrepancias interpretativas, que den lugar a juicios interminables en los que las víctimas encuentren cada vez mayor dificultad para obtener la anhelada reparación. Los MAZEAUD percibieron esta dificultad porque, en la 5ta. edición de su famoso *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile* señalaron la existencia de este riesgo. Sin embargo, sugerían que a pesar de todo, algunos aspectos subjetivos —como el de la competencia o la inteligencia personal— fueran tomados en consideración, además de los factores objetivos propios de la *culpa in abstracto*; pero que esta acumulación de factores no tuviera por objeto disminuir la culpa establecida *in abstracto* sino más bien aumentarla en

base a elementos concretos, tales como el hecho de que el causante estuviera particularmente dotado de conocimientos o habilidades con relación a la actividad que causó el daño. En la 6ta. edición recuerdan todavía este peligro, pero lo minimizan. Dicen: "[En ediciones anteriores], hemos expresado nuestro temor de que esto [la consideración de elementos subjetivos, adicionalmente a los criterios de la *culpa in abstracto*], complique el problema de la culpa e introduzca discusiones sin fin sobre las cualidades subjetivas del autor del daño"[129]. Pero, agregan, que posteriormente el señor DEJEAN de la BATIE ha hecho un estudio de la jurisprudencia y ha llegado a la conclusión de que ese peligro no existe porque, en la realidad, los jueces utilizan frecuentemente algunos aspectos subjetivos, sin que se presenten problemas[130].

Nosotros nos preguntamos si el legítimo anhelo de la víctima de obtener una indemnización pronta no se vería más fácilmente satisfecho si eliminámaramos tanta fuente de controversia y, en vez de los juegos minuciosamente bizantinos a los que nos lleva la culpa por todos sus caminos, aplicáramos un criterio m;as eficiente de repartición social de los riesgos que surgen de la vida en común.

57. *La culpa y las diferencias sociales.* En realidad, tenemos severas dificultades en la aplicación consistente de las categorías propuestas por los MAZEAUD —circunstancias "externas" e "internas"— y las utilizamos para expresarnos sólo en la medida en que no contamos con otras mejores, que permitan describir más coherentemente una noción de culpa objetiva que intuimos como básica y fundamental de la responsabilidad civil.

En este sentido, notemos cómo, bajo la apariencia de circunstancias "externas", es posible pasar una serie de factores que tienen también un marcado aroma "interno" y que, en todo caso, sean "internos" o "externos", nos resultan difíciles de aceptar. Por ejemplo, podríamos decir que constituye un factor "externo" la condición económica de las personas; y así, responsabilizaríamos por sus actos a quienes tienen recursos económicos mientras que exoneraríamos o atenuaríamos la responsabilidad de

---

129. Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.*, T.I. No. 423, nota 9, p. 496.

130. *Loc. cit.*

quienes tienen una condición modesta. Nos encontraríamos ante una responsabilidad que no se basa en la culpa ni en la causalidad objetiva ni en la distribución social del riesgo, sino en la capacidad de pago: paga el que tiene el bolsillo más grande (*deep pocket o long purse*). Adviértase cómo de esta manera es posible ensayar una solución teórica —cuando menos para cierto tipo de casos— a la contradicción antes denunciada entre riqueza y culpa[131]. Y esta circunstancia "externa", referida a la condición económica de las partes, parecería vinculada además a toda una constelación de factores "externos-internos": las personas de condición modesta no han tenido la ventaja social de recibir una mejor educación, no han estado tan expuestos a una información tecnológica que les permita sortear más adecuadamente los riesgos de la vida contemporánea, sus reflejos son más lentos debido a las deficiencias de su dieta y otras consideraciones similares.

Desde nuestro punto de vista, reiteramos que la responsabilidad extracontractual no es un sistema para sancionar culpables, sino para reparar víctimas y, en una cierta medida también, para desalentar las actitudes que pueden llevar a que se produzcan accidentes (*deterrence*). Desde esta perspectiva, si se considerara que las personas económicamente desfavorecidas no tienen responsabilidad, las víctimas —que son tanto personas de modestos recursos como personas acomodadas— se encontrarían desamparadas frente a una población (lamentablemente muy grande, en el Perú) que sería tratada más benevolentemente por los Jueces aduciendo una "emoción social" que sólo tendría en cuenta a los menos favorecidos en tanto que productores de daño y no en tanto que víctimas. Por otra parte, el efecto psicológico de impunidad que esta política judicial crearía en grandes sectores nacionales equivaldría a una peligrosísima patente de corso que llevaría a una despreocupación absoluta respecto de las medidas elementales para evitar riesgos, incrementando los casos de culpa inex-cusable.

Por ese motivo, rechazamos la interpretación del artículo 1969 basada en la culpa *in concreto* que, además de todas las dificultades teóricas que ella genera y a las que antes hemos hecho mención, puede llevar, en un país con tantas desigualdades como el nuestro, a malinter-

131. *Cf. supra*, No. 26.

pretaciones contraproducentes. Este rechazo se expresa en la tesis de que, para determinar la responsabilidad, únicamente deben tomarse en consideración las circunstancias "externas". Empero, dadas las dificultades antes advertidas para utilizar consistentemente el criterio de la exterioridad o interioridad de las circunstancias, es preciso añadir que, en términos generales, el Juez no puede tomar en cuenta las circunstancias personalísimas que afectan al causante, sino que sólo debe evaluar su conducta en función de un *patrón objetivo*; lo que significa que no es una apreciación individualizada, *ad personam*, de la culpa.

Pero no podemos desconocer que, a pesar de tal deseo de eliminar el subjetivismo, éste está presente aun en la construcción más objetiva, desde el momento en que hay que seleccionar los criterios que constituirán el patrón objetivo. Por ello, los Jueces se encuentran frente a una tarea delicada, a la que tendrán que hacer frente de la manera más razonada posible. Lo importante es que sea clara la determinación de juzgar objetivamente, aun cuando en la práctica incurran inevitablemente en subjetividades. Pero es distinto luchar contra el subjetivismo y caer en él a pesar del esfuerzo racional, que dejarse abandonar —consciente o inconscientemente— en los brazos de un intuicionismo relativista y carente de todo fundamento discursivo.

58. *La culpa y las diferencias culturales.* Sin perjuicio de lo expuesto respecto de la necesidad de juzgar la culpa de acuerdo a patrones objetivos de comportamiento, consideramos que, en un país de una diversidad tan dramática de culturas como es el Perú, puede suceder que el "*standard*" del hombre razonable no sea el mismo con relación a todos sus habitantes.

La forma como se concibe la racionalidad y la prudencia dentro de los grupos humanos occidentalizados puede ser radicalmente diferente de la forma como son concebidas por la mentalidad andina o por la mentalidad amazónica en el interior de su propio mundo tradicional; y esta inadecuación del patrón o "*standard*" es quizá aún mayor cuando se trata de evaluar la conducta del hombre andino actuando con su mentalidad peculiar dentro del mundo occidental y frente a las nuevas situaciones de riesgo que este mundo distinto al suyo le plantea.

En ese sentido, podríamos eventualmente admitir que los Tribunales utilizaran patrones diferentes de conducta razonable, en función de la di-

versidad cultural. Pero esto no significa en manera alguna regresar a una culpa *in concreto* que supeditaría la responsabilidad a un análisis casuístico de la inteligencia, el grado de educación, el estado de alma, etc. del agente del daño.

Pensamos que el Juez puede excepcionalmente "construir" un *patrón* de conducta razonable distinto, cuando y sólo cuando tenga que juzgar a un individuo que en forma manifiesta pertenezca a una cultura (en el sentido etnológico del término) que, sin lugar a dudas, es distinta de aquella que dio origen a nuestra noción de "hombre razonable". Pero notemos que en tal caso no estaremos juzgando *in concreto* de acuerdo a circunstancias particulares o personales ("internas") dentro de una misma cultura, ni tampoco estaremos haciendo intervenir elementos tales como la educación o la fortuna; más bien, estaremos aplicando un criterio de razonabilidad distinto, fundado en una cosmovisión diferente. Utilizando los términos de MAZEAUD, podríamos decir que estamos tomando en cuenta sólo las circunstancias más externas y generalizables de su situación social.

El ejemplo extremo de esta situación estaría dado por el campesino andino que, recién llegado a Lima y sin saber caminar entre el agitado tráfico de la gran ciudad, provoca por su imprudencia de peatón un accidente automovilístico terrible. No podemos imaginar cómo este individuo tendría "culpa" de lo sucedido; la teoría de la culpa encuentra así una vez más sus límites. En puridad, si el accidente obedeció a una intromisión impredectible de dicho campesino en medio de la calzada, los daños para todos los afectados serían la consecuencia del caso fortuito o, cuando menos, de un acto sin culpa. Por tanto, los pasajeros heridos, los transeúntes atropellados y los dueños de los vehículos dañados, no tendrían a nadie a quien reclamar: no al campesino porque cometió lo que nosotros consideramos imprudencia, con toda inocencia cultural y, por consiguiente, no tiene culpa; tampoco a los propietarios o conductores de los vehículos involucrados porque ellos pueden probar su ausencia de culpa. Muy distinta sería, por cierto, la situación si se hubiera aceptado la tesis de la repartición social de los riesgos: los vehículos estarían obligatoriamente asegurados y las víctimas obtendrían reparación de las correspondientes Compañías de Seguros.

Este re-examen del modelo de "hombre prudente y razonable" se justifica, entonces, sólo cuando estamos frente a un caso que trasciende

las fronteras de nuestra cultura occidental para obligarnos a encarar situaciones culturales absolutamente ajenas a las que estuvieron en la base del modelo de razonabilidad.

Evidentemente, ésta no es una doctrina fácil de aplicar; y tendrá que ser cuidadosamente elaborada en la medida en que se vayan presentando judicialmente situaciones de este tipo. Es probable que muchas veces el juez se encontrará frente a casos-límite, en los que deberá ser muy cuidadoso en su razonamiento para evitar que el peso de la responsabilidad recaiga en personas que sólo son "culpables" en sentido formal; pero, de otro lado, tendrá que evitar también que, por la vía de una compasión mal entendida, una amplia capa de la población quede al margen de la responsabilidad extracontractual, tanto por no estar sujetos a las responsabilidades que de ella se derivan como también por no poder exigir indem-nizaciones por los daños que sufran en el interior de ese medio cultural que resultaría marginado de la culpa.

En el campo penal se han presentado algunos casos de discusión de la responsabilidad civil en los términos del problema planteado en este punto. Es ilustrativo el juicio seguido contra Marcos Carazas y Marcial Quispe por delito de lesiones por negligencia y pago de responsabilidad civil[132], en razón de los hechos que se relatan a continuación. En la noche del 6 de setiembre de 1954, en la Hacienda Terbito del Distrito de Echar-co de la Provincia de la Convención (Cuzco), el chofer Modesto Carazas llenó con gasolina una bomba para aplicar insecticida y ordenó a su ayudante Marcial Quispe que fumigara su habitación y la del niño Mario Vilca, con el objeto de matar las pulgas que habían infestado esos ambientes. A la luz de una linterna, Quispe pulverizó abundantemente las habitaciones, incluyendo la ropa de cama, el vestido y aun la persona misma del niño. Dejaron a éste para que se acostara y le dijeron que, si tenía miedo, podía encender el candil. Poco rato después, el niño Vilca encendió tal candil, lo que produjo un incendio que causó severas quemaduras en dicho menor.

El Fiscal VELARDE ALVAREZ opinó que "Teniendo cierta cultura el chofer hay que concluir que obró con negligencia al autorizar al

---

132. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 177, octubre de 1958, pp. 1128-1130.

menor que prendiera el mechero en caso de que llegara a tener miedo de su soledad; y por eso es responsable de las lesiones sufridas por la víctima, porque pudo prever los desastrosos resultados que podían producirse al encenderse un fósforo en una habitación impregnada con gases de gasolina". Observemos cómo la mención a la cultura es muy importante pues, si no hubiese existido ese grado mínimo de cultura, el Fiscal no lo hubiera considerado culpable al chofer. Ello se encuentra corroborado por el hecho de que se pronuncia por la ausencia de culpa de Quispe: "Pero no se concibe que el ayudante del chofer llamado Marcial Quispe, hombre inculto, analfabeto e ignorante, que no hizo otra cosa que cumplir con el encargo de su principal, pueda tener alguna responsabilidad en el hecho". La Corte Suprema, por Resolución de 21 de diciembre de 1957, modificó la sentencia del Tribunal Correccional en el sentido propuesto por el Fiscal Supremo.

59. *La culpa por omisión.* ¿Existe culpa por no evitar un daño (*culpa in omittendo*) en el mismo sentido que la culpa por causar un daño (*culpa in comittendo*)? O, dicho de otra manera, ¿hay responsabilidad civil por el hecho de no actuar como un buen samaritano?

Este ha sido un tema tradicionalmente controvertido en la doctrina. El Derecho Anglosajón, de inspiración más individualista, no reconoce culpa alguna cuando simplemente se omitió prestar auxilio, "porque ninguna ley humana (secular) puede forzarnos a tener especial cuidado en amar a nuestros vecinos, y el Derecho inglés puede no estar equivocado en su rechazo a imponer un riesgoso papel de samaritano, por la vía de negar acción por daños y perjuicios contra la persona que ve a otro ahogándose y no hace esfuerzo por salvarlo"; salvo, claro está, que hubiere existido una relación especial entre uno y otro que imponga al que observa la obligación de salvar al que se ahoga: caso del salvavidas en una playa o del instructor de natación en una piscina[133]. En el Derecho Francés, el tema ha sido muy discutido y muchos autores importantes se han inclinado por la tesis de que existe responsabilidad por daños y perjuicios sólo cuando la ley misma impone la obligación de salvar (Ejemplo: la prohibición penal de abandonar a una persona en peligro) o cuando la naturaleza de las relaciones entre uno y otro imponía tal deber.

---

133. Philip S. JAMES y D.J. Latham BROWN: *General Principles of the Law of Torts.* 4a. ed. Butterworths. Londres, 1978, p. 57.

Sin embargo, PLANIOL y RIPERT se refieren a un deber general de no indiferencia; aunque son muy cautos —y hasta diríamos que escépticos— en la aplicación jurídica de tal deber[134]. En cambio, los hermanos MAZEAUD y André TUNC tienen una concepción bastante más amplia de este tipo de responsabilidad jurídica y piensan que ella se presenta aun en casos en que otros autores consideran como de simple responsabilidad moral[135].

60. *La culpa por omisión: naturaleza.* La omisión puede presentarse como consecuencia y en la ejecución de una operación que implica la realización de ciertos actos positivos. Por ejemplo, el chofer que conduce su automóvil (acto positivo), omite frenar a tiempo para evitar el accidente. Si esta omisión es dolosa, negligente o imprudente —es decir, si existe culpa en tal omisión— no cabe duda de que origina responsabilidad.

Pero la omisión puede producirse también independientemente de todo acto positivo: estamos ante la simple inacción de una persona frente a un daño que sobreviene a otro y cuya intervención hubiera podido evitar o atenuar. Es este segundo caso que presenta las mayores dificultades y el que es materia de análisis en estos párrafos. El primer caso —la omisión de algo indispensable dentro de la serie de actos positivos orientados a una finalidad específica— es la típica negligencia, cuya naturaleza y consecuencias jurídicas han sido ampliamente estudiadas por la teoría de la culpa. En cambio, el segundo caso es el que la doctrina discute y que una buena parte de ella condiciona a que haya existido previamente una obligación legal de actuar para que pueda hablarse de responsabilidad.

61. *La culpa por omisión: la obligación legal de ayudar, dentro de la ley peruana.* El Código Penal Peruano contiene varios artículos referidos a casos vinculados al problema que nos ocupa.

---

134. Marcel PLANIOL y Georges RIPERT: *Traité Pratique de Droit Civil Français.* T. VI. *Les Obligations.* L.G.D.J. PAris, 1930. No. 508, pp. 703-704.

135. Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle.* T.I. 6a. ed. Editions Montchrestien, Paris, 1965. No. 541, p. 634.

Así, el artículo 179 supone un deber del guardador de ayudar (no abandonar) a los niños en peligro y a los incapaces que estén legalmente o de hecho al cuidado de una persona; y este deber es aún más grave si el guardador es un ascendiente, descendiente, hermano o cónyuge del menor o incapaz en peligro (art. 181). El artículo 182 supone que este deber se extiende aún a los menores o incapaces que no estén bajo custodia de quien los encuentra en abandono o peligro; pero dispone que se cumple con tal deber simplemente avisando a la autoridad. El artículo 183 presupone también este deber de auxiliar en quien encuentra a un herido o a una persona en estado de peligro; pero permite igualmente que el deber se considere cumplido con el simple aviso a la autoridad.

Esto significa que, en todos los casos citados, existe responsabilidad civil de quien crea con su inacción uno de los elementos de la serie de causas que producen el daño.

Un ejemplo de este tipo de responsabilidad se encuentra en el caso siguiente.

El 20 de abril de 1949 salió de la ciudad de Puno con destino a Ilave un camión conducido por Johnny Encinas Ponce, que llevaba como asistente al indígena Tiburcio Anduviri Alfonte. El vehículo se detuvo en el pueblo de Acora con el objeto de echar agua al radiador. Entonces sucede un episodio nimio que, de una manera desconcertante e inverosímil, se convierte en una tragedia. El ayudante Tiburcio Andaviri inicia una discusión insignificante con el indígena Rufino Barrientos que se encontraba en ese lugar y a quien finalmente, en acto abusivo, le quita el sombrero. Barrientos, indignado, trepó al camión cuando se puso nuevamente en marcha, con el objeto de insistir en la devolución de su sombrero. Después de muchos kilómetros y cuando ya era de noche, el indígena Barrientos obtiene la devolución de su sombrero y pide que se detenga el camión para bajarse; pero el chofer le dice que, dado que ha venido en el camión hasta ese lugar, tiene que pagar pasaje. El indígena Barrientos, desesperado, se lanza fuera del camión en el paraje denominado Tulka. El chofer detuvo la marcha y, en compañía del ayudante, se dirigieron al lugar donde había caído Barrientos, a quien encontraron en el suelo y aparentemente en estado de inconsciencia. Según la versión del ayudante que aparece consignada en el dictamen fiscal, "el chofer al ver tendido al indígena manifestó 'que se joda'"; y lo abandonaron a su suerte. Al día siguiente encontraron el cadáver del indígena con una pierna devorada

por los perros. La Resolución de la Corte Suprema de 13 de setiembre de 1952 condena penalmente este abandono y además obliga a sus autores al pago de una reparación civil[135bis].

62. *La culpa por omisión: el deber general de solidaridad.*¿Podemos decir que sólo existe responsabilidad por omisión cuando se ha incurrido en algunos de los casos contemplados en el Código Penal, a que hemos hecho referencia? Esto supondría que debe existir previamente una condena penal para que se pueda exigir la indemnización civil.

En nuestra opinión, el deber de auxiliar al prójimo no está limitado a las normas del Código Penal sino que está permanentemente presente en las reglas de la responsabilidad civil como una obligación general de solidaridad. Dentro de este orden de ideas, la clásica obligación de no causar daño a otro (*neminem laedere*), que ha sido siempre considerada como uno de los fundamentos básicos de la responsabilidad civil, no es sino la forma negativa de declarar esa obligación genérica de solidaridad. Consecuentemente, las normas del Código Penal no son a su vez sino la expresión específica del mismo principio para fines penales; pero no limitan la aplicación de las consecuencias del principio en el campo civil[135ter].

Quizá la forma más adecuada de entender esta situación es como la sugieren los hermanos MAZEAUD: la culpa por omisión sigue las mismas reglas que la culpa por acción[136]. Tomando este principio como base y dentro de los lineamientos de la culpa *in abstracto* a la que nos hemos adherido, diremos que existe culpa por omisión ahí donde una persona razonable hubiera acudido en auxilio de la persona en peligro de sufrir un daño y, sin embargo, el sujeto no lo hizo. Creemos que, dentro de nuestra cultura, ese criterio de razonabilidad importa también una obligación positiva de acudir en auxilio de otro, cuando éste se encuentra en peligro de sufrir un daño corporal: de ahí que la omisión de auxiliar sea una violación del *standard* del "hombre razonable" y, consecuentemente, origine culpa y obligación de resarcimiento.

135bis. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1953, No. 111, pp. 484-487.

135ter. *Vid. infra*, No. 690.

136. Henri y Léon MAZEAUD: *Op. cit.*, No. 540, p. 633.

63. *La culpa por omisión: sus limitaciones.* Este mismo *standard* cultural de razonabilidad de la conducta nos muestra los límites de la culpa por omisión.

No todas las omisiones frente al daño de otro, dan lugar a una obligación de resarcimiento, sino solamente aquéllas que no concuerdan con el patrón de razonabilidad. Por ejemplo, no sería razonable pensar que, frente a la pobreza que existe en el país, todo aquél que tenga más de lo indispensable está en obligación de ayudar a quienes sufren daños por tener menos de lo indispensable. Una persona que considerara que tiene un deber generalizado de ayudar a todo el mundo y que procede a repartir su fortuna en la plaza pública, no estaría dentro de los límites de la razonabilidad sino por encima o por debajo de ellos: o es un santo (y a nadie se le puede imponer que lo sea) o es un loco o un pródigo (y, posiblemente entonces, el Derecho se encargará de declararlo interdicto). Por consiguiente, existen patrones culturales de lo que se entiende por obligación —imponible jurídicamente— de ayudar al prójimo, que explicitan la razonabilidad; y la responsabilidad nace solamente en el interior de estos patrones.

Por la misma razón, no podría exigirse legalmente que una persona asuma un riesgo por salvar a otra. A ninguna persona normal sería razonable exigirle que se arroje al mar embravecido para salva a un bañista cogido por las olas. Nadie puede ser obligado jurídicamente a ser héroe. Sin embargo, esa persona incurriría en responsabilidad si, estando en condición de hacerlo, no avisa al salvavidas profesional o a la autoridad policial a fin de que envíen un helicóptero.

De la misma manera, si se han hecho frecuentes los asaltos en las carreteras con la modalidad de que una persona simule haber sido atropellada para obligar al automovilista a detenerse, no es razonable responsabilizar a un automovilista porque no se detuvo en un caso en que efectivamente quien estaba sobre la pista era un herido. En cambio, si un chofer presencia un accidente y no se detiene a transportar a los heridos a pesar de los pedidos de auxilio de las víctimas, la esposa de quien falleció por no haber sido conducido a tiempo al hospital y que tomó nota de la placa de quien se negó a hacerlo podría exigirle una reparación por daños y perjuicios.

Hay casos en los que la razonabilidad de una situación no es fácilmente inteligible. Imaginemos, por ejemplo, que dos camiones que viajan en sentido contrario plenamente cargados de pesado material, tienen un desperfecto a la misma altura de la carretera, de modo que bloquean el paso. Imaginemos también que no hay culpa de los camioneros y que ésto ha sucedido a la mitad de una curva ciega. Dado el peso de los camiones, es imposible retirarlos de inmediato de la carretera. Pero, aun cuando no existe culpa en la parada, los choferes de los camiones omiten colocar una señal en lugar visible para advertir del peligro a los vehículos que se acerquen posteriormente al lugar. Si un vehículo se estrella contra ellos, no cabe duda de que tales camioneros son responsables por los daños y perjuicios. Pero, qué sucedería si el primer vehículo que pasa acierta a evitarlos: sale a la cuneta, sufre una volcadura sin consecuencias, con la ayuda de los camioneros endereza su coche y sigue su viaje. Más tarde llega otro vehículo que no tiene la misma suerte y se estrella. ¿Podríamos considerar co-responsable al automovilista "afortunado" porque, conociendo perfectamente el peligro, no colocó tampoco una señal para los siguientes? La misma situación pude presentarse si lo que existe en la ruta es un derrumbe o un tronco atravesado; en estos últimos casos, ni siquiera habría un culpable previo por omisión (como en el caso de los camioneros) en quien descargar nuestra consciencia.

La situación es todavía bastante menos clara cuando la omisión se refiere no ya al peligro de daños corporales sino a daños en los bienes de otro. La obligación general de solidaridad es indudablemente más fuerte cuando se trata de preservar la integridad física de todo ser humano que cuando se trata de cuidar de las propiedades de los demás. Si el dueño de un predio observa que una crecida del río está destruyéndo las cosechas de su vecino ausente en ese momento, podría decidir ayudarlo mediante la construcción de unas defensas provisionales; pero nadie podría responsabilizarlo jurídicamente por no haberlo hecho.

El criterio en todos estos casos —no siempre fácil de aplicar— es la razonabilidad de la conducta, pues es ella la que condiciona el deber de solidaridad y, consiguientemente, la obligación de reparar civilmente. Es interesante destacar cómo aquí también se pone en juego la idea, que hemos expresado antes, de que el criterio de razonabilidad no es absoluto sino relativo e histórico: no responde a un patrón puramente lógico sino, fundamentalmente, sociológico. Sin que ello implique incurrir en tautolo-

gía, podemos decir que es razonable lo que la gente, dentro de circunstancias históricas y culturales determinadas, considera que es razonable.

Sección IV: En el camino de la responsabilidad objetiva

64. *Las rutas de la objetivación.* Como veremos en el Capítulo II de este Título, el Código Civil de 1984 ha colocado el principio de responsabilidad objetiva (art. 1970) al lado del principio de responsabilidad subjetiva (art. 1969). De esta manera, para el legislador de 1984, la responsabilidad extracontractual se encuentra dividida en dos grandes campos que se rigen por dos grandes principios: los daños producidos mediante actividades o cosas riesgosas, están sometidos a responsabilidad objetiva; los demás casos de daños, están sometidos a responsabilidad subjetiva.

Sin embargo, independientemente de la presencia paralela de la responsabilidad objetiva manifiesta, es posible encontrar caminos que pueden ser recorridos por los jueces para objetivar la responsabilidad en el seno mismo de la responsabilidad subjetiva. Esta actitud objetivista de la jurisprudencia que pervierte el ánimo subjetivista del legislador, ha sido una tradición en la historia jurídica peruana. Ya hemos señalado antes[137] que los jueces peruanos —siguiendo, por otra parte, una tendencia universal[138]— prácticamente convirtieron en culpable a todo causante, a pesar de la tónica básicamente subjetivista del articulado del Código Civil de 1936.

En el Código Civil de 1984, estas posibilidades son aun mayores. Se trata de una situación paradójica pues el legislador de 1936 quiso ser objetivista y, en cambio, redactó un articulado fundamentalmente subjetivista, con un campo reducido para la objetivación. Por el contrario, el legislador de 1984 quiso ser más bien subjetivista y, sin embargo, dejó grandes posibilidades a la objetivación por la vía judicial.

Entre otros mecanismos que veremos más adelante, al comentar cada artículo del nuevo Código, queremos desde ya señalar dos caminos

---

137. *Supra*, No. 36.

138. *Supra*, No. 14.

objetivizantes que surgen de la lectura del artículo 1969: la consideración de la *culpa levissima* y la inversión de la carga de la prueba.

65. *La culpa levissima.* Esa característica de variabilidad del *standard* de prudencia a que nos hemos referido[139] es muy importante porque constituye uno de los caminos por los cuales los Jueces y Tribunales pueden incrementar la objetivación de las responsabilidades por riesgos rutinarios si, siguiendo el razonamiento que hemos hecho en la Primera Parte de este libro, consideran (como el autor) que la responsabilidad objetiva es preferible para tratar los casos de daños por accidentes porque facilita la reparación de las víctimas y promueve la difusión social del riesgo a través de la contratación de seguros.

No cabe duda de que si la idea de lo que es "razonable" se hace cada vez más rigurosa, si al demandado se le exige cada vez más diligencia y prudencia hasta el punto de que resulte muy difícil que su conducta concuerde con un exigente ideal, más causantes serán obligados a pagar por los daños que causen. Paradójicamente, el incremento de la culpa —el desplazamiento de su apreciación desde la *culpa lata* y la *culpa levis* hacia la *culpa levissima*— produce en la práctica un incremento de la responsabilidad objetiva. Si hacemos a todos culpables, entonces la culpa carece de importancia en la determinación de la obligación de pagar; todo aquél que haya causado un daño estará obligado a repararlo porque no podrá evitar que, en la mente del Juez, su conducta sea considerada *sub-standard*. De esta manera, en el campo de los accidentes rutinarios nos encontraremos que, a pesar de la declaración subjetivista del artículo 1969, en la práctica podría primar la responsabilidad objetiva.

Recordemos que en el Derecho Romano, aún la *culpa levissima* engendraba responsabilidad: *In lege Aquilia et levissima culpa venit*. Más tarde, con la influencia de las ideas liberales e individualistas, se produjo una desobjetivación de la responsabilidad con el consiguiente retroceso dentro de la escala de grados de culpa: la *culpa levissima* quedó excluida de la responsabilidad civil porque se consideraba que, en los casos de su aplicación, la previsión es prácticamente imposible y, por consiguiente, no hay propiamente falta del causante del daño. Esta tesis aún es sostenida por algunos autores. Adriano de CUPIS, por ejemplo, afirma que "Es

---

139. *Supra*, No. 54.

suficiente la culpa leve para que surja la obligación de resarcir; pero es irrelevante la culpa levísima"[140]. En cambio, la orientación francesa ha sido bastante más exigente, lo que la ha llevado a acentuar la objetivación de la responsabilidad. Ya TARRIBLE, en el discurso de presentación del *Code Napoléon* ante el Cuerpo legislativo, decía: "El daño, para que sea materia de reparación, debe ser el efecto de una falta o de una imprudencia de parte de alguien; si no puede ser atribuido a esta causa, no es sino obra de la suerte; y a cada uno le corresponde soportar la parte de azar que le toca. Pero si ha habido falta o imprudencia, *por ligera que sea su influencia en el daño producido,* hay obligación de reparación"[141].

Los MAZEAUD consideran que la discusión sobre la responsabilidad derivada de la *culpa levissima* es ociosa. El juez no se pregunta si el demandado obró como una persona meticulosamente prudente o como una persona medianamente prudente: simplemente se pregunta si fue prudente o no. Es fácil advertir cómo, de esta manera, el juez puede responderse a sí mismo utilizando modelos de conducta prudente cada vez más rigurosos y exigentes; esto lo hará incluir dentro de la responsabilidad el campo de aquello que antes se denominaba *culpa levissima* y, por ese camino, el juez llevará un articulado subjetivista hacia una aplicación objetivista.

66. *La inversión de la carga de la prueba.* Esta posibilidad de llevar adelante una política judicial objetivista, se encuentra reforzada por la inversión de la carga de la prueba que establece el mismo artículo 1969.

El Código Civil de 1984 ha establecido de manera directa lo que en el Código de 1936 resultaba de una concordancia entre el artículo 1136 y el artículo 1137: la culpa se presume y le corresponde al demandado liberarse de ella probando su ausencia de culpa.

Ahora bien, aquí también, si la prueba liberatoria es apreciada muy rigurosamente por los Tribunales, si se exige acreditar de manera muy

---

140. Adriano de CUPIS: *Dei fatti illeciti. Art. 2043-2059.* 2a. ed. Commentario del Codice Civile. Nichola Zanichelli y Soc. Ed. del Foro Italiano, editores. Bologna y Roma, 1971, p. 7.

141. Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.*, T.I. No. 48, p. 58. El énfasis es nuestro.

completa las circunstancias de la ausencia de culpa, nos deslizamos igualmente por esta rampa hacia la responsabilidad objetiva. De hecho, éste es el método empleado por el Poder Judicial de países con Códigos subjetivistas —como el italiano— para incorporar las nuevas tendencias de la responsabilidad extracontractual a la vida jurídica del país.

Queda evidentemente en claro que la inversión de la carga de la prueba no puede comprender el caso de dolo, porque el dolo no se presume nunca. Por consiguiente, si el demandante se limita a probar el daño y el nexo causal, debe suponerse *iuris tantum* que ha habido simplemente culpa, lo que es suficiente para hacer al demandado responsable, dentro de los alcances del artículo 1969. Si el demandante tuviera interés en dejar establecido que no hubo sólo culpa sino incluso dolo (aunque ello parece irrelevante para los efectos de la responsabilidad extracontractual), la inversión de la carga de la prueba no lo ayudaría en ese punto y estaría obligado a *probar* el dolo del autor del daño.

CAPITULO II

EL PRINCIPIO OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD

Artículo 1970.- *Aquél que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.*

Sección I: Presencia de la responsabilidad objetiva

67. *Un principio distinto.* Si el artículo 1969 establecía el principio general de responsabilidad fundado en el dolo o la culpa, el artículo 1970 establece un segundo gran principio de responsabilidad, que coloca paralelo al primero: los daños producidos mediante actividades o bienes riesgosos o peligrosos, se indemnizan sobre la base del principio de la responsabilidad objetiva.

El legislador subjetivista de la última redacción de la Sección reconoce que cuando menos la obligación de indemnizar cierto tipo de daños debe ser eximida del requisito de la culpa. No se trata ya aquí de una inversión de la carga de la prueba de la culpa, sino directamente de la incorporación en el nuevo Código de la teoría del riesgo con su connotación objetivista.

Observaremos que esta actitud objetivista aparece en varios artículos de la Sección del Código sobre la responsabilidad extracontractual; así, la responsabilidad del empleador, la responsabilidad del incapaz en ciertas condiciones, etc. son responsabilidades objetivas. Pero el legislador no ha querido limitarse a casos específicos, sino que incluso ha in-

corporado un principio básico de responsabilidad objetiva (art. 1970) que, por su ubicación y generalidad, tiene casi la misma jerarquía que la responsabilidad por culpa. En consecuencia, debe destacarse, como mérito importante de dicho legislador, su actitud intelectualmente abierta pues, si bien ha adherido —y entusiastamente— al credo subjetivista, no se cierra rígidamente en sus convicciones sino que incorpora un principio diferente cuando le parecen que existen argumentos sólidos en la posición contraria. Evidentemente, esta apertura puede tener un precio: la posibilidad de incurrir en contradicciones. Pero el legislador, con una honestidad intelectual que lo honra, ha preferido el riesgo de la contradicción a la seguridad ciega del dogmatismo.

68. *Más allá de la simple inversión de la carga de la prueba.* Es interesante señalar que otras legislaciones subjetivistas no han admitido la objetividad ni siquiera para los daños producidos por actividades peligrosas. Este es el caso del Código Civil Italiano que, en su artículo 2050, se limita a invertir la carga de la prueba en los casos de actividades peligrosas; sin perjuicio de que, además, la jurisprudencia italiana se haya orientado en muchos casos hacia el objetivismo por la vía de interpretar el principio de culpa como portador de responsabilidad aun en el caso de *culpae levissimae.*

En cambio, el legislador peruano, que ya había invertido la carga de la prueba como regla general (art. 1969, *in fine*), requería de una medida más enérgica respecto de los daños por cosas o actividades peligrosas: la responsabilidad objetiva. Por eso en el artículo 1970, no menciona el dolo ni la culpa como en el caso del artículo 1969 sino que se limita a señalar la relación causal: si se produce un daño por estas causas, exista o no exista dolo, exista o no exista culpa, el causante responde.

69. *Independencia de la culpa.* Mal podría decirse que el principio del artículo 1969 es de carácter general y que se aplica a todos los casos de responsabilidad extracontractual, incluyendo los comprendidos en el artículo 1970; con lo que los daños resultantes de actividades riesgosas o del uso de bienes peligrosos, estarían también sujetos al principio de la culpa. Si fuera así, no hubiera sido necesario el artículo 1970. Si aquél que causó un daño al realizar una actividad peligrosa sólo está obligado a indemnizarlo si medió dolo o culpa dentro de los alcances del artículo 1969, entonces ¿para qué repetir la norma en el artículo 1970?

Es obvio que en el artículo 1970 el legislador quiso decir algo más o algo distinto, que no estaba en el artículo 1969; y lo hace eliminando las palabras dolo y culpa. Así, los casos de daños comprendidos en el artículo 1970 se diferencian de los comprendidos en el artículo 1969 en el hecho de que para obligar a indemnizar a aquéllos no se exige dolo ni culpa. Por eso es también que el artículo 1970 ya no se refiere a la inversión de la carga de la prueba de la culpa; ya no hay culpa que probar.

70. *La presunción inimpugnable de culpa.* Hay quienes han pretendido que la responsabilidad por riesgo no es realmente un caso de responsabilidad objetiva, sino que se trata más bien de una presunción de culpa *iuris et de iure.*

Esta tesis es insostenible, pues una *presunción* que no puede ser enervada es una *realidad* para el Derecho. ¿Cómo puede hablarse todavía de culpa si, aunque puedo demostrar que no tuve culpa en la comisión del daño, no se me deja probarlo? La inversión de la carga de la prueba que hemos encontrado en el artículo 1969 juega el papel de una presunción *iuris tantum:* siempre queda la posibilidad de probar que no se tenía culpa. Pero cuando esa posibilidad ha sido suprimida, hablar de culpa es incurrir en una piadosa ficción: se responde porque se es causante; y la referencia a la culpa —vía la presunción— no es sino un homenaje al difunto. En realidad, la presunción *iuris et de iure* de culpa no es sino una forma de plantear —ilícitamente— la responsabilidad objetiva con el lenguaje de la culpa: para no reconocer que estamos ante la responsabilidad objetiva, se recurre todavía a la terminología subjetivista; en otras palabras, se viste a la responsabilidad objetiva con sedas subjetivistas. Pero en el fondo, para cualquier espíritu *naif* (lo que puede ser intelectualmente muy útil en numerosas ocasiones) estamos simple y llanamente ante la responsabilidad objetiva.

71. *El principio general y los casos especiales.* En este capítulo nos referimos al principio general de responsabilidad objetiva y estudiaremos en particular el artículo 1970 que incorpora legislativamente este principio, fundándolo en el riesgo creado.

Sin embargo,el artículo 1970 no es el único que aplica el principio objetivo. Más adelante veremos que otros artículos de la misma Sección del Código utilizan también el principio objetivo para regular ciertos casos especiales de responsabilidad.

Sección II: El riesgo o peligro

72. *Un problema semántico.* La primera dificultad importante que encontramos al ensayar una interpretación del artículo 1970 es de carácter más bien semántico; pero con gravísimas consecuencias jurídicas.

¿Qué nos quiso decir el legislador con esa reiteración de adjetivos al referirse a bienes o actividades "riesgosos o peligrosos"?

El Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española define "riesgo" como "contingencia o proximidad de un daño" y, de otro lado, define la palabra "peligroso" como "que tiene riesgo o puede ocasionar daño". Por consiguiente, desde el punto de vista estrictamente lingüístico no existe mayor diferencia entre ambos adjetivos. La reiteración parece obedecer más bien al deseo del legislador de que no quede duda de que todo aquéllo que genere la proximidad de un daño está sujeto a la responsabilidad objetiva.

73. *Riesgo anormal o simple riesgo.* Para comprender mejor este deseo legislativo de que todo lo riesgoso esté incluido en los alcances de la responsabilidad objetiva, es preciso ubicar esta preocupación dentro del contexto del Derecho Comparado en que se presenta esta responsabilidad particular derivada de las actividades o bienes riesgosos.

Algunos Derechos, como el norteamericano, tienden a restringir el concepto de lo riesgoso.

En Estados Unidos, la idea es que este tipo de responsabilidad objetiva sólo rige para las actividades anormalmente peligrosas (*abnormally dangerous activities*); y por "peligro anormal" se entiende que no exista posibilidad de eliminar el riesgo a pesar del ejercicio de diligencia o cuidado razonables: la actividad peligrosa es una actividad excepcional. Zigurds L. ZILE, con extraordinario sentido del humor, comenta que las actividades anormalmente riesgosas son aquellas tan absurdas como criar un elefante hindú en el patio de la casa, trabajar una cantera con TNT, fumigar los edificios con gas de cianuro para matar hormigas o cucarachas, pilotear aviones a velocidades supersónicas, etc. Todas estas actividades no se encuentran necesariamente prohibidas e incluso algunas de ellas pueden ser consideradas hasta beneficiosas y necesarias. En consecuencia, las Cortes dicen a través de su jurisprudencia: "Usted quiere lle-

var a cabo algunas de esas actividades. Muy bien, hágalo. Pero esa actividad tendrá que pagar los daños que cause"[142].

Gary T. SCHWARTZ señala que el principio de responsabilidad objetiva fue acogido como doctrina del *common law* para las actividades "anormalmente peligrosas" o "ultrarriesgosas" y que el primer *Restatement* lo sintetiza a partir de varios casos que incluyen en la famosa sentencia inglesa en *Rylands v. Fletcher*[142bis]. Sin embargo, agrega, los casos en que ha sido aplicado no han sido muchos y en los últimos años los Tribunales han agregado muy pocas actividades a esta categoría de "ultrarriesgo". Hay incluso Ejecutorias que no consideran ultrarriesgosas —y, por tanto, gobernadas por el principio de responsabilidad objetiva— actividades tales como los fuegos artificiales o el uso de armas de fuego. El segundo *Restatement* le ha quitado a este principio objetivo mucho de su carácter absoluto al condicionar su aplicación a que la actividad no haya sido realizada en el lugar adecuado y que tal actividad no sea particularmente valiosa para la comunidad[143].

En cambio, nuestro legislador no ha restringido la responsabilidad objetiva a sólo los casos "ultrapeligrosos" sino que amplía el concepto de riesgo por la vía de la reiteración enfática —repetición de adjetivos similares— a fin de comprender no solamente a las actividades excepcionalmente peligrosas sino a todas las que sean riesgosas de cualquier manera. Hablar no sólo de riesgo o de peligro (por separado) sino de "riesgo o peligro" (conjuntamente) equivale a decir "todo lo que en cualquier forma puede engendrar peligro".

Sin embargo, esto tampoco significa que la palabra "riesgo" deba entenderse prácticamente como sinónimo de actividad. En un cierto sentido, todo es riesgo. El simple hecho de salir a caminar por la calle crea un riesgo para sí y para otros. Pero no es a ese riesgo que se refiere el artículo 1970. Para estos efectos debe entenderse como riesgo aquella cir-

---

142. Zigurds L. ZILE: *Comunicación personal* al autor de este trabajo de 10 de Marzo de 1986.

142bis. *House of Lords*, 1968. L.R. 34. L. 330.

143. Gary T. SCHWARTZ: *The Vitality of Negligence and the Ethics of Strict Liability*, en Robert L. RABIN: *Perspective on Tort Law*. 2a. ed. Little, Brown and Company, Boston y Toronto, 1983, pp. 75-6.

cunstancia que coloca un peligro adicional al simple riesgo de vivir en común. Pero, como la frontera entre el riesgo común y el riesgo adicional es muy difícil de trazar, la reiteración enfática de adjetivos es una invitación al juez peruano para que realice una interpretación extensiva del concepto; a diferencia de lo que sucede con el juez norteamericano a quien se le exige hacer una interpretación restrictiva en razón del uso de la expresión "riesgo anormal".

74. *Por los senderos de la objetividad.* De esta manera, los jueces partidarios de la responsabilidad objetiva para regir la indemnización de los accidentes rutinarios, tienen un camino perfectamente transitable para llevar el agua a su molino, trasladando los casos del artículo 1969 al artículo 1970 a través de una definición lata de peligro.

Veamos, por ejemplo, la situación de los accidentes rutinarios de tránsito.

Si no existiera el artículo 1970, sólo podría exigirse su reparación al causante cuando hubiere mediado culpa. En cambio, aplicando el artículo 1970 podemos decir que conducir automóvil es una actividad "riesgosa o peligrosa" porque genera riesgos derivados del uso de una máquina peligrosa. Es perfectamente sabido que, a pesar de que se maneje con cuidado y prudencia "razonables", existen múltiples errores menores en la conducción que no se pueden evitar todos y todo el tiempo, ni aún por el chofer más experimentado. La mayor parte de estos errores no tienen consecuencias; pero si el azar nos coloca enfrente otro vehículo o un peatón en ese preciso instante, podemos causar un daño de consecuencias gravísimas dada la peligrosidad del automóvil que se deriva de su masa y de su velocidad. Ahora bien, si sabemos que la conducción de un automóvil puede producir daños graves y que a pesar de la diligencia razonable no se puede evitar totalmente este riesgo, ¿ no estamos, entonces, frente a una actividad que genera situaciones de gran proximidad al daño? Si la respuesta es afirmativa —y eso lo decidirá la jurisprudencia— todos los accidentes de automóvil estarían sujetos al principio de la responsabilidad objetiva.

Esto significaría que, dado que los accidentes automovilísticos constituyen la mayor parte de los accidentes rutinarios y en general de los casos de responsabilidad extracontractual, el nuevo Código tendrá en la práctica una aplicación principalmente objetivista; aunque se proclame

teóricamente subjetivista y considere la responsabilidad objetiva sólo como un caso de excepción: el riesgo se ha hecho la regla de la vida moderna.

75. *La jurisprudencia del riesgo.* Ciertamente, no es posible establecer un catálogo de actividades riesgosas, sujetas a la responsabilidad objetiva. Es a los jueces a quienes les corresponde determinar en cada caso si se trata de una actividad riesgosa o no.

Pero, cuando menos, es posible remontar el curso de la jurisprudencia nacional y establecer lo que los jueces ya han considerado como riesgoso. Evidentemente, levantar un croquis de esta naturaleza no significa en manera alguna fijar límites para el desarrollo jurisprudencial. Por el contrario, todo lo que podemos hacer es, reconociendo lo ya ganado, ofrecer a los jueces el terreno que aún queda por conquistar. Las Cortes podrán ampliar las "fronteras tradicionales" del riesgo en la medida en que lo estimen necesario. Pero el punto de partida no se encuentra en cero, sino en los parámetros que resumiremos a continuación.

76. *El transporte moderno como actividad riesgosa.* La actividad que con más frecuencia las Ejecutorias han considerado peligrosa es la que realizan los modernos medios de transporte de pasajeros y carga.

77. *El transporte moderno: la navegación aérea.* Es así como el transporte aéreo ha sido repetidamente considerado como una actividad sujeta a la responsabilidad objetiva. No queremos entrar por el momento en la difícil discusión sobre si los daños (a los pasajeros) derivados de accidentes aéreos son objeto de responsabilidad contractual o extracontractual. Este problema —que nos parece una disquisición exquisita, pero que enturbia notablemente el derecho de las víctimas a una indemnización— será tratado posteriormente[144].

La primera sentencia (publicada) objetivista en materia de transporte aéreo es la recaída en el juicio seguido por doña Rosa Clotilde Rojas viuda de Podestá con la Compañía de Aviación Faucett S.A. por la muerte de su marido, que falleció en un accidente aéreo en Paracas. La Ejecu-

144. *Infra.* Nos. 659, 661 y 671.

toria de 14 de enero de 1955 afirma que se trata de "un hecho emanado de contrato de transporte aéreo"; pero esto es inexacto debido a que no había existido contrato porque se trataba de un transporte benévolo o gratuito. Pero lo importante estriba en que la Corte Suprema considera que "el transporte aéreo lleva invívita la responsabilidad"[145]; en otras palabras, volar es peligroso y lo peligroso está sujeto a responsabilidad objetiva.

78. *El transporte moderno: el tranvía.* Otra actividad de transporte que fue considerada como particularmente peligrosa —aunque ahora parece no tener importancia por su inexistencia en las calles de Lima— es la realizada mediante tranvías.

Mientras existieron tranvías en Lima, un número importante de los accidentes callejeros era debido a ellos, como lo testimonia la gran cantidad de Ejecutorias. La Corte Suprema entendió que la actividad tranviaria era suficientemente peligrosa como para atribuirle responsabilidad objetiva por los daños que causara. Hay juicios —algunos extraordinariamente dramáticos, desde el punto de vista humano— que revelan notablemente el razonamiento objetivista de la Corte. Así, encontramos el caso del señor Erasmo Arones, quien fue atropellado por un tranvía, a pesar de que se demostró que el motorista había ejercitado toda la prudencia y diligencia del caso. El señor Arones atravesó las vías "sin fijarse en el tranvía que se aproximaba"; y, además, como era cojo, ésto "le restaba agilidad para sortear el peligro". Sin embargo, la Corte ordenó que la Compañía Nacional de Tranvías S.A. pagara una indemnización a los deudos[146].

Otro caso similar es el relativo al juicio seguido por Don Nicolás Miñán Hito contra la Compañía Nacional de Tranvías S.A., en el que el Fiscal FEBRES —cuyo dictamen hace suyo la Corte Suprema por Ejecutoria de 24 de mayo de 1969— declara que "Lo único que existe al respecto es que, el accidente se produjo (por causa) imputable a la imprudencia del mismo menor, que bajó y subió del tranvía sin tomar las precauciones del caso. Sin embargo, es procedente la indemnización por la teoría del riesgo..."[147].

---

145. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 133, año 1955, pp. 1707-1711. Esta Ejecutoria ha sido anteriormente comentada, *vid, supra*, No. 36.

146. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 140, año 1955, pp. 325-326. Hemos mencionado antes esta Ejecutoria, *vid. supra*, No. 36.

147. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 200, año 1960, pp. 1075-1076

79. *El transporte moderno: los ferrocarriles.* Un tercer campo de actividades peligrosas de transporte es el relativo a los ferrocarriles. Los jueces peruanos han encontrado que el uso del tren es una actividad riesgosa, tanto para los pasajeros como para quienes trabajan en ella y, por ende, para terceros.

Es muy significativa la Ejecutoria recaída en el juicio seguido por doña María Borja viuda de Valdivia con la Empresa de Ferrocarriles del Sur por la muerte de su hijo Anselmo Valdivia Borja, quien viajaba como pasajero del tren. Anselmo Valdivia fue empujado por el conductor del tren, Tomás Salas, y resultó atrapado por las ruedas. Esto le produjo invalidez y, después de un prolongado tratamiento, la víctima murió. La Empresa del Ferrocarril no argumenta que la causa de la muerte pudo ser otra sino que sostiene que la víctima se accidentó cuando pretendía subir al tren en marcha. El Fiscal GARCIA ARRESE opina por la no responsabilidad de la Empresa del Ferrocarril. Sin embargo, la Corte Suprema establece jurisprudencia en el sentido de que la imprudencia de la víctima sólo reduce el monto de la indemnización; pero la demandada es objetivamente responsable[148].

80. *El transporte moderno: el transporte automotor masivo de pasajeros.* Otra actividad vehicular que ha dado lugar a gran cantidad de accidentes es el transporte automotor masivo de pasajeros. En algunas de las Ejecutorias publicadas se hace una referencia al contrato de transporte; pero en ninguno de los casos se citan las normas del Código correspondientes a la responsabilidad contractual. Por regla general, se atribuyó responsabilidad a la empresa propietaria del ómnibus sobre la base del artículo 1144 (responsabilidad del principal por los actos del servidor); en consecuencia, aun cuando se menciona la posibilidad de una responsabilidad contractual, la obligación de pagar una indemnización se hace efectiva a través de las normas sobre responsabilidad extracontractual[149].

El 25 de febrero de 1945 se produjo en el centro de Lima una colisión entre un tranvía de la línea Lima-La Punta y un ómnibus de la Em-

148. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 163, año 1957, pp. 942-943.

149. Posteriormente, nos ocuparemos de la interpretación objetiva de la responsabilidad del principal; *vid. infra*, Nos. 285-293.

presa San Miguel. Como consecuencia de este accidente, un pasajero murió y 27 resultaron heridos. Uno de los heridos, doña Violeta Anaya, que viajaba en el ómnibus, demandó tanto a la Compañía Nacional de Tranvías S.A. como a la Empresa de Omnibus San Miguel para que le pagaran los daños y perjuicios sufridos. El Fiscal PALACIOS opina que procede la indemnización solicitada porque lo que se encuentra acreditado feha–cientemente es que "el hecho se produjo" y que "la demandante fue una de las víctimas"; sin perjuicio de agregar, a fin de rendirle homenaje verbal a la teoría de la culpa, que quizá existió un cierto descuido en ambos choferes. Por todo ello, llega a la conclusión de que debe aplicarse la regla del artículo 1144. La Ejecutoria de 9 de mayo de 1947, de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal, atribuye responsabilidad a ambas empresas[150].

En el juicio seguido por José Santos Ardiles con don Abraham Batievski, el pronunciamiento del Fiscal PALACIOS sobre el transporte de pasajeros como actividad riesgosa es aún más claro. Un ómnibus de la Empresa Breña Limoncillo, de propiedad del señor Batievski, en el que viajaba el demandante, chocó con un ómnibus de la línea Lima-San Miguel. En este accidente, el señor Ardiles sufrió lesiones de gravedad. El Fiscal, sin dejar de mencionar (como es habitual en estos casos) la imprudencia del chofer, declara que "el dueño de un ómnibus, que especula con el mismo, lleva sobre sí la responsabilidad de garantizar a los pasajeros que pagan el pasaje y ocupan el vehículo en la confianza que les inspira la seguridad que tienen derecho de exigir para sus personas", lo que "constituye elementos bastante justificativos de la acción interpuesta". No hace cita alguna para soportar esta tesis. La Corte Suprema, de acuerdo a lo opinado por el Fiscal, concede la indemnización por Ejecutoria de 2 de mayo de 1945[151].

Un razonamiento similar es adoptado por el Fiscal GARCIA ARRESE en el juicio seguido por Sara Reyes de Cortés y sus hijos contra la Empresa de Transportes San Juan, por la muerte de don Eleodoro Maximiliano Cortés. En la tarde del 13 de diciembre de 1950, el señor Cortés viajaba en un ómnibus de propiedad de la Empresa demandada.

---

150. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Nos. 40-1, Junio de 1947, pp. 378-380.

151. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 19, Agosto de 1945, pp. 327-328.

Al advertir que otra pasajera, doña Isabel Quispe de Velásquez, se encontraba de pie y cargada de paquetes, haciendo honor a su apellido le cedió el asiento. El señor Cortés quedó de pie, al lado de la puerta. Pero el señor Cortés llevaba también un paquete de 10 kg. de azúcar, lo que dificultaba que pudiera cogerse adecuadamente del pasamano. Cuando el ómnibus ingresó a la Avenida Cuba, hizo un viraje violento que determinó que el señor Cortés perdiera el equilibrio y fuera despedido al exterior. Al caer al suelo, sufrió una fractura del cráneo y falleció poco después. El Fiscal sostiene que "Existe obligación de la Empresa demandada de dejar al pasajero, sano y salvo, en el lugar de destino"; sumando a este razonamiento objetivista, como era usual, otros elementos de tipo subjetivista. No se hace mención de la norma legal en la que ampara su dictamen. La Corte Suprema declara que existe responsabilidad de la empresa, de acuerdo a lo opinado por el Fiscal[152].

Los servicios de transporte más informales también han sido incluidos en el marco de la teoría del riesgo. El señor Juan Callegari Machin era propietario de un camión con el que hacía viajes entre Trujillo y Sayapullo, llevando pasajeros y carga. El 15 de diciembre de 1940, cuando venía de Sayapullo a Trujillo, cayó en un bache del camino, lo que originó la volcadura del camión. Varios de los pasajeros resultaron heridos; entre ellos, la demandante, doña Lorenza Ventura. En el proceso penal que se instauró en contra del chofer y propietario del camión, se comprobó que no había actuado con negligencia. En el juicio civil sobre indemnización, el Fiscal PALACIOS sostiene que el artículo 1136 del Código Civil atribuye responsabilidad a todo aquél que por sus hechos causa un daño a otro; particularmente cuando se trata de una persona que se dedica a la actividad de transporte con fines de lucro. Es así como declara que "basta que el daño exista y se sepa quién lo causó, para que el último esté obligado a repararlo". La Ejecutoria Suprema de 17 de mayo de 1945 hace suyo el dictamen fiscal[153].

81. *El transporte moderno: la circulación automotriz en general.* Pero la tendencia a considerar dentro del campo de la responsabilidad objetiva la circulación vehicular no se ha reducido a la actividad de transporte

---

152. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 162, año 1957, pp. 811-812.

153. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 22, Noviembre de 1945, pp. 548-550.

masivo (avión, ferrocarril, tranvía, ómnibus y camión) y a los pasajeros que usan esta actividad. En general, la jurisprudencia peruana ha intentado configurar como responsabilidad objetiva todos los daños derivados de poner en marcha una máquina de locomoción a motor, aun para fines privados y no de lucro.

Una de las Ejecutorias más significativas en este sentido —a la que ya nos hemos referido[154]— es la recaída el 3 de enero de 1944 en el juicio seguido por Clotilde viuda de Sojo con Jorge Kieffer Olcese con motivo de un accidente de automóvil, en el que el dictamen fiscal del doctor Manuel Augusto OLAECHEA aclara que su intención como legislador fue incorporar la responsabilidad objetiva en las situaciones con "un elemento preponderante de riesgo"[155].

En el transcurso de los años de vigencia del Código Civil de 1936 observamos una marcada tendencia a considerar que existe responsabilidad objetiva siempre que se trate de accidente de tránsito. Sin embargo, la mayor parte de las Ejecutorias no se pronuncian manifiestamente en tal sentido, sino que asume esa posición por la vía de objetivar la culpa. Los mecanismos específicos empleados varían considerablemente, pero predomina aquél que consiste en exigir conductas utópicas como única forma de probar ausencia de culpa en el causante[156].

Un procedimiento típico de objetivación de la responsabilidad podemos observarlo en el juicio seguido por Fabio Francisco Ticona Valdivia, Guardia de servicio en la Garita de Control del Puesto de Chillón, contra el Capitán de Sanidad de la Policía, doctor Gilberto Robles Rázuri. El 30 de julio de 1955, éste último viajaba en su automóvil de Ancón a Lima cuando, a la altura del kilómetro 17, atropelló al demandante. Los daños sufridos por el Guardia Ticona fueron muy graves pues quedó inválido de por vida, no pudiendo caminar sino con suma dificultad y con ayuda. El Fiscal Garcia ARRESE dice dramáticamente en su dictamen: "Lima cuenta con un inválido más". Las circunstancias del accidente no quedan establecidas en el dictamen, pero el motivo en el que el Fiscal funda su

---

154. *Vid. supra*, No. 35.

155. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 3, Diciembre de 1943, pp. 22-24.

156. *Vid. supra*, Nos. 14-36.

opinión en el sentido de que el demandado debe pagar indemnización es únicamente porque "viajaba a razón de 40 millas por hora, es decir, a más de 60 kilómetros horarios"; y la Corte Suprema, por Resolución de 27 de agosto de 1957, hace suya la opinión del Fiscal[157]. Sin embargo, parecería que no constituye falta alguna conducir a 60 km. por hora en carretera sino que, por el contrario, esta velocidad es bastante prudente. Por consiguiente, exigir una prudencia más allá de lo que cualquier persona consideraría perfectamente razonable, es ingresar al campo de la mera causalidad.

Parecería también que los magistrados tuvieron en mente la responsabilidad objetiva cuando, para exonerar de culpa a un chofer, exigen que detenga la marcha del vehículo ante el partido de fútbol que se juega en la calzada y que espere con paciencia a que los muchachos hayan abandonado definitivamente el lugar. El 31 de julio de 1959, un grupo de menores de edad jugaba fútbol en la calle Garibaldi. Un camión conducido por el demandado, don Miguel Rendón Cáceres, penetró en la calle, haciendo "su recorrido a velocidad moderada" y, al encontrar el grupo de jóvenes, tomó todas las precauciones. Los jugadores callejeros detuvieron el juego, con lo que el camión pasó. Pero estos jóvenes volvieron a patear la pelota antes de que el camión hubiera tenido tiempo de alejarse, "en la creencia de que el peligro había pasado". La pelota fue lanzada cerca del camión y, con motivo de "cabriolas que hacían los jugadores", uno de ellos cayó bajo las ruedas. El chico falleció más tarde a causa del atropello. El Fiscal FEBRES dice que "El menor accidentado contribuyó al accidente", reconoce que "el chofer procuró salvar el peligro", pero le atribuye "culpa" por "haber reiniciado su marcha sin aguardar a que el grupo de muchachos desocupara la calzada". La Corte, por Resolución de 27 de agosto de 1962, otorga indemnización al padre del menor fallecido[158].

Casos similares han sido ya citados antes en este libro[159]. Y otros serán citados posteriormente para ilustrar diferentes aspectos de la responsabilidad objetiva. Interesa, sin embargo, señalar que en los años que

---

157. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 172, año 1958, pp. 546-548.

158. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 232, año 1936, pp. 625-627.

159. *Vid. supra*, No. 36.

precedieron a la dación del nuevo Código de 1984, el enfoque objetivista de los daños causados por la circulación automotriz ha sido aún más definido y expreso. Así, por ejemplo, en el juicio seguido por los herederos de don Francisco Ugaz Mera y de don Ernesto Zacarías Fernández contra don Eusebio Cachay Capuñay, los primeros persiguen indemnización por el hecho de que el segundo causó la muerte por atropello de sus causahabientes. La Corte Suprema en Resolución de 22 de diciembre de 1975 considera que, "no obstante de haberse producido el accidente principalmente por imprudencia de los agraviados", el chofer del automóvil debe indemnizar a los herederos de éstos "por encontrarse en movimiento, el automóvil, el que por su naturaleza significa un intenso peligro"[160].

Queda así claro que en la mente de nuestros juzgadores, el automóvil y, en general, los medios de locomoción impulsados por máquinas, son cosas peligrosas; y que la circulación automotriz es una actividad riesgosa. Por consiguiente, los daños que resulten del uso de estas cosas peligrosas o por el ejercicio de estas actividades riesgosas, están sujetos al principio de la responsabilidad objetiva que consagra el artículo 1970.

82. *El riesgo de empresa.* La concepción de la empresa como fuente de riesgos y como canal privilegiado para la difusión social del peso económico de los daños a través del sistema de precios y del seguro (muchas veces percibida sólo intuitivamente y sin mayor construcción teórica), llevó a constituir otro campo de aplicación de la responsabilidad objetiva: la llamada "responsabilidad de empresa".

Dos características de la empresa hacen riesgosa su actividad. De un lado, el hecho de reunir a una cierta cantidad de gente, a la que, por otra parte, es imposible controlar en todo momento y en cada uno de sus actos. De otro lado, la utilización de máquinas y técnicas de producción que suponen riesgo (bienes y actividades riesgosos o peligrosos). Pero, además, en razón de su carácter de actividad organizada y de su papel protagonista en el mercado, la empresa es la que mejor está en aptitud de diluir dentro del todo social las consecuencias económicas del riesgo que crea, a través de los precios y del seguro: la incidencia de los riesgos es calculable (como se calculan las malas deudas) y puede ser incorporada

160. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 386, Marzo de 1976, p. 303.

al costo de producción; los riesgos son asegurables; y las primas del seguro son un costo tributariamente deductible y comercialmente incorporable también al precio de los bienes o servicios que son resultado de la actividad productiva[161].

En realidad, es sólo desde esta perspectiva de difusión social del riesgo que resultan inteligibles e interesantes algunas propuestas, como las de TRIMARCHI, en el sentido de distinguir entre los daños producidos por la "actividad biológica" (es decir, la actividad personal y doméstica) y los daños producidos por la "actividad de empresa" (es decir, una actividad que es el fruto de una decisión económica y que presenta un mínimo de continuidad y/o de organización)[162]. Claro está que la propuesta pierde su capacidad sugestiva si se la reduce a una forma de distinguir entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva: la primera correspondería a los daños resultantes de la actividad biológica y la segunda a los daños resultantes de la actividad organizada o de empresa. Este maniqueísmo extracontractual limitaría innecesariamente la aplicación de la teoría del riesgo y, en vez de estimular la producción de nuevas formas de encarar los daños extracontractuales, ataría el pensamiento a un esquema rígido. Por ello, podríamos estar de acuerdo con la idea de que todo acto de empresa conlleva una responsabilidad objetiva; pero no que la responsabilidad objetiva se agota en los actos de las empresas.

Es cierto que la posibilidad de incorporar esos riesgos al costo de producción tiene a su vez un costo para la empresa: es probable que no todos los costos de los daños causados con motivo de la actividad de la empresa sean íntegramente trasladables al precio —particularmente en ciertos sectores económicos— debido a la rigidez del mercado que no permite un aumento de precios. Sin embargo, mientras esta rigidez no sea de tal naturaleza que distorsione totalmente el sistema (como en el caso de precios controlados), el "riesgo de empresa" sigue siendo sano cuando menos por dos razones. De un lado, coloca una incomodidad económica en quien mejor puede evitar la producción de daños ya que la ac-

---

161. Guido CALABRESI: *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*. Yale University Press. New Haven y London, 1970, pp. 50-54.

162. Pietro TRIMARCHI: *Rischio e Responsabilità Oggetiva*. Dott. A. Giuffrè, Editore. Milano, 1961, p. 44 *et passim*.

tividad bajo su control es generadora de un gran número de riesgos sociales; por lo que tal incomodidad cumple con promover un efecto "*deterrence*" que es un objetivo social. De otro lado, para que el mercado funcione de acuerdo a su propia racionalidad, toda empresa y todo producto deben soportar sus propios costos, sin trasladarlos al público por mecanismos externos al mercado. Si un producto tiene costos tales que resulta insostenible dentro del mercado (porque la incidencia de los riesgos que asume la empresa como consecuencia de ese producto es demasiado alta para incorporarla al costo comercial de éste y que todavía el producto resulte vendible), quiere decir que, dentro de la lógica del mercado, ese producto no debe ser producido.

En ese orden de ideas, por ejemplo, la empresa constructora responde objetivamente por los daños que cause con un ladrillo que cae del edificio en construcción sobre un transeúnte; la empresa que se encuentra abriendo una carretera responde objetivamente por los daños a las propiedades vecinas por el uso de explosivos para atravesar un cerro; la empresa industrial cuyo caldero ha explotado responde objetivamente por los daños causados a las personas y a las propiedades vecinas; la empresa agrícola responde objetivamente por los daños que cause a terceros la aplicación de insecticidas en su campo; etc. Y, en todos estos casos, esta responsabilidad es independiente de que exista una relación de subordinación entre el autor directo del estropicio y la empresa en cuestión: el agente del daño puede haber sido un sub-contratista o un invitado a visitar las instalaciones: lo que cuenta no es la naturaleza de la relación entre el agente y la empresa sino el riesgo de empresa mismo. La investigación de la relación de dependencia —que sería esencial para la aplicación del artículo 1981— es irrelevante para la aplicación del artículo 1970 sobre la base del riesgo genérico de empresa. Dicho de otra manera, como se verá a continuación, la responsabilidad vicaria del artículo 1981 puede ser a su vez una manifestación particular de una responsabilidad más general, llamada "de empresa"; pero las condiciones para la aplicación de uno de los casos posibles de la responsabilidad de empresa no son necesariamente válidas para los otros casos o manifestaciones de esta responsabilidad genérica.

En consecuencia, este riesgo genérico de empresa tiene varias manifestaciones, algunas de las cuales han sido legislativamente particularizadas. Estas se encuentran reconocidas por un gran número de legislaciones, incluyendo la nuestra, como soluciones prácticas frente a situaciones

concretas. En muchos de estos casos, se han aceptado las aplicaciones del «riesgo de empresa» sin haber asumido todas sus consecuencias teóricas en el sentido que antes hemos reseñado. Una de estas manifestaciones que ya nadie discute es la constituida por el "riesgo laboral" al que haremos referencia a continuación[163]. Otra que ya forma parte «natural» del acervo de la responsabilidad extracontractual es la relativa a la responsabilidad del principal por los actos del servidor, que aparece contenida en el artículo 1981 del Código[164].

Más adelante mencionaremos algunas responsabilidades objetivas —derivadas de este riesgo de empresa— que aún no gozan de tanta popularidad (cuando menos en nuestro medio), como la que resulta de la fabricación o comercialización de productos defectuosos[165] y la que resulta de la contaminación ambiental[166].

83. *El riesgo laboral o de accidentes de trabajo.* Los accidentes ocurridos a los trabajadores con motivo de la actividad laboral, han sido los primeros en ser sometidos al régimen de la responsabilidad objetiva como consecuencia de que la actividad empresarial ha sido considerada riesgosa en sí misma.

Aquí tampoco entraremos en la discusión sobre si los accidentes de trabajo son materia de responsabilidad contractual o extracontractual. Independientemente de ello, cabe destacar que el seguro por accidentes de trabajo, introducido en el Perú con la ley 1378, considera que este tipo de daños está sujeto a la responsabilidad objetiva. En realidad, podríamos decir más propiamente que este seguro se encuentra basado en la idea de que no se trata de ubicar un responsable —ya sea el culpable o el causante— sino simplemente de diluir los efectos económicos a través de un seguro obligatorio; teniendo en cuenta además que las primas de este seguro, aun cuando son pagadas por el empleador, pasan a formar parte de sus costos y, consecuentemente, a través del sistema de precios, se trasladan a la sociedad toda.

---

163. *Infra*. No. 83.

164. *Infra*, Nos. 285-309.

165. *Infra*, Nos. 533-568.

166. *Infra*, Nos. 576 y *ss.*

Este seguro obligatorio debía ser originalmente contratado con aseguradores privados. La ley 1378 establecía que el seguro comprendía la asistencia médica del accidentado y las indemnizaciones por inhabilitación y muerte del trabajador. El empleador que había cumplido con tal obligación quedaba libre de responsabilidad por esos conceptos; por lo que debe entenderse que sólo quedaba afecto a la responsabilidad extracontractual común en los casos en que no hubiera contratado el seguro o por los tipos de daños no resarcidos por el seguro (por ejemplo, el daño moral). Excepcionalmente, el artículo 30 de la ley prescribía que la víctima tenía derecho a exigir al empresario el resarcimiento de todos los daños y perjuicios conforme al derecho común, cuando el daño se había producido por delito del empleador.

Por otra parte, la Ley de creación del Seguro Social del Empleado incluyó entre sus prestaciones tanto la asistencia médica como las compensaciones especiales en caso de inhabilitación o de muerte de los empleados, ya sea que estos daños se produzcan como consecuencia de sus actos de servicios (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) como también si se producen independientemente de la relación laboral (accidente y enfermedad común).

Sin embargo, algunos casos de accidentes de trabajo han llegado al conocimiento de la Corte Suprema; y en todos ellos —siguiendo el principio de prima en este campo— la Corte ha atribuido responsabilidad objetiva al principal; sin preocuparse mayormente de declarar si estaba aplicando el artículo 1323 (responsabilidad contractual) o el artículo 1136 (responsabilidad extracontractual) del Código Civil de 1936.

Este es el caso, por ejemplo, de Zósimo Alanya Villar, joven de 23 años que trabajaba como brequero[166bis] en los trenes de carga de la Empresa del Ferrocarril Central. El día 17 de octubre de 1946, siendo las 5 de la mañana, en el lugar denominado "Túnel de Galera", Alanya cayó del tren sobre la línea y las ruedas le amputaron las dos piernas a la altura del muslo. A pesar de que se le dio la mejor atención y se le condujo al hospital más próximo para que fuera intervenido quirúrgicamente, falleció poco después a causa de la pérdida de sangre. Aun cuando no

166bis. "Brequero", anglicismo utilizado en el medio ferrocarrilero: el que aplica los frenos o *"brakes"*.

existía culpa de la empresa, la Corte por Ejecutoria de 14 de junio de 1957 otorgó a los herederos una indemnización por daños y perjuicios considerando que se trataba de un accidente en acto de servicio y que, consecuentemente, estaba sujeto a responsabilidad objetiva[167].

Dentro de la misma línea de reconocimiento, la Ejecutoria Suprema de 4 de mayo de 1967 ordena que la empresa de los Ferrocarriles del Sur otorgue indemnización a la cónyuge e hijos de don Víctor López Delgado en razón de la muerte de éste último ocurrida el 13 de mayo de 1961, con motivo de las lesiones graves sufridas al caerse cuatro meses antes del andamio donde trabajaba como soldador[168]. El Fiscal PONCE SOBREVILLA considera que procede la indemnización "estando establecido el daño y el hecho de haberse originado con ocasión y como consecuencia directa del trabajo". Pero, con los escrúpulos propios de los juristas que tenían que aplicar el subjetivista Código Civil de 1936, mezcla este razonamiento objetivista con otro de naturaleza subjetivista, a fin de sentirse más seguro en su opinión. Así, hace suyo el argumento de la Corte Superior en el sentido de que hubo negligencia de la empresa al no colocar barandas en tales andamios, para evitar accidentes. Sin embargo, este argumento parece débil si se tiene en cuenta que se acreditó que, a pesar de que nunca habían existido barandas, ésta era la primera vez después de muchos años que se producía un accidente semejante.

En 1971 se promulgó la Ley 18846 por la que el Seguro Social asume de modo exclusivo el seguro de accidentes de trabajo. Esto significa que, en adelante, no sólo los accidentes de los empleados sino también los accidentes de los obreros se encuentran comprendidos en la seguridad social. A su vez, la Primera Disposición General del Decreto Supremo 002-72-TR de 24 de febrero de 1972, que reglamentó esa norma legal, estableció que los empleadores quedaban exonerados de toda responsabilidad por accidentes de trabajo en la medida en que cumplieran con pagar sus cotizaciones al Seguro Social. Sin embargo, esa norma admite la excepción correspondiente al caso de acto intencional y de culpa inexcusable del empleador: en esa hipótesis, el Seguro Social puede exigir al empleador que reembolse el monto de lo abonado por concepto de

---

167. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 164, año 1957, pp. 1032-35.

168. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 282, año 1967, pp. 942-944.

prestaciones a la víctima o a sus causahabientes; y a su vez la víctima o sus causabientes pueden exigir por la vía civil las indemnizaciones del Derecho común.

En realidad, la situación actual es bastante confusa y sería importante un reordenamiento legislativo de las normas y principios sobre este tipo de accidentes.

Con relación a los obreros, hemos señalado que el Decreto Supremo 002 excluye de responsabilidad común al empleador, salvo casos especiales. Pero podría sostenerse que esta exoneración es ilegal por cuanto se encuentra establecida en un mero Decreto Supremo que no puede derogar o modificar los derechos que crea y las acciones que posibilita el Código Civil. Con relación a los empleados, no existe disposición legal alguna que exonere al empleador; por lo que podría plantearse que el empleado accidentado en razón de su trabajo puede recibir las prestaciones del Seguro Social (que son evidentemente muy limitadas) y luego exigir al empleador por la vía civil una indemnización por el monto de daños en exceso a lo percibido de la seguridad social. Además, en uno y otro caso, el trabajador podría exigir civilmente una indemnización por el daño moral (y, dentro del nuevo Código, por los llamados "daños a la persona").

En contra de ello podría argüirse que la responsabilidad por accidentes de trabajo es de carácter contractual; y que, en materia contractual, las partes se encuentran limitadas por sus respectivos compromisos recíprocos. Por consiguiente, de acuerdo al contrato de trabajo (en el que participa el Estado a través de las normas imperativas que rigen toda relación laboral), el empleador no tiene más obligación que la de pagar las cotizaciones del seguro social.

Sin embargo, este argumento resulta especioso porque, de un lado, se basa en el principio de la autonomía de la voluntad, a pesar de que este principio se encuentra muy afectado en el área del Derecho Laboral. De otro lado —y quizá ésto es lo más importante— los contratos sólo obligan en lo que estuviere pactado en ellos; pero no implican tampoco una renuncia implícita a todo lo previsto en el ordenamiento jurídico, sólo por el hecho de que no ha sido incorporado expresamente al contrato. Por consiguiente, no habiéndose incluido en el contrato un convenio de irresponsabilidad por daños y perjuicios —dentro de los límites del ar-

tículo 1986—aquellos daños cuyo remedio no se encuentra previsto en el contrato ni tampoco se encuentran excluidos de indemnización en virtud de una ley, siguen sujetos a la responsabilidad civil.

Todo ello ha dado lugar a sentencias contradictorias. Así, en el juicio seguido por doña Alejandrina Ojaite viuda de Olaya con Graf Automóviles Seccionados S.A. y Alex Piller y Compañía S.A., la Corte Suprema en su Resolución de 14 de enero de 1976 declara que "la acción indemnizatoria por los daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo, es susceptible de interponerse conforme al derecho común"[169]. En cambio, en el juicio interpuesto por doña Brenilda Salazar viuda de Tejada contra don Mario Cabrera Rubio por la muerte de su esposo cuando prestaba servicios de copiloto en el camión del demandado, la Corte dispuso por Resolución de 5 de diciembre de 1978 que "los herederos de la víctima solo tendrán derecho a las prestaciones (del Seguro Social)" y que ese derecho "debe hacerse valer en la vía administrativa correspondiente"[170].

Existe, pues, incertidumbre en esta materia. No es claro si el trabajador puede acudir a la vía civil contra el empleador para los efectos de obtener una indemnización por accidentes de trabajo. Parecería que esta opción definitivamente existe si el obrero es extranjero y percibe una remuneración superior a la máxima que perciben los obreros peruanos; porque en este caso no está comprendido en los alcances del seguro obligatorio (art. 10 del D.S. 002-72-TR). También los obreros peruanos pueden siempre acudir a la responsabilidad civil común cuando se trata de daños por acto intencional o por culpa inexcusable del empleador (Primera Disposición General del D.S. 002-72-TR). Igualmente, parece posible la acción civil para los trabajadores, peruanos o extranjeros, en materia de daño moral; porque este tipo de daño no se encuentra cubierto por el seguro. Asimismo, de acuerdo a la línea de razonamiento antes planteada, parecería también que todo trabajador puede demandar civilmente a su empleador por los daños sufridos por encima de lo percibido del seguro; sin embargo, es posible a este respecto un razonamiento en contrario.

---

169. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 388, Mayo de 1976, pp. 569-571.

170. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 421, Febrero de 1979, p. 170.

Si comparamos el seguro obligatorio de accidentes de trabajo con el seguro obligatorio de automóviles que existe en otros países y que tiene una naturaleza similar, encontramos que no existe uniformidad de soluciones a este punto. Así, por ejemplo, la ley costarricense de seguro obligatorio de automóviles (Ley 5930 de 13 de setiembre de 1976) prescribe en su artículo 51 que "Si la indemnización que corresponde fuere superior a la cubierta por este seguro, la víctima o sus causahabientes tendrán derecho a cobrar el faltante, por la vía correspondiente, a quien tenga la obligación de pagar" (es decir, al responsable civilmente, por la vía civil prevista en el Código). En cambio, la ley neozelandesa (que comprende tanto accidentes automovilísticos como de trabajo y otros), así como las leyes de algunos Estados de los Estados Unidos, exoneran al asegurado de toda responsabilidad por derecho común. Otros países han optado por exonerar de responsabilidad respecto de los daños emergentes (que están cubiertos por el seguro) pero mantienen la posibilidad de la vía civil para reclamar el lucro cesante y el daño moral.

Por otra parte, no hay tampoco solución legislativa o jurisprudencial al problema planteado por la intervención de terceros en la producción del daño: si en el accidente sufrido por el trabajador en el acto de trabajo participó un tercero ajeno a la empresa, ¿puede ese trabajador demandar al tercero en la vía civil? Algunos podrían razonar que el seguro de accidentes de trabajo tiene por objeto compensar los daños del trabajador y, por consiguiente, clausurar cualquier tentativa de la víctima de solicitar una indemnización adicional, ya sea a su empleador o a terceros, debido a que teóricamente todos sus daños se encuentran resarcidos. Sin embargo, también podría sostenerse que el seguro de accidentes de trabajo es manifiestamente limitado en sus alcances: no cubre, como se ha indicado en el párrafo precedente, sino una parte del daño emergente y nada del daño moral. Por otra parte, la ley otorga inmunidad al empleador frente a los daños de sus trabajadores, pero no se refiere a terceros. Por tanto, el trabajador podría intentar contra tal tercero una acción civil por aquella parte de los daños que no está cubierta por el seguro.

Mientras se establezca una solución legislativa a este problema, será la jurisprudencia la que tendrá que definir de manera coherente las delicadas relaciones entre el sistema del seguro por accidentes de trabajo y el sistema civil de la responsabilidad extracontractual prevista por el Código Civil.

84. *Otros bienes o actividades riesgosos.* La jurisprudencia peruana —cuando menos aquélla que ha sido publicada y que resulta accesible— contempla muy pocos casos de responsabilidad por riesgo, aparte de los antes mencionados.

Algunas Ejecutorias insinúan la posibilidad de que los animales sean bienes peligrosos, cuyos daños están sujetos a responsabilidad por riesgo. El propio doctor Manuel Augusto OLAECHEA, legislador de esta parte del Código Civil de 1936, consideró que la responsabilidad derivada de daños causados por animales tenía un carácter objetivo, así como la derivada por la caída de un edificio y la responsabilidad del principal por los actos del servidor[171]. Estas responsabilidades especiales serán estudiadas con más detalle al comentar los artículos 1979[172], 1980[173] y 1981[174] del actual Código.

En todo caso, hay ciertos bienes y ciertas actividades que, por su naturaleza, son indudablemente riesgosas. Por ejemplo, los daños causados con armas, están ciertamente sujetos a la responsabilidad objetiva. De la misma manera, los daños ocurridos con motivo de la prestación de ciertos servicios al público, tales como piscinas públicas, campos deportivos, gimnasios, etc., parecen también sujetos a la responsabilidad objetiva (en la medida en que exista un nexo causal entre el servicio y el accidente). Pero la lista de actividades y bienes riesgosos tendrá que ser completada y puesta permanentemente al día por la jurisprudencia, la que deberá justificar cuidadosamente sus decisiones.

---

171. Dictamen fiscal recaído en el juicio seguido por Clotilde viuda de Sojo contra Jorge Kieffer, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 3, Diciembre de 1943, pp. 22-24.

172. *Infra*, Nos. 249-265.

173. *Infra*, Nos. 267-279.

174. *Infra*, Nos. 285-309.

TITULO III

DE LAS INMUNIDADES

CAPITULO I

GENERALIDADES

85. *Los umbrales de la responsabilidad extracontractual.* El territorio de la responsabilidad extracontractual se encuentra delimitado por varias fronteras. Más allá de ellas, no hay responsabilidad.

En este sentido, podemos decir que la persona que causa un daño desde el otro lado del umbral, se encuentra inmune a la responsabilidad extracontractual: no puede ser responsabilizada por tal daño.

86. *Diferentes aduanas.* Es posible salir de la responsabilidad extracontractual de varias maneras, cruzando la frontera por diferentes aduanas.

Si hacemos un esfuerzo por categorizar estos distintos hitos fronterizos, podríamos decir que existen cuando menos cuatro clases.

En primer lugar, nos encontramos con los casos en que estamos autorizados a causar un daño. Se trata de situaciones excepcionales, algunas de ellas de emergencia, en las que la ley nos faculta a dañar en función de un bien superior. Esta es la categoría contemplada en el artículo 1971, que señala tres umbrales en sus respectivos incisos. Pero, como veremos después, los tres tienen en común que el daño se comete en virtud de una autorización legal. No se trata de que no hay *culpa.* En estas situaciones incluso existe intención de causar daño. Pero esta intención se encuentra convalidada por la ley; por consiguiente, *no hay responsabilidad.*

En segundo lugar, están los casos en que la víctima acepta el daño y, de esta manera, exonera de responsabilidad al agente. Se trata aquí de la aplicación de la máxima *Volenti non fit iniuria.* Es verdad que la víctima no puede exonerar siempre de responsabilidad al causante; pero pue-

de indudablemente hacerlo bajo ciertas circunstancias que deben ser estudiadas. La primera de ellas es el llamado convenio de irresponsabilidad, en virtud del cual, a cambio de una prestación de cierto tipo, una probable víctima acepta sufrir un daño de otro. Nuestro Código regula parcialmente esta situación en su artículo 1986. La segunda circunstancia es la llamada asunción del riesgo: aun cuando no existe convenio previo, la víctima actúa de tal manera que no cabe duda de que ha decidido asumir voluntariamente el riesgo.

En tercer lugar, se encuentran los casos en que, aun cuando el agente no estaba autorizado a dañar por la ley ni por la víctima, sus actos dañinos se desarrollan dentro de un contexto que hace pensar que están al margen de la responsabilidad extracontractual. La situación típica es la relativa al transporte benévolo o gratuito: ha sido muy debatido por la doctrina y por la jurisprudencia extranjera si quien hace un favor a una persona y la transporta en su vehículo, es responsable frente a ella por los daños que sufra en el trayecto. Pero también otros casos pueden configurarse dentro de la relación familiar: ¿es responsable un padre frente a su hijo o un hijo frente a su padre o un cónyuge frente al otro? Nuestro Código no legisla sobre el particular y las opiniones de los autores se encuentran muy divididas. Es probable que muchas de estas situaciones no sean ya inmunidades sino que la doctrina las incorpora ahora directamente dentro del campo de la responsabilidad.

Por último, encontramos otra forma de inmunidad constituida por el escudo del seguro. En ciertos casos, los seguros obligatorios —accidentes de trabajo, accidentes automovilísticos, etc.— liberan a la persona normalmente responsable de cualquier responsabilidad ulterior si se encontraba asegurada conforme a ley. En otras palabras, la víctima sólo puede reclamar una indemnización al seguro. En esta situación, la persona obligada a contratar el seguro —el empleador, el propietario del vehículo, etc.— hubiera sido responsable si no hubiera existido el régimen de seguro obligatorio; y de hecho lo sigue siendo si no cumplió con la obligación de asegurarse o si el daño fue causado con dolo o culpa inexcusable.

87. *Aplicación de las inmunidades a los casos de responsabilidad subjetiva y objetiva.* Demarcada así la responsabilidad extracontractual, es importante destacar que los casos de exclusión de responsabilidad contenidos en al artículo 1971 —basados en la autorización de dañar— deben

considerarse tanto en relación al principio de responsabilidad contenido en al artículo 1969 (responsabilidad subjetiva) como al principio contenido en el artículo 1970 (responsabilidad objetiva), porque simplemente el que causa un daño con derecho a causarlo no está dentro de la responsabilidad extracontractual en general. Puede ser que esa persona cause ese daño legal con un bien peligroso. El pelotón de ejecución —que causa un daño a otro en ejercicio de una autorización legal para fusilar— usa armas de fuego, que son indudablemente bienes peligrosos; pero ni aun así sus miembros son responsables civilmente de la muerte del condenado. De la misma manera, aquél que practicando escalamiento de montañas destruye un bien de otro montañista con el propósito de salvarse de caer al abismo, comete un daño mediante una actividad peligrosa; pero igualmente se beneficia con lo dispuesto en el inciso 3o. del artículo 1971.

Por consiguiente, tratándose de las situaciones contempladas en el artículo 1971, aun cuando haya habido intención de dañar (lo que normalmente habría sido la forma más extrema de la culpa: el dolo) y aun cuando el daño se produzca con un bien peligroso, no hay responsabilidad.

88. *El caso de la responsabilidad extracontractual del Estado.* Una de las inmunidades tradicionalmente invocadas es la relativa al Estado por los daños que cause a los particulares.

No hemos tratado este tema en el presente Título porque hemos pensado que merecía una discusión especial en la Tercera Parte de este libro, al discutir los vacíos del Código[175]. Además, pensamos que el Estado democrático moderno no tiene justificación para ampararse en una inmunidad, salvo en circunstancias muy restringidas.

175. *Infra*, Parte Tercera, Título II, Capítulo I.

CAPITULO II

EL DAÑO AUTORIZADO

Sección I: Del ejercicio regular de un derecho

Artículo 1971.- *No hay responsabilidad en los siguientes casos:*

1.- En el ejercicio regular de un derecho
2.- (...)
3.- (...)

89. *El ejercicio irregular como sinónimo de culpa.* El primer inciso del artículo 1971 excluye de responsabilidades a quienes causen daños en el ejercicio regular de un derecho.

En un cierto sentido, esta norma puede ser entendida simplemente como el modo pasivo de expresar el principio de la culpa: aquéllo que no constituye el ejercicio regular de un derecho es un ejercicio irregular, que configura un acto ilícito y, consiguientemente, da lugar a una responsabilidad por dolo o culpa según el grado de ilicitud o irregularidad involucrado.

Esta era la interpretación que usualmente le dieron los juristas peruanos a la regla equivalente del Código Civil de 1936, es decir, al inciso 1o. del artículo 1137: el uso regular era simplemente la otra cara de la medalla del acto ilícito; uso irregular y acto ilícito eran tomados casi como sinónimos. Así, el doctor Alfredo SOLF y MURO, miembro

de la Comisión Reformadora que preparó el proyecto del Código de 1936, denuncia que el doctor Manuel Augusto OLAECHEA pretende "mantener el articulado del Código (de 1852), aun cuando cambie el espíritu que lo informó, y tal es el procedimiento de técnica que sigue el señor OLAECHEA en su Anteproyecto sobre la materia"; es decir, la idea del doctor OLAECHEA era conservar la letra de las normas del Código de 1852, pero insuflarles un contenido objetivista que éstas no tenían en el Código anterior. SOLF y MURO no acepta esta estrategia y propone como antídoto que se mantenga la excepción del "uso regular de un derecho", porque, de esta manera, toda responsabilidad será derivada de un uso irregular o acto ilícito; con lo que se elimina la posibilidad de una responsabilidad verdaderamente objetiva, no derivada de ilicitud alguna. Dentro de este orden de ideas, manifiesta que estará de acuerdo con el articulado que propone el doctor OLAECHEA, siempre que se agregue la excepción de que "los [actos] practicados en el ejercicio *regular* de un derecho...no constituyen actos ilícitos" y, por tanto, no dan lugar a reparación[176].

90. *El ejercicio regular en el Código de 1984.* La inclusión de una regla que excluya de responsabilidad a los daños causados en el ejercicio regular de un derecho era indispensable en el Código Civil de 1936, por cuanto, a pesar de ser un Código subjetivista, el artículo que establecía la norma básica (art. 1136) no contenía una referencia a la culpa. De ahí la insistencia de SOLF y MURO para que se agregara esta excepción. De esa manera, aunque no se hablara de la culpa en el artículo 1136, la necesidad *sine qua non* de su presencia para dar lugar a responsabilidad quedaba establecida por concordancia con el inciso 1o. del artículo 1137.

Ahora bien, en un Código declaradamente subjetivista como el de 1984, cuya norma básica establece expresamente que sólo se responde por dolo o por culpa (art. 1969), la referencia al ejercicio regular de un derecho en el inciso 1o. del artículo 1971 parece una mera repetición innecesaria: si el ejercicio del derecho no es irregular, no hay culpa y no estamos frente a un acto ilícito; pero para decir eso bastaba el tenor del artículo 1969.

---

176. Juan José CALLE: *Código Civil del Perú*. Librería e Imprenta Gil. Lima, 1928, pp. 712-713.

Por otra parte, si se considera que el Código de 1984 incluye casos de responsabilidad objetiva (art. 1970), esta norma puede parecer contradictoria: ¿cómo puede decirse que no hay responsabilidad si no hay acto ilícito, cuando el propio Código establece casos de responsabilidad sin culpa, sin ilicitud de conducta? Ya hemos señalado que el actual Código ha abandonado el antiguo título de "Acto ilícito" para el tema y lo ha sustituido por "Responsabilidad extracontractual", precisamente para dar cabida a esas responsabilidades que nacen aun cuando el daño resulte del ejercicio regular de un derecho[177].

Podría decirse que la incompatibilidad de tal sentido del inciso 1o. del artículo 1971 con la responsabilidad objetiva del artículo 1970, no se presenta: el artículo 1971 estaría referido a los casos de responsabilidad subjetiva del artículo 1969, mientras que el artículo 1972 estaría referido a los casos de responsabilidad objetiva del artículo 1970. Pero este planteamiento es inexacto. Hemos hecho notar que los casos del artículo 1971 exoneran de responsabilidad haya mediado o no el riesgo o peligro[178]. Y veremos a continuación que los casos del artículo 1972 se aplican no sólo a la responsabilidad objetiva sino también a la responsabilidad subjetiva[179]. Por tanto, la pretendida correlación "Art. 1969-Art. 1971" y "Art. 1970-Art. 1972" no es defendible.

En resumen, entender la norma del inciso 1o. del artículo 1971, dentro de su sentido antiguo resulta superfluo en un caso y contradictorio en otro.

91. *Nuevo contexto, nuevo sentido, nueva función de la norma.* Si la norma que estamos comentando existe todavía en el Código de 1984 — sin pecar de superflua ni de contradictoria— es porque está jugando un papel diferente: la norma del inciso 1o. del artículo 1971 del nuevo Código se inspira en una distinción bastante más sutil que la realizada por el antiguo Código y que justifica todavía su inclusión en el actual Código a pesar de la declaración subjetivista del artículo 1969 y de la creación de una responsabilidad objetiva en el artículo 1970.

---

177. *Supra.* Nos. 39-41.

178. *Supra.* No. 87.

179. *Infra.* Nos. 165-168.

Es sólo si admitimos que la expresión "ejercicio regular de un derecho" tiene un sentido distinto al que se le dio por los juristas que interpretaron el Código de 1936, que la norma contenida en el inciso 1o. del artículo 1971 tiene una función conceptual que cumplir dentro del articulado del Código de 1984; función que, para ser tal, no puede limitarse a repetir la idea del artículo 1969.

Para aprehender esta función diferente, debemos olvidar la correlación inversa "ejercicio regular de un derecho/acto ilícito" y pensar que el inciso en cuestión hace referencia a una división de los actos humanos dañinos como "materia de responsabilidad extracontractual/no materia de responsabilidad extracontractual", división que es lógicamente anterior a la de "culpables/no culpables".

92. *El derecho de dañar.* Entre todos los actos humanos potencialmente dañinos, hay en primer lugar que distinguir aquéllos en los que el *hecho mismo de dañar* está permitido por el Derecho y aquéllos en los que no está permitido dañar pero que pueden producir un daño no querido por la ley. Estos últimos a su vez se dividen en culpables (en sentido amplio, que comprende el dolo) y no culpables. Y lo interesante consiste en que los primeros —aquéllos en los que estamos autorizados para dañar a un tercero— están efectivamente excluidos del *campo de la responsabilidad extracontractual,* mientras que los segundos están siempre comprendidos en ese *campo* pero sólo dan lugar al *pago de una indemnización* (en un sistema subjetivista) si los daños fueron resultado del dolo o de la culpa.

Unos ejemplos pueden aclarar estas distinciones poco usuales. Decíamos que dentro de cada sociedad existen, por así decirlo, autorizaciones para causar daño: hay *derechos* de dañar. Es así como la ley puede autorizar expresamente ciertos daños. Cuando el verdugo aplica la pena de muerte, está causando un daño a otro; pero tiene el derecho —y el deber— de hacerlo. Cuando no pagamos una deuda y se nos traba un embargo, también se nos está causando un daño; pero el acreedor, el Juez, el Secretario de Juzgado, la autoridad policial que descerraja la puerta a tal efecto, están actuando de acuerdo a un derecho o facultad de dañar que la ley expresamente les concede. Existen otras circunstancias en las que tenemos el derecho de dañar sin necesidad de una autorización expresa de la ley. Cuando un hábil comerciante hace todo lo posible —dentro de la ley— para que su competidor quiebre, le está causando un daño (e incluso intencionalmente); pero lo hace porque tiene el derecho de li-

bre competencia y de dañar comercialmente a terceros (mientras no pase de ciertos límites que la ley establece).

93. *El derecho de actuar, aunque se cause daño.* Un segundo sentido del ejercicio regular de un derecho consiste en el caso en que no se tiene derecho directamente de dañar, pero se tiene derecho de actuar en un determinado sentido aunque ello cause daño a otro.

En esta hipótesis, el derecho que ejercito no está dirigido a dañar a otro, sino a gozar de las ventajas que me otorga una determinada atribución. Pero el Derecho sabe que gozar de esa atribución comporta necesariamente dañar a otros; y lo admite, sin considerarlo daño resarcible. Un caso típico —para tomar un ejemplo clásico, pues aparece (dentro de otro contexto legal) mencionado en el Digesto[180]— se presenta cuando la ley me faculta para abrir pozos en mi propiedad respetando las distancias establecidas con relación a los otros pozos existentes en las zonas. En este caso, tengo derecho a extraer aguas, aun cuando es evidente que ello bajará el volumen de los otros pozos vecinos: dañaré ciertamente a los usuarios de otros pozos anteriores, porque reduciré su volumen de agua; pero la ley no lo considera daño para efectos de la responsabilidad extracontractual.

También la legítima defensa, que analizaremos a continuación[181], conlleva una aplicación de este principio: tengo derecho a defenderme contra la agresión utilizando ciertos medios, aunque ellos pudieran dañar al agresor o incluso, bajo ciertas condiciones, a terceros. De ese principio de defensa se sigue igualmente, como veremos más adelante[182], que la denuncia criminal contra una persona no origine una responsabilidad extracontractual aunque resulte infundada, siempre que se hubiera tenido motivos razonables para utilizar ese medio de defensa.

El Digesto decía: *qui iure suo utitur, neminem laedit.* Dentro del Derecho moderno, esta máxima debe ser entendida como: "Si el derecho

---

180. *Digesto*, párrafo 12, ley 24, título II, Libro XXXIX.

181. *Infra*. Nos. 97-103.

182. *Infra*. No. 104.

de uno incluye la posibilidad de dañar a otro, quien usa de tal derecho no causa daño en sentido jurídico".

94. *Al margen de la responsabilidad extracontractual.* Por consiguiente, la ley no proscribe todos los daños: la legítima producción de algunos daños a terceros es inherente al sistema social y la ley concede (explícita o implícitamente) un derecho para causarlos. Estos "daños autorizados" están fuera del campo de la responsabilidad extracontractual: respecto de ellos no es válido ni siquiera el análisis de la culpa porque están más allá de toda discusión, están al margen del territorio de la responsabilidad extracontractual con sus culpas y sus exenciones o justificaciones.

El inciso 1o. del artículo 1971 no plantea entonces una causal liberatoria de la obligación de pagar una indemnización sino una exclusión del sistema de responsabilidad.

95. *El ejercicio regular del derecho de dañar.* Evidentemente, el ejercicio de tal derecho de dañar —ya sea que se tenga en forma directa o como consecuencia del derecho a realizar una acción con propósito distinto pero que puede conllevar un "daño autorizado" a tercero— debe ser regular, es decir, ese derecho debe ser usado dentro de sus propios límites.

Un verdugo que aplique la pena de muerte con particular crueldad o sin la existencia de un juicio previo, un Secretario de Juzgado que al momento de embargar se lleve algunas cosas del deudor para su satisfacción personal, un comerciante que decida acabar con el negocio de su competidor colocándole en la noche una carga de dinamita en su fábrica, una persona que denuncia criminalmente a otra a sabiendas que no ha cometido ningún delito, un agricultor que quita el agua a los agricultores vecinos perforando un pozo a una distancia menor que la legalmente permitida, obviamente no están ejerciendo regularmente el derecho que les otorga el orden jurídico de ejecutar, de embargar, de destruir a la competencia (derechos de dañar directamente a terceros) o de defenderse de la agresión recurriendo a la justicia, de utilizar las aguas del subsuelo (derechos que conllevan daño a terceros).

Podría decirse que, en estos casos de «ejercicio irregular de un derecho», las personas mencionadas simplemente no tienen derecho para causar ese daño: porque el ejercicio de un derecho tiene que ser siempre

regular, ya que en caso contrario deja de ser derecho. Ni la extralimitación (realizando actos que no son parte del derecho de que se goza) ni el abuso del propio derecho (art. II del Título Preliminar), son ya derecho. Es por ello que discrepamos con la tesis que plantea que el abuso del derecho es un acto lícito, pero abusivo: el abuso del derecho ya no es derecho. Los derechos deben ser usados en armonía con el interés social. Por consiguiente, todo uso del derecho que no respeta el interés social es un uso "irregular" y, consiguientemente, ilícito.

96. *El puesto de frontera del territorio de la responsabilidad.* Pues bien, desde la perspectiva que nos ocupa, sólo una vez descartado el hecho de que el causante del daño haya tenido autorización para dañar (y ya hemos dicho que tener tal autorización pero ejercitarla mal —no regularmente—es equivalente a no tenerla), entramos propiamente en el territorio de la responsabilidad extracontractual.

En el campo de la responsabilidad extracontractual, el daño no es autorizado por la ley; y, sin embargo, se produce. Entonces, causado tal daño, nos preguntaremos dentro de un sistema subjetivista si ha existido dolo o culpa del causante para, en caso afirmativo, transferirle el peso económico. Dentro de un sistema objetivista, trasladaremos el peso económico al causante sin preguntarnos por la culpa (siempre que haya quedado verificado el nexo causal, que constituye otra de las fronteras del territorio de la responsabilidad).

Comparemos cuatro situaciones para comprender lo que se encuentra de uno y otro lado de la frontera que estamos examinando.

Tomemos, en primer lugar, el caso del verdugo, quien tiene un "derecho a dañar". No hay duda sobre el nexo causal entre el acto del verdugo y la muerte de la víctima. Pero para establecer que no paga indemnización a los deudos de la "víctima" no necesitamos preguntarnos si tuvo intención de dañar o no (análisis del dolo) o si fue negligente o imprudente o no (análisis de la culpa). Todo ello es irrelevante porque se trata de análisis propios de la responsabilidad extracontractual; y aquí *no estamos dentro del campo de la responsabilidad extracontractual* porque el verdugo está directamente autorizado a causar daño: de conformidad con el inciso 1o. del artículo 1971, ese acto dañino del verdugo *queda fuera* de la responsabilidad extracontractual.

En una situación similar se encuentra el comerciante que baja sus precios con la esperanza de que la competencia no pueda soportar este ataque comercial y salga del mercado. En efecto, la empresa competidora intenta seguir el juego durante algún tiempo y también baja sus precios; pero, dado que tiene un soporte financiero más débil, no puede continuar mucho tiempo vendiendo por debajo de su costo y, luego de hacer una cuantiosa pérdida, decide liquidar el negocio. Logrado su objetivo, el primer comerciante vuelve a subir sus precios hasta niveles normales. En la medida en que no estén prohibidas formalmente este tipo de prácticas comerciales, ese empresario goza de un derecho de dañar a los competidores que no puede dar lugar a responsabilidad extracontractual.

La misma conclusión, aunque dentro de una situación de alguna manera diferente, puede inferirse en el caso de quien perfora un pozo (respetando las exigencias reglamentarias): sabe que con toda probabilidad su toma de agua va a disminuir la cantidad de agua que los demás agricultores obtienen de sus respectivos pozos. Sin embargo, actúa autorizado por el Reglamento correspondiente para aprovechar de esa agua *aunque "dañe"* a otros y, por tanto, no está tampoco dentro del campo de la responsabilidad extracontractual.

Muy diferente es la condición del conductor de automóvil, quien no tiene un "derecho a dañar" sino a conducir automóviles; y que tampoco está autorizado para causar daños como consecuencia indirecta de su derecho de conducir. Si los causa, tiene que pagar. El derecho de conducir no es un derecho de dañar ni tampoco comporta una posibilidad de daño autorizado. No cabe duda de que la actividad de conducir es un derecho; pero ese derecho no nos faculta para atropellar peatones —ni directamente (como es el caso del verdugo) ni tampoco indirectamente (como el caso del que perfora un pozo)— sino para transportarnos. El derecho que tenemos es a utilizar las ventajas de un automóvil para transportarnos; no a dañar a terceros con un automóvil, ni intencionalmente (dolo) ni como resultado de su negligencia o de su imprudencia (culpa) ni como consecuencia del ejercicio regular del derecho de conducir (responsabilidad objetiva por riesgo). Por consiguiente, no estamos en la hipótesis de la exclusión del campo de la responsabilidad extracontractual que prevé el inciso 1o. del artículo 1971. Si se produce un accidente y pensamos que conducir un automóvil no es una actividad riesgosa, procede que, verificado el hecho (nexo causal) y el daño, analicemos si hubo o no culpa: en caso afirmativo, el conductor paga, en aplicación del artículo 1969. Si

pensamos que conducir automóvil es una actividad riesgosa, no hay sino que comprobar el hecho y el daño: el conductor paga tenga o no tenga culpa, en aplicación del artículo 1970.

Es muy importante comprender la distinción que justifica la presencia del inciso comentado. Si ese automovilista fuera encontrado culpable de negligencia, no sería responsable porque está ejerciendo irregularmente un derecho de dañar, sino porque no tiene derecho alguno para causar daños con su automóvil y, consiguientemente, responde por los que cause por culpa o dolo. El inciso 1o. del artículo 1971 se justifica solamente en tanto que no es una repetición del principio de la culpa sino una norma que establece un aspecto mucho más de fondo: es el puesto de frontera entre lo que debe ser considerado materia de la responsabilidad extracontractual (y, por consiguiente, juzgado con las categorías de ésta) y lo que queda fuera de la responsabilidad extracontractual (y, por consiguiente, no origina responsabilidad al margen de todo análisis de culpa o de toda comprobación de causalidad).

Esa interpretación se encuentra reforzada por el encabezamiento mismo del artículo que no dice "No hay lugar a indemnización..." sino más categóricamente "No hay responsabilidad...".

Sección II: De la legítima defensa

Artículo 1971.- No hay responsabilidad en los siguientes casos:

1.- (...)
2.- En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno.
3.- (...)

97. *Daños causados al agresor.* La norma se refiere indudablemente a los daños causados a la persona o a los bienes del agresor, ya que los daños causados a terceros para defenderse de un peligro estarían comprendidos en el inciso 3o. del mismo artículo.

El Anteproyecto y el Proyecto de la Comisión Reformadora hacían esta aclaración en forma expresa; pero la supresión de la referencia al agresor en el texto definitivo del Código no parece alterar su sentido, en razón de la concordancia antes citada.

Los casos incursos en este inciso son raros: no sucede a menudo que el agresor (ladrón, homicida, secuestrador, etc.) demande a quien se defendió de su ataque, por los daños que recibió como consecuencia de la agresión.

La hipótesis prevista en este inciso no se refiere a la situación de riña: En la riña, dos o más partes son simultáneamente agresoras y agredidas; consecuentemente, no se aplican las reglas de la legítima defensa sino que todos y cada uno de los participantes de la riña deben ser considerados como agresores y responsables por los daños que causen a todos y cada uno de los otros.

98. *Exclusión de la responsabilidad.* Notemos que en este caso estamos igualmente ante una exclusión del campo de la responsabilidad y no de una exención por falta de culpa: la persona que se defiende actúa intencionalmente para causar un daño a otra (le dispara, la golpea, etc.); pero lo hace en base a un derecho de dañar que le otorga la ley con el objeto de repeler una agresión.

En realidad, los casos de legítima defensa y de estado de necesidad (que estudiaremos a continuación), no son sino explicitaciones del principio general expuesto en el inciso 1o: se trata de situaciones especiales del ejercicio regular del "derecho de dañar". Lo particular de estos "daños autorizados" a que se refieren los incisos 2o. y 3o. —y que amerita su explicitación a través de incisos específicos— es que se trata de un derecho que no se tiene formalmente (como el del verdugo) ni permanentemente (como el del comerciante a causar un daño comercial a su competidor), sino que responde a una circunstancia extraordinaria: sólo a título de respuesta y en situaciones muy peculiares (la agresión), aparece tal derecho de dañar.

99. *La agresión.* La condición fundamental de esta exclusión de responsabilidad es que exista una agresión. De ahí que sea muy importante definir en qué consiste la agresión.

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, la agresión es un acto contrario al derecho de otro. Frente a tal acto, el agredido está autorizado legalmente para defenderse fundamentalmente por vías de derecho; pero, bajo ciertas condiciones, puede defenderse también por las vías de hecho. Ya sea que la defensa se realice por vías de derecho —llamar a la policía para que capture a un ladrón, denunciar criminalmente a quien ha efectuado una apropiación ilícita en perjuicio de nuestro patrimonio, demandar civilmente para exigir la reivindicación de mi propiedad, etc.— o por las vías de hecho —contestar físicamente un ataque personal físico, repeler por la fuerza en forma inmediata un acto que afecta mi posesión, etc.— los daños que cause con ello al agresor se encuentran excluidos de la responsabilidad extracontractual.

Sin embargo, en ambos casos se requieren ciertas condiciones específicas. Si recurro a las vías de derecho, debo tener motivos atendibles para llevar a otra persona a la justicia. Más adelante veremos que la denuncia criminal absolutamente infundada (calumnia), puede dar lugar a una reparación de daños y perjuicios[183]. De otro lado, si recurro a las vías de hecho, debo estar en una situación en que no me sea posible hacer uso en ese momento de una vía de derecho: si cuando ya un policía ha acudido a ayudarme y está a punto de capturar al asaltante le disparo un tiro a éste, soy responsable de los daños que le ocurran. Las vías de hecho son sólo remedios extraordinarios y de emergencia, ante la imposibilidad de que el orden jurídico pueda ayudar en esas circunstancias concretas.

La defensa puede surgir en razón de agresiones a diversos bienes. La regla comentada menciona que se puede tratar de una agresión a la persona o a los bienes; y que en ambos casos puede tratarse de lo propio o lo ajeno. La primera de estas situaciones —la defensa propia— consagra como derecho la reacción instintiva de conservación, particularmente dentro de las condiciones de emergencia antes mencionadas. La segunda de las situaciones mencionadas —la defensa ajena— ampara una actitud fundamentalmente humanitaria y de solidaridad, en virtud de la cual una persona acude para salvar la vida, la integridad corporal o los bienes de otra frente a un ataque. No se trata, entonces, sólo de defensa propia sino también de defensa ajena.

---

183. *Infra*. Nos. 315-318.

¿Qué es propiamente una agresión? Hay circunstancias que no ofrecen dificultad para considerarlas como ataque: el contacto físico violento, el despojo por la fuerza de un bien, etc. Pero, ¿puede hablarse de agresión cuando no ha mediado contacto físico? ¿La ofensa es una agresión que permite defenderse por la vía de los hechos? De otro lado, ¿la simple amenaza o temor de un daño puede ser considerada como una agresión y dar lugar a una defensa al margen de la responsabilidad extracontractual?

Nuestra jurisprudencia ha considerado la ofensa como una agresión, cuando menos si se realiza de obra y no sólo de palabra, es decir, mediando contacto físico. Así lo muestra la Ejecutoria Suprema del 18 de diciembre de 1944 que reseñamos a continuación[184].

El 19 de setiembre de 1937, don Miguel Prieto Arenas caminaba, en estado de ebriedad y en compañía de un amigo, por la calle del Prado. En estas circunstancias, encontró a doña Jacinta Dávila Calde de Brandt, de pie en la puerta de su casa, a quien "ofendió de obra, en acto reñido con la decencia", según lo describe el Fiscal PALACIOS. El esposo, don Roberto Brandt, quien se encontraba al lado de ella, movido por "justa indignación" (siempre en las palabras del Fiscal), "usando uno de sus puños castigó la ofensa, en forma que, desgraciadamente, trajo por consecuencia la muerte de Prieto pues, a consecuencia de la trompada que le dio y por su estado de embriaguez, cayó pesadamente, golpeándose la región occipital". La viuda, doña Ernestina Larrea de Prieto, demandó a don Roberto Brandt para que le abonara una indemnización por daños y perjuicios. La Corte Suprema, confirmando la sentencia de vista, declaró infundada la demanda e incluso condenó a la demandante al pago de las costas del juicio.

Por otra parte, no cabe duda de que una amenaza efectiva de un mal grave es una agresión, aunque todavía no haya mediado violencia física. Si *Marcellus* apuntase con un revólver a *Quintum* y le dijera con la voz más tranquila del mundo que lo va a matar, no cabe duda de que estaríamos ante una agresión; y *Quintus* podría válidamente realizar actos que dañen a *Marcellum* a fin de defenderse legítimamente de tal agresión. Es verdad que existen situaciones más ambiguas: si veo una perso-

184. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. Año 1947, Nos. 38-39, pp. 211-212.

na que salta en la noche el muro de mi casa a escondidas puedo pensar que viene a atacarme y que probablemente carga un arma; si otra noche veo desde mi ventana que una persona corre por la calle hacia mi casa escondiéndose para que no la vean acercarse, puede ser que quiera atacarme pero es menos seguro; si una persona en la calle, en medio de una discusión, me amenaza con sacar del bolsillo un revólver y dispararme, tengo buenas razones para dudar de ello mientras no vea el revólver en la mano. Sin embargo, a pesar de las diferentes dosis de fundamento en el temor, en todos estos casos hay razones para temer en mayor o menor grado. ¿Cómo distinguir los casos en los que, frente a tales situaciones de posible amenaza, mis actos de defensa están excluidos de la responsabilidad extracontractual de aquellos otros en que respondo civilmente por los daños que cause porque el grado de amenaza no era suficiente para justificar mis actos?

Ante este dilema se presenta la tentación de utilizar el criterio de razonabilidad: estaré libre de responsabilidad en la medida en que mis actos correspondan a los de un "hombre razonable". Sin embargo, este planteamiento nos regresaría a la idea de culpa, ya que equivaldría a decir: estaré libre de "culpa" en la medida en que mis actos correspondan a los de un "hombre razonable". Pero esto enturbiaría la distinción que hemos formulado entre la exclusión de la responsabilidad y la no culpabilidad, hasta hacerla inoperante.

En nuestra opinión, la pregunta adecuada no es si la defensa ha sido "razonable" sino si ha sido verdaderamente "defensa". En otras palabras, el problema tiene que resolverse no en términos de culpabilidad sino de naturaleza del hecho, no en términos de calificación jurídica sino de calidad fáctica del acto.

No hay defensa si no hay agresión. Por consiguiente, tenemos que saber si el acto del damnificado estaba realmente orientado a hacer daño a quien actuó con la intención de defenderse. Si efectivamente era un acto agresivo, se aplica el inciso 2o. del artículo 1971 y no hay lugar a responsabilidad. En cambio, si el que realiza los actos de defensa se había equivocado y no había tal ataque, entonces está sujeto a la responsabilidad extracontractual aun cuando hubiera tenido los mejores motivos para temer una agresión. En esta última hipótesis (es decir, comprendido en la responsabilidad extracontractual porque el inciso 2o. del artículo 1971 no le sería aplicable), todavía puede intentar exonerarse del pago de

una indemnización alegando ausencia de culpa si tenía motivos razonables para actuar como lo hizo; en este caso quedaría exento de pago de la indemnización no por el artículo 1971 sino por aplicación *contrario sensu* del artículo 1969. Claro está que si para defenderse —equivocadamente— utilizó un bien peligroso o realizó una actividad riesgosa, no podrá liberarse aduciendo ausencia de culpa sino únicamente si demuestra que se han producido las circunstancias indicadas en el artículo 1972.

De esta manera, supongamos que empujo a un transeúnte porque pensaba que iba a robarme la billetera; y éste se cae y se fractura una pierna. Luego se comprueba que era un hombre honesto y pacífico que nunca tuvo intención de robarme. En este caso, tengo que pagar mi error; pero, dado que no utilicé ningún medio peligroso de defensa, todavía puedo liberarme del pago si logro demostrar que la actitud equívoca de esa persona habría infundido miedo a cualquiera: en ese caso, no habría tenido culpa. Pero si disparo un tiro de revólver a un sujeto de aspecto peligroso que se acerca decididamente hacia mí con un revólver en la mano y luego se comprueba que era un policía de civil que perseguía en ese momento a un delincuente avezado, tendré que pagar los daños y perjuicios que le causé con mi disparo, aunque haya tenido las mejores razones para temer: la relación es causal y objetiva, por lo que mi ausencia de culpa no puede liberarme.

100. *Proporcionalidad.* Otra condición que debe ser tenida en cuenta para excluir de responsabilidad la conducta del que se defiende es la proporcionalidad entre la agresión y la defensa. Inexplicablemente, este principio cuidadosamente detallado en el inciso 3o. no ha sido ni siquiera aludido en el inciso 2o. donde también es aplicable.

Los daños desproporcionados no estarían comprendidos en la exclusión sino que, dado que forman parte de la responsabilidad extracontractual, tienen que someterse al análisis de la culpa (si es de aplicación el artículo 1969) o tienen que ser indemnizados necesariamente si fueron cometidos mediante un bien o una actividad riesgosos (artículo 1970).

Sin embargo, es preciso reconocer que, en lo que se refiere al exceso, a pesar de que la distinción teórica continúa siendo válida, en la práctica la discusión sobre la proporcionalidad de los medios empleados se aproxima mucho a la discusión sobre la culpa por imprudencia. Por consiguiente, aun en los casos en que se trate de daños causados en ex-

ceso con bienes peligrosos o mediante actividades riesgosas el Juez analizará las circunstancias con criterios muy parecidos a los que hubiera empleado si tratara de determinar si el daño se produjo con culpa o no. La idea de "desproporción" —aun cuando pretende fundarse en una mera relación causal— tiene una connotación que la hace confundible con la culpa ya que, en última instancia, es la razonabilidad del medio empleado que debe ser apreciada: el *standard* del "hombre razonable" —piedra de toque de la determinación de la culpa— reaparece bajo el ropaje de la argumentación causal.

101. *La carga de la prueba.* Sin embargo, esta aparente intromisión del análisis de la culpa dentro de un razonamiento objetivista y causal, no debe llevarnos a engaño. A pesar de que el Juez tiene que apreciar la razonabilidad del medio empleado, su análisis no lo conduce a una determinación de culpa sino de causalidad.

Es ello lo que explica que, en este caso, no funcione la inversión de la carga de la prueba prevista en el segundo párrafo del artículo 1969 para los casos sujetos a responsabilidad por culpa.

El artículo 1969 establece la responsabilidad por culpa o dolo, pero invierte la carga de la prueba de la culpa o el dolo. Ahora bien, tratándose de una demanda del agresor por los daños que le han sido producidos por el defensor, éste último tendría que probar la legítima defensa; en este caso la prueba del demandado se refiere a un hecho y no a una ausencia de culpa: se limita a acreditar que había mediado una agresión del demandante. Probado ello, se infiere jurídicamente que tenía el derecho de causar daño al agresor y que, por consiguiente, no está comprendido en el campo de la responsabilidad extracontractual. Pero si el agresor-demandante aduce que los daños fueron excesivos y desproporcionados a la acción de defensa, entonces es a ese agresor-demandante que le corresponde probar este extremo; porque lo que estaría obligado a demostrar no es la culpa del demandado (cuya prueba no está a su cargo en razón de la regla de inversión), sino hechos que llevan a que ese demandado no tenía derecho a hacer eso (no estaba amparado por el inc. 2 del art. 1971) y que, consecuentemente, cuando menos una parte de sus actos está dentro del campo de la responsabilidad extracontractual. En otras palabras, la probanza de un "exceso de defensa" —aunque éste se discuta en términos de razonabilidad— es de cargo del demandante; lo que no hubiera sido el caso si esto no fuera un "hecho" sino una "culpa".

Acreditado por el demandante el hecho del exceso de defensa, el demandado todavía podrá discutir su obligación de pagar mediante dos líneas diferentes de argumentación, según se trate de que el exceso haya producido un daño mediante un bien o actividad riesgosos o no. Si el medio de defensa empleado en exceso no era riesgoso (quizá los puños, por ejemplo), funciona la inversión de la carga de la prueba de la culpa y el demandante no tiene que acreditar nada más que el exceso; pero el demandado puede intentar liberarse, demostrando que no tuvo culpa en tal exceso: golpeó muy fuerte al agresor, pero ello era razonable porque se trataba de un hombre grande; no pudo prever que ese agresor tenía un problema hepático, por lo que, al ser golpeado en el hígado, le sobrevino la muerte. Si el medio empleado en exceso era riesgoso o peligroso (un arma de fuego, por ejemplo), el demandado sólo puede liberarse utilizando alguna de las defensas causales del artículo 1972 (en el forcejeo con el agresor, fue el mismo agresor quien apretó el gatillo, por ejemplo).

102. *Daños a terceros.* Puede ocurrir que, al intentar la legítima defensa, quien se defiende cause daños a la persona o bienes de terceros, ajenos al agresor. Esta situación supone que hay una agresión efectiva, pero que el dañado es una persona ajena al agresor. Hay dos hipótesis posibles.

En primer lugar, puede suceder que el agredido se encuentre necesitado de usar un bien de otro para protegerse. Por ejemplo, en el deseo de desconcertar a un agresor armado y tener así tiempo para huir, el agredido le arranca su carretilla a un heladero que se encuentra en esos momentos en la calle y la arroja contra el atacante. La carretilla es dañada por las balas de la metralleta del asaltante y queda inutilizable; además, todo su cargamento de mercadería se pierde. En este caso, nos encontramos frente a la figura del estado de necesidad que estudiaremos en la sección siguiente.

La segunda hipótesis consiste en que el agredido al responder la agresión, hiera o dañe bienes de un tercero sin quererlo. Este sería el caso de una persona que, en el forcejeo con el agresor empuja a un tercero, quien cae y se rompe un brazo; o de otra persona que se defiende con una escopeta recortada y hiere no sólo al agresor sino también a dos transeúntes y rompe las lunas de un automóvil estacionado en el lugar. Estos no son propiamente casos de estado de necesidad, porque no hubo intención de utilizar el bien de otro para salvarse; ese bien ajeno no era necesario para protegerse del peligro. Además, el inciso 3o. del artículo

1971 del Código Peruano limita la figura del estado de necesidad a los daños a los bienes, por lo que los daños a las personas no se encuentran incluidos en ella. Por tanto, en estos casos se aplican las normas generales de la responsabilidad extracontractual: si el medio empleado no era riesgoso, el agredido-causante-del-daño puede liberarse demostrando su ausencia de culpa; si el medio era riesgoso, estará obligado a pagar indemnización, salvo que acredite estar incurso en alguna de las defensas causales del artículo 1972.

103. *Daños a terceros. Falsa agresión.* Hay una posibilidad adicional: que el presunto agredido dañe al presunto agresor en el intento de defenderse, pero que tal agresión no exista realmente. En consecuencia, dentro de esta hipótesis no ha habido propiamente una agresión, pero hay una persona dañada porque fue tomada por agresor.

Este tema ha sido ya sugerido al tratar de la amenaza como forma de agresión[185] y hay que analizarlo también en función del tipo de responsabilidad —subjetiva u objetiva— involucrada.

Si no empleó para su defensa ningún medio peligroso, esa persona está sujeta a los condicionamientos de la culpa. Por ejemplo, una persona que habita una finca aislada ha sido continuamente asediada por bandoleros que han intentado muchas veces ingresar a robar, pero cuyos esfuerzos han sido infructuosos debido a la eficiente respuesta defensiva del asediado. Una noche, esa persona ve pasar una sombra sospechosa por el camino vecino y le da un enérgico grito de amenaza. El hombre, que era un simple transeúnte, se asusta, tropieza, cae y se lesiona. El «defensor» no tendría responsabilidad porque no tendría culpa; y, no habiendo usado un bien riesgoso en su defensa, sólo es responsable si incurre en culpa. Esa persona obró como lo hubiera hecho cualquier hombre razonable, por lo que no puede ser culpado. Distinto habría sido el caso si le hubiera disparado con un arma y luego se habría demostrado que ese transeúnte no era un ladrón: dado que usó un bien riesgoso, si produjo un daño y no puede favorecerse con la exclusión de la responsabilidad extracontractual basada en legítima defensa (porque no hubo ataque), esa persona es responsable frente al transeúnte víctima.

185. *Supra.* No. 99.

Un caso similar se presentaría si *Marcus* es expulsado de un baile en casa de amigos por encontrarse en estado alcohólico. Desde afuera grita que regresará con piedras para arrojarlas sobre la orquesta y herir a los que se encuentran bailando. El dueño de casa coloca un vigilante en la puerta para no dejarlo entrar y evitar en esta forma cualquier problema posterior. Después de un rato, el vigilante descubre una sombra que se desliza detrás de los arbustos próximos a la casa; esta sombra se transforma en una persona que pretende entrar en forma muy rápida a la fiesta. Convencido de que se trata del borracho de *Marcus*, le cierra el paso y lo empuja. Esta persona rueda las gradas de entrada y se fractura la cabeza. Sin embargo, luego se advierte que no se trataba de *Marco* sino que era un simple invitado retrasado, *Pomponius*, quien llegaba apresuradamente porque su novia lo esperaba hacía mucho tiempo en el interior. Es evidente que el dueño de casa —empleador del vigilante— no paga en este caso los daños porque no tenía culpa: el vigilante obró de manera razonable. Pero si en vez de empujarlo lo hubiera golpeado con su vara o lo hubiera intimidado con un arma, *Pomponius* podría reclamarle una indemnización porque el vigilante habría actuado con un bien peligroso; por lo que se trataría de un caso sujeto a responsabilidad objetiva, que no puede exonerarse por la falta de culpa.

En realidad parece poco justo que *Pomponius* reciba o no reciba indemnización en razón de circunstancias que son ajenas a su control: si *el vigilante* lo empujó nadie le paga su cráneo roto; pero si utilizó la vara o el arma, sí tiene derecho a recibir una reparación. Sin embargo, esto es normal dentro de la lógica de la culpa que no atiende a las necesidades y a la actuación de la víctima, sino a la actuación de la persona que causa el daño: ésta es la diferencia entre una lógica de la reparación y una lógica de la sanción. Una vez más, nos encontramos ante las paradojas de la culpa.

104. *La defensa de derecho.* Todos estos casos se refieren a la defensa por las vías de hecho. El caso particular del posible daño por defensa frente a un presunto agresor mediante la utilización de las vías de derecho, lo estudiaremos al comentar el artículo 1982 sobre la calumnia[186].

186. *Infra.* No. 315.

Sección III: Del estado de necesidad

> Artículo 1971.- *No hay responsabilidad en los siguientes casos:*
>
> *1.- (...)*
> *2.- (...)*
> *3.- En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro.*

105. *Incoherencia de la regla.* Este inciso repite con ligeras variantes la norma equivalente del Código Civil de 1936 (art. 1137, inc. 3o.). Lamentablemente, el respeto del legislador de 1984 por la fórmula tradicional transporta al nuevo Código no solamente los aciertos del Código anterior sino también sus desaciertos y sus contradicciones.

En efecto, es perfectamente comprensible que los daños causados en legítima defensa al propio agresor (caso del inciso precedente), no deban ser reparados, porque es tal agresor quien se colocó en situación de sufrirlos como respuesta a su agresión. Pero, ¿qué razón existe para que no indemnice a un tercero cuando le destruyó parte de *su* propiedad con el objeto de salvar un bien de *mi* propiedad? A nadie se le debe permitir que resuelva sus problemas a expensas de otro.

Es cierto que si una persona se encuentra en estado de necesidad respecto de su persona o de sus bienes, debe poder utilizar la propiedad ajena aun cuando ésta reciba un daño para salvar la suya; siempre que el bien salvado sea manifiestamente superior al bien dañado. Pero ese tercero no tiene por qué sufrir las consecuencias de un caso fortuito que sólo me afecta a mí: no hay justificación moral ni jurídica para que yo traslade de parte del costo de mi caso fortuito a mi vecino y lo haga soportar el peso económico de un azar que sólo yo (y no él) tuve la desgracia de

que me sucediera. Si hay el riesgo de que el río invada mi predio y destruya todas mis cosechas, tengo indudablemente derecho a destruir una parte de las cosechas del vecino para hacer defensas en ese lugar; pero lógicamente indemnizarlo por ello. En cambio el inciso 3 del artículo 1971 me autoriza a obligar al vecino a compartir mi riesgo y mi daño, porque le causo una merma en mi exclusivo provecho y no le indemnizo: así, yo no pierdo, pero él sí.

106. *La justificación por la ausencia de culpa.* La única justificación para una norma tan extraña desde el punto de vista del sentido común se apoya en una aplicación hasta sus últimas consecuencias —y quizá también algo simplista— de la teoría de la culpa; aplicación que no hace sino mostrar los inconvenientes de dicha teoría.

En efecto, aquél que está a punto de sufrir un daño y trata por todos los medios de evitarlo, de alguna manera no está actuando en forma negligente ni imprudente: por el contrario, es razonable que pretenda evitar el daño. Por ello podría decirse que ese sujeto no tiene culpa por los daños que cometa —siempre que no se exceda— porque éstos no son sino la prolongación del caso fortuito o del hecho de tercero que a él lo afecta. Como señala Adriano de CUPIS, para algunos autores hay además un argumento psicológico que exonera de culpa: "el estado de necesidad es concebido como una fuerza que opera sobre el ánimo del agente hasta quitarle la libertad de determinarse y de actuar". Esta opinión, dice de CUPIS, reflejaría el sentido de la antigua máxima que reza "La necesidad no conoce de ley"; la que entre nosotros se conoce a través de una expresión más gráfica, de carácter más religioso que jurídico: "La necesidad tiene cara de hereje". Adriano de CUPIS reconoce que el argumento psicológico es cuando menos discutible. Sin embargo, declara que participa de la convicción de que lo hecho en estado de necesidad no es antijurídico; acto seguido, agrega que "a pesar de su no antijuricidad, el daño del cual tratamos produce igualmente una reacción jurídica en favor del damnificado", que consiste en una indemnización[187].

187. Adriano de CUPIS: *Dei fatti illeciti, Art. 2043-2059*, 2a. ed. Nicola Zanichelli Editore, Soc. Ed. de! Foro Romano. Bologna, Roma, 1971, pp. 44-45.

107. *La doctrina.* Los comentadores peruanos ya habían visto la necesidad de modificar la regla injusta del inciso 3o. del artículo 1137 del Código Civil de 1936.

El doctor José LEON BARANDIARAN había opinado en favor de una indemnización al tercero, siguiendo lo dispuesto por los códigos suizo, alemán, italiano y brasileño. Incluso explica históricamente la atipicidad de nuestro código dando a conocer que el inciso 3o. del artículo 1137 del Código Civil de 1936 fue tomado del inciso 2o. del artículo 160 del Código Brasileño; pero el legislador de 1936 olvidó consignar la norma del artículo 1519 del Código Brasileño que, debidamente concordada con el artículo 160, establecía la indemnización en favor del dueño de la cosa dañada siempre que no hubiese sido culpable del peligro. El mismo doctor LEON BARANDIARAN cita una frase concluyente de DEMOGUE, según quien el dañado "es víctima de una verdadera expropiación por utilidad privada que no tiene un carácter de utilidad social sino por repercusión"[188]. Corresponde, pues, que se le pague una indemnización.

René SAVATIER señala que esta obligación de pagar indemnización ha sido reconocida por los tribunales franceses, aun si nada se dice sobre ello en el *Code Napoléon*. Nos explica, con relación a la responsabilidad de aquél cuyo bien ha sido salvado merced al sacrificio de un bien de otro: "La jurisprudencia funda esta responsabilidad, ya sea sobre la idea del enriquecimiento indebido, ya sea sobre la idea de la gestión de negocios. Exigida por la equidad, esta responsabilidad debe ser admitida aun sin texto especial, cuando la indemnización de la víctima no puede ser obtenida por otros medios...". Y agrega: "Porque la necesidad...no parece justificar el desplazamiento de la incidencia definitiva del daño, ya que no hay nada de necesario en ello. Ese desplazamiento arbitrario no es lícito sino bajo condición de que sea pagado"[189].

Es por ello que el Anteproyecto redactado por el autor de este trabajo y acogido como Proyecto por la Comisión Reformadora, siguiendo

---

188. *Vid*, sobre este punto, José LEON BARANDIARAN: *Comentarios al Código Civil Peruano. Derecho de Obligaciones. T.I. Acto Jurídico.* 2a. ed. Ediar. Buenos Aires, 1954, pp. 435-436.

189. René SAVATIER: *Traité de la Responsabilité Civile en droit français.* 2a. ed. T.I., L.G.D.J. Paris, 1951, No. 100, p. 125.

la orientación generalizada en la legislación comparada y la opinión de nuestros mejores juristas, estableció una norma que otorgaba indemnización a los terceros cuya propiedad fuera dañada por salvar un peligro o daño de otro. Sin embargo, la Comisión Revisora aparentemente no percibió el problema y no conocía la doctrina sobre este aspecto ni estaba familiarizada con la legislación extranjera.

108. *Falta de concordancia legislativa.* Lo curioso es que el problema se presentaba también, bajo una de sus facetas, desde el punto de vista de los Derechos Reales. Y ahí, quien redactó esa parte del nuevo Código sí fue consciente de la dificultad y otorgó indemnización al tercero en estos casos.

El artículo 959 del nuevo Código, al referirse a las limitaciones a la propiedad por razón de vecindad, prescribe que "El propietario no puede impedir que en su predio se ejecuten actos para servicios provisorios de las propiedades vecinas, que eviten o conjuren en peligro actual e inminente, pero se les indemnizará por los daños y perjuicios causados".

Confieso que ignoro la diferencia entre evitar y conjurar, dos palabras que la norma utiliza sucesivamente y como si una agregara algo que no está en la otra. Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, evitar es "apartar algún daño, peligro o molestia; precaver, impedir que suceda". Y conjurar, aparte de conspirar o hacer exorcismos que son sus sentidos más propios, es —de manera figurada y ¡en sexta y última acepción!— "impedir, evitar, alejar un daño o peligro". Por consiguiente, en el mejor de los casos, evitar y conjurar significan lo mismo; salvo que —lo que me permito dudar— la utilización de conjurar estuviera referida en este caso a arrojar demonios del cuerpo del propietario o a establecer las bases de una insurrección. Pero independientemente de este problema lingüístico, lo interesante es que la norma contenida en el artículo 959 otorga indemnización para uno de los casos posibles del estado de necesidad: el daño a un predio.

Así, gracias a la falta de coordinación entre los redactores de las diferentes partes del nuevo Código, cuando menos los propietarios de predios a quienes se les cause daño por causa de estado de necesidad, tienen expedita su acción para reclamar una indemnización; en cambio, las otras víctimas por la misma causa, que no sean propietarios de predios, quedarán sin indemnización.

109. *Soluciones al problema planteado por el Código peruano.* No cabe duda de que el texto del inciso 3o. del artículo 1971 constituye un problema. El hecho de que se trate de un problema antiguo, heredado del Código de 1936, no remedia la situación de las personas cuyos bienes puedan ser dañados o destruidos para salvar bienes de terceros. ¿Cómo pueden los jueces suplir la deficiencia de la ley?

En primer lugar, es preciso destacar que no todo estado de necesidad proviene de una situación de caso fortuito. Cuando el estado de necesidad ha sido creado por un tercero en razón de algunas de las causales comprendidas en los artículos 1969 (culpa) y 1970 (riesgo), ese tercero será responsable y deberá pagar la indemnización correspondiente no sólo a la víctima inmediata sino también al propietario de esos bienes que la víctima inmediata tuvo que dañar para salvar su vida o sus bienes.

Pero cuando se trata de un estado de necesidad que resulta del caso fortuito o de la fuerza mayor, aquél que sufrió daño en sus bienes no podrá recurrir a la responsabilidad contra un tercero culpable u objetivamente responsable, porque tal tercero no existe; tampoco tiene acción de responsabilidad contra quien le causó directamente el daño porque ése actuó al amparo del inciso 3o. del artículo 1971, que excluye tales actos de la responsabilidad extracontractual. En este caso, posiblemente los tribunales peruanos, al igual que los franceses, tendrán que recurrir al enriquecimiento indebido: aquél que salvó sus bienes a costa de los bienes del otro, se ha enriquecido a expensas de ese otro sin causa válida para ello. Por consiguiente, puede obligársele a pagar una indemnización al amparo de lo dispuesto en el artículo 1954.

110. *Los bienes y las cosas.* La norma que venimos comentando se refiere a la destrucción o daño causado a los "bienes" de otro. Pero, ¿qué son los bienes?

Francisco GARCIA CALDERON decía que "La palabra *bien* se emplea en derecho para designar todo lo que puede componer las riquezas y la fortuna del hombre". Y agregaba que "las palabras *bien* y *cosa* se emplean como sinónimas en nuestros códigos"[190]. Toribio PACHECO

190. Francisco GARCIA CALDERON: *Diccionario de la Legislación Peruana.* T.I. Imprenta del Estado, por Eusebio Aranda. Lima, 1860. Artículo "Bienes", p. 293.

hace una distinción fina entre ambos términos: los bienes son las cosas consideradas bajo el aspecto jurídico, es decir, son "las cosas susceptibles de ser apropiadas por el hombre...". "Así, todos los bienes son cosas, pero no todas las cosas son bienes, puesto que hay muchas que no pueden entrar en el dominio de los hombres"[191]. Y, en tanto que cosas jurídicamente apropiadas, los bienes pueden ser "no sólo los objetos materiales, sino también las acciones del hombre, y en general todo lo que puede ser objeto del derecho, como las obligaciones"[192].

El Código Civil de 1984 no define los bienes sino que se limita a dividirlos en dos clases: muebles e inmuebles. Aun cuando enumera las cosas que son consideradas bienes de uno u otro tipo, esta enumeración no se encuentra cerrada. El inciso 10o. del artículo 886 dice que son bienes muebles todos los que no son inmuebles; lo que deja abierta la puerta para agregar en esa categoría otros bienes no enumerados en los incisos 1o. al 9o., siempre que no se encuentren comprendidos en la enumeración de los inmuebles que hace el artículo 885.

En todo caso, parece claro dentro del contexto del Código que, cuando el inciso 3o. del artículo 1971 habla de la posibilidad de dañar un «bien» de otro, se está refiriendo a cosas que pueden ser objeto de un derecho real. Por consiguiente, quedan excluidos bienes tales como la vida, la salud, la integridad corporal, etc. En otras palabras, nadie puede ocasionar la pérdida, destrucción o deterioro de la vida de otra persona ni de su integridad corporal, así como tampoco de su prestigio, renombre, etc. Si ello sucediera, independientemente de la responsabilidad penal a que pudiera haber lugar, el autor sería responsable por daños y perjuicios aunque se encontrara en estado de necesidad.

111. *La proporcionalidad.* En este inciso encontramos una referencia expresa y muy precisa a la proporcionalidad.

No basta que el bien ajeno destruido para salvar el propio sea equivalente al nuestro: la regla sólo excluye de la responsabilidad a aquél que daña o destruye un bien de *notoriamente* menor valor que el bien propio

---

191. Toribio PACHECHO: *Tratado de Derecho Civil*. T. II. En la Librería Hispanofrancesa. Lima, 1862, p. 2.

192. *Ibidem*. p. 1.

que se pretende salvar. ¿Cómo debe interpretarse esta norma? Podría pensarse que el criterio de valor está referido al valor original, de uno y otro bien; pero también puede entenderse que ese criterio se refiere a la diferencia entre el valor de "lo salvado" (es decir, el menor daño sufrido por el agente, que podría ser nulo si los esfuerzos de salvamento no dan resultado) y el valor de lo "dañado" (es decir, el monto efectivo del daño, independientemente de cuanto valga el bien afectado). También puede suceder que el valor de un bien no sea el mismo antes del daño que después: un bien reparado a veces puede ser menos valioso que un bien en estado original.

En todos estos casos, creemos que los Jueces deben adoptar el criterio más favorable para la parte afectada, es decir, para aquél cuyos bienes fueron afectados arbitrariamente por quien quería salvar los suyos. Esto significa que, en todos los casos de duda o en los casos en que es posible aplicar los criterios del texto legal de diferente manera, los Jueces deben tender a declarar que no se trata de un caso comprendido en el inciso 3o. del artículo 1971 y permitir que aquel que sufrió el daño obtenga una indemnización.

112. *La prueba del daño.* Una mención especial merece la última frase de este inciso: "La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro".

Esta norma es ininteligible y lo veremos más claro en un ejemplo.

Imaginemos que *Antoninus* y *Sempronius* son dos propietarios de predios vecinos, ubicados a lo largo de un río. Durante una crecida, el río ejecuta una nueva curva y se introduce por un ángulo de la propiedad de *Antonini*, afectando toda la propiedad de *Sempronii*. Al amparo de la norma contenida en el inciso comentado, *Sempronius* ingresa a la propiedad de *Antonini*, que se encuentra río arriba y, sobre una parte de los cultivos de algodón, construye unas defensas con piedras y mallas con el objeto de desviar el río y regresarlo a su cauce habitual. Pues bien, al momento de deslindar responsabilidades sobre la destrucción de los algodonales de *Antonini*, paradójicamente ¡es *Sempronius* —es decir, el propio causante de tal destrucción— quien, de acuerdo a tal norma, tiene que acreditar en juicio que esos algodonales han sido destruidos!

Esto evidentemente carece de toda lógica. ¿Qué interés puede tener *Sempronius* en probar sus propios hechos, con el riesgo de que no se le reconozca el estado de necesidad y se le obligue a pagar una indemnización? Normalmente es *Antoninus* quien planteará la demanda y quien estará interesado en probar la destrucción; pero nunca *Sempronius*.

Quisiera pensar que esta paradoja legislativa es resultado de una simple errata: lo que la norma quiere decir es que el liberado debe probar la *necesidad* de la pérdida, destrucción o deterioro. En esa forma —y sólo en esa forma— todo quedaría claro. Es *Antoninus* quien demanda y quien tiene que probar la pérdida, destrucción o deterioro; pero es *Sempronius* quien tiene que probar la necesidad de lo que hizo, para no estar obligado al pago de una indemnización.

CAPITULO III

VOLENTI NON FIT INIURIA

Sección I: Generalidades

113. *Las exclusiones convencionales de la responsabilidad extracontractual.* Mientras que en el capítulo anterior examinábamos los casos en los que la ley misma permite dañar, en este capítulo trataremos sobre aquellos otros casos en los que la víctima permite al causante que le haga daño. Esta situación se encuentra representada por la antigua máxima *Volenti non fit iniuria.* Por eso, si a los primeros los titulábamos «daños autorizados», a éstos los podríamos llamar "daños aceptados".

114. *Aceptación expresa y aceptación tácita de riesgo.* En principio, la aceptación del daño por la víctima se puede producir de manera expresa o de manera tácita.

La aceptación expresa nos coloca frente a los denominados "convenios de irresponsabilidad", mediante los cuales una parte renuncia a reclamar responsabilidad extracontractual de la otra. Estos convenios pueden teóricamente implicar una renuncia total (exclusión de responsabilidad) como pueden tratarse también solamente de renuncias parciales o dentro de ciertas condiciones (limitación de responsabilidad).

La aceptación tácita puede consistir en una interpretación en tal sentido de un texto contractual no explícito. Esta hipótesis la estudiaremos al tratar sobre los convenios de irresponsabilidad. Pero también podemos imaginar situaciones en las que, no habiendo contrato de ningún tipo (no hay un acuerdo de voluntades), la víctima obra por su cuenta y riesgo, presumiéndose que tiene intención de liberar de la responsabilidad extracontractual consiguiente al que, en otras circunstancias, hubiera teni-

do que pagar por el daño recibido. Esto es lo que se conoce en doctrina como "asunción voluntaria del riesgo".

Notemos que ambos casos pueden presentarse antes y después de la comisión del daño. Sin embargo, si el convenio de irresponsabilidad se produce después de la comisión del daño, reviste más bien el carácter de una transacción. A su vez, la asunción del riesgo *ex post* es más bien una situación de hecho en virtud de la cual la víctima no ejerce su derecho de reclamar.

Sección II: Los convenios de irresponsabilidad

> Artículo 1986.- *Son nulos los convenios que excluyan o limiten anticipadamente la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable.*

115. *Antecedentes legislativos.* Los convenios de irresponsabilidad no estaban normados en el Código anterior dentro del Título de la responsabilidad extracontractual; sólo podíamos encontrar una regla equivalente a la actual en el Libro de los Contratos (art.1321). Sin embargo, aun cuando un convenio sobre exoneración de responsabilidad extracontractual es un contrato, los juristas formados dentro del espíritu del Código de 1936 dudaban de que la responsabilidad extracontractual pudiera ser exonerada contractualmente; a pesar de que este tipo de convenios son cada vez más frecuentes en la vida moderna.

La idea original de este artículo del Código de 1984 fue introducida por el autor de este trabajo, como ponente de la Sección sobre Responsabilidad Extracontractual, en el Proyecto de la Comisión Reformadora. Posteriormente, la Comisón Revisora acogió tal idea, pero modificó sustancialmente la redacción del artículo. Esta simplificación del texto ha dejado sin resolver ciertos problemas en la aplicación del principio, algunos de los cuales deberán ser subsanados por los jueces mediante una utilización sofisticada de las concordancias con otras normas del mismo Código.

116. *Utilidad de este tipo de convenios.* El propósito primigenio para introducir una norma específica sobre los convenios de irresponsabilidad

consistía en facilitar el acuerdo entre las partes potenciales antes de que se produjera el daño, a fin de evitar un cierto número de contiendas judiciales en las que la controversia hubiera podido no nacer si se hubieran dado las facilidades para que los sujetos involucrados prevean y resuelvan de antemano un eventual conflicto probable. Un ejemplo típico puede ser el siguiente. *Titus* es propietario de una casa y *Marcus* es propietario del terreno vecino. *Marcus* decide construir en su terreno un edificio de 20 pisos; pero sabe que, durante el proceso de construcción, va a causar numerosos y repetidos perjuicios a la casa de *Titi:* la manipulación de la arena y otros materiales de construcción va a ensuciar la fachada y muros de la casa de *Titi* y continuamente caerá desmonte en el patio de éste último. En consecuencia, a fin de evitar una demanda de *Titi, Marcus* conversa con éste y le propone pagarle una suma de dinero que le compense por los daños que le causará en los próximos doce meses en la casa de su propiedad. *Titus* piensa que la suma propuesta no cubre íntegramente los gastos que deberá efectuar en pintar nuevamente su casa y en el personal adicional que deberá emplear en limpiar todos los días su patio y otros lugares de su propiedad. Sin embargo, dado que si quisiera conseguir más tendría que iniciar un juicio con todas las molestias y gastos que ello supone y como en tal caso recibiría la indemnización recién después de muchos meses (y quizá años), acepta el trato y exonera de responsabilidad a *Marco* por determinados daños dentro de un plazo estipulado.

Como puede apreciarse, la solución negociada previamente entre las partes tiene ventajas indudables para ambos e incluso para la sociedad (ya que evita un juicio, descarga de trabajo al Poder Judicial y ahorra una controversia que es un hecho socialmente indeseable). Pero, para que *Marcus* tenga interés en negociar se requiere que la acción por responsabilidad extracontractual represente para él una verdadera amenaza; es decir, que la posibilidad de una demanda de esta naturaleza tenga un cierto efecto intimidante. Claro está que ello no será así si los juicios duran muchos años y *Marcus* sabe que si alguna vez le tiene que pagar algo a *Tito* —lo que es dudoso en la práctica dentro de nuestro sistema judicial— será dentro de mucho tiempo; por lo que ya se preocupará en ese momento. Dentro de este estado de ánimo, *Marcus* no intentará negociar previamente sino que, simplemente, llevará adelante su construcción y ensuciará lo que sea necesario la casa de *Titi,* sin que le preocupen los improperios y denuestos de su impotente vecino. Quizá a *Tito* se le ocurra acudir al Municipio; pero entre la incuria de algunos funcionarios, la

convicción de otros de que toda actividad que dé trabajo (aunque sea con perjuicio de los demás) es progreso y tiene que ser soportada pacientemente por aquéllos que resultan incomodados y, por último, unas propinas del constructor a fin de fortalecer la lenidad de unos y los sentimientos "progresistas" de los otros, todo queda arreglado.

Para evitar esto y con el objeto de obligar a la negociación, el Proyecto de la Comisión Reformadora contenía una facultad del juez para paralizar el acto dañino[193]. La norma que otorgaba tal facultad al juez fue suprimida por la Comisión Revisora, con lo que la eventual víctima no tiene ya ningún recurso legal efectivo para llevar las cosas al terreno del diálogo. Por el contrario, el artículo 1986 comentado puede ser peligrosamente utilizado por las personas o entidades productoras de riesgos para que, aprovechando la impotencia de las posibles víctimas para reaccionar jurídicamente de manera pronta y eficaz, les impongan la aceptación de convenios generales de irresponsabilidad, sin detalle ni plazo. Salvo que, como se propone más adelante, la jurisprudencia se adhiera a la doctrina que sostiene que este tipo de pactos debe ser expreso y explícito.

117. *El consentimiento de la víctima.* Un aspecto que debemos considerar de manera especial es el relativo a la formación del convenio exoneratorio; en particular, nos interesa determinar la manera como se produce el consentimiento de la eventual víctima.

Evidentemente, el convenio exoneratorio puede ser resultado de una negociación, en donde partes equiparables se ofertan mutuamente ventajas y luego resumen en un documento el acuerdo logrado, documento en el que manifiestan clara y específicamente su voluntad de que una de ellas no se encuentre obligada a pagar una indemnización por los daños que le pudiera causar a la otra. Este es el sentido clásico del contrato, en donde realmente ha operado la autonomía de la voluntad. En este caso, no se presentan dudas graves sobre la formación de la voluntad exoneratoria: el acuerdo mismo es explícito al respecto.

193. *Vid. infra.* No. 608, donde se detallan las condiciones en que tal facultad era concedida al juez.

118. *Convenio expreso.* Como una protección para la víctima, una parte de la doctrina —a la que adherimos— se inclina porque el pacto exoneratorio o limitativo de responsabilidad sea expreso, como condición de su validez. Sin embargo, ¿en qué consiste un acuerdo expreso? ¿Cuál debe ser el contenido de tal acuerdo para que se considere expreso?

Ante todo, cabe señalar que expreso no significa independiente: el convenio exoneratorio o limitativo de responsabilidad puede ser en sí mismo un contrato; pero puede también no ser sino una estipulación accesoria de un contrato celebrado con otros fines, sin que ello altere su carácter de pacto expreso.

El pacto será expreso cuando (a) la eventual víctima está plenamente consciente del riesgo que puede correr y (b) cuando no sólo conoce el riesgo sino que claramente acepta que, si el daño se produce, no habrá lugar a indemnización. Son, pues, dos las condiciones mínimas: conocer y querer (o aceptar, que es una forma de querer). No basta la *scientiam* sino que además se requiere la *volentiam*: y *vice versa.*

El problema estriba en determinar el tipo de texto que se requiere que contenga el convenio para dejar establecido que la eventual víctima estaba efectivamente consciente del riesgo. El Proyecto de la Comisión Reformadora prescribía que el convenio debía precisar el tipo de actos riesgosos que cubre y el plazo de exoneración que otorga. Esta disposición perseguía cumplir con los dos requisitos doctrinarios antes mencionados. De esta manera, quedaba por escrito que la eventual víctima había tenido en mente en forma clara tal y cual riesgo (*scientia*): y este conocimiento *manifiesto en el texto del acuerdo* daba contenido real a su acto de aceptación (*volentia*).

La disposición mencionada fue suprimida por la Comisión Revisora. Sin embargo, la supresión de un texto del Proyecto no significa la desaprobación legislativa de la norma contenida en el mismo: muchas veces la supresión puede obedecer a que se considera innecesaria la explicitación porque ella se desprende claramente de la naturaleza del acto legislado. En el presente caso, la doctrina comparada insiste en que este tipo de convenios tiene que ser expreso; y que ello implica las dos condiciones antes mencionadas. Entonces, ¿cómo podría cumplirse con tal doctrina si el convenio exoneratorio o limitativo careciera de precisión? ¿Puede acaso decirse que es expreso y que la eventual víctima es-

tuvo plenamente consciente del riesgo cuando el pacto se limita a decir que se exonera al eventual causante de responsabilidad por «cualquier daño» que ocurra? ¿O cuando, aun señalando el tipo de daño, no se precisa el tiempo que cubre la exoneración o limitación? Si no hay indicación precisa de tipo de daño y de plazo (o de ambas), la eventual víctima no puede realmente calcular al firmar el convenio lo que podrá sobrevenir, ni menos aceptarlo. Para calcular —es decir, conocer verdaderamente y aceptar— en materia tan aleatoria, es necesario establecer ciertos parámetros que permitan identificar mejor aquello de lo que se está hablando en el pacto. Es por ello que se hace necesario que el pacto mencione esos dos extremos: daño aludido y plazo. Nadie puede decir que "conoce" el daño al que se está arriesgando el agricultor que libera a la fábrica vecina por la responsabilidad de todo lo que pudiera ocurrirle a sus cultivos sin límite de tiempo: ésto sería más bien una derogación de las réglas sobre responsabilidad extracontractual mediante contrato privado; lo que no puede permitirse. Distinto es el caso si la liberación explícitamente establece que está referida a los daños por determinados contaminantes químicos y solamente por una campaña agrícola.

Por consiguiente, aun cuando no estén directamente legislados en esta forma tales convenios, la jurisprudencia deberá considerarlos a la luz de la doctrina. Las Cortes deberán ir creando a su vez un cuerpo de principios que, basados en la doctrina y en la equidad, ayuden a establecer las condiciones en que tales convenios exoneratorios o limitativos son jurídicamente válidos.

Esto nos lleva a concluir que no pueden admitirse convenios tácitos de irresponsabilidad (no nos referimos a la asunción del riesgo, que no es propiamente un convenio y de la cual hablaremos más adelante). Si los convenios tienen que ser expresos, es evidente que esto significa que tienen un carácter explícito: un convenio en el que "se supone que" hay subyacente una exoneración o atenuación de responsabilidad, no puede ser considerado válido para los efectos de la responsabilidad extracontractual. Esto significa también que, si hay duda razonable sobre si una cláusula excluye o limita la responsabilidad extracontractual de uno de los contratantes, debe reputarse que tal exclusión o limitación no existe: la interpretación debe efectuarse siempre en favor de la vigencia de la responsabilidad extracontractual.

119. *La adhesión.* Una situación especial se presenta cuando, siendo expreso el presunto acuerdo, la voluntad de la eventual víctima se manifiesta por la vía de la adhesión.

Cada vez se hacen más frecuentes dentro del mundo moderno los contratos por adhesión; y en ellos se presentan a menudo cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad. En estos contratos, la negociación entre las partes queda reducida al mínimo, la autonomía de la voluntad sólo opera propiamente hablando en una de las partes mientras que a la otra no le queda sino tomar o dejar la expresión de voluntad del proponente. Si tenemos en cuenta que en el mundo actual un gran número de operaciones indispensables para la vida en común se organizan de esta manera, aun la voluntad de adherirse o no adherirse no es verdaderamente libre: si uno no se adhiere no puede viajar, no puede contratar un seguro, no puede comprar un terreno, es decir, no puede vivir.

Es por ello que en muchos de los casos que asumen la forma externa de contratos por adhesión, cabe preguntarse si existe efectivamente un contrato (en el sentido clásico del término); y, consecuentemente, cabe cuestionar si la cláusula exoneratoria contenida en ellos es realmente un *convenio* o acuerdo de voluntades. Este es el caso de aquellos "contratos" que constituyen meras imposiciones unilaterales para obtener bienes o servicios que no es posible conseguir de otra manera. Por ejemplo, existen "estipulaciones" impuestas al comprador de un producto (y todos los fabricantes las establecen, de modo que no es posible escoger un producto que no las incluya), a las que se les pretende atribuir naturaleza contractual por la vía de considerar que quien compra el producto acepta todas las condiciones de venta planteadas por el fabricante. Un ejemplo típico de este procedimiento lo constituyen las declaraciones del fabricante colocadas en la etiqueta en virtud de las cuales se señala que quien compra el producto lo hace a su propio riesgo. ¿Puede decirse que, por el solo hecho de comprar el producto, el comprador está aceptando tal estipulación y consiguientemente liberando de toda responsabilidad por daños futuros (salvo dolo o culpa inexcusable, conforme lo establece el artículo 1986) al fabricante?

Al respecto es posible, desde el punto de vista doctrinario, una extensa discusión sobre la naturaleza y existencia de la aceptación por adhesión. Personalmente, creo que el comprador que adquiere un producto expresa su voluntad de adquirirlo pero no necesariamente su voluntad de

exonerar de responsabilidad al fabricante porque así lo ha planteado unilateralmente éste último. Ante la necesidad de usar una determinada medicina, el comprador no se encontraría en libertad de discutir la limitación o exoneración de responsabilidad; no puede decirse que porque decide comprarla ha decidido también aceptar que el fabricante está exonerado de responsabilidad: simplemente, no se le deja otra alternativa. Y donde no hay libertad, no hay contrato.

El nuevo Código Civil ha previsto los peligros de la exoneración de responsabilidad por la vía de la adhesión, ya que ello habría podido dejar fuera del marco de la responsabilidad extracontractual a todos los daños causados por productos defectuosos y muchos de los daños causados en la prestación de ciertos servicios. Por ello, el Código ha dispuesto acertadamente que no son válidas las estipulaciones de los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación (salvo que éstas se encuentren aprobadas por la autoridad administrativa) en las que se establezcan exoneraciones o limitaciones de responsabilidad en favor de quien las ha redactado (art. 1398). Asimismo, ha consagrado legislativamente el principio de *in dubio contra stipulatorem* al establecer que las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra.

120. *El daño aceptable.* ¿Es posible exonerarse o limitar su responsabilidad por pacto respecto de todo tipo de daño?

El artículo que comentamos tiene dos exclusiones expresas: los casos de daños producidos por dolo y los producidos por culpa inexcusable. Esta regla repite la contenida en el artículo 1328; pero aquí la repetición tiene por objeto dejar en claro: (a) que los pactos sobre responsabilidad extracontractual son posibles; y (b) que también en estos pactos se aplica el principio general de que *ex turpi causa non oritur actio.*

121. *El dolo.* Aceptar como legal un pacto en virtud del cual una persona puede efectuar daños intencionalmente a otra equivale a otorgar a un individuo una patente de corso contra otro individuo. Es verdad que la "víctima" conviene libremente en recibir el daño; sin embargo, por las mismas razones que no se acepta la esclavitud aun si se acordara voluntariamente, tampoco puede aceptarse el convenio por el cual una se so-

mete a la otra al punto de admitir que le hagan daño intencional impunemente.

Sin embargo, esta línea de razonamiento admite algunos matices. Si pensamos en los daños de tipo corporal, no cabe duda de que el argumento es irrebatible: no es posible permitir licencias "privadas" para matar o para herir. Ni aun para recibir una ventaja a cambio, *i.e.*, una suma de dinero u otro tipo de satisfacciones. Si un sádico contrata a una persona para inferirle castigo corporal a cambio de un salario y en este contrato se pacta la renuncia de la "víctima" a reclamar daños y perjuicios, tal pacto sería nulo. Pero la objeción no está en el hecho de recibir una suma de dinero a cambio de una ofensa corporal, sino en el hecho de colocarse a la merced de la intención dañina de otra persona; porque sería igualmente nulo el pacto si la "víctima" recibe cualquier otro tipo de compensación o satisfacción, aunque ésta no fuera dineraria: el convenio entre un sádico y un masoquista en el que éste último exonera de responsabilidad al primero a cambio del placer que recibe por sufrir, no sería admisible para el Derecho.

Pero si en vez de referirnos a los daños corporales reflexionamos sobre los daños intencionales a los bienes, es posible que la naturaleza de la situación se transforme y se convierta en un pacto perfectamente lícito. Si una fábrica de productos químicos sabe que le convendría económicamente arrojar residuos en la acequia que riega el campo del vecino y que ello producirá la destrucción de los cultivos de tal vecino, puede tener interés en pactar una exoneración o limitación de responsabilidad a cambio de abonar una suma de dinero al dueño de los cultivos. El vecino agricultor probablemente calculará el monto que constituye su pretensión sobre la base del precio de la cosecha que va a perder. La fábrica de productos químicos calculará a su vez si la ventaja económica que obtiene arrojando simplemente al vecino sus residuos en vez de transportarlos más lejos, es mayor que la suma que pide el vecino por su cosecha. Si lo es, probablemente habrá acuerdo y la fábrica podrá intencionalmente ("dolosamente") dañarle la cosecha al agricultor. Sin embargo, en este caso, el "dolo" ha sido bautizado y cristianizado en razón de la aceptación de la "víctima": la conducta intencional para causar un daño, deja de ser un dolo y hasta podría decirse que el daño deja de ser daño y que la "víctima" deja de ser víctima. En realidad, esta situación no sería incompatible con las limitaciones del artículo 1986 porque ha desaparecido el daño, desde el momento en que el agricultor deja de percibir el acto de

la fábrica como un mal. Además, en la práctica, el convenio de exoneración de responsabilidad se ha asimilado a un contrato de compra venta de la cosecha (aunque no es así exactamente), que es un acto jurídico perfectamente válido. Notemos que estamos hablando de una situación que aparentemente sólo envuelve a las dos partes, porque esa acequia sólo riega al vecino. Si hubiera terceros regantes, el caso podría involucrar un interés social y habría que tratarlo de otra manera como daño de contaminación ambiental[194].

122. *La culpa inexcusable.* La culpa inexcusable es una noción relativamente nueva, que altera la clasificación clásica entre *culpa lata* o grave, *culpa leve* y *culpa levissima.* En realidad, la idea de una culpa inexcusable —que es, por así decirlo, el caso más grave de la culpa grave, sin llegar al dolo por la falta de malicia o intención— fue concebida en el seno del Derecho Francés del Trabajo, pero ha hecho fortuna en otras latitudes jurídicas y geográficas. Este concepto es introducido en la doctrina jurídica por el artículo 20 de la ley francesa del 9 de abril de 1898 sobre accidentes de trabajo. Luego es retomado por los artículos L. 467 y L. 468 del Código de la Seguridad Social de Francia al legislar también sobre los accidentes de trabajo. Más tarde, el concepto incursiona en materia de responsabilidad por transporte aéreo: la ley francesa del 2 de marzo de 1957, que interpreta el artículo 25 de la Convención de Varsovia, utiliza la expresión "culpa inexcusable", aclarando que es sólo a este *tipo* de "culpa grave" (*faute lourde*) a que hace alusión el artículo citado de la Convención.

Como puede verse, la culpa inexcusable es, fundamentalmente, un concepto de la responsabilidad extracontractual, que puede generar ciertas dificultades al ser trasladado al campo de la responsabilidad contractual. El Código Civil Peruano de 1936 intentó tal transposición, todavía cautamente, en su artículo 1321, usándola solamente para establecer los límites de las cláusulas de irresponsabilidad. El Código Civil de 1984 ha proseguido la contractualización de la culpa inexcusable en sus artículos 1319, 1321, 1328 y 1330. Sin embargo, parecería que en el salto de una irresponsabilidad a otra, la noción ha dejado caer todos sus elementos nuevos que justificaban su aparición: la culpa inexcusable ha quedado simplemente reducida a la culpa grave clásica (art. 1319).

---

194. *Vid. infra.* Nos. 576. y ss.

Ahora bien, la definición de la culpa inexcusable en el campo contractual no tiene por qué ser válida en el campo extracontractual; el artículo 1319, al definirla como mera negligencia grave, se pone claramente en la hipótesis de una situación contractual (no ejecución de una prestación). Por tanto, esta definición no es aplicable a las situaciones extracontractuales y, consiguientemente, en el campo de la responsabilidad extracontractual podemos recuperar su sentido original: aquél que le fue otorgado como partida de nacimiento por los legisladores franceses y que fundamentaba la necesidad de un nuevo concepto, distinto de la culpa grave clásica. Además, dado que ese nuevo concepto nacía como respuesta a los problemas de responsabilidades extracontractuales especiales, se justifica que el sentido primigenio sea conservado en este campo.

En materia de responsabilidad extracontractual, la culpa inexcusable es entendida como una culpa gravísima, *i.e.*, como la variante de la culpa grave más cercana al dolo. Culpa grave y culpa inexcusable no son sinónimas, porque la segunda es el caso extremo de la primera: la culpa inexcusable no es una mera *culpa lata* o grave sino una *magna culpa*. Las Cámaras reunidas de la Corte de Casación francesa definieron con fecha 15 de julio de 1941 la culpa inexcusable como "una culpa de una gravedad excepcional que se deriva de un acto o de una omisión voluntaria, de la consciencia del peligro que debía tener su autor, de la ausencia de toda causa justificatoria, y que se distingue de la culpa intencional por la falta de un elemento intencional". En 1957, la norma citada sobre el transporte aéreo la define de manera muy precisa: "Es inexcusable la falta deliberada que implica la consciencia de la probabilidad del daño y su aceptación temeraria sin razón válida".

Por consiguiente, tres son los elementos de la culpa inexcusable que la distinguen de los demás casos de culpa grave. En primer lugar, el hecho de que la acción fue intencional. No el daño, pues en tal caso nos encontraríamos ante el dolo; pero sí la acción riesgosa. En segundo lugar, la consciencia de que tal acción querida implicaba un riesgo. Y en tercer lugar, la ausencia de una razón válida para realizar el acto conocidamente riesgoso. De esta manera, el ejemplo típico de una culpa inexcusable sería el del automovilista que atraviesa a ciegas y a gran velocidad una carretera principal para demostrar su hombría (el llamado "pase de la muerte"); y, al hacerlo, embiste a otro automóvil conducido por un pacífico ciudadano que realizaba un paseo dominical con la familia, resultando muerta su hija, herido gravemente el conductor y destrozado su automó-

vil. En tal caso no hay dolo (cuando menos, civilmente hablando), porque el "macho" no tenía ninguna intención de herir al "pacífico ciudadano" ni de matar a su hija, a quienes ni siquiera conocía. Pero hay una culpa muy cercana al dolo —culpa inexcusable— porque se cumplen los tres requisitos antes señalados: (a) el autor tenía intención clara de atravesar esa carretera principal a gran velocidad y a ciegas: no es que estuviese distraído, no es que ignorara que se trataba de una carretera principal; (b) sabía perfectamente que ese acto acarreaba un riesgo grande para sí mismo y para otras personas; y (c) no tenía ninguna razón válida para crear el riesgo porque no estaba llevando a su esposa con dolores de parto hasta un hospital situado al otro lado de la carretera ni tenía ninguna otra causa justificatoria.

En realidad, la culpa inexcusable equivale en el campo civil a esas dos figuras del Derecho Penal que se ubican entre el dolo y la culpa propiamente dichos: el dolo indirecto o eventual ("cuando el agente se representa como posible un resultado dañoso y, no obstante tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias"[194bis]) y la culpa inconsciente ("cuando el agente se representa como posible que de su acto se originen consecuencias perjudiciales, pero no las toma en cuenta confiando en que no se producirán"[194ter]).

La razón por la que el autor de este trabajo, como ponente del tema en la Comisión Reformadora, optó por la noción de culpa inexcusable en toda la Sección sobre Responsabilidad Extracontractual en vez de utilizar la expresión clásica de culpa grave, fue porque su intención era distinguir entre el campo de los accidentes rutinarios respecto de los cuales el peso del daño debía ser distribuido socialmente y el campo de los daños excepcionales cuyo peso debe recaer definitivamente en el causante, tanto por razones morales como también para crear un efecto de intimidación con relación a otros casos futuros (*deterrence*). En éste sentido, la culpa grave no parecía una línea divisoria suficientemente neta —aunque admito que se trataba de materia controvertible— porque, hasta un cierto punto, algunas de las culpas "graves" pudieran entrar dentro del campo de

---

194bis. Eugenio CUELLO CALON: *Derecho Penal*. T.I. (Parte General) 13a. ed. Bosch. Barcelona, 1960. Cap. XXVII, 5, p. 405.

194ter. *Ibidem*. Cap. XXIX, 3, p. 429.

las "desgracias" resultantes del vivir en sociedad. A cualquiera, por más diligente que sea en su manejo, puede suceder que un día llegue hasta una carretera principal y la atraviese sin darse cuenta, causando un accidente gravísimo. Claro está que la gravedad de la culpa no se mide por la gravedad del daño que produce el acto sino por el grado de negligencia o imprudencia del actor. Por ello, la culpa grave no consiste en causar daños graves sino en no obrar con la diligencia que las personas menos cuidadosas y más estúpidas hubieran puesto, cualquiera que sea la gravedad de los daños. Pero todos podemos ser, sin quererlo, manifiestamente descuidados y estúpidos alguna vez. Nadie está libre de hacer una estupidez; y cuando se hace, ésta no es voluntaria, por lo que tampoco hubiera tenido efecto intimidatorio (*deterrence*) el saber que las estupideces son sancionadas con grave responsabilidad personal. Por ese motivo, dentro de la tesis de difusión social del riesgo que asumió el autor en el seno de la Comisión Reformadora, la culpa grave que se entiende como simple descuido no intencional (por muy grave que fuese) o como estupidez, debía participar de las ventajas de la propuesta difusión. En cambio, el agente del daño merecía ser cargado con todo el peso del mismo cuando había estado en sus manos evitarlo, *i.e.*, cuando tuvo intención de cometer el daño (dolo) o cuando tuvo intención plena de realizar el acto sabiendo que podía acarrear daños (culpa inexcusable). En los dos casos, hubiera sido posible actuar con más prudencia porque el actor era consciente de sus actos y tenía un control volitivo sobre ellos; por consiguiente, a diferencia de lo que sucede con el que actuó sin darse cuenta, frente a este otro tipo de autor de daños las medidas conducentes a desalentar esa conducta intencionalmente dañina o intencionalmente riesgosa —como el hecho de cargarle todo el peso económico del daño— tienen un sentido práctico que las justifica.

123. *La causa o consideración de la irresponsabilidad.* Los convenios de irresponsabilidad o de responsabilidad atenuada nos plantean problemas difíciles, cuya solución no puede ser intentada en este trabajo porque corresponden más bien al Derecho Contractual y deben ser tratados por los especialistas en ese campo. Por ello, aquí solo nos limitamos a señalarlos con el dedo.

Como muy bien lo dicen Marcel PLANIOL y Georges RIPERT, "Ningún hombre consciente de sus actos contrae jamás un compromiso sin estar movido por la consideración de un resultado que pretende alcan-

zar con tal compromiso, sin apuntar a una finalidad"[195]. En otras palabras, todo pacto que genera o extingue obligaciones tiene una *causa* (como la denominan los juristas franceses) o una *consideración* (como la denominan los juristas anglosajones). Para el Derecho Norteamericano, por ejemplo, "La prueba para determinar si una obligación es legalmente vinculante en *common law* consiste en verificar si se apoya en una consideración. Consideración es el precio pactado de común acuerdo por tal obligación. Puede consistir en un acto, en una abstención o en una obligación de la otra parte"[196]. En los términos de PLANIOL y de RIPERT, puede decirse que "En las operaciones del comercio jurídico, salvo el caso de intención liberal que es excepcional y que tiene que ser probado, todo compromiso tiene, en el espíritu de las dos partes, una contrapartida, que es la causa determinante del compromiso, a cuya obtención es que la obligación del promitente se encuentra subordinada"[197].

Por consiguiente, los convenios de exoneración o limitación de responsabilidad deben tener una causa o contrapartida o consideración, sin la cual serían inválidos.

Teóricamente podríamos pensar en una excepción de causa o consideración en el caso de que exista una intención liberal en un convenio de irresponsabilidad; pero esto parece bastante exótico pues nadie "dona" su propio daño. Sin embargo, la intención liberal en este tipo de convenios nos mueve a cuando menos las siguientes reflexiones. En primer lugar, como muy bien dicen PLANIOL y RIPERT, tal intención es excepcional. Por tanto, en caso de duda debe interpretarse que tal gratuidad no existe, ya que lo normal es que dicho pacto sea oneroso. En segundo lugar, las liberalidades siempre pueden revocarse mientras no exista una aceptación por el beneficiario: tiene que haber intercambio de consentimientos para que se produzca propiamente un contrato o convenio con eficacia para crear o extinguir una obligación. Por último —*last but not least*— nos

---

195. Marcel PLANIOL y Georges RIPERT: *Traité Pratique de Droit Civil Français*. T. VI. *Obligations*. Libraire Générale de Droit & et de Jurisprudence. Paris, 1930. No. 250, p. 342.

196. Laurence P. SIMPSON: *Handbook of the Law of Contracts*. West Publishing Co. St. Paul, Minnesota, 1954, p. 87.

197. Marcel PLANIOL y Georges RIPERT: *Op. cit.*, No. 250, p. 344.

surgen serias dudas sobre si los convenios exoneratorios o limitativos de responsabilidad pueden constituir simples liberalidades. Debe tenerse en cuenta que nos estamos refiriendo a convenios que se celebran antes de que suceda el daño, ya que los convenios posteriores al daño serán tratados en un punto siguiente. Ahora bien, una liberalidad de este tipo, ¿qué naturaleza jurídica tendría? No parece ser una condonación o remisión de deuda porque ello supone la existencia de la deuda (arts. 1295 a 1299); y mientras no hay daño, no hay duda. Por otra parte, tampoco se trata de una donación, ya que ésta consiste en la transferencia de una propiedad (art. 1621); y en el caso discutido no existe propiedad alguna de por medio. ¿Significa esto que este tipo de liberalidades relativas a indemnizaciones de daños aún no producidos no son posibles dentro de nuestro ordenamiento legal? Esta es una pregunta que debe contestar la doctrina contractual y la jurisprudencia; pero indudablemente sería más sano que no lo fueran.

Sin embargo, este tipo de cuestiones nos lleva a plantearnos también complicados interrogantes respecto de los convenios onerosos de exoneración o limitación de responsabilidad. En estos convenios, existe una causa o consideración que está constituida por la contrapartida del contrato. Pero, ¿cualquier contrapartida o causa es suficiente para justificar un convenio de esta naturaleza? ¿Podríamos decir que es una causa o una consideración razonable el hecho de que quien exonera al otro de responsabilidades que pueden dar lugar a indemnizaciones muy significativas reciba simplemente un inti a cambio? ¿O es que acaso ésta sería una falsa causa?

La doctrina clásica —basada en la libre convención entre las partes— ha sostenido que cualquier contrapartida es suficiente para justificar el contrato, aun cuando no sea equivalente económicamente. Marcel PLANIOL y Georges RIPERT comentan que "Los ingleses dicen que un grano de pimienta puede ser una 'consideración' (noción vecina de nuestra causa) suficiente para una obligación de cien libras"[198]. En otras palabras, *cualquier* contraprestación, por insignificante que sea, puede ser considerada como causa. Claro está que tal doctrina se presta para que la burla del Derecho se confunda con su cumplimiento: un simple formalis-

198. Marcel PLANIOL y Georges RIPERT: *Op. cit.*, T. VI, No. 252, p. 349, nota 1198.

mo bastaría para tener por cumplido un aspecto medular de la eticidad de la relación contractual; en buena cuenta, ésto equivale a no darle importancia real alguna a la causa, aunque los juristas se gocen con ella y la proclaman a viva voz en los escritos teóricos. PLANIOL y RIPERT, con esa perspicacia que les es tan propia, advierten este peligro y señalan un límite a la inequiparidad: "La validez de las cláusulas limitativas está en perfecto acuerdo con la doctrina de la causa, que hace que la existencia de una contrapartida sea un elemento de la validez de la obligación, pero deja al interesado el cuidado de determinar el valor de esta contrapartida, *siempre que no sea irrisoria*"[199].

124. *La acción por falta de causa. La lesión.* Sin embargo, hasta antes del Código de 1984 no existía ningún medio específico para plantear la nulidad de un acuerdo por contraprestación irrisoria; salvo la alegación general de falta de causa. Pero este último medio era materia de controversia doctrinal.

Así, Manuel de la PUENTE y LAVALLE sostiene que los legisladores de 1936 no consideraron la causa como elemento sustancial del acto jurídico; o que al menos la falta de causa no invalidaba el acto jurídico[200]. Fernando VIDAL RAMIREZ considera que "no obstante la voluntad o intención del Codificador de 1936, coincidiendo con LEON BARANDIARAN, (...) el Código no eliminó la idea de la causa"[201]. Personalmente creo que la causa no puede ser suprimida de la agenda —al menos en el sentido de contraprestación o consideración que aparece del propio contrato, conforme la hemos definido— sin caer en un formalismo ciego que desvirtuaría la noción misma de Derecho. Lo que no se puede tomar en cuenta es el motivo recóndito y subjetivo o el móvil psicológico (a veces inconsciente) para haber celebrado tal contrato ni tampoco exagerar el papel de la presunta intención de los contratantes que hay que buscar fuera del texto mismo del convenio: el contrato o convenio tiene una vida propia y la intención común hay que buscarla en el interior de la palabras del texto contractual.

---

199. Marcel PLANIOL y Georges RIPERT: *Op. cit.*, T. VI, No. 406, p. 369; el énfasis es nuestro.

200. Manuel de la PUENTE y LAVALLE: *Estudios del Contrato Privado.* T. I, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1983, p. 491.

201. Fernando VIDAL RAMIREZ: *Teoría General del Acto Jurídico.* Cultural Cuzco S.A. Editores.

Pero, en todo caso, independientemente de las convicciones de quien escribe estas líneas, no cabe duda de que antes de 1984 el problema de la causa era un tema altamente discutible. La lesión, que es la institución jurídica que de alguna manera refleja esta preocupación por una causa suficiente o razonable, antes de 1984 sólo era aplicable a los contratos de compra venta de predios rústicos o urbanos y siempre en favor del vendedor (art. 1439): en el fondo, era una preocupación por la causa desde la perspectiva de una sociedad, configurada por propietarios rentistas que veían con temor el surgimiento de una nueva clase empresarial que comenzaba a comprar tierras y cuya mayor habilidad comercial podía llevar a engaño al propietario tradicional.

El nuevo Código Civil de 1984 ha reintroducido —según VIDAL RAMIREZ, simplemente ha mantenido[202]— la idea de causa. Por ello, Max ARIAS SCHREIBER —autor del Proyecto sobre Contratos— declara que, dentro del nuevo Código, "La causa constituye un elemento esencial del contrato"[203]. Y el mismo jurista precisa que la causa contiene "las razones por las cuales la obligación se justifica, de tal modo que la defección de esas razones conduzca a dejar sin efecto el vínculo"[204]. Dentro de ese mismo espíritu y gracias a la iniciativa de Manuel de la PUENTE y LAVALLE, el Código de 1984 ha amplificado la noción de lesión, de manera que cubra todos los contratos, en favor de ambos contratantes (art. 1447). De esta forma, la teoría de la causa tiene un canal específico para manifestarse; y esta causa ya no es considerada como una mera formalidad sino como la necesidad de una contraprestación que, si bien obviamente no tiene que ser idéntica en valor (habríamos regresado a la tesis medieval del precio justo, desconociendo la ley de la oferta y la demanda que rige la sociedad de mercado), tiene que ser cuando menos razonable. Esta "lesión amplificada" es la consecuencia rigurosa de una teoría de la causa seriamente considerada.

Los convenios exoneratorios o limitativos de responsabilidad son indudablemente contratos. En este sentido, los intereses legítimos de las

---

202. Fernando VIDAL RAMIREZ: *Op. cit.*, p. 124.

203. Max ARIAS SCHREIBER: *Proyecto sobre disposiciones generales de los contratos en Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil.* T. II. Fondo Editorial. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1980, p. 471.

204. Max ARIAS SCHREIBER: *Op. cit.*, T. II, p. 473.

partes están también cautelados por la lesión. No basta, entonces, que el convenio sea oneroso; además se requiere que el *onus* sea real. Una contraprestación absolutamente desproporcionada (igual o mayor del 66.66%) o una contraprestación notoriamente desproporcionada (mayor del 40%), unida a una situación de necesidad apremiante (pobreza de recursos económicos, presión comercial, ignorancia absoluta del verdadero valor de las prestaciones debido a diferencias culturales y otras situaciones en que se reduce la posibilidad de elegir), conllevan la rescisión del convenio exoneratorio o limitativo de responsabilidad.

No se nos pueden ocultar otras dificultades que origina esta perspectiva de análisis de los convenios exoneratorios o limitativos de responsabilidad extracontractual. Ya sea que recurramos a la idea de lesión o a la más amplia de falta de causa que constituye su sustento, no cabe duda de que la apreciación de la desproporción o del carácter irrisorio de la contraprestación no tiene bases sólidas e inamovibles, particularmente cuando se habla de una indemnización cuyo monto será determinado en el futuro por un daño que aún no se ha producido. ¿Cómo apreciar el valor de la exoneración o limitación para compararlo con el de la contra–prestación? ¿Contra qué valor debe apreciarse la contraprestación para llegar a la conclusión de que es irrisoria?

Ante todo, cabe señalar que el valor de comparación no puede ser de ninguna manera el daño que efectivamente resulte exonerado o limitado, cuando éste se produzca. En realidad, estos convenios son de naturaleza aleatoria, ya que no es posible predecir con precisión la magnitud del riesgo. Debido a ello, el daño real puede ser mucho mayor que el daño previsto y, en consecuencia, la desproporción *a posteriori* puede ser muy grande; sin que ello signifique que ha habido lesión al concertar el convenio sino simplemente que el riesgo asumido resultó mayor por circunstancias derivadas del propio riesgo. Por consiguiente, en aplicación de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1447, establecer la desproporción implica determinar cuantitativamente el valor del «riesgo propio» de la situación y tomar en cuenta sólo aquello que no formaba parte de ese riesgo asumido por el *alea* del pacto.

Nos enfrentamos, entonces, a la dificultad de apreciar económicamente un riesgo. Si aplicamos la regla del artículo 1447, estamos obligados a realizar una tarea que no es imposible, pero que presenta dificultades muy graves si se quiere obtener un resultado significativo: valorizar

el riesgo y luego determinar las dos quintas partes de ese valor. Esto supone realizar una proyección estadística de la posibilidad de riesgo y aplicarla como coeficiente para ponderar el monto del daño probable.

El primer Proyecto que publicó la Comisión Revisora, basado en la propuesta de Manuel de la PUENTE y LAVALLE en el seno de la Comisión Reformadora, planteaba la situación en términos más realistas. Además del elemento subjetivo requerido (el abuso consciente de quien se beneficia como consecuencia del estado de necesidad de la otra parte), ese Proyecto en su artículo 1470 formulaba el elemento objetivo (desproporción) de manera más verosímil: bastaba la "desproporción evidente", sin referencia a una operación matemática que tiene que basarse en cifras precisas, si no se la quiere reducir a un mero eufemismo que pretende referirse simplemente al sentido del Juez de lo que puede ser razonable. La reticencia de quienes piensan que la seguridad jurídica se apoya en las formas antes que en la razonabilidad de las reglas y pactos, obligó a sustituir ese criterio que dejaba el problema a la apreciación del juez por otro basado en una ilusión matemática. Sin embargo, en última instancia, no cabe duda de que será el juez quien deberá establecer, *grosso modo*, si ha habido o no desproporción, revistiendo su razonamiento de una apariencia de fórmula matemática para tranquilizar los temores del legislador.

Sección III: La asunción voluntaria del riesgo

125. *La exoneración tácita.* En la sección anterior nos hemos referido a convenios de exoneración o limitación de la responsabilidad. Hicimos notar que se presentan dificultades cuando la exoneración no resulta de manera explícita de un acuerdo sino que su existencia es considerada implícita o tácita.

En esta hipótesis caben dos posibilidades: (a) que haya existido previamente un acuerdo de algún tipo y que la discusión gire en torno a si tal acuerdo involucra una exoneración de responsabilidad; o (b) que no pueda demostrarse la existencia de un acuerdo previo sino que los actos o comportamientos de las partes constituyan una expresión de voluntad en el sentido de exonerar de responsabilidad por los riesgos que voluntariamente se asumen.

El primer caso supone que existían relaciones previas entre la víctima y el presunto responsable. Y que, sobre la base del tenor de los acuerdos que regulan tales relaciones, el demandado recurre a la defensa del *volentis*: aunque el convenio exoneratorio no fuera explícito, sostiene el demandado, fluye de tales acuerdos que la común intención de las partes era que una de ellas —o ambas recíprocamente— quedarán libres de responsabilidad en el caso de que esa parte causara a la otra ciertos daños. Imaginemos un contrato de suministro por el que *Augustus* se obliga a entregar periódicamente a *Octavio* un determinado insumo en el local de la fábrica de éste último. Un día, el chofer de *Augusti* realiza una mala maniobra con su camión (que no configura dolo ni culpa inexcusable) al ingresar al local de *Octavii* y golpea un *container* aún no abierto en el que había una maquinaria delicada, la que resulta seriamente dañada. *Octavius* demanda a *Augustum* en razón de que el chofer estaba bajo sus órdenes y éste argumenta en contrario alegando que el contrato de suministro contenía un acuerdo de exoneración de responsabilidad respecto de la entrega de los suministros y que el precio pactado por el bien suministrado fue bajo porque no incluía, entre otras cosas, este tipo de riesgos.

No estamos ante un problema de principio en materia de la formación de la voluntad contractual sino meramente ante un accidente de interpretación (arts. 168 a 170 del Código Civil). Ahora bien, ya hemos indicado que, en nuestra opinión, en razón de la gravedad de una derogatoria de la responsabilidad extracontractual por simple voluntad de las partes, los acuerdos de exoneración deben ser siempre explícitos[205]; por consiguiente, si adoptamos tal criterio, la argumentación de *Augusti* no sería admisible. Si, por el contrario, pensamos que los acuerdos tácitos de exoneración son válidos, habrá que interpretar el contrato para determinar si efectivamente contiene una cláusula de irresponsabilidad oculta entre sus líneas.

126. *La asunción del riesgo.* El segundo caso es más complicado y su solución exige un afinamiento teórico de los conceptos que estamos usando.

---

205. *Supra.* No. 118.

El problema estriba en saber si hay un convenio exoneratorio de responsabilidad cuando, no existiendo relación previa entre las partes que pudiera involucrar tal convenio, la víctima actúa de tal manera que pudiera suponerse una aceptación del daño y una renuncia a la acción por indemnización. Esta sería la situación, por ejemplo, del pasajero de un ómnibus que sube al estribo a pesar de la advertencia del conductor de que ya no cabe ni una persona más y viaja con el cuerpo colgado sobre la calle. Si en estas circunstancias recibe un daño, ¿puede decirse que ese pasajero convino en asumir sus riesgos por cuenta propia con tal de viajar en ese ómnibus? ¿Hay una asunción voluntaria del riesgo que exonera a la empresa de transporte por los daños que pudieran ocurrirle?

127. *El contrato de hecho.* Hay quienes han sostenido que en esta situación existe un "contrato de hecho" sobre exoneración de responsabilidad que, aunque no ha sido expresado formalmente en ninguna parte, aparece de la conducta misma de la víctima. Por ejemplo, en Inglaterra, donde la doctrina del *volentis* ha dado origen a una importante defensa o contraataque del demandado frente a una acción por daños y perjuicios, las Cortes han considerado en algunos casos que el simple hecho de que una persona se haya sometido voluntariamente al riesgo o peligro constituye una manifestación de un consentimiento implícito; y, consecuentemente, han resuelto los casos declarando infundada la demanda porque existía un acuerdo exoneratorio tácito[206].

Pensamos que la denominación de contrato *de hecho* es paradójica: todo contrato válido, sea escrito o no, tenga o no tenga formalidades, da nacimiento a una relación *de derecho*. Pero, más allá del problema terminológico, somos de opinión que la conceptualización de este tipo de situación como un convenio tácito de exoneración, no es adecuada.

No existe convenio mientras no exista por *ambas partes* voluntad de convenir; un convenio supone el establecimiento de un acuerdo entre dos o más partes. Pero aun si aceptáramos que quien se expone a un peligro está aceptando sus riesgos, no cabe duda de que no existe "otra par-

206. *Vid.* Philip S. JAMES y D.J.L. BROWN: *General Principles of the Law of Torts.* 4a. ed. Butterworths, London, 1978, p. 390. JAMES y BROWN critican esta interpretación porque en realidad no hay un convenio expreso o tácito sino un mero hecho unilateral, por el cual una persona afronta un riesgo voluntariamente.

te" en tal situación pues el "responsable" potencial es probable que ni siquiera conozca la actitud de la víctima potencial. Así, nadie puede decir que ha participado en un presunto "acuerdo" anterior al daño (el artículo 1986 se refiere a convenios que anticipadamente limiten la responsabilidad): antes de que se produzca el daño, no hay propiamente una oferta exoneratoria de la eventual víctima ni tampoco una aceptación (quizá ni aun conocimiento) del eventual responsable; ni *vice versa*. Para que exista acuerdo tienen que haber dos o más voluntades en el momento de concluirse el convenio (que debe anticiparse al daño); y aquí, en el mejor de los casos, no existe sino una.

Además, aun esa voluntad "exoneratoria" de la víctima potencial parece únicamente ficta: todo lo que ella irrefutablemente quería era realizar un cierto acto que involucraba riesgos; pero de ello no se infiere necesariamente que igualmente "quería" exonerar al presunto causante de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios. En realidad, parece *justo* que si una persona realiza una conducta riesgosa por su cuenta y en su propio beneficio, también asuma las consecuencias de tal riesgo. Pero las personas no *quieren* necesariamente lo justo; por el contrario, bien puede suceder que si tomamos en cuenta exclusivamente su intención o querer (que es lo que cuenta en un contrato), esa persona haya querido realizar el acto riesgoso pero no aceptar las consecuencias del riesgo. Por consiguiente, la tesis de que la exposición voluntaria al riesgo implica una *voluntad de exonerar* a un eventual tercero "responsable", está basada en una suposición sobre lo que *debe querer* tal persona antes que en una comprobación sobre lo que *efectivamente quiere*; lo que distorsiona absolutamente la doctrina del consenso contractual.

128. *Alternativa: el análisis causal.* Creemos que este tipo de casos debe examinarse con la ayuda de una categoría conceptual distinta, constituida por la *nova causa interveniente.*

No hay problema subjetivo de "querer" (*volens*) sino una intervención causal que hace "responsable" del daño (metafóricamente hablando) a la propia víctima. En consecuencia, la solución a estos casos no puede intentarse a través del artículo 1986 sino más bien a través de los artículos 1972 y 1985, ambos *in fine*, y del artículo 1973.

Imaginemos que, a pesar del anuncio de "Perro bravo", una persona se para frente a la reja de una casa para molestar con un palo y excitar

con gritos a un feroz perro Doberman que se encuentra en el jardín. En la excitación del momento, el majadero transeúnte introduce el palo y parte del brazo entre los barrotes de la reja para dar un golpe al perro. Este aprovecha el descuido del humano y lo muerde, causándole graves heridas. ¿Puede pensarse en tal caso que la actitud del transeúnte al exponerse voluntariamente al peligro revela *una intención de asumir* los riesgos que se deriven de su acción y, por tanto, implica que ha celebrado un convenio tácito de exoneración de responsabilidad con el dueño del perro? Evidentemente, no. La explicación es menos artificiosa y más exacta si pensamos simplemente que ese transeúnte ha sido *causa* de su propio daño. El artículo 1979, *in fine*, lo establece muy claramente cuando habla de que "el evento tuvo lugar *por obra o causa* de un tercero" (independientemente del problema semántico de que el "tercero" previsto por la regla puede ser el propio "segundo", es decir, la víctima misma).

Una situación límite es la del suicidio: el hombre que se arroja bajo las ruedas del tren, ¿está exonerando a la empresa de ferrocarriles por este acto voluntario de asunción del daño? Desde la perspectiva del convenio, éste sería el *volens* supremo. Pero el suicida no tiene en mente exonerar o no a la empresa de ferrocarriles, sino simplemente quitarse la vida. La hipótesis del convenio tácito de irresponsabilidad, no es aplicable. En cambio, desde la perspectiva del análisis causal, el suicida es la única causa de su propio daño y, por tanto, debido a ello (y no a un implícito convenio exoneratorio), la empresa de ferrocarriles queda exceptuada de responsabilidad.

En otras palabras, desde la perspectiva de análisis que hemos sugerido, el juez no debe analizar la intención subjetiva de la víctima sino el hecho objetivo de la causa del accidente, no debe indagar si la víctima ha prestado su *consentimiento* sino si ha tenido *participación causal.*

129. *Ventajas del análisis causal sobre el «convenio» de asunción del riesgo.* La perspectiva causal facilita considerablemente el análisis de los diferentes casos.

Por ejemplo, si utilizamos como criterio la causa propia de la víctima, resulta irrelevante que quien hostigue al perro sea una persona mayor o un niño. Si optamos por la idea de que existe un "convenio tácito" que implica una renuncia a la acción de daños y perjuicios, la situación resulta muy difícil si el que hostiga es un menor de edad: por principio, no

tiene capacidad para celebrar un contrato (salvo en lo relacionado con las necesidades ordinarias de la vida, conforme al artículo 1358, que no parece aplicable en este caso). Por tanto, no se puede considerar que ese menor que hostiga al perro es jurídicamente *volens*; y la posibilidad de que con sus actos hubiera celebrado un convenio tácito de irresponsabilidad, no liberaría al propietario del perro de la responsabilidad, ya que tal "convenio" sería nulo por haber sido practicado por persona absolutamente incapaz (art. 219, inc. 2o.). En cambio, si no consideramos la "voluntad" de celebrar un convenio implícito de exoneración sino la contribución causal de la víctima (que es la solución adoptada por el artículo 1979), entonces es irrelevante que ésta tenga capacidad de contratar o no.

La diferencia entre el *volente* (existencia de un «querer» exoneratorio o acuerdo implícito) y el *causante* (causa propia de la víctima) es también bastante importante para establecer el monto de la indemnización. La aproximación causal ofrece al Juez una gama más amplia de posibilidades a fin de adaptar mejor la sentencia a los matices del caso *sub indice*.

Si encaramos el problema desde el punto de vista de la causa propia de la víctima, es posible combinar este factor en múltiples formas con una eventual causa o culpa de otra parte, de modo de llegar a una responsabilidad compartida en diferentes dosis según las circunstancias. El *quantum* de la indemnización será determinado dentro de un espectro amplio de posibilidades combinatorias: en un extremo de tal espectro está la posición de que el daño sea consecuencia exclusiva del hecho de la víctima y en el otro extremo está la posición de que la víctima no sea causa de su propio daño; pero entre una y otra, existen numerosas posibilidades. La indemnización que reciba la víctima de un eventual tercero involucrado se ubicará entre ambos puntos, atendiendo a las respectivas participaciones (como causas) en el hecho dañino.

En cambio, si encaramos el problema desde el punto de vista de la existencia de un convenio exoneratorio tácito de responsabilidad, no caben sino las dos posiciones extremas: o bien existe tal convenio y la víctima no recibe nada o bien no existe tal convenio y al demandado (tercero involucrado por sus actos o por sus bienes, si son riesgosos) debe hacérsele pagar el íntegro de los daños.

130. *Los cercos electrizados.* Es interesante poner a prueba nuestra categoría causal de análisis con un ejemplo que se ha hecho clásico en el tema de la asunción del riesgo; los daños producidos por cercos electrizados.

En algunos países se ha hecho normal (y comienza a suceder lo mismo en el Perú) que el propietario de un predio proteja el acceso a su propiedad con un cerco electrizado. En estos casos, puede suceder que un visitante no autorizado (ladrón, curioso o intruso general) intente transponer el cerco y reciba una descarga. ¿Puede pedir una indemnización por daños y perjuicios al propietario del inmueble? ¿Cómo funciona en este caso el análisis causal?

Dado que en Derecho no existen compartimentos estancos, esta situación debe ser examinada trayendo igualmente a colación el inciso 2o. del artículo 1971 que establece que no hay responsabilidad cuando se actúa en salvaguarda de un bien propio. El cerco electrizado constituye una salvaguarda potencial permanente contra eventuales agresiones; salvaguarda que actualiza su «actividad» defensiva (y, consiguientemente, su posibilidad de producir daños) cuando se materializa la agresión (intento de penetrar ilegalmente dentro de la propiedad). Entendido así, es importante establecer el tipo de cerco electrizado con el objeto de evaluar la proporcionalidad del medio empleado frente a la agresión. Si se trata de alambres que transportan una corriente eléctrica capaz de electrocutar al instante a cualquier persona normal, estaríamos frente a un medio desproporcionado. Y, entonces, aun cuando la persona electrocutada estuviera intentando ingresar a la propiedad para un fin ilícito, el propietario sería responsable: la causa del daño (la muerte del intruso) no habría sido el acto del intruso sino el acto del propietario de haber escogido una defensa desproporcionada (porque hubiera podido emplearse medios igualmente eficaces y menos graves).

Distinto es el caso si se instala un cerco que por su bajo voltaje o en razón de su carácter pulsatorio, no produce la muerte sino una situación incómoda de rechazo físico y eventualmente una sacudida que arroje a la persona al suelo. Aun en esta hipótesis, todavía quien reciba la descarga puede sufrir un daño: puede suceder que la persona muera porque tenía una afección cardíaca o se lesione gravemente porque tenía una enfermedad neurológica que hizo que la descarga produjera consecuencias mayores de las normales. En estos casos, habría que considerar que exis-

te una *nova causa interveniens* que es imputable más bien a la propia víctima: los actos del propietario son causa de los efectos normales que de ellos se derivan; los efectos extraordinarios revelan la presencia activa de una nueva causa que está interviniendo en la situación (la enfermedad o afección de la víctima).

Sin embargo, también los efectos normales del cerco eléctrico son susceptibles de causar daños laterales. Por ejemplo, la persona que intentaba pasar el cerco es arrojada por la descarga y al caer por tierra puede fracturarse una pierna. La discusión de esta situación requiere un análisis de varios factores.

Asumida la hipótesis de que el cerco no está orientado a matar, habría que establecer si la instalación, aun cuando se encuentre dentro de propiedad privada, está al alcance de cualquier persona, incluso de aquellas que no pretendan transgredir los límites del predio protegido: por ejemplo, si la alambrada está a la altura normal de cualquier transeúnte. En tal caso constituye un bien riesgoso para el público en general, ya que cualquier persona puede tropezar inocentemente con tal cerco. Por consiguiente, el propietario responde objetivamente por los daños que cause, de conformidad con el artículo 1970. Sin embargo, podría intentar exonerarse de responsabilidad probando que la presunta víctima no era inocente sino que intentó entrar en su propiedad y que, por tanto, la causa adecuada del daño fue ese acto del intruso. En ciertas circunstancias (por ejemplo, si la propiedad se encuentra en el campo, lejos de zonas de tránsito frecuente), la colocación de carteles indicadores del peligro para el público inocente puede reducir el carácter riesgoso del bien y aumentar el nivel de imprudencia de la víctima que se aproxima al cerco. Pero en otras circunstancias (si la propiedad se encuentra en una calle de la ciudad y cualquier transeúnte puede desde la vereda tropezar con el cerco electrizado), la colocación de carteles no atenúa la responsabilidad del propietario debido al alto riesgo que esta instalación presenta.

Si el cerco no está al alcance de todo el mundo sino que sólo puede ser tocado en un acto de transgresión de la propiedad, la causa adecuada del eventual daño al transgresor vuelve a ser nuevamente el propio acto del transgresor. Por ejemplo, el cerco puede haber sido instalado sobre un muro a más de 2 mts. de altura. En tal caso, sólo quien intente escalar el muro se verá afectado. En estas circunstancias, el hecho de que se hayan colocado carteles indicadores o no, es irrelevante: con carteles o

sin ellos, el acto que produce el daño (la causa adecuada) es la intrusión de la víctima en una propiedad ajena; luego, no existe responsabilidad del propietario, por falta de causa.

Los diarios publicaron en 1981 una información sobre una sentencia recaída en un juicio en Nueva Zelandia por daños causados por cerco electrizado[206bis].

El 4 de abril de 1981, el agente Paul William Marsh, de la policía de Otahuhu, escuchó sonar la alarma de la casa de John Frederick Pettit. Dispuesto a ayudar, escaló el cerco de la casa; pero descendió de inmediato cuando el otro policía que lo acompañaba le hizo ver que existían letreros que indicaban que el cerco estaba electrizado. Sin embargo, decidieron entre ambos que posiblemente no estaba conectado, dado que Marsh no había recibido descarga alguna. Este mismo policía volvió a trepar y, al llegar a la parte superior del muro, tocó el alambre y fue arrojado a una distancia de tres metros. Como consecuencia de ello, tuvo las manos quemadas y sintió naúseas por unos minutos. En consecuencia, demandó a Pettit por los daños sufridos.

Pettit se defendió diciendo que había colocado ese cerco porque estaba harto de que la gente entrara en su propiedad para realizar necesidades físicas, lo que dañaba sus plantas y lo obligaba a recoger continuamente excremento humano. Además, demostró que, si bien la tensión eléctrica alcanzaba 2900 voltios, se trataba de una pulsión intermitente (similar a la usada en los cercos de los potreros de ganado) que no produce daños mayores en el organismo sino únicamente una sensación extremadamente incómoda. El Tribunal comprobó también que el propietario había colocado avisos indicativos del peligro.

La Corte se pronunció en el sentido de que no había responsabilidad penal ni civil del dueño del cerco eléctrico. Sin embargo, pensamos que este caso debió analizarse no solamente en términos de asunción vo-

---

206*bis*. Lamentablemente, no disponemos de una información rigurosa con relación a este caso. Parecería que el Policía Marsh, por alguna razón que desconocemos, no estaba cubierto por el seguro obligatorio de accidentes que existe de manera general en Nueva Zelanda (*Vid. infra*, N° 452). En el caso de haber estado comprendido en el régimen de tal seguro, no hubiera podido además iniciar una acción por daños y perjuicios contra el dueño del cerco electrizado, según lo dispone el artículo 5 de la *Accident Compensation Act* de ese país.

luntaria del riesgo sino de una situación de salvamento, a la que nos referimos más adelante[207].

131. *El ejercicio del deporte*. La responsabilidad extracontractual de los deportistas es un tema demasiado complejo y que admite un sinnúmero de variantes, por lo que no parece propio tratarlo en una obra de carácter general. Sin embargo, nos interesa discutir dentro de este contexto, de manera preliminar, los argumentos del convenio de irresponsabilidad tácito y de la asunción del riesgo, que han sido esgrimidos en algunas ocasiones para proclamar la inmunidad de los deportistas frente a la responsabilidad extracontractual.

El problema central puede plantearse en los términos siguientes: si un jugador dentro de un competencia deportiva se lesiona a causa de un acto de otro jugador, ¿está éste último obligado a pagar una indemnización al primero?

Existe una Ejecutoria de la Corte Suprema peruana que hace referencia al problema, aunque enfocándolo desde el punto de vista penal. Y en ella la Corte se pronuncia en favor de la existencia de un convenio tácito de irresponsabilidad entre deportistas[208].

El 22 de enero de 1955, los socios del Club de Football "Oídor" se reunieron en el campo deportivo del caserío "Oídor", en Tumbes, para entrenar. Se formaron dos equipos de jugadores y se desarrolló un encuentro sin control de árbitro. Después de media hora de juego, "el jugador Tulio Luna disparó un potente balón hacia el campo opuesto", donde se encontraba el jugador contrario Isabel García Porras. Este, que jugaba de back izquierdo, intentó "tomar de rebote la pelota con un potente shot alto". Pero, al mismo tiempo, el forward centro del equipo contrario, el jugador Guillermino Olaya, intentó tomar la pelota con la cabeza. Como resultado de estos dos movimientos simultáneos, el puntapié de García "no alcanzó la bola sino que impactó en la región derecha del cuello" de Olaya, quien "sufrió la rotura de la arteria subclavia derecha, lo que determinó su fallecimiento a los pocos momentos"(*sic*).

---

207. *Infra*. No. 133.

208. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año 1960, No. 203, pp. 1479-1481.

El Segundo Tribunal Correccional de Piura condenó a García por delito de homicidio por negligencia y lo obligó a pagar una indemnización de S/. 3,000 a los familiares de la víctima. Interpuesto recurso de nulidad, el Fiscal PONCE opinó que no había delito ni existía *animu necandi* ni había infracción a un deber impuesto por la función, profesión o industria. Por ello concluyó que "el acusado Isabel García Porras que actuó con reacción incontrolable por el evento que se realizaba sin control (*sic*), no es culpable del delito que se le ha instruido, ya que el deceso del agraviado se debió a obra de la fatalidad, teniéndose que lamentar la pérdida de una vida joven".

La Corte Suprema declaró también la inocencia del acusado, pero utilizando razones diferentes. La Resolución sostiene que "al integrar un equipo, el jugador presta su consentimiento para sufrir, eventualmente, los riesgos inherentes al deporte mismo, y voluntariamente se somete a la violencia que puede ocurrir". Y agrega que "en los juegos deportivos se producen, entre todos y unos frente a otros, una aceptación tácita de las consecuencias que se derivan de su práctica". Sin embargo, la Corte aclara que, obviamente, todo ello es válido sólo si no existe intención dolosa, "ni aun la culpa"; todo lo que se acepta son las consecuencias de "una jugada normal en todo encuentro deportivo, con la brusquedad inherente a esta clase de evento". En otras palabras, la "aceptación supone que se trate de un juego leal y correcto".

Si consideramos la Ejecutoria desde el punto de vista de la doctrina que exige que todo convenio de irresponsabilidad sea explícito, no cabe duda de que el razonamiento que contiene es equivocado. Por otra parte, toda esta alusión a la aceptación tácita del riesgo es inútil porque, a fin de cuentas, lo que hace la Ejecutoria es decir simplemente que este tipo de accidentes se rige por el principio de la culpa y no de la responsabilidad objetiva. Si ésta era la convicción del Tribunal, pudo haberlo dicho de esta manera directa, sin necesidad de hacer intervenir conceptos delicados, en los cuales una variación de sus requisitos puede tener consecuencias jurídicas impredecibles.

En efecto, la Corte Suprema no dice que entre jugadores no hay responsabilidad; simplemente dice que entre jugadores no hay responsabilidad si no hay culpa. Pero ésta es la formulación habitual del principio de la culpa; por consiguiente, no se requiere ninguna aceptación tácita o

expresa del riesgo para exonerar de responsabilidad al jugador que no tiene culpa en el daño que produce.

En nuestra opinión, todo el problema de la responsabilidad deportiva debe estudiarse cuidadosamente. Pero, en todo caso, la discusión debe desarrollarse en términos de determinar si la responsabilidad aplicable es la del artículo 1969 (subjetiva) o la del artículo 1970 (objetiva), sin necesidad de forzar la idea de los convenios de irresponsabilidad por la vía —poco frecuentada— de admitir convenios tácitos.

132. *Los espectáculos peligrosos.* Un caso interesante para examinar en el banco de prueba de las ideas antes expuestas es el de los accidentes ocurridos en espectáculos peligrosos, deportivos o no. En este caso ya no estamos ante una reunión deportiva informal sino de una actividad organizada y normalmente ejecutada con fines lucrativos.

Imaginemos una carrera de automóviles organizada por una empresa de espectáculos en la que, a causa de un accidente, mueren un piloto y tres espectadores. ¿Pueden reclamar los deudos del piloto a la empresa? ¿Y los deudos de los espectadores?

El caso del piloto parece más claro porque su participación en la carrera implica muchas veces un convenio expreso de exoneración de responsabilidad respecto de los demás participantes y de la empresa organizadora. Pero, ¿qué sucede si la empresa organizadora no adoptó la precaución de suscribir un convenio de irresponsabilidad como condición de su participación en la competencia? Dado que no son admisibles los convenios tácitos de irresponsabilidad, no cabe duda de que los deudos del piloto muerto podrían exigir una indemnización a los causantes; y tratándose de una actividad altamente riesgosa, la responsabilidad sería objetiva. Pero, ¿quiénes son los causantes? Si el accidente obedeció a la maniobra de otro piloto, éste último sería un causante. Pero quizá también sería causante la empresa organizadora porque el daño se produce a consecuencia de una actividad altamente riesgosa de esa empresa, como es la celebración de una carrera de automóviles.

Y, ¿cuál es la situación de los espectadores heridos o de los deudos de los espectadores muertos? En el juicio seguido por Alfredo Rivera con el Club de Automóviles Sport y Hans Berk, el Juez determinó que existía una responsabilidad contractual de seguridad de la entidad organizadora

por los accidentes sufridos por los espectadores. Fundamentó esta posición en el hecho de que el demandante y sus hijos pagaron su entrada para espectar la carrera, "existiendo por lo tanto entre la entidad demandada y el demandante un contrato *do ut des* conforme aparece del ticket"; y que, "por la índole de la prestación, donde el riesgo es un elemento esencial del espectáculo, es obligación inherente del empresario el salvaguardar la vida y salud de espectadores y pilotos". En consecuencia, el Juez consideró que había existido una inejecución de sus obligaciones contractuales por parte del Club de Automóviles Sport, que daba lugar al pago de daños y perjuicios. La Corte Suprema hizo suya esta interpretación en Ejecutoria de 24 de agosto de 1967[209].

Nosotros pensamos que invocar la responsabilidad contractual cada vez que existe un contrato, aunque este contrato no estipule expresamente una obligación de seguridad, no es la mejor forma de categorizar este tipo de situaciones. En realidad, paralelamente al hecho de que exista un contrato (que puede dar origen a responsabilidad contractual con relación a las obligaciones *directamente* pactadas en sus cláusulas), estamos simplemente frente al deber general de indemnizar los daños que cualquier persona cause a otra y que se encuentra regido por los artículos 1969 a 1988 del Código Civil. Este tema será discutido más adelante en este libro[210].

Si aceptamos que el problema debe ser enfocado con las categorías de la responsabilidad extracontractual, cabe considerarlo desde dos perspectivas: (a) si la empresa organizadora no adoptó las precauciones necesarias para proteger a los espectadores; y (b) si, a pesar de haberlas adoptado, ocurrió el accidente. En el primer caso, la situación es más simple porque, sea por riesgo (art. 1970), sea por culpa (art. 1969), la empresa es responsable; y no puede decirse que el espectador al asistir a un espectáculo peligroso aceptó ni contribuyó a su daño, porque no tuvo intención de aceptar que lo hiriesen o matasen y se comportó como un espectador razonable. Pero, ¿qué sucede si no existió negligencia de parte de la empresa? En primer lugar, no creemos que pueda aceptarse la tesis

---

209. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 291, Abril de 1968, pp. 450-2. Esta Ejecutoria ha sido ya comentada, desde otro punto de vista, *supra*, No. 36.

210. *Infra*. No. 671.

del convenio exoneratorio de responsabilidad por el solo hecho de comprar un boleto de ingreso: nada ha sido convenido sobre el particular entre la Empresa y el espectador, ni en un sentido ni en otro. En segundo lugar, tampoco es posible aplicar los artículos 1972 y 1973 porque no ha existido imprudencia ni culpa alguna de la víctima. En consecuencia, dado que la realización de carreras de automóviles es una actividad peligrosa, se aplicaría la regla del artículo 1970 y la empresa tendría que indemnizar a los espectadores heridos y a los deudos de los espectadores fallecidos.

Debe advertirse que la situación no varía aun en el caso de que la empresa organizadora hubiera consignado en los boletos y en los carteles colocados en la boletería y en distintos lugares visibles de la pista, la condición de que quien asiste lo hace a su propio riesgo. Aun cuando la empresa pretendiera sostener que la compra del boleto constituye la aceptación de esta exoneración de responsabilidad, ello no sería legalmente válido. Conforme lo hemos señalado antes, éste sería un «convenio» exoneratorio o limitativo por adhesión: y el Código Civil de 1984 considera inválidas este tipo de cláusulas en los contratos por adhesión[211].

Las conclusiones propuestas son coherentes también si las examinamos desde el ángulo de la teoría de la difusión social del riesgo.

La empresa organizadora es, de alguna manera, quien afronta directamente el riesgo porque es ella quien tiene interés directo en crearlo. Pero también es cierto que las carreras de automóviles son, de alguna manera, queridas por toda la sociedad; o, cuando menos, por todos los aficionados que asisten a ellas. En esas condiciones, el peso económico de los daños debe ser difundido entre la sociedad; o, cuando menos, entre los aficionados a ellas.

¿Quién puede difundir mejor estos daños? Ciertamente no el espectador que sufre el daño. Los mejores medios difusorios son el mecanismo de los precios y el seguro. Ambos se encuentran más fácilmente a disposición de la empresa organizadora; ella puede: (a) sea convertirse en su propia aseguradora y diluir entre la totalidad de boletos emitidos la inci-

211. *Cf. supra*, No. 119.

dencia económica del porcentaje probable de accidentes; o (b) contratar un seguro y diluir la prima entre todos los espectadores, incrementando el precio del boleto en una parte proporcional al costo del seguro. Por otra parte, el hecho de obligar a que la empresa organizadora internalice el costo de los accidentes para que sea el agente difusor del riesgo (con las molestias que ello siempre implica) es seguir el principio de CALABRESI en el sentido de otorgar esta función incómoda al mejor *cost-avoider*, porque es esa empresa la que puede establecer con más facilidad las condiciones adecuadas para que el espectáculo se desarrolle dentro de un máximo de seguridad.

133. *Los casos de salvamento.* El tipo de análisis que proponemos ayuda también a encarar de una manera más adecuada los llamados "casos de salvamento".

La situación típica es la del individuo que, sabiendo que una cierta habitación está llena de gases venenosos como consecuencia de un accidente industrial, se arroja en su interior para salvar a los obreros que han quedado desvanecidos dentro de ella; sin embargo, sucumbe por los gases.

En Inglaterra, las Cortes han negado indemnización al salvador o a sus deudos cuando éste interviene en un riesgo creado por otra persona, sin que tuviera obligación de intervenir por razones de función (salvavidas, personal de seguridad, etc.). Así, quien salva a otro lo hace por su cuenta y riesgo[212].

En nuestra opinión, mal puede decirse que el salvador, en virtud de su acto manifiestamente riesgoso inspirado en un móvil altruista, exoneró al responsable por lo que a él le pudiera pasar en el acto de salvamento. Esa persona sólo tuvo intención de salvar a sus compañeros; no pensó nunca en liberar de responsabilidad al responsable del accidente en lo que se refiere a sus propios daños. Por consiguiente, no hay un convenio exoneratorio, no hay una intención (*voluntas*) de exonerar de responsabilidad.

---

212. Philip S. JAMES Y D.J.L. BROWN: *Op. cit.*, p. 389.

Pero tampoco hay una imprudencia y quizá ni aun puede decirse que media una *nova causa*. El daño que sufre el salvador no es sino parte de los daños por los que tiene que pagar el responsable original (subjetivo u objetivo) de la situación; tal daño es una mera consecuencia del hecho dañino original, ya que el salvador no actúa por una libre voluntad de arriesgarse sino por un deber moral que nace de la situación misma.

Dentro de este contexto, caben tres posibilidades: (a) que el responsable original sea un tercero; (b) que el riesgo haya sido creado por la propia persona salvada; y (c) que el riesgo en el que se encuentra la persona que es salvada, sea consecuencia de un caso fortuito.

En la primera hipótesis, el salvador tendría acción contra ese tercero responsable para que le pague los daños sufridos en el acto del salvamento: esos daños no serían sino, como ya se ha dicho, parte de los daños resultantes de la causa creada por tal tercero. Por ejemplo, si alguien causa un incendio en un edificio en razón de un descuido con su cocina a gas, éste responde incluso por las quemaduras que sufra un transeúnte que valientemente penetró en el edificio para sacar a un niño que gritaba desde una ventana del cuarto piso. Notemos que el responsable puede serlo tanto por culpa como objetivamente; este último caso se presenta si la situación se originó como consecuencia de una actividad riesgosa o por el uso de un bien riesgoso.

En la segunda hipótesis (cuando es el salvado quien fue causa de su riesgo), es el propio salvado quien responde ante su salvador por los daños que éste sufra. Continuando con el ejemplo anterior, podría haber sucedido que el transeúnte ayuda a salir del edificio en llamas a la persona que provocó el incendio: consecuentemente, esta persona paga las quemaduras y otros daños del salvador.

La tercera hipótesis es más discutible. Imaginemos que el salvado se encontraba en situación de peligro sin que medie culpa ni riesgo creado por un tercero ni por él mismo; el peligro surge por un caso fortuito o, en todo caso, sin culpa de nadie. Unas piedras caen de un acantilado y derriban a una persona que se encontraba debajo. Otra acude para sacarla del lugar en razón de que el peligro de derrumbe continúa; pero mientras está retirando al herido, sobreviene otro derrumbe que le causa un traumatismo encefalocraneano. Parecería que, en esta tercera hipótesis, el salvador no tiene frente a sí a persona alguna a quien le pueda solicitar

indemnización. Su acto altruista implicó el riesgo de sufrir también un caso fortuito, al igual que la persona que pretendía salvar; y cuando tal caso fortuito se materializa, simplemente se trata de una víctima más del azar.

La primera de las hipótesis mencionadas puede ser ilustrada con un patético caso ocurrido en el Terminal Marítimo del Callao, mientras se cargaba mineral.

El 5 de abril de 1952, se encontraban en el patio de líneas férreas del Terminal Marítimo seis vagones cargados de mineral que venía del interior del país y que debía ser transbordado al barco que lo llevaría al extranjero. De pronto, uno de esos vagones de carga se separó de los otros y comenzó a correr a gran velocidad, sin que se pudiera hacer funcionar el breque. El vagón amenazaba destruir muchas vidas y causar perjuicios económicos muy importantes.

En esas circunstancias, don Máximo Castillo López, guardián al servicio de la Cerro de Pasco Corporation, dueña del mineral, intentó trepar a la plataforma del carro con la intención de arrojar costales de material a la línea férrea delante del vagón, con la idea de detenerlo. El vagón avanzaba a gran velocidad, impulsado por la gradiente. Desafortunadamente, Castillo resbaló y cayó dentro de la línea. La rueda delantera izquierda le trituró la pierna y el brazo derechos, quedando inválido, con incapacidad permanente y total para el trabajo, a sólo 25 años de edad. Sin embargo, el vagón se detuvo y el acto de don Máximo Castillo permitió evitar un desastre.

Castillo demandó a la empresa del Ferrocarril Central del Perú y al Estado como propietario del Terminal Marítimo para que (a) le paguen solidariamente una indemnización de S/. 30,000; (b) reembolsen a la Cerro de Pasco Corporation la suma de S/. 11,500 que esa firma le había proporcionado para su asistencia médica, quirúrgica y su atención en clínica; y (c) le proporcionen una pierna y brazo ortopédicos que reemplacen los miembros perdidos.

Las causas del accidente fueron establecidas en el juicio como negligencias tanto de la empresa del Ferrocarril Central como del Terminal Marítimo. La primera era culpable porque el material rodante se encontraba en estado defectuoso, ya que los breques no funcionaban. La segun-

da era culpable porque el personal del Terminal Marítimo, bajo la dirección del maquinista Julio Díaz, descuidó la labor rutinaria de tomar seguridades para el público, para el personal de trabajadores, para el material rodante y para la misma carga de mineral. Por su parte, el enganchador Agustín Aguilar, que estaba al servicio del Terminal, no tomó ninguna medida de seguridad al desenganchar los vagones.

El Fiscal GARCIA ARRESE señala que el acto de Castillo fue "un gesto de altruismo irreflexivo" y que "nadie lo obligó a intervenir; no medió orden de sus superiores". Por otra parte, no tenía la obligación de hacerlo porque su intento de detener el vagón "resultaba ajeno a la naturaleza de su actividad habitual como guardián. No medió, pues, orden superior ni obligación. Se trata, repito, de un acto altruista, fuera del servicio". Sin embargo, el Fiscal no advirtió el problema jurídico derivado de esta configuración de los hechos. En ningún momento se hizo la pregunta sobre la razón por la que ese acto voluntario de exposición al peligro tenía que ser indemnizado: el problema causal no fue visto por el Fiscal. Simplemente opinó, como en cualquier otro caso de daños y perjuicios, que correspondía que se le abonara una indemnización por haber existido negligencia en las demandadas (aun cuando le niega el reintegro a la Cerro de Pasco Corporation y los aparatos ortopédicos). La Corte Suprema acogió el dictamen fiscal en Ejecutoria del 5 de abril de 1957[213].

A la luz de lo expuesto, podríamos decir que los daños del señor Castillo no fueron sino una consecuencia de las negligencias de los demandados, porque el acto de arrojo para detener el vagón no es una *nova causa interveniens*. Y podríamos agregar que, dentro del Código de 1984, los daños sufridos por don Máximo Castillo serían indemnizables incluso si no hubiere mediado culpa; y aun podrían haber sido reclamados tanto a la empresa del Ferrocarril y al Terminal Marítimo como también a la propietaria del mineral, la Cerro de Pasco Corporation. Porque los daños se produjeron dentro del contexto de un riesgo creado por estas tres entidades a través de la actividad peligrosa del trasbordo de mineral.

213. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 162, año 1957, pp. 771-774.

Sección IV: Los convenios ex post

134. *Naturaleza jurídica de estos convenios.* Reflexiones similares a las de la Sección precedente —pero quizá con elementos y con respuestas diferentes— pueden formularse en relación con las exoneraciones o limitaciones de responsabilidad que sean concertadas después de que se ha producido el daño.

En nuestra opinión, estos acuerdos ya no son convenios exoneratorios o limitativos de responsabilidad —los que suponen siempre un daño *ad futurum*— sino un acto jurídico diferente: ya no se trata de un contrato para establecer las condiciones en que una situación futura (*ex ante*) puede dar nacimiento o no a obligaciones sino de la extinción o limitación de obligaciones que ya existen (*ex post*). Un acuerdo de este tipo, celebrado después de que se ha producido el daño, puede ser una transacción o una condonación o remisión, de deuda; pero en ningún caso uno de los convenios contemplados en el artículo 1986, que expresamente se refiere a limitaciones o exoneraciones *anticipadas* de responsabilidad.

135. *La transacción.* La transacción presenta problemas análogos al convenio, aunque su tratamiento legal es algo diferente.

En principio, la transacción implica que ambas partes se hacen concesiones recíprocas (art. 1302). Pero, ¿significa esto que si las concesiones no guardan una cierta proporción puede invalidarse la transacción? Definitivamente, la lesión no es aplicable a la transacción dentro de nuestro ordenamiento legal (art. 1455, inc. 1). No obstante, ¿no podemos imaginar que en la transacción se produzca una situación de lesión? ¿No es acaso posible que el obligado al pago de la indemnización —ya sea directamente o a través de su compañía aseguradora— se aproveche de la urgencia económica de la víctima para ofrecerle una transacción manifiestamente diminuta? Y, entonces, toda la preocupación de que los convenios de irresponsabilidad no sean leoninos sería simplemente una discusión académica porque, en la práctica, la ley habría dejado en el desamparo a la víctima en el momento en que más necesita el respaldo del Derecho, es decir, cuando tiene que negociar, en circunstancias que no le son favorables, con un responsable inescrupuloso o con una entidad necesariamente más poderosa que ella.

En nuestra opinión, en defecto de la acción específica por lesión, la parte tiene siempre la acción —más difícil, más discutible— basada en la causa irrisoria. Si existe una evidente desproporción, si la víctima renuncia a daños cuyo valor económico ya es calculable y que ascienden a muchas veces la suma que acepta como transacción, sólo con el propósito de lograr un dinero inmediato para iniciar su curación y aliviar su necesidad apremiante del momento, esa víctima podría posteriormente intentar la nulidad de esa "falsa" transacción. Es verdad que el último párrafo del artículo 1302 establece que la transacción tiene valor de cosa juzgada; lo que dificulta su cuestionamiento judicial posterior. Sin embargo, pensamos que una transacción que no tiene causa (o que tiene una causa irrisoria, que equivale a lo mismo), simplemente no es transacción; y, por tanto, no tiene el valor de cosa juzgada. Obviamente, la desproporción tiene que ser muy notoria: estamos ante un caso verdaderamente de excepción.

Esta interpretación se encuentra reforzada por el hecho de que, mediante la transacción, se pueden no solamente extinguir obligaciones o resolver discrepancias, sino también crear, regular o modificar relaciones (art. 1302, segundo párrafo). Por tanto, si ésta no fuera impugnable al menos por la consideración general de falta de causa, nos encontraríamos ante un medio de burlar toda la teoría de las obligaciones y la institución de la lesión: bastaría que los contratos leoninos fueran pactados bajo forma de transacción; lo que no es nada difícil. Por otra parte, nuestra tesis de que la transacción hace cosa juzgada sólo en la medida en que sea "transacción", se encuentra corroborada por el artículo 1308 que admite que, si la obligación dudosa o litigiosa fuese nula, la transacción adolecería de nulidad. Esto equivale a decir que si la transacción no tuviera *causa* porque después se descubre que no existía la obligación que fue materia de la concesión recíproca, la transacción no es transacción y no tiene valor de cosa juzgada: ese acto, a pesar de que tenía *forma* de transacción, puede ser judicialmente impugnable porque su forma no correspondía a la realidad. Las mismas razones nos pueden llevar a aceptar la impugnación de una transacción efectuada sobre bases irrisorias, ya que aquí también la forma de *concesiones recíprocas* no corresponde a la realidad del acto.

136. *La condonación.* La condonación o remisión abre también algunos interrogantes.

Antes del daño no existe deuda. Es sólo una vez producido éste que hay deuda; pero su monto no se encuentra aún determinado. Mientras que la transacción puede celebrarse en cualquier momento después de producido el daño, podría pensarse que la condonación o remisión de deuda sólo puede darse después de que se termine el monto de la indemnización en el juicio correspondiente; porque es sólo a partir de entonces que se sabe cuál es la deuda que se quiere condonar. Si esta interpretación fuera correcta, toda remisión anterior a ese momento sería más bien una transacción y tendría que estar sujeta a la existencia de concesiones recíprocas, con todos los matices que antes se ha mencionado.

Para los efectos del análisis de estas situaciones delicadas y complejas, es preciso tener en cuenta que el mero desistimiento de la acción por daños y perjuicios tiene que ser tratado como la remisión o condonación, dado que el demandante que se desiste no puede interponer nuevamente la misma acción (art. 266 del Código de Procedimientos Civiles). Esto significaría que, si la condonación o remisión exige la existencia de una deuda líquida, no cabe el desistimiento de la acción por daños y perjuicios: el juez tiene que resolver y sólo entonces la víctima puede condonar su deuda al demandado; sin perjuicio de que pueda celebrar una transacción en cualquier estado de la causa.

137. *Transacción de responsabilidad civil proveniente de delito.* La falta de una adecuada concordancia doctrinaria y jurisprudencial entre las disposiciones civiles y penales ha creado una cierta confusión en lo relativo a la posibilidad de transigir la responsabilidad civil proveniente del delito. Es interesante analizar algunos ejemplos de este falso conflicto entre campos del Derecho.

Arnaldo Barrera Alvarado lesionó a Sixto Capcha y a Asunción Montalvo con una escopeta de perdigones, cuando éstos pretendían impedir la cosecha de papas que efectuaba Barrera y otros indígenas de la Negociación Sotil. El Tribunal Correccional consideró culpable de delito al heridor y, además de la sanción penal, lo obligó al pago de una reparación civil. Sin embargo, Barrera había llegado a un acuerdo transaccional con los agraviados con relación a la indemnización. Elevado el caso a la Corte Suprema, el Fiscal doctor Juan José CALLE opinó que "La ley considera nulos todos los convenios que se celebren entre el acusado y el agraviado sobre el monto de la reparación. La parte civil no puede renun-

ciar a un derecho expectaticio, derecho que no hará efectivo, si es su voluntad, una vez declarado por la autoridad judicial".

Notemos la gravedad de estas afirmaciones. En buena cuenta, el Fiscal asimila toda transacción a una condonación y así niega la posibilidad de transigir en materia de responsabilidad extracontractual en general (y no sólo de delito), porque la razón en la que sustenta su opinión (que el derecho a la indemnización no está todavía establecido) es aplicable a cualquier caso de daños y perjuicios. Por eso, dice, no hay transacción en materia de reparación civil sino sólo una eventual remisión de la deuda por el agraviado, después de que la indemnización haya quedado judicialmente establecida y tal agraviado haya quedado convertido en acreedor. La Corte Suprema, por Resolución de 5 de mayo de 1944, hace suya en parte la opinión del Fiscal señalando que la reparación civil no es renunciable; debe entenderse que esta prohibición queda circunscrita según la Corte Suprema a los casos de delito; pero la Corte no explica la razón que tiene para llegar a esa conclusión[214].

Otras Ejecutorias han insistido en la necesidad de que el juez se pronuncie sobre la reparación civil aunque haya mediado transacción, limitándose a reconocer un derecho de compensación al deudor responsable con la suma ya pagada a mérito de transacción.

El 10 de mayo de 1949, en la ciudad de Iquitos, el ómnibus manejado por don César Vásquez Tuanama se estrelló en la avenida Mariscal Cáceres con el automóvil de plaza de propiedad de don Daniel Tello, en cuyo interior viajaban como pasajeros don Hernán Zavala y doña Francisca Valdivieso de Fernández. Como se acreditó en la instrucción abierta contra Vásquez Tuanama, el accidente tuvo lugar por imprudencia exclusiva del chofer del ómnibus, "quien lejos de seguir su ruta normal, se desvió hacia la que, en sentido contrario, seguía el automóvil, de manera que el encuentro fue fatal e inevitable".

La empresa propietaria del ómnibus y Hernán Fernández Zavala transigieron la reparación civil en la suma de S/. 5,600, antes de que finalizara la acción penal. Sin embargo, el Fiscal VILLEGAS sostiene que «si bien es cierto que puede transigirse sobre la reparación civil prove-

214. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 6, año 1944, pp. 54-55.

niente de un delito, también es verdad que el Tribunal no puede dejar de señalar la cuantía de la reparación so pena de nulidad de la sentencia. Si esto es así, indudablemente el Tribunal juzgador no puede subordinar su criterio al de las partes en juicio distinto, es decir, a lo acordado en una transacción. Puede argüirse que hay antinomia; pero es evidente que en semejantes casos funciona la compensación». La Corte Suprema hizo suya la opinión del Fiscal en la Resolución de 7 de julio de 1950[215].

No cabe duda de que esta tesis no parece muy coherente. Si la transacción de la reparación civil resultante de delito es válida, los Tribunales no pueden dejar de tomar en cuenta la existencia de tal transacción al momento de sentenciar. Es claro que el problema no queda resuelto mediante una declaración en el sentido de que las sumas pagadas por concepto de transacción son compensables con las que fije el Tribunal como reparación. Este planteamiento no salva la validez de la transacción sino que, por el contrario, la condena definitivamente; porque esto no significa otra cosa que la transacción carece de validez y que el Tribunal puede fijar sumas mayores, sin perjuicio de que lo ya pagado se considere a cuenta.

El artículo 1306 del Código Civil de 1984, repitiendo el artículo 1310 del Código Civil de 1936, establece clara y directamente que "se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga del delito". Por consiguiente, los Tribunales no pueden quitar valor a tal transacción y considerar que la suma pagada puede ser únicamente compensable contra una indemnización que pudiera ser mayor. Esa tesis no respetaría el valor de cosa juzgada de la transacción que le otorga el artículo 1302, *in fine*, del mismo Código.

Sección V: Consideraciones finales

138. *Por una inteligente defensa de la libertad individual y de la autonomía de la voluntad contractual.* Todo este problema de las exoneraciones y limitaciones por consenso a la responsabilidad extracontractual, requiere un estudio minucioso por los especialistas en Derecho de las

215. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No.79, agosto de 1950, pp. 971-972.

Obligaciones y en Derecho de los Contratos. No creemos que este libro sea el lugar para explayarse sobre el tema.

Debemos únicamente señalar que una excesiva autonomía de la voluntad produce a veces un recorte de la propia autonomía de la voluntad: la libertad, irrestrictamente ejercida, termina devorándose a sí misma. Por eso es que resulta indispensable analizar las situaciones involucradas sin aferrarnos a principios abstractos sino examinando los resultados efectivos que pudieran producirse con la aplicación de una u otra interpretación en una sociedad que se rige primordialmente por el mercado.

Aun cuando la sociedad de mercado tiene su fundamento en —y no puede funcionar sin— la libertad individual, no debe olvidarse que este tipo de sociedad está construido sobre la idea de que *todos* pueden ejercer su libertad; si, en cambio, sólo la ejercen unos pocos, el sistema pierde validez y su funcionamiento se bloquea. La conocida frase de ORWELL de que "Todos somos libres, pero unos somos más libres que otros" representa la desintegración del sistema liberal. Una sociedad en la que, amparándose en la libertad contractual, algunos más libres obligan a otros menos libres (las víctimas necesitadas) a celebrar convenios o a concertar transacciones leoninas, está destinada a que se pierda la fe en el Derecho; y con ella se perderá la sociedad liberal. El libre juego de voluntades queda absolutamente desvirtuado y la transparencia del mercado se empaña cuando los principios abstractos y los formalismos legales permiten que la libertad de los unos queda supeditada a la libertad de los otros.

Es por ello que, en nombre de la libertad contractual y de la autonomía de la voluntad, se hace necesario pensar en los límites de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual.

CAPITULO IV

LAS INMUNIDADES CONTEXTUALES

Sección I: Generalidades

139. *Los ambientes de inmunidad.* La jurisprudencia sobre responsabilidad extracontractual se ha encontrado en ciertas oportunidades con situaciones en las que otorgar una indemnización parecía chocante, aun cuando existía daño.

Estas situaciones se caracterizaban por una determinada atmósfera, dentro de la que se producía el daño, que parecía neutralizar la responsabilidad. Ante la dificultad de conceptualizar jurídicamente esta suerte de "sentimiento de exclusión" del campo de la responsabilidad, los Tribunales han recurrido a diversos razonamientos y categorías. Es así como han utilizado la noción de sustitución contractual de la responsabilidad, asunción unilateral del riesgo, etc. Sin embargo, como veremos a continuación, ninguna de estas nociones era satisfactoria porque, en el fondo, la razón fundamental para pensar que la responsabilidad extracontractual no era aplicable, consistía más bien en el contexto o ambiente dentro del que se producía el daño.

Estas inmunidades han prácticamente desaparecido de la jurisprudencia más reciente en los países en que la responsabilidad extracontractual ha tenido mayor desarrollo. Sin embargo, dado que este tipo de discusión aún no ha tenido propiamente lugar en el Perú, me parece importante reseñarla a fin de que nuestros jueces tengan un punto de partida actualizado, para cuando se presente la ocasión.

140. *Los "ambientes" clásicos.* Dos son los contextos que ha generado en la jurisprudencia una cierta aversión para involucrar la responsabilidad civil: el ambiente de gratuidad y el ambiente familiar.

La gratuidad pareció en algún momento que echaba un manto disimulador sobre cualquier daño que pudiera sufrir aquél que se beneficiaba de ella. No parecía razonable que quien había hecho un favor a alguien, luego se viera obligado a pagar una indemnización como resultas de tal favor. El caso típico, que permite discutir la situación con mucho realismo, es el del transporte benévolo. Pero los principios que se refieren a este tipo de transporte pueden ser aplicables a muchos otros casos de servicios gratuitos.

La familia fue también considerada como una esfera dentro de la cual la responsabilidad extracontractual no podía operar: los cónyuges entre sí, el padre o la madre respecto de los hijos, éstos respecto de los padres, no podían exigirse daños y perjuicios y seguir viviendo armónicamente bajo un mismo techo. De ahí que dentro del contexto intrafamiliar (entendido en un sentido estrecho), existiera de hecho una inmunidad contra la responsabilidad extracontractual.

Sección II: El ambiente de gratuidad

141. *El transporte benévolo.* El caso que la jurisprudencia francesa desarrolló bajo este nombre es el del daño sufrido por quien es transportado gratuitamente: ¿puede reclamar a su transportista por los daños que sufra durante el transporte?

El transporte benévolo se puede producir a instancias del transportista o a instancias del transportado. En el primer caso, es el transportista quien invita al transportado a realizar el viaje. En el segundo caso, es el transportado quien solicita y el transportista quien consiente en llevarlo. Pero la característica fundamental, en cualquiera de estas hipótesis, consiste en que se trata de un transporte de cortesía, que no es remunerado en forma alguna y que tampoco constituye el cumplimiento de una obligación contraída en razón de un contrato más amplio.

142. *La jurisprudencia francesa.* El caso del transporte benévolo resultó particularmente discutible en Francia en razón de la interpretación que desde principios de siglo dieron los teóricos de la responsabilidad por riesgo al inciso 1o. del artículo 1384 del *Code Napoleón.*

En efecto, la jurisprudencia y la doctrina francesa desarrollaron una teoría de la responsabilidad de las cosas inanimadas sobre la base de la regla mencionada: el guardián de la cosa resultaba responsable por los daños que ésta cause. Y esta responsabilidad fue entendida al margen de la culpa, de manera que el riesgo inherente a las cosas convierte este tipo de responsabilidad en objetiva. Esta tesis ha sido aplicada al propietario del automóvil con el que se causa el daño, para hacerlo responsable por los perjuicios correspondientes.

Ahora bien, ¿era igualmente aplicable tal responsabilidad objetiva a aquél que transportó a una persona que hacía *auto-stop* en la carretera, por los daños que el transportado sufra en un accidente del cual el transportista no tiene la culpa?

La Corte de Casación consideró que esto era llevar demasiado lejos la objetividad. Sin embargo, como no sabía cómo escapar coherentemente de la doctrina de la responsabilidad del guardián de las cosas inanimadas (que parecía establecida), concibió la idea de que el transportado benévolamente asume su propio riesgo[216]. Esta tesis fue expuesta en una sentencia famosa de 27 de marzo de 1928.

Como puede verse, la Corte asimilaba esta situación a la asunción de riesgo, con todas las dificultades que implica esta noción, a las que ya hemos hecho referencia[217]. En realidad, quien sube a un automóvil —sea invitado, sea porque lo solicita— sólo "quiere" ser transportado gratuitamente: no puede decirse que también "quiere" aceptar todos los riesgos que de tal transporte se deriven: no hay, pues, necesariamente, una voluntad de asumir riesgos.

La interpretación de la Corte de Casación no alcanzaba hasta otorgar una completa inmunidad al transportista benévolo; simplemente lo liberaba de la responsabilidad objetiva. Pero ese transportista quedaba su-

---

216. René SAVATIER: *Traité de la Responsabilité Civil en Droit Français Civil, Administratif, Professionnel, Procédural*, 2a. ed. T. I. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1951, No. 125, p. 159. Con relación al desconcierto que reinó durante mucho tiempo en la jurisprudencia francesa sobre este punto, *vide* René SAVATIER: *Op. cit.* T.I. No. 127, p. 163.

217. *Supra*, Nos. 125-129.

jeto a la responsabilidad por culpa, por leve que ésta fuese[218]. Ahora bien, dado que en Francia no existe inversión de la carga de la prueba para la responsabilidad por culpa, la víctima tenía que demostrar la culpa del transportista.

Una sentencia de 1942 creó un nuevo concepto vinculado a la responsabilidad extracontractual al que denominó "culpa virtual". Esto significaba que, si no se podía establecer la causa del accidente (lo que es frecuente en accidentes automovilísticos), se presumía que ésta consistía en la impericia del piloto[219]. Como puede apreciarse, esta tesis implicaba un principio de inversión de la carga de la prueba.

Sin embargo, esto no satisfizo las expectativas. Las Cortes de Apelaciones —y, en particular, la Corte de París— hicieron mucha presión contra la noción de "culpa virtual" y propugnaron que el transporte benévolo fuera incluido simple y llanamente en los casos de responsabilidad objetiva del inciso 1o. del artículo 1384. Finalmente, el 20 de diciembre de 1968, en tres sentencias que se colocaron todas ese mismo día, la Corte de Casación estableció que la responsabilidad objetiva que resulta del inciso 1o. del artículo 1984 puede ser invocada por el pasajero transportado en un vehículo a título benévolo, excepto en los casos en que la ley dispone otra cosa. Esta excepción alude únicamente al Código de Aviación Civil y Comercial. De esta forma, ha desaparecido en Francia toda inmunidad para el transportista benévolo y, debemos suponerlo, para todo aquél que preste servicios gratuitos[220].

143. *La doctrina.* A lo largo de toda esta evolución jurisprudencial, la doctrina discutió mucho sobre la naturaleza de esta situación de gratuidad.

SAVATIER, quien no era partidario de esta inmunidad, criticó la interpretación de la sentencia de 1928, considerando que la responsabilidad en estos casos era de carácter contractual; por consiguiente, el trans-

---

218. René SAVATIER: *Op. cit.*, No. 12"

219. Henri y Léon MAZEAUD y Jean MAZEAUD: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle.* 6a. ed. T. II, Editions Montchrestien. Paris, 1970, No. 1278-86, p. 396.

220. Henri y Léon MAZEAUD y Jean MAZEAUD: *Loc. cit.*

portista tenía una obligación contractual implícita de vigilancia y seguridad que lo hacía responsable, independientemente de que se tratara de un contrato oneroso o gratuito. Para SAVATIER, la gratuidad no es obstáculo para que exista un contrato: el depósito y el mandato, que son precisamente servicios, son contratos aunque tradicionalmente sean gratuitos[221]. De otro lado, el transportista benévolo asume una obligación frente al transportado gratuitamente: cuando menos se compromete a llevarlo a donde le ofreció y no a otra parte. Por consiguiente, existe contrato gratuito en estos casos, como existe también en una invitación a cazar, en un trabajo gratuito, en una prestación médica que se realiza sin contraprestación de un honorario, etc.[222]. De donde si existe contrato, existe también responsabilidad (de naturaleza contractual).

Más adelante discutiremos el carácter contractual de las responsabilidades de seguridad en la ejecución de un contrato[223]. Por el momento baste señalar que la Corte de Casación francesa no admitió (al menos, de manera general) que la responsabilidad derivada del transporte benévolo fuera contractual: prefirió considerarla extracontractual y la benefició con la tesis de la asunción del riesgo[224]. Autores latinoamericanos de la importancia de Jorge BUSTAMANTE ALSINA han criticado también esta asimilación de estos daños a la responsabilidad contractual, con argumentos bastante sólidos. Así, BUSTAMANTE ALSINA sostiene que no existe contrato porque el transportista no se compromete realmente a nada, no se crea una obligación para él; prueba de ello es que en cualquier momento puede hacer descender al pasajero del automóvil, cambiar el rumbo (y si el pasajero gratuito no está de acuerdo, tendrá que bajarse), suspender el viaje o tomar cualquier otra disposición, sin estar limitado por el transporte benévolo que está realizando: no ha contraído obligación

---

221. El mandato se presume oneroso en el Código Civil Peruano de 1984 (art. 1791); pero se presumía gratuito en el Código de 1936. El depósito se presume todavía gratuuito (art. 1818).

222. René SAVATIER: *Op. cit.*, No. 123, pp. 157-158.

223. *Infra.* No. 671.

224. Henri y Léon MAXEAUD: *Op. cit.*, Nos. 1274-5-6-7, pp. 394-395.

que le pudiera ser exigible por tal pasajero[225]. Por ello, en Argentina, estos casos son considerados como de responsabilidad extracontractual[226].

Hay que agregar que SAVATIER prevé el argumento de la supresión unilateral y en cualquier momento del transporte gratuito, que constituye la base para sostener que no ha sido creada una obligación del transportista: ¿pero acaso, se pregunta SAVATIER, el depositario o el mandatario gratuitos no pueden también hacer cesar el contrato unilateralmente? ; y, sin embargo, ello no es óbice para considerar que el mandato y el depósito son verdaderos contratos[227]. Empero, habría que hacer notar también que el transporte gratuito puede ser cancelado al instante sin ningún tipo de consideraciones. En cambio, el mandatario sólo puede renunciar impunemente al mandato de manera unilateral, si no existe plazo pactado; y el depositario puede devolver el bien antes del vencimiento del plazo "por justo motivo". Por consiguiente, en el caso del mandato y del depósito, existe un compromiso mayor entre quien presta el servicio gratuito y el beneficiado.

Ahora bien, aun cuando la jurisprudencia francesa rechazó la tesis de la responsabilidad contractual, como se ha dicho en el numeral precedente, admitió que algunos casos estaban incluidos en ella y, por tanto, daban lugar a indemnización. Es así como excluyó de la responsabilidad extracontractual (y, consecuentemente, de la teoría de la asunción del riesgo) aquellos casos en los que mediara un contrato aún indirectamente. Dentro de ese orden de ideas, sostuvo que hay situaciones en las que se pacta contractualmente un transporte gratuito adicional, como parte de un contrato con otras prestaciones y contraprestaciones; y otros casos en los que, no existiendo aún contrato, se realiza un transporte gratuito con miras a celebrar un contrato posterior que interesa al transportista (situación "ante-contractual"). Y en tales casos atribuyó responsabilidad al transportista benévolo como si fuera un transportista oneroso.

---

225. Jorge BUSTAMANTE ALSINA: *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 3a. ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1980. No. 316, p. 144.

226. Jorge BUSTAMANTE ALSINA: *Op.cit.*, No. 318, p. 145.

227. René SAVATIER: *Op. cit.*, No. 123, p. 158. El artículo 1808 del Código Civil peruano de 1984 prescribe que el mandato con representación se extingue por renuncia del poder; y el artículo 1933 permite al depositario devolver el bien antes del vencimiento del plazo.

Un ejemplo extraído de la jurisprudencia francesa nos puede dar una idea de estos matices. Si un gestor de negocios lleva a una persona al Notario en su automóvil para que firme un contrato y tiene un accidente en el camino, responde por los daños que le ocurran a esa persona con los alcances de la responsabilidad contractual. En cambio, si ese mismo gestor, luego de firmado el contrato en la Notaría, invita a su contraparte a regresarla a su oficina en su automóvil y en este segundo viaje tiene un accidente, la situación está sometida a la responsabilidad extracontractual y se aplica la doctrina de la asunción del riesgo por el transportado benévolamente; porque este segundo transporte ya no estaba vinculado a la firma del contrato sino que era una mera cortesía[228].

Los hermanos MAZEAUD fueron más bien opuestos a esta línea jurisprudencial que excluía al transportista benévolo de la responsabilidad extracontractual por la vía de la asunción del riesgo. Critican duramente el argumento de la Cámara Civil que negaba indemnización a las víctimas sobre la base de que el hecho se había producido "en pleno conocimiento de los peligros a los cuales se exponían ellos mismos". ¿Pero, argumentan los MAZEAUD, acaso el peatón que atraviesa la calle no lo hace también con pleno conocimiento de los riesgos a los que se expone? Y recuerden que la Corte de Casación ha sostenido a menudo que la aceptación de riesgos sólo puede tener influencia sobre la responsabilidad si involucra culpa[229].

Es por ello que se inclinan por la aplicación pura y simple del inciso 1o. del artículo 1384. Dicen: "La jurisprudencia que rehusaba la aplicación del inciso 1o. del artículo 1384 al transporte gratuito, puramente pretoriana, no se apoyaba sobre ningún fundamento serio y se comprende que la Cámara mixta de la Corte de Casación la haya condenado"[230]. Y agregan un comentario muy interesante: "Se ha dicho que la posición adoptada por la Cámara mixta conllevará una carga suplementaria para los seguros; por consiguiente, en última instancia, para los automovilistas. Eso puede ser exacto. (...) ¿Este inconveniente no se encuentra largamente compensado por el hecho de que el daño sufrido por per-

---

228. René SAVATIER: *Op. cit.*, No. 126, p. 162.

229. Henri y Léon MAZEAUD: *Op. cit.*, Nos. 1274-5-6-7, p. 394.

230. Henri y León MAZEAUD: *Op. cit.*, No. 1287, p. 397.

sonas que no tuvieron intervención alguna en el accidente será, en todos los casos, reparado?"[231].

Una evolución parecida, aunque a veces por diferentes caminos, ha tenido lugar en otras tradiciones jurídicas.

En los Estados Unidos, donde las Cortes siguen aún muy comprometidas con el principio de culpa, la incorporación del transporte benévolo dentro de la responsabilidad extracontractual ha tomado el camino de la responsabilidad subjetiva; a diferencia de la historia judicial francesa que, como se ha visto, suprimió la relativa inmunidad basada en la gratuidad por el camino de someterla a la responsabilidad objetiva.

En efecto, en muchas jurisdicciones norteamericanas se había impuesto la tesis de la exclusión de responsabilidad (*auto guest doctrines*); y en algunos casos se habían incluso promulgado leyes sobre el particular (*auto guest statutes*). Pero estas posiciones jurisprudenciales y legislativas han sido modificadas debido a un cuestionamiento sobre bases constitucionales que se apoya en el principio de culpa: la no responsabilidad del motorista negligente, sólo cuando transportaba benévolamente, se hizo constitucionalmente sospechosa porque parecía afectar el principio de la igualdad ante la ley[232]. En la actualidad, los daños resultantes del transporte benévolo se indemnizan de la misma manera y por las mismas razones que los demás daños resultantes de la actividad de transporte.

144. *Nuestra posición.* De conformidad con lo expuesto anteriormente en este libro[233], la asunción del riesgo no debe ser analizada desde una perspectiva subjetiva (en tanto que conocimiento y consentimiento) sino desde una perspectiva causal: ¿qué es causa de qué? Por consiguiente, cuando la propia víctima —por su imprudencia o por su intervención determinante en el hecho— ha sido causa de su propio daño (o ha sido par-

231. *Loc. cit.*

232. Gary T. SCHWARTZ: *The Vitality of Negligence and the Ethics of Strict Liability* en Robert L. RABIN: *Perspectives on Tort Law*. 2a. ed. Little, Brown and Company, Boston, 1983, p. 73.

233. *Supra*. No. 128.

cialmente causa), ella debe soportar sus consecuencias total o parcialmente, según el caso.

Ahora bien, si una persona solicita ser transportada gratuitamente o acepta una invitación para ser transportada gratuitamente, se sienta en el asiento correspondiente y no hace más, ¿puede decirse válidamente que ella fue "causante" del accidente que sufrió el automóvil? Ciertamente no. Esa persona se limitó a actuar como cualquier otra que hubiera pagado su pasaje. Nada en su actuación se diferencia de esa otra. Por tanto, su presencia no ha sido causa determinante del accidente ni del daño que recibió con este motivo. Es verdad que el simple hecho de subir a un automóvil es de alguna manera crear la posibilidad de recibir un daño. Pero la causalidad es aquí muy tenue: nada puede hacerse sin crear posibilidades de daño. Cuando hablamos de causa nos referimos al sentido fuerte del término, es decir, a la agregación de una causa extraordinaria a aquellas causas ordinarias de la vida.

Por ello, distinto sería el caso si la víctima misma se coloca en condiciones no ordinarias de las que se deriva un daño para ella. Por ejemplo, si acepta ser transportada en la maletera del automóvil porque no hay sitio en su interior y luego se fractura una pierna al caerse de ella, podemos decir que es ella misma la causa de su daño. Sin embargo, si el automóvil tiene un accidente y este pasajero de la maletera se lesiona de la misma manera como pudo haberse lesionado si hubiera viajado en el interior, parecería que el hecho de encontrarse en la maletera era irrelevante —desde el punto de vista causal— con relación al daño sufrido; por consiguiente, el transportista tendría que pagarle sus daños. Igualmente, si el transportado benévolamente acepta subir en un automóvil conducido por alguien que manifestamente se encuentra en estado de ebriedad o bajo el influjo de las drogas, podríamos decir que, ocurrido un accidente, esa víctima colocó una causa importante para el daño que sufrió y que debe pensarse es una responsabilidad compartida.

145. *La jurisprudencia peruana*. Hemos encontrado solamente tres Ejecutorias publicadas que se refieren al problema que venimos tratando.

La señora Rosa Clotilde Rojas viuda de Podestá demandó a la Compañía de Aviación Faucett S.A. por el daño moral derivado de la muerte de su marido, el Comandante F.A.P. Jorge Podestá Jiménez, ocurrida como consecuencia del accidente sufrido por un avión de la Compa-

ñía demandada en Paracas, en el que el Comandante Podestá viajaba como pasajero[234]. La compañía aérea se defendió arguyendo, entre otras cosas, que «el esposo de la actora no tenía vínculo contractual, pues viajaba con boleto de cortesía en acto de servicio en comisión de la Dirección General de Aeronáutica Civil».

Sin embargo, el Fiscal GARCIA ARRESE consideró que no se podía hablar en este caso de transporte benévolo porque se trataba de una contraprestación al permiso de operaciones. En efecto, el artículo 7mo. de la Resolución Suprema No. 36, que normaba las condiciones de renovación del permiso de operaciones de las compañías aéreas, establecía que dichas compañías estaban obligadas a reservar determinados porcentajes de la capacidad de asientos a favor del Estado para transportar funcionarios públicos en comisión de servicio. Por consiguiente, afirmó, "no puede sostenerse seriamente que no ha existido vínculo jurídico entre la compañía transportadora y el Comandante Podestá Jiménez. Por el contrario, existe una convención entre dicha empresa y el Estado, que regla los derechos y obligaciones de ambos, y en armonía con ese convenio al Comandante Podestá Jiménez le fue otorgado un pasaje que no puede considerarse como de gracia o cortesía, como la califica la demandada". La Ejecutoria Suprema de 14 de enero de 1955 lo califica como «un hecho emanado de contrato de transporte aéreo que por su naturaleza lleva invívita la responsabilidad del porteador"[235].

Nótese que tanto el Fiscal como la Corte entraron por un camino difícil: atribuyeron a la compañía una responsabilidad contractual a pesar de que no existía contrato alguno propiamente dicho con el Estado. No pueden confundirse las condiciones o requisitos para obtener un permiso administrativo con las obligaciones nacidas de un contrato entre las partes. Pero, más allá de esta incongruencia, lo interesante estriba en que tanto el Fiscal como la Corte percibieron que no se trataba de una situación de gratuidad: la compañía aérea había facilitado ese pasaje en cumplimiento de una obligación legal contraída para obtener un beneficio.

---

234. Este caso judicial ha sido ya mencionado en este libro, al tratarse sobre la objetivación jurisprudencial de la responsabilidad en el Perú. *Supra*, Nos. 36 y 37.

235 *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 133, año 1955, pp. 1707-1711.

La segunda Ejecutoria se refiere al caso de que el transportador benévolo se encuentre en estado de ebriedad.

Don Roberto Amézaga demanda a la sucesión de don Roberto Boggio por los daños sufridos a consecuencia de un accidente de tránsito debido a que el chofer que lo transportaba se encontraba en estado de ebriedad. El Fiscal FEBRES señala que los daños del demandante se debieron "al accidente de tránsito, producido por negligencia del piloto, que se encontraba en estado etílico, aunque relativo, y que admitió a mayor número de pasajeros del que debía llevar, así fuera en forma graciosa". La Resolución Suprema de 17 de julio de 1952, de conformidad con lo opinado por el Fiscal, considera que hay responsabilidad del transportista, pero reduce el monto de la indemnización, sin expresión de causa[236].

Lamentablemente, no es posible conocer las circunstancias concretas de ese caso y las motivaciones de la Corte Suprema. Parecería que el vehículo estaba dedicado al servicio público de pasajeros. Si fuera así, aquéllos que subieron al ómnibus no tenían oportunidad de darse cuenta de que el chofer había ingerido alcohol. Pero, en ese caso, dado que no hubiera habido ningún tipo de aceptación del riesgo o de imprudencia de la víctima, el causante (chofer y empleador del chofer) debía responder por el íntegro. Cabe la posibilidad de que la Corte hubiera pensado que los pasajeros conducidos graciosamente sabían que el chofer estaba borracho; y que es por ello que la Corte redujo la indemnización considerando que había responsabilidad compartida.

Una tercera Ejecutoria se produce el 29 de abril de 1967. don Jesús Muñante era el propietario de un camión que traía pescado de la zona de Paracas hacia los mercados de Pisco y de Lima. Es así como, el 22 de diciembre de 1966, los pescadores Pedro García Villanueva y Pedro García Soto que trabajaban independientemente en Laguna Grande, "suplicaron al chofer" del camión de propiedad de Muñante, manejado por Miguel Angulo (quien, según se comprobó carecía de licencia para conducir), que los condujera a Pisco. A la altura de la Playa "Yumaque", el camión se volcó y los dos pescadores demandantes quedaron heridos. Es por ello que las víctimas exigieron una indemnización del dueño del ca-

236. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 104, setiembre de 1952, pp. 2707-2708.

mión. Este se defendió aduciendo que: (a) en la carretera de Laguna Grande a Paracas existen muchos baches, por lo que se rompió la dirección, lo que produjo un accidente en razón de caso fortuito; y (b) los demandantes no tenían una dependencia laboral con el demandado.

El Fiscal PONCE SOBREVILLA considera que, "atendiendo a la teoría del riesgo", el propietario del camión es responsable no porque sea empleador sino porque ha creado un riesgo al poner en marcha su camión; y la Corte Suprema acoge ese temperamento[236bis].

146. *El transporte clandestino, el transporte forzado y el transporte ignorado.* Si el transporte benévolo ha dado lugar a una larga discusión en los últimos 60 años, ha sido fundamentalmente porque lleva implícito un acto del transportado: el pedido de ser llevado o su aceptación de la invitación efectuada por el transportista. Esta presencia del consentimiento y la voluntad (que para nosotros sólo se refiere al hecho de ser transportado y no a la posibilidad de sufrir daños, como se ha visto) no ocurre en el transporte forzado ni en el ignorado.

El transporte forzado consiste en que el transportado es conducido contra su voluntad, como cuando es llevado preso en el carro de la Policía. El transporte ignorado consiste en ser conducido sin saberlo, como sucede cuando la persona transportada se encuentra en estado inconsciente. Si en el transporte benévolo habían dudas sobre su eventual asunción voluntaria del riesgo, en estos casos decididamente no es posible hablar de tal voluntad: el transportado no quiere ser conducido o no sabe que es conducido; menos aún puede querer asumir como propios los daños que se deriven de tal conducción. En estos casos, tampoco hay relación causal entre el transportado-víctima y su daño (salvo que, tratándose de evadir, realizara un acto que constituya causa del accidente). Por consiguiente, el transporte es, en estos casos, un acto resuelto unilateralmente por el transportista, quien es responsable por todas las consecuencias de sus actos.

Pero, ¿qué decir del transporte clandestino? Imaginemos el caso del polizonte que intenta viajar escondido, sin que el transportista lo sepa; o el de aquél que falsifica un boleto y viaja entre los pasajeros como si hu-

---

236bis. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 281, año de 1967, pp. 733-735.

biera celebrado un contrato de transporte, pero sin que ello sea verdad. En el caso de que suceda un accidente, ¿responde el transportista por los daños que sufra tal pasajero clandestino o fraudulento?

En nuestra opinión, la obligación general de reparar los daños (que impregna toda la vida social) rige también en este caso, responsabilizando al transportista frente a ese individuo —pasajero o no: es irrelevante que exista o no un contrato de transporte— que ha sido dañado por el accidente ocurrido con el vehículo en el que viajaban. La responsabilidad extra-contractual es aplicable en todos los casos, salvo que exista una *nova causa interveniens* que libere al transportista. En estas hipótesis mencionadas, la presencia de ese pasajero clandestino no ha sido una causa del accidente. Por consiguiente, el "causante" (y, por ende, el responsable) es el que, en ejercicio de una actividad riesgosa —como es el transporte— ocasiona un daño a otro; aunque ese "otro" sea un pasajero clandestino.

Claro está que si la clandestinidad consiste en exponerse a un riesgo no habitual del transporte y es a causa de ese riesgo que el polizonte sufre un daño, el transportista no sería causa de ese riesgo adicional creado por el propio polizonte. Este es el caso de quien se oculta en la bodega de carga de un avión y llega a destino con una pierna congelada, que tiene que serle amputada. O también es el caso del niño que, por no pagar el boleto del ómnibus, viaja encaramado en el parachoque trasero y sufre un daño porque cae a la calzada desde esta posición poco estable. En estos casos, ese pasajero clandestino está agregando una imprudencia a la situación, lo que equivale a agregar una causa nueva. Por consiguiente, los daños que se deriven causalmente de aquella imprudencia, no puede decirse que han sido causados por la actividad de transporte.

Sección III: El ambiente de familiaridad

147. *Los daños y perjuicios intrafamiliares.* No cabe duda de que, en el interior de una familia, los actos de algunos de sus miembros pueden causar daños a otros de sus miembros. Estas situaciones son en todo similares a las que suceden fuera del ámbito doméstico y que hubiesen sido objeto de responsabilidad extracontractual sin ninguna duda, en el caso de que no hubiere mediado el aspecto de la relación familiar. Sin

embargo, existiendo tal relación, surge alguna duda sobre la aplicabilidad de la responsabilidad extracontractual.

Normalmente, la consideración familiar para estos efectos ha sido entendida en el sentido más estricto, es decir, tomando en cuenta la vinculación entre el padre, la madre y los hijos que viven en el hogar. Otros tipos de parentesco, aun cuando pudieran corresponder a sujetos que viven en la misma casa, no parecen perturbar el nacimiento de obligaciones derivadas de responsabilidad extracontractual. Se trata, entonces, de una preocupación que surge en el seno de la "familia nuclear" y que se diluye hasta desaparecer en el caso de la "familia extendida".

148. *La responsabilidad intraconyugal.* Los actos de un cónyuge pueden causar daños graves en la integridad corporal o en los bienes del otro cónyuge. ¿Pueden, entonces, demandarse los cónyuges para obtener, uno del otro, una indemnización por daños y perjuicios?

Notemos que la observación de que se trata del mismo patrimonio no es válida, ni en la sociedad de gananciales ni evidentemente en el régimen de separación de patrimonios.

Si existe sociedad de gananciales, es preciso recordar que el nuevo Código Civil de 1984 establece un caso de «prefiguración» de la liquidación de la sociedad, antes de que ésta se encuentre fenecida; y este caso se refiere precisamente a las deudas por responsabilidad extracontractual. El artículo 309 dispone que la responsabilidad civil por acto ilícito de un cónyuge no perjudica al otro en sus bienes propios *ni en la parte de los de la sociedad que le corresponderían en caso de liquidación*[237]. En consecuencia, frente a la demanda de un tercero por responsabilidad civil,

---

237. La referencia a "acto ilícito" puede entenderse como un anacronismo inspirado en la terminología y en las categorías del Código anterior o como una limitación de lo establecido por este artículo. Técnicamente, actos ilícitos son solamente los que involucran culpa (art. 1969); la responsabilidad derivada del artículo 1970, que no involucra culpa, no proviene de acto ilícito. Sobre este tema, *cf. supra.* Nos. 39-41. Por consiguiente, podemos pensar que el artículo 209 quiere hablar de responsabilidad extracontractual en general —tanto subjetiva (art. 1969) como objetiva (art. 1970)— y simplemente ha utilizado una expresión anticuada; o se puede pensar que esa norma ha querido individualizar patrimonialmente sólo a la responsabilidad que se deriva de culpa a fin de no hacer pagar a un cónyuge por las culpas del otro, pero que no se refiere a la responsabilidad por riesgo que es de cargo del patrimonio común de la sociedad de gananciales.

responde el cónyuge solamente con sus bienes propios y *con la parte que a ese cónyuge le correspondería en caso de liquidación de la sociedad de gananciales*. Esto significa que, para los efectos de la responsabilidad civil, es como si no existiera sociedad de gananciales. Cada cónyuge opera como si sólo tuviera un patrimonio propio.

Héctor CORNEJO CHAVEZ explica que "el acto ilícito es, tratándose de una persona capaz, absolutamente personal, de modo que no tendría por qué afectar el matrimonio del otro ni perjudicarlo en la parte que eventualmente le corresponderá por concepto de gananciales"[238]. Ahora bien, este razonamiento es aplicable no sólo frente a terceros sino también a las relaciones entre los cónyuges sobre esta materia. Si uno de los cónyuges incurre en responsabilidad extracontractual respecto del otro y no existe reparación legal de uno al otro, esto significaría que el peso económico del daño simplemente se estaría cargando a la cuenta de la sociedad de gananciales; por consiguiente, la propia víctima estaría pagando parte de su daño.

Imaginemos que una esposa rica e iracunda tiene una agria discusión con su esposo antes de que éste se dirija a su trabajo. La sociedad conyugal es propietaria de una industria construida por la iniciativa y el trabajo del marido (si la industria es un bien propio del marido, el caso tiene aún más impacto). Sucede que, a media mañana, la esposa va a la oficina de su marido para continuar con su ejercicio de imprecaciones, iniciado en el desayuno; pero al llegar a la fábrica, movida por la ira, se dirige a la máquina principal y le introduce un fierro en sus engranajes que la hace inutilizable. La fábrica queda paralizada durante una semana y se producen cuantiosas pérdidas. ¿No sería justo que estos perjuicios fueran reparados con el patrimonio propio de la mujer y no con el caudal de la sociedad conyugal?

La situación no varía mucho si abandonamos el ejemplo del dolo para desarrollar un ejemplo de culpa. Una esposa dulce y pacífica pero absolutamente negligente, va a buscar a su esposo a la fábrica propiedad de la sociedad conyugal para regresar juntos a casa. Mientras lo espera, se pone a fumar delante de un anuncio gigantesco que advierte que está

---

238. Héctor CORNEJO CHAVEZ: *Derecho Familiar Peruano*. T. I. Librería Studium S.A. Lima, 1985, p. 303.

prohibido fumar en ese lugar porque es el depósito de materiales inflamables. La fábrica queda reducida a cenizas. ¿No es justo que la mujer reintegre con su propio patrimonio a la sociedad de gananciales los daños causados?

Evidentemente, las situaciones descritas tienen una mayor repercusión jurídico-económica cuando alguno de los cónyuges o ambos tienen hijos de un matrimonio anterior. En ese caso, las transferencias del patrimonio propio al patrimonio común y *vice versa*, alteran sustancialmente las posibilidades hereditarias de los hijos.

Si no existe sociedad de gananciales porque los cónyuges optaron por el régimen de separación de patrimonios, todas las situaciones antes sugeridas se vuelven aún más agudas. La reclamación de un cónyuge contra el otro por los daños recibidos de éste último tiene una mayor justificación económica.

149. *La responsabilidad entre padres e hijos.* Preguntas análogas cabe formular respecto de la relación entre padres e hijos: ¿puede un hijo demandar a su padre o un padre a su hijo por un daño recibido del otro?

No parece favorecer mayor problema el caso del hijo mayor de edad, que quizá ni siquiera vive con el padre. Si un día dos automóviles chocan en una esquina y al bajarse los choferes para discutir los daños resultan ser padre e hijo, esta relación casual no alteraría la responsabilidad correspondiente.

Pero si se trata de hijos menores que viven bajo el mismo techo con sus padres y sometidos a su patria potestad, ¿pueden demandarse unos a otros? Tampoco es válido en este caso el argumento de que se trata de un mismo patrimonio. El hijo puede tener un patrimonio propio, como heredero o legatario de un tercero; al punto que ese hijo puede tener un mayor patrimonio que el padre. A su vez, si el padre es obligado al pago de una indemnización al hijo por concepto de responsabilidad civil, este monto constituye un patrimonio propio de ese hijo malogrado; por consiguiente, en caso de fallecimiento del padre, tal hijo tendrá una mejor situación que los otros hijos, porque le corresponderá lo suyo (la indemnización) más su legítima de la herencia (como cualquier otro hijo).

Otro argumento que podría esgrimirse es que el padre está obligado a dar alimentos al hijo; y que éstos comprenden la atención médica correspondiente. Por tanto, no se requiere recurrir a la responsabilidad civil para cubrir esta situación.

Pero este argumento, tampoco resiste al análisis. Por una parte, la responsabilidad civil puede comprender bastante más que la simple atención médica inmediata: si el hijo queda malogrado de por vida por culpa del padre, desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual no bastará que le brinde atención médica inmediata sino que será necesario que se le indemnice con una suma que le permita compensar en lo que le quede de vida las desventajas económicas derivadas de su invalidez; y eventualmente puede haber lugar a daño moral (que incluye el llamado "daño a la persona", como veremos más adelante). Por otra parte, este argumento sólo considera el caso de daños corporales; pero el padre puede haber dañado culpablemente (por negligencia, impericia o imprudencia) un bien que forma parte del patrimonio propio del hijo. La reparación de este tipo de daño no tendría nada que ver con la obligación alimentaria. Por último, el argumento no es tampoco aplicable al caso del daño producido por un hijo rico (a título propio) e irresponsable a un padre de modestos recursos económicos.

La reparación de estos daños es más apremiante cuando se trata de matrimonios separados. Supongamos el caso de un pareja divorciada con un hijo que el Juez ha confiado a la madre. Asimismo, el Juez ha fijado una pensión alimenticia que el padre paga rigurosamente y que, en principio, comprende todo lo que requiere el menor. Pero un día domingo, el padre saca a pasear a su hijo como de costumbre. Van juntos a almorzar y el padre toma unas copas en exceso. Al retornar con el niño, el padre tiene un gravísimo accidente de automóvil debido a su estado alcohólico y el niño queda paralizado irreversiblemente. ¿Puede ese padre argüir que los alimentos que paga constituyen toda su obligación en este caso? ¿No tiene la madre derecho a demandarlo por daños y perjuicios a fin de constituir una patrimonio para el niño que le permita sobrevivir cuando los padres hayan desaparecido? En otras palabras, ¿puede ese caso ser tratado a título de alimentos únicamente y no de responsabilidad extracontractual?

La situación inversa también es posible. Imaginemos que ese niño de 14 años, hijo de padres divorciados, tiene una gran fortuna personal

que heredó de una tía. El domingo va el padre a buscarlo y, mientras lo lleva de paseo en el automóvil, el hijo saca del bolsillo una pistola que un amigo ha sustraído de su casa y se la ha prestado. Antes de que el padre tenga tiempo de arrebatársela, el niño (actuando con discernimiento) le descerraja un tiro por haberlo rezondrado por sus malas notas. El padre recibe la bala en la columna y queda definitivamente inválido. ¿No puede ese padre demandar a su hijo rico para que, con el cuantioso patrimonio de éste, se le indemnice por el daño sufrido? Adviértase que no puede decirse que el padre tenía también *culpam in vigilando*, porque el niño no se encontraba bajo su patria potestad sino bajo la de su madre; por consiguiente, no tenía obligación de vigilancia y, en la práctica, le era imposible saber que su hijo tenía una pistola.

La situación es similar si el niño no tiene intención de disparar contra su padre sino simplemente saca la pistola del bolsillo para mostrársela; pero antes de que el padre se la pueda quitar, se le escapa un tiro con las consecuencias antes indicadas. Podría suceder que el hijo no tuviera patrimonio propio; pero, en cambio, la madre tuviera una fortuna personal. ¿Podría el padre demandar a la madre para que, en su calidad de responsable solidario (art. 1975, *in fine*), le pague una indemnización por el daño que le infirió al hijo bajo su custodia?

150. *La pretendida inmunidad familiar.* Los autores europeos y latinoamericanos no tratan normalmente este tema; lo que permite suponer que para ellos no existe problema: los daños intrafamiliares dan lugar a responsabilidad como en cualquier otro caso.

En cambio, en los Estados Unidos se planteó durante mucho tiempo la relación familiar entre el causante del daño y la víctima como un contexto en el que primaba la inmunidad de sus miembros. Como lo explica el Vocal PETERSON al reseñar la doctrina anterior, "La inmunidad entre cónyuges, es verdad, tiene firmes raíces en el *common law*, tanto históricas como ideológicas, basadas sobre la particular unidad del marido y de la mujer dentro de la relación de matrimonio"[239]. Desde esta perspectiva, puede pensarse que un litigio entre los miembros de una familia creará discordias domésticas y afectará la integridad de la relación matrimonial.

---

239. *Beaudette v. Frana.* Supreme Court of Minnesota, 1969. 173 N.W. 2d. 416.

Sin embargo, la tendencia presente en los Estados Unidos se orienta a suprimir tal inmunidad por considerar que sus fundamentos ya no son válidos dentro de las actuales circunstancias. "Debe recordarse cuando se aduce el problema de la armonía conyugal que en la actualidad virtualmente todo propietario de un vehículo motorizado con un cierto sentido de responsabilidad tiene un seguro de daños. La presencia del seguro milita contra la posibilidad de que la relación conyugal pudiera ser afectada debido a que la reparación será pagada en la mayoría de los casos por la compañía aseguradora antes que por el cónyuge demandado""[240]. Por consiguiente, si la inmunidad se basaba en la inconveniencia de un juicio entre personas que viven bajo un mismo techo, esta razón ha desaparecido con la proliferación del seguro y la inmunidad debe desaparecer también.

Pero como señala la misma Ejecutoria comentada, "De hecho, resulta irónico que la presencia del seguro haya generado una nueva fundamentación de la inmunidad, *i.e.*, la de proteger a las Compañías de Seguros contra el fraude y la colusión. Este nuevo argumento deja de lado la idea de que la armonía doméstica pueda ser perturbada porque su presupuesto es que la relación conyugal es tan armoniosa que puede dar como resultado el fraude y la colusión"[241]. Una vez más es el Vocal PETERSON quien resume claramente el nuevo argumento: "La colusión para efectuar reclamaciones espúreas es una innegable tentación cuando uno de los miembros de la familia está asegurado; y la capacidad para el fraude y las posibilidades de concertación fraudulenta son indudablemente mayores entre marido y mujer que entre padres e hijos. La capacidad es mayor porque ambos son adultos. Las posibilidades de concertación son mayores porque el pago de una indemnización por el seguro a uno de los cónyuges es, en realidad, un incremento de los fondos familiares que ambos comparten por igual"[242].

Empero, las Cortes norteamericanas han rechazado también este nuevo fundamento de tal inmunidad. Para ello, han recurrido muchas veces al viejo argumento de la armonía conyugal, pero utilizándolo en sen-

---

240. *Immer v. Risko*, 56 N.J. 482, 267 A. 2d 4B1 (1970).

241. *Loc. cit.*

242. *Beaudette v. Frana*. Supreme Court of Minnesota, 1969. 173 N.W. 2d 416.

tido contrario: "La armonía doméstica puede encontrarse más amenazada por el hecho de rechazar la acción que por el hecho de permitirla cuando existe cobertura del seguro. El costo de la reparación del daño saldrá necesariamente de las arcas familiares (...). Este inesperado drenaje de los recursos financieros de la familia puede con toda probabilidad conducir a una interferencia con la vida familiar normal"[243]. Por ello, las Cortes se inclinan por rechazar la defensa basada en la inmunidad familiar, sin perjuicio de examinar los casos con mucho cuidado para evitar un fraude contra el seguro.

151. *El problema dentro del Código Civil Peruano.* Dentro de nuestra idiosincrasia, resulta extraño hablar de responsabilidades *jurídicas* intrafamiliares por daños. No suele suceder que a un esposo se le ocurra exigir legalmente una indemnización a su esposa ni a un padre a su hijo; o *vice versa.* Normalmente, ese tipo de problemas se resuelven a nivel moral, sin necesidad de la intervención del Derecho.

No obstante, desde un punto de vista teórico se hace necesario pronunciarse sobre este punto: legalmente hablando, ¿existe o no inmunidad intrafamiliar en el Perú? Además, dado que en épocas recientes ha aumentado notablemente el número de divorcios, es posible esperar que en el futuro este tipo de problemas pueda tener una mayor vigencia social. Una mujer divorciada —quizá casada de nuevo— no tendrá mayores escrúpulos en demandar a su ex-esposo por los daños causados por éste al hijo que se encuentra bajo la custodia de la madre. Y lo mismo puede suceder que un padre demande a nombre de su hijo a la madre que ya no es su cónyuge.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, pensamos que la inmunidad familiar no se encuentra acogida por las normas vigentes en el Perú.

El Código Civil no hace distingo alguno, en la Sección sobre Responsabilidad Extracontractual, entre los daños causados por extraños o por parientes; ni existe disposición alguna que excluya a las víctimas familiares de la reparación. Por otra parte, en las disposiciones del Código

243. *Immer v. Risko*, 56. N.J. 482, 267 A. 2d 481 (1970).

en materia de familia tampoco existe prohibición alguna contra la posibilidad de que los esposos se demanden judicialmente entre sí, ya sea a título propio o en representación de sus hijos. El artículo 312 establece que los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad, pero nada dice respecto de iniciar juicios el uno contra el otro. Además, no existe tampoco prohibiciones para que los cónyuges puedan celebrar contratos respecto de sus bienes propios; y estos mismos contratos pueden dar lugar a conflictos que podrían ser llevados al Poder Judicial.

Sin embargo, el argumento de la colusión frente al seguro no deja de tener peso. Por ese motivo, los jueces deberán ser muy rigurosos en determinar indemnizaciones de un cónyuge en favor del otro cuando no están separados de hecho o de derecho y sólo uno de ellos se encuentra asegurado con una póliza que cubre la responsabilidad civil (*third-party liability*). Esta dificultad desaparece desde el momento en que existe un seguro obligatorio porque todos los automóviles familiares estarían necesariamente cubiertos.

Hemos ya indicado que no parece haber ninguna objeción —ni siquiera moral— para que un hijo mayor de edad y con vida independiente, demande a su padre. Y no existe ninguna norma legal que distinga entre el hijo mayor de edad y el hijo menor de edad, representado por quien ejerce la patria potestad.

Por todas estas razones, creemos que la inmunidad familiar no existe dentro de nuestro orden jurídico.

CAPITULO V

EL ESCUDO DEL SEGURO

152. *La inmunidad del asegurado.* No vamos a insistir en este punto que escapa de alguna manera a los alcances de este libro.

Baste señalar que los sistemas de seguro obligatorio crean muchas veces una inmunidad para quienes han cumplido con la obligación legal de asegurarse: el seguro se encarga de pagar la indemnización y no hay acción contra aquél que hubiera sido considerado responsable en otras circunstancias.

No todos los seguros obligatorios establecen esta inmunidad; cuando menos, no todos le otorgan el mismo alcance. Algunos se limitan a establecer que lo pagado por el seguro no puede ser nuevamente exigido al responsable del daño; pero es posible demandar a éste por el valor de los daños en exceso sobre el monto recibido del seguro. Otros no admiten ninguna demanda adicional a lo recibido por el seguro, en lo que se refiere a daños materiales; pero permiten que se demande al responsable por el daño moral. Finalmente, hay otros sistemas que tienen carácter excluyente: la existencia del seguro obligatorio elimina toda posibilidad de otro tipo de acción por daños y perjuicios.

En el Perú, el seguro obligatorio de accidentes de trabajo no está normado de manera suficientemente coherente y la jurisprudencia ha sido contradictoria en este punto, conforme ya se ha explicado en otra parte de este libro[244]. Parecería que mientras existen ciertos casos claros de no inmunidad (daño doloso o por negligencia inexcusable, daño moral), no

244. *Supra*, No. 83.

es obvio si la existencia de seguro excluye de responsabilidad al asegurado en los demás casos.

TITULO IV

LA RELACION DE CAUSALIDAD

CAPITULO I

EL NEXO CAUSAL

Artículo 1969.- *Aquél que...causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo...*
Artículo 1970.- *Aquél que...causa un daño a otro está obligado a repararlo.*
Artículo 1985.- *...debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.*

153. *La causa como condición de ciudadanía dentro del territorio de la responsabilidad extracontractual.* hemos señalado que las inmunidades constituían fronteras que demarcaban el territorio de la responsabilidad extracontractual. Pero existe una condición fundamental —que parece subyacer a toda la problemática que venimos estudiando— para que una situación sea tratada en términos de responsabilidad extracontractual: el nexo causal.

Toda relación de responsabilidad extracontractual implica que una determinada persona (la víctima) puede exigir a otra (el responsable) el pago de una indemnización por daños *causados* por ésta última a la primera. Pero este poder exigir no se dirige arbitrariamente contra cualquier persona: no es posible cobrar una indemnización por un accidente de tránsito al primer transeúnte que asome por la esquina después de ocurrido el hecho. Tiene que haber una razón para que una determinada persona y no otra sea obligada a pagar; una razón que individualice un presunto responsable dentro del universo de personas. El primer hecho que utiliza el Derecho para estos efectos es la relación de causa a efecto; independientemente de que, una vez establecida ésta, el Derecho exija todavía otros elementos más para convertir al causante en efectivamente responsable (culpa, por ejemplo, en los casos de responsabilidad subjetiva).

La relación de responsabilidad extracontractual descansa, entonces, en una relación de causalidad. Por consiguiente, para que exista responsabilidad extracontractual se requiere que exista un nexo causal entre la víctima y el autor del hecho dañino.

154. *Causalidad natural y causalidad jurídica.* En algunos casos, este esquema se hace algo más complejo en razón de que la víctima puede exigir el pago también a una tercera persona (empleador, representante legal de la persona incapacitada, Compañía de Seguros, etc.) que, por alguna razón, responde conjuntamente con —o en vez de— el causante natural. Así, paralelamente al causante «físico», la ley crea un causante "jurídico".

Por tanto, el análisis causal de la responsabilidad no se basa en el orden natural de causas sino en la voluntad de la ley. Esta voluntad responde a finalidades antes que a mecanismos; es decir, mientras que la naturaleza está tramada por las causas eficientes (relación causa-efecto) que crean mecanismos automáticos o regularidades fácticas, el Derecho está tramado por propósitos sociales que establecen vinculaciones entre los hechos con miras a la realización de ciertos valores o fines sociales[244bis].

KELSEN distinguió muy claramente esta doble naturaleza de la causalidad —física y jurídica— reservando la palabra "causa" para el plano natural y la palabra "imputación" para el plano jurídico. Según KELSEN, las proposiciones jurídicas vinculan uno al otro dos elementos, exactamente como las leyes naturales; pero el tipo de vínculo es radicalmente diferente[245]. Por eso, nos dice, "Las leyes naturales formuladas por las ciencias de la naturaleza deben ser adaptadas a los hechos; por el contrario, son los hechos de acción y de abstención del hombre que de-

---

244*bis*. TRIMARCHI enfatiza que la causalidad en Derecho no es un concepto lógico sino el resultado de una reflexión propiamente jurídica y práctica, orientada a resolver un problema específico. Por eso, no siendo la causalidad jurídica un mero concepto lógico, tampoco tiene carácter universal; por lo que puede tener un sentido diverso en las diferentes áreas del Derecho (Pietro TRIMARCHI: *Causalità giuridica e danno*, en Giovanna VISINTINI, ed.: *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*. Dott. A. Giuffrè, editore. Milano, 1984. p. 1).

245. Hans KELSEN: *Théorie Pure du Droit*. Trad. francesa de la 2a. ed. de la *Reine Rechtslehre*. Dalloz. Paris, 1962, p. 106.

ben ser adaptados a las normas jurídicas que la ciencia del Derecho trata de describir"[246].

Aun cuando KELSEN otorga a esta distinción alcances mayores que los que nosotros pudiéramos estar dispuestos a admitir, lo importante en su tesis es la percepción de que la causalidad en Derecho se crea jurídicamente: es la ley —o el Derecho en general— lo que determina que A sea causa de B; no estamos ante una comprobación sino ante una imposición. Por consiguiente, aun en los casos en que el Derecho reconoce como causa de algo a aquello que constituye su causa "natural", esto no es causa porque sea natural sino porque *en ese caso particular* el Derecho ha conferido a la causa natural el carácter de causa jurídica.

En gran parte de los casos, las vinculaciones jurídicas siguen el mismo patrón del orden natural; pero en algunos casos, la vinculación causal natural y la vinculación causal jurídica no van por el mismo camino. Esto explica que pueda considerarse "causante" al empleador por los daños causados (en el orden natural) por su servidor, a pesar de que ese empleador no "hizo" nada, salvo el hecho de ser empleador al cual la ley le imputa ciertas consecuencias.

Por eso, la pregunta causal consiste siempre en "¿quién hizo qué?"; pero este "hacer" no debe ser entendido en sentido físico sino jurídico; es decir, el "hacer" del Derecho es el acto que el mismo Derecho señala como causa de otro. Es probable que muchas veces la norma legal no diga nada especial sobre la causa. En estas condiciones debe entenderse que está asumiendo la causa natural como causa jurídica. Pero, en otros casos, la norma establece, directa o implícitamente, una causa diferente.

Este problema se presenta muy netamente en los mecanismos de difusión del riesgo. En la responsabilidad subjetiva y en la responsabilidad objetiva, el Derecho no hace sino reconocer jurídicamente como causa aquello que ya es causa en el orden natural; sin perjuicio de ciertas precisiones que veremos a continuación. En cambio, cuando se trata de difusión del riesgo, la "causa" jurídica se aleja tanto del orden natural que quizá ya no deberíamos llamarla propiamente causa. Porque, ¿en qué sentido podemos calificar como "causante" del daño a la Compañía de Segu-

246. Hans KELSEN: *Op. cit.*, p. 121.

ros que, a pesar de no haber tenido participación en el hecho dañino, debe sin embargo responder en forma directa y exclusiva por el daño, como en los casos de seguro obligatorio? O también, ¿resulta propio hablar de "causante" de un daño para referirse al empleador del "verdadero" causante, empleador que sólo está obligado a responder en razón de una necesidad de distribuir el peso económico del daño a través de los mecanismos del mercado?

Todo ello nos arroja una duda sobre la omnipresencia de la causa en la relación de responsabilidad extracontractual. La teoría objetiva destruyó la tesis de que la *culpa* es requisito esencial de la responsabilidad; y ahora parecería que la teoría de la difusión del riesgo destruye la tesis de que la *causa* es requisito esencial de la responsabilidad. Este es un punto que nos limitamos a apuntar y que no profundizaremos, con la idea de que otros estudios puedan posteriormente aclarar la situación.

155. *Causalidad y autoría.* La causa jurídica tiene, en la mayor parte de los casos, una característica más personal que la causa natural: es una dimensión existencial del ser humano.

La causalidad natural, de carácter mecánico, apunta únicamente al "enlace material entre un hecho antecedente y un hecho consecuente", mientras que la autoría se refiere a la posibilidad de imputar un obrar a una persona determinada[247]. Esto significa que la persona participa en el hecho con un mínimo de voluntad presente. No queremos decir que la autoría suponga voluntad de dañar, lo que nos colocaría en el campo del dolo. Basta que tenga una voluntad de obrar, de realizar el acto que, quizá sin saberlo ni quererlo, producirá un daño. De todo lo que se trata es que la conducta sea aquélla propia de un ser humano y no una mera participación mecánica o física. Por ejemplo, en lo alto de un edificio, *Marcellus* empuja a *Caium*, quien tropieza con *Proculo*; éste último pierde el equilibrio, cae al pavimento y se mata. Es claro que *Caius* no ha «obrado» propiamente hablando, no es autor del daño de *Proculi*; su participación ha sido meramente mecánica, física. El autor es *Marcellus*. Esta distinción entre causa natural y autoría (causa jurídica) es importan-

247. Isidoro H. GOLDENBERG: *La relación de causalidad en la responsabilidad civil.* Astres. Buenos Aires, 1984. No. 14, p. 45.

te para analizar la defensa basada en que el daño fue cometido por hecho determinante de tercero (art. 1972), que estudiaremos posteriormente[248].

Sin embargo, aquí también tenemos problemas para generalizar conceptos, análogos a los que antes vimos al tratar de la causa jurídica. Aun cuando la autoría es una manifestación de la causa jurídica, no es la única posible: hay "causantes" que no son "autores", en el sentido propio del término; es decir, hay responsables que no puede decirse que participaron con voluntad en el hecho dañino y que, sin embargo, no dejan por ello de ser responsables. En los casos de responsabilidad vicaria con orientación objetiva y en los casos de la aplicación de mecanismos de difusión del riesgo, sólo mediante una ficción se puede hablar de una autoría de aquél que es obligado a responder aun cuando no ha participado directamente de los hechos (empleador, representante legal del incapaz, Compañía de Seguros, etc.). La expresión "autor indirecto" que emplea el Código en el artículo 1981, sólo puede ser entendida en sentido metafórico.

156. *Causalidad y culpabilidad.* De ninguna manera debe confundirse causa y culpa, a pesar de que a veces puede ser muy difícil realizar la distinción.

Como precisa GOLDENBERG, para saber si una persona es *culpable* debe demostrarse primero que es *autor* del hecho; recién después de que esto quede demostrado podrá indagarse si es culpable o no[249]. "Se trata de un planteamiento ajeno al problema de culpabilidad o inculpabilidad que supone un juicio de valor sobre una acción dada. Lo que aquí se juzga es la actuación del sujeto *en sí misma*, sin abrir opinión acerca de su contenido espiritual"[250].

La relación causal pertenece al plano factual y se establece mediante un juicio de ser que *describe* la conducta, mientras que la culpabilidad pertenece al plano del deber ser y se establece con un juicio de valor que

---

248. *Infra*, Nos. 178 y *ss.*

249. Isidoro H. GOLDENBERG: *La relación de causalidad en la responsabilidad civil.* Astrea. Buenos Aires, 1984. No. 14, p. 48.

250. *Ibidem*, No. 14, p. 47.

aprecia la conducta. Para entrar en el campo de la responsabilidad extracontractual se requerirá la existencia de un nexo causal que vincule a la víctima con el pretendido responsable (aun cuando tal nexo no corresponda necesariamente al orden natural sino al orden jurídico de cosas); en cambio, la culpabilidad no siempre estará presente en la obligación de responsabilidad extracontractual: en el caso de los daños cuya reparación está sometida a criterios objetivos de responsabilidad, hay nexo causal pero no hay culpa.

Notemos que esta distinción es importante para los efectos de la prueba en los juicios sobre responsabilidad extracontractual. De conformidad con el artículo 1969, *in fine*, "el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor". El demandante no tiene que probar la culpa del demandado sino que es éste quien debe demostrar su ausencia de culpa. Pero, en cambio, el demandante no está exonerado de probar la relación causal: si bien el descargo de culpa corresponde al autor del daño, primero hay que probar que ese demandado fue efectivamente el autor.

157. *La universalidad de causas*. El problema estriba en determinar las causas que producen una situación dañina, y su alcance.

De un lado, las causas que pueden estar en el origen de un determinado hecho son usualmente múltiples. La causa de un accidente no es solamente la maniobra específica del conductor del automóvil en un momento determinado sino también la invitación del amigo que lo hizo dirigirse hacia la casa de éste y en el camino tuvo el accidente, la suegra del otro automovilista que ese día lo había enervado lo suficiente como para reducir su capacidad de estar alerta, el hijo de este automovilista que le había pedido que le comprara una revista y para lo cual éste había tomado su automóvil, una hermosa mujer que pasaba en ese momento por la calle y que distrajo un instante a ambos automovilistas, etc.; todas éstas son causas del accidente porque si alguna de ellas no hubiera tenido lugar, el accidente no se habría producido. ¿Debemos, entonces, responsabilizar no sólo a los conductores de los vehículos sino también al amigo invitante, a la suegra, al hijo, a la bella transeúnte, etc.?

De otro lado, una misma causa puede dar lugar a innumerables efectos hasta el infinito. El incendio en una casa de la vecindad, originado por culpa de su descuidado propietario, no solamente destruye las casas colindantes. La confusión y el pánico del incendio provocan que la

esposa del vecino pierda el niño que esperaba. A su vez la madre de esta señora que había puesto gran ilusión en el futuro nieto, sufre un infarto como consecuencia de la infortunada noticia y fallece. Estos hechos no le permiten al esposo de la señora infartada atender adecuadamente sus negocios en esos días y consecuentemente sufre una pérdida importante de dinero. Y así podríamos seguir hasta el infinito. ¿Acaso responde el negligente vecino que causó el incendio de todas estas consecuencias que se suceden interminablemente?

Ambas hipótesis parecen absurdas. Si utilizamos un sentido lato de la palabra "causa", todo es causa de todo y cada causa tiene efectos infinitos. Sin embargo, durante mucho tiempo la doctrina y la jurisprudencia asumieron una visión muy cercana a este universalismo de causas. Fue en 1860 que el penalista Maximiliano von Buri expuso explícitamente esta teoría que se conoce bajo el nombre de *Aequivalenztheorie*. Para él, constituye causa de un evento todo aquello que de un modo u otro ha contribuido a su realización; es decir, todos los hechos sin los cuales no se hubiera dado el evento —*las conditiones sine quae non*— son causa del mismo; y todas son equivalentes pues la falta de cualquiera de ellas habría hecho inexistente el evento. Por consiguiente, nos preguntamos si el acto o la omisión de alguien es causa de un determinado daño, de la siguiente forma: ¿es cierto que sin la acción o la omisión de esa persona, el daño no se habría producido? Todo aquello que constituya respuesta afirmativa es causa del daño y nos hace entrar en la responsabilidad extracontractual[251].

158. *La individualización de las causas jurídicamente operativas.* Con la teoría de la equivalencia de las causas, llegamos a la conclusión de que todos los actos humanos son causa de todas las desgracias de los hombres. JIMENEZ de ASUA decía que ese enfoque era la exasperación del concepto de causa[252]. Llevada hasta sus últimas consecuencias esta teoría nos paraliza jurídicamente.

Es, pues, necesario reducir el campo de nuestro análisis causal de manera de poder individualizar la causa jurídica del daño y limitarla en

---

251. *Ibidem*, No. 6, pp. 19-21.

252. *Cit.* Isidoro H. GOLDENBERG: *Op. cit.*, 22, no. 39.

sus alcances hasta un determinado nivel de consecuencias. Pero, ¿cuáles son los criterios que deben guiarnos para estrechar válidamente nuestro campo de análisis causal?

159. *Teoría de la causa próxima.* Una alternativa interesante a la universalidad causal fue la teoría de la causa próxima, según la cual era preciso atender a las causas inmediatas y directas. Esta tesis influyó en nuestro Derecho y todavía esta terminología se mantiene en el campo contractual: el artículo 1321 del Código Civil de 1984 señala que se debe indemnización por los daños derivados del incumplimiento contractual, *en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.*

La teoría de la causa próxima presenta problemas porque tiende a echar una cortina de humo que hace invisible la responsabilidad de quienes se encuentran detrás del agente inmediato del daño. Por ejemplo, si un automovilista atropella a un peatón porque la reparación que le hicieron de sus frenos era defectuosa, ese peatón debería tener acción tanto contra el automovilista como contra el taller que hizo la reparación negligentemente; éste sería un caso de concurrencia de causantes a que se refiere el artículo 1983. Sin embargo, dentro de la teoría de la causa próxima, podría sostenerse que el peatón sólo tiene acción contra quien fue causa *directa e inmediata* de su daño, es decir, contra el automovilista (quien responde objetivamente por riesgo), mientras que el taller quedaría inaccesible. Este tipo de planteamientos haría imposible la responsabilidad por productos defectuosos y haría excesivamente estrecho —y muchas veces injusto— el campo de la causalidad.

La Sección sobre Responsabilidad Extracontractual en el nuevo Código ha sustituido esta terminología por la de la causalidad adecuada.

160. *Teoría de la causa preponderante.* Esta teoría —mal llamada también "teoría de la causa eficiente" (lo que desvirtúa el sentido clásico, de origen aristotélico, de esa expresión)— se opone a la indiferencia de causas planteada por el análisis de las *conditionum sine quae non* y trata de encontrar una causa de carácter preponderante.

Los autores han intentado operacionalizar el concepto de preponderancia de diversas maneras. Unos han hablado de la "causa más activa". Por ejemplo, dicen, si Juan le proporciona a Pedro los fósforos y es éste último quien incendia la casa, no puede negarse que tanto el acto de Juan

como el de Pedro son *conditiones sine quae non*; pero la causa del incendio no es el acto de Juan sino el de Pedro, porque el acto de éste último es la condición más activa[253].

Otros, como BINDING, hablan de «la causa que rompe el equilibrio» entre los factores conducentes a la producción del daño y los factores adversos a ella.

Sin embargo, estas teorías se aproximan mucho a la de la causa próxima a la que antes nos hemos referido y pueden ser objetadas con argumentos similares a los que cuestionan el análisis de la proximidad. En el ejemplo antes citado, por ejemplo, ¿no deberíamos considerar que tanto el acto de Juan como el de Pedro son causa del daño y dan origen a responsabilidad solidaria de estas personas frente a la víctima?

161. *Teoría de la causa adecuada.* Esta teoría, desarrollada en 1888 no por un jurista sino por un filósofo, J. von KRIES, parte de una observación empírica: se trata de saber qué causas *normalmente* producen un tal resultado[253bis].

De esta manera, frente a un daño, se trata de saber cuál es la causa, dentro de la universalidad de causas que encarna cada situación, que conduce usualmente al resultado dañino. Por ejemplo, que una persona le entregue inocentemente un martillo a otra, no conduce a un crimen; en cambio, que una persona golpee con un martillo la cabeza de otra, lleva a un homicidio o, cuando menos, a lesiones. Por consiguiente, si *Catilina* mata a *Ciceronem* con un martillo que le había entregado *Cato*, el acto de *Catilinae* es "causa" de la muerte de *Ciceronis*; pero la entrega inocente del martillo por *Catone* no es "causa"; porque tal acto no conduce usualmente al daño en cuestión: podría haber llevado sencillamente a que *Catilina* se construya una nueva mesa de trabajo.

---

253. Ejemplo citado por Isidoro H. GOLDENBERG: *Op. cit.*, p. 27, n. 49.

253bis TRIMARCHI recuerda que la teoría de la causalidad adecuada nació dentro del ámbito de la responsabilidad penal; y es por ello que su adaptación a la responsabilidad extracontractual ofrece problemas derivados de su aplicación a otras circunstancias (Pietro TRIMARCHI: *Causalità giuridica e danno*, en Giovanna VISINTINI, ed.: *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*. Dott. A. Giuffrè, editore. Milano, 1984, p. 1).

Por consiguiente, no todas las causas que necesariamente conducen a la producción de un daño pueden ser consideradas como causas propiamente dichas de tal daño: no todas estas causas obligan a su autor a participar como responsable en la reparación del daño. Desde el punto de vista de la responsabilidad, se requiere que la causa sea adecuada, es decir, que sea idónea.

Ahora bien, ¿qué es lo idóneo? ¿qué es lo adecuado en materia de causa? La respuesta es "lo normal".

Por ese motivo, quizá la teoría debió denominarse más propiamente como la de la "causa normal" de un hecho. El propio von KRIES decía que "puede considerarse que estamos ante una causa cuando la circunstancia bajo análisis tiene la naturaleza de producir normalmente el daño que ha condicionado"[254]. De esta manera la pregunta clave frente a la situación concreta es: "¿La acción u omisión del presunto responsable, era por sí misma capaz de ocasionar *normalmente* este daño? Si se responde afirmativamente, conforme a la experiencia de la vida, se declara que la acción u omisión era 'adecuada' para producir el daño, y entonces éste es objetivamente imputable al agente"[255].

Como dice GOLDENBERG, "A fin de establecer la vinculación de causa a efecto entre dos sucesos, es menester realizar un juicio retrospectivo de probabilidad, cuya formulación es la siguiente: ¿la acción u omisión que se juzga era *per se* apta o adecuada para provocar normalmente esa consecuencia?"[256]. Y la respuesta se encuentra en una comprobación de normalidad: "No es suficiente, por tanto, que un hecho aparezca como condición de un evento si *regularmente* no trae aparejado ese resultado"[257].

---

254. Cit. p. Henri y Léon MAZEAUD y Jean MAZEAUD: *Traité de Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*, 6a. ed. T. II. Editions Montchrestien. Paris, 1970, No. 1441, p. 531.

255. Alfredo ORGAZ: *El daño resarcible. Actos ilícitos*. 3a. ed. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1967. p. 47

256. Isidoro H. GOLDENBERG: *Op. cit.*, No. 10, p. 33.

257. *Loc. cit.*

La teoría de la causalidad adecuada, que ha sido acogida por la mayor parte de los autores alemanes, admite dos grandes variantes —una más subjetivista y otra más objetivista— y múltiples versiones de ellas.

El propio von KRIES le dio una tonalidad subjetivista cuando sostuvo que la "normalidad" de la causación debía apreciarse *in concreto*, es decir, teniendo en cuenta lo que el autor del hecho sabía de las consecuencias normales: si ignoraba que ciertos efectos se derivan usualmente de un cierto acto, entonces no podía decirse que su acción fuera causa de tal efecto.

Como puede apreciarse, desde esta perspectiva subjetivista, la idea de normalidad no es tan "normal": depende del sujeto involucrado. Y von KRIES sugería que el criterio de normalidad no fuera objetivado a través de un patrón *o standard* similar al del buen padre de familia o al del hombre razonable, sino que se evaluara en cada caso atendiendo a las circunstancias y posibilidades del sujeto en particular. De acuerdo con la línea alemana de apreciación de la situación *in concreto*, esta aproximación al problema se pregunta sobre lo que efectivamente pudo haber previsto el causante de acuerdo a sus conocimientos de la situación: será entonces "causante" solamente de eso que pudo haber previsto —él y sólo él— en esas circunstancias específicas. No se trata de preguntarse sobre lo que sería normalmente previsible en tal situación, sino que nos tenemos que interrogar sobre lo que *ese* hombre pudo prever en *esa* situación. En otras palabras, la idea de "normalidad" se encuentra teñida por la idea de "previsibilidad"; y la previsión se toma en cuenta a partir de las posibilidades efectivas de prever del agente del daño.

Notemos cómo este análisis causal subjetivista comienza a parecerse al análisis de la culpabilidad: no se está comprobando una relación objetiva entre hechos —nexo causal— sino una relación subjetiva entre una persona y un hecho.

La otra variante coloca el acento en la conexión fáctica antes que en el aspecto subjetivo del conocimiento que pudo tener o no tener el agente de tal conexión. En este caso, se trata de hacer un análisis regresivo de las causas y observar cuáles de ellas llevaban "normalmente" al resultado dañino, independientemente de que el actor lo supiera o no.

Este análisis retrospectivo de la "causa normal" fue llamado por von LISZT con un nombre pedante: "la prognosis objetiva póstuma" (*objektive nachträgliche Prognose*). Se trata de un análisis objetivo en el sentido de que la causa debe ser investigada *in abstracto* y no *in concreto*; es decir, el examen de la causa prescinde de la subjetividad implícita en la situación y se interroga sólo sobre lo que usualmente ocurre. RUMELIN piensa que deben tomarse en cuenta todas las circunstancias que regularmente llevan hacia el hecho en cuestión, sean o no sabidas por el agente e incluso aquellas que sólo con posterioridad al daño se conoce que estuvieron vinculadas a la producción del hecho dañino.

GOLDENBERG considera que esta posición extrema de RUMELIN lleva a incongruencias. Y cita, como ejemplo de ellas, un caso famoso ya mencionado por TRAEGER y por ENNECERUS. Los estibadores que cargaban el barco *Mosel* no advirtieron que un barril que estaba marcado como caviar y que se encontraba sobre cubierta a la hora de cargar, contenía en realidad explosivos. El barril había sido dejado disimuladamente cerca de la carga por el terrorista Thomas. El barril hizo explosión: murieron más de cien personas y quedaron seriamente averiados varios buques. "Si aceptamos que a los trabajadores se les podía tachar de negligentes por la circunstancia de habérseles escurrido el barril entre la carga, serían responsables... según la teoría de RUMELIN... de la muerte de los hombres y del daño de los buques"[258].

Sin embargo, esta objeción no es válida porque se basa una vez más en la confusión entre causa y culpa y entre nexo causal y responsabilidad. No se trata de establecer *negligentes*. Todo lo que se está planteando es la delimitación de la causa como presupuesto de la responsabilidad. Pero, como antes se ha dicho, no todo causante es responsable. La responsabilidad se determinará en un segundo paso, una vez establecida la relación causal, mediante el análisis de los factores de atribución: culpa o riesgo. Ahora bien, desde el punto de vista puramente causal, la acción de los estibadores no constituye propiamente causa no porque el hecho de cargar el barril de pólvora y colocarlo en la bodega no tuviera como consecuencia los daños al barco, sino porque no es la causa *adecuada*. Para esos estibadores, el barril contenía caviar: no podían saber

---

258. Isidro H. GOLDENBERG: *Op. cit.*, No. 10, pp. 35-36, n. 64.

que contenía pólvora. Por consiguiente, el efecto *regular* o *normal* de colocar un barril dentro de un barco no es una explosión.

Cuando RUMELIN se refiere incluso a las causas no sabidas por el agente, no puede pensarse en aquello que es oculto totalmente para éste: si fuera así, habríamos regresado por vía indirecta a la equivalencia de las causas y todo sería causa de todo. La teoría de RUMELIN sólo puede entenderse en el sentido de que no es preciso que el agente conozca hasta el detalle todas las consecuencias probables: basta que conozca que se trata de un acto que puede generar consecuencias nocivas, que conlleva una peligrosidad implícita. Si una persona deja una pistola cargada en un lugar abierto y accesible, no puede "saber" que pasará un niño por ese lugar, tomará la pistola y, al jugar con ella, matará a un amigo. Pero puede presumir que dejar una pistola a la mano conlleva *normalmente* o *regularmente* riesgos, de los cuales será "causante". Es evidente que la conexión causal precisa sólo será conocida póstumamente, cuando el daño se ha producido. Pero ello no impide que quienes han participado en dicha conexión de causas sean causantes —en forma "adecuada", es decir, causantes de los efectos normales de sus actos— en la medida en que hubieran sabido lo que estaban haciendo, aunque no conocieran todas las relaciones causa-efecto que se derivarían de sus actos.

Los estibadores del barco *Mosel* no cargaron un barril de pólvora (porque no sabían ni podían saber que contenía pólvora) sino un "barril de caviar"; consecuentemente, no son causantes —en sentido jurídico— de la explosión.

162. *La causa en la responsabilidad extracontractual dentro del Código Civil Peruano.* Nuestro Código enuncia la relación causal en los artículos 1969 y 1970, al referirse a "aquél que (de una manera o de otra) *causa* un daño a otro". Y luego califica el tipo de causa que tiene una función operativa en responsabilidad extracontractual en la última parte del artículo 1985 donde, un poco de paso, dice que la causa debe ser "*adecuada*".

En nuestra opinión, esta referencia del artículo 1985 está fuera de lugar. Esa norma reglamenta la naturaleza de la indemnización, lo que supone que ya ha quedado establecida la responsabilidad. En cambio, la mención a la causalidad adecuada trata sobre uno de los determinantes —o mejor, sobre uno de los presupuestos— de la responsabilidad misma;

por tanto, esa disposición sobre la causa es lógicamente anterior a todo lo que se dispone en el resto del artículo sobre la indemnización. En otras palabras, la calificación del tipo de nexo causal que da origen a una investigación de responsabilidad (para ver si se cumplen los factores de atribución, la culpa o el riesgo), es extraña en un artículo que regula fundamentalmente el *quantum respondeatur*.

Pensamos que la regla del artículo 1985, *in fine*, merecía un artículo independiente, que debía figurar entre los primeros de la Sección.

163. *Nuestra posición*. El Código Civil Peruano prescribe expresamente que la causalidad que debe ser analizada, desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual, es la "adecuada". Y, aun cuando este adjetivo pueda ser interpretado de múltiples maneras si se lo toma en su sentido profano, no cabe duda de que tiene una significación particular dentro de la comunidad jurídica contemporánea. Por consiguiente, podemos afirmar que el Código Civil Peruano ha acogido la teoría de la causalidad adecuada.

Claro está que, si bien esto implica un estrechamiento del campo semántico de aplicación del adjetivo "adecuado", no estamos de ninguna manera ante un concepto unívoco ni estático. Ya hemos visto que dentro de la teoría de la causalidad adecuada existen variantes y versiones. Por otra parte, esa teoría —como toda teoría— es un modelo conceptual dinámico, que tiende a irse transformando con el transcurso del tiempo en razón de las nuevas situaciones a las que se enfrenta o de las nuevas reflexiones que inciden sobre ella. Por consiguiente, aun cuando el Código se ha colocado legislativamente dentro de una determinada tendencia doctrinaria, ello no clausura herméticamente la discusión ni impide que se produzca una evolución conceptual movida por la doctrina o por la jurisprudencia.

Hecha esta advertencia, es imprescindible pronunciarse sobre la variante de la teoría de la causalidad adecuada que debe ser aplicada en la responsabilidad extracontractual peruana.

En nuestra opinión, si se quiere distinguir correctamente los conceptos y facilitar así una articulación coherente de ellos, la única variante aceptable es la objetiva. La variante subjetiva nos lleva a una noción de previsibilidad *in concreto* que, no solamente confunde la causa con la

culpa, sino que nos sumerge en las profundidas más subjetivistas de la culpa, con todas las dificultades que ellas encierran y que ya antes hemos señalado[259].

Sin por ello adherir al positivismo lógico, no podemos negar lo saludable desde el punto de vista epistemológico de la advertencia de WITTGENSTEIN: "En el lenguaje corriente, sucede frecuentemente que la misma palabra designe de manera diferente —por lo que corresponde a diferentes símbolos— o que dos palabras, que designan de manera diferente, sean utilizadas exteriormente de la misma manera dentro de la proposición. Es así como se producen fácilmente las confusiones fundamentales (de las cuales la filosofía está plagada). Para escapar a estos errores, debemos utilizar un lenguaje de signos que los excluya, no recurriendo al mismo signo para diferentes símbolos ni utilizando exteriormente de la misma manera los signos que designan de manera diferente"[260]. Por consiguiente, una tarea importante de la epistemología en cualquier área del conocimiento —y el Derecho no constituye una excepción— consiste en "la clarificación lógica del pensamiento", en "volver claros y en delimitar rigurosamente pensamientos que de otra manera, por así decirlo, son revueltos y difusos"[261].

Esto quiere decir que, en el campo que nos ocupa, es preciso distinguir claramente entre causa y culpa. Porque si no existe distinción entre estos términos, no vale la pena —e incluso es perjudicial— que conservemos ambos. Aquí una vez más se aplica la sabia norma de OCCAM: *Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem.* Y nos parece que la única forma de establecer la diferencia de manera neta es con la ayuda de la variante objetivista de la teoría de la causalidad adecuada.

Esta teoría debe complementarse con una teoría de las fracturas causales.

En realidad, la causalidad adecuada nos aparta de la confusión de la causalidad universal; pero requiere de ciertos afinamientos que, en al-

---

259. *Supra*. Nos. 11 y 52.

260. Ludwig WITTGENSTEIN: *Tractatus logico-philosophicus*. Gallimard. Paris, 1961. Nos. 3.313, 3.324 y 3.3.25.

261. *Ibidem*, No. 4.112.

gunos casos, son prolongaciones de sus propias tesis y, en otros, son complementos.

Las fracturas causales son aquellos hechos ajenos a la serie causal normal, que consecuentemente interrumpen la cadena de la causalidad adecuada. Es interesante notar que, si bien el Código no precisa el contenido de la expresión "adecuado" que califica la cadena causal jurídicamente operativa, en cambio señala taxativamente en su artículo 1972 los hechos que interrumpen la relación de causa a efecto entre el obrar del presunto causante y el daño. De ahí que sea de la mayor importancia revisar cuidadosamente estas formas de interrupción de la causalidad para entender más cabalmente la causalidad adecuada.

164. *La causa en acción.* Las teorías expuestas aparecen como muy especulativas para el abogado que está formado dentro de la disciplina de las realidades apremiantes de la acción. Por ese motivo, creemos que es importante analizar la idea de causa en operación, confrontada con los problemas de la vida social.

En realidad, la problemática de la causa surge fundamentalmente por contraste. Cuando no hay discusión en materia de causalidad, la causa parece no ofrecer dificultad jurídica alguna. El que demanda una indemnización por responsabilidad extracontractual tiene que probar que su demandado es "causante" de su daño. Pero esta prueba es bastante simple porque no va más allá de la comprobación directa: si se demuestra que el demandado conducía el vehículo con el cual el demandante fue atropellado, hay una prueba *prima facie* de que fue el causante. La simple presencia activa del demandado en la producción del daño, le atribuye el carácter de causante sin necesidad de entrar en mayores sutilezas.

La dificultad se presenta cuando el demandado se enfrenta a esta imputación de causalidad y sostiene que, aunque participó en el hecho generador del daño, no es el causante del mismo. Es entonces, cuando se quiere escapar de las cadenas de la causa, que se requiere afinar particularmente el análisis. Mientras nadie la discute, la noción de causa pasa casi desapercibida para el Derecho. Es sólo cuando alguien la objeta, que esta noción se pone de relieve y tiene que ser cuidadosamente construida.

Hay dos grandes grupos de defensas causales, que obligan a desarrollar la teoría de la causa: la alegación de una fractura del nexo causal

y la alegación de daño remoto. Veremos más tarde que estos dos tipos de defensas se acercan hasta confundirse.

Cuando el automovilista que conducía el vehículo que atropelló al demandante aduce que esa evidencia *prima facie* de ser el causante es un espejismo de causa porque ha mediado un caso fortuito, un hecho determinante de tercero o una imprudencia de la víctima, es entonces que la discusión sobre el concepto de causa se hace vital: es indispensable determinar si una *nova causa* ha intervenido, de manera que la relación causal entre el demandado y el daño quedó interrumpida. Igualmente, si el demandado sostiene que efectivamente fue el autor de un cierto hecho con consecuencias dañinas pero que ese hecho es remoto con relación al demandado porque se sitúa en una etapa muy anterior de la cadena de causas, es entonces que interesa establecer los alcances de la causa: hasta dónde se puede considerar causante al autor de un hecho, si se tiene en cuenta que cada acto humano produce una sucesión interminable de efectos.

En consecuencia, para entender mejor la forma como opera la causa jurídica en las situaciones que se presentan diariamente a jueces y litigantes, examinaremos a continuación estos dos grupos de defensas causales: la fractura del nexo y los daños remotos.

CAPITULO II

LAS FRACTURAS CAUSALES

Sección I: Generalidades

Artículo 1972.- *En los casos del artículo 1970...*

165. *La primera lectura del artículo 1972.* Esta norma contiene un encabezamiento que puede llevar a confusión.

En efecto, la regla comienza diciendo "En los casos del artículo 1970...", el autor no está obligado a la reparación si ha mediado tal o tal situación. Esto da la impresión en una primera lectura de que el artículo 1972 se aplica sólo a los casos del artículo 1970. Dicho de otra manera, la redacción parece llevar a pensar que, mientras el artículo 1971 tiene un alcance genérico —excluye tanto de la responsabilidad subjetiva como de la objetiva a daños cometidos en las circunstancias ahí descritas— el artículo que ahora comentamos está exclusivamente vinculado al artículo 1970; es decir, esta norma se aplicaría únicamente a los casos de la responsabilidad objetiva que aparece cuando los daños son ocasionados a causa de la realización de actividades o del uso de bienes riesgosos o peligrosos.

Sin embargo, veremos que esta lectura de la norma sería equivocada y que no se trata de exoneraciones de responsabilidad exclusivas del caso de riesgo, sino que están también presentes —en forma implícita— en los casos de aplicación de la responsabilidad por culpa.

166. *Alcance general de la fractura del nexo causal.* El artículo 1972 precisa tres casos en los cuales se rompe el vínculo causal entre el cau-

sante aparente y la víctima; por consiguiente, no existiendo nexo o continuidad causal, no hay tampoco responsabilidad.

Sin embargo, hemos señalado que —salvo ciertos casos especiales— la causalidad parece ser una condición esencial para atribuirle responsabilidad a una persona. 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 determinada como causante) o se aplicará el artículo 1970 (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 a ambos tipos de responsabilidad.

Por consiguiente, una fractura del nexo causal afecta la responsabilidad cualquiera que sea el factor de atribución empleado: culpa o riesgo. No podemos, entonces, decir que estos casos de fractura causal mencionados en el artículo 1972 sólo eliminan la responsabilidad por riesgo (artículo 1970) pero no la responsabilidad por culpa (artículo 1969).

167. *Por una lectura correcta del artículo 1972.* En realidad, es obvio que toda fractura causal elimina la responsabilidad subjetiva: si ha mediado caso fortuito o hecho determinante de tercero o hecho determinante de la víctima, estamos ante una situación de ausencia de culpa por parte del causante aparente. En consecuencia, dado que en los casos del artículo 1969 sólo se responde si hay culpa, si el presunto autor prueba que han mediado las circunstancias antes mencionadas, no estará obligado a la reparación del daño.

Esto nos deja claro que el artículo 1972 no es solamente aplicable a los casos del artículo 1970 sino también a los casos del artículo 1969.

De acuerdo a lo expuesto, el sentido correcto de la primera fase de la norma no es el de "*Sólo* en los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando..." sino, más bien, "*Incluso* en los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando...". El Código da por sobreentendido que el caso fortuito, el hecho determinante de tercero y el hecho determinante de la víctima establecen una situación de ausencia de culpa y, por tanto, liberan al demandado de la responsabilidad del artículo 1969. Pero, como en la responsabilidad

objetiva del artículo 1970 la ausencia de culpa no libera al demandado de responsabilidad, el artículo 1972 ha querido destacar que aun en esa drástica responsabilidad objetiva, esos tres tipos dramáticos de fractura causal excluyen a ese demandado de toda responsabilidad.

De esta manera, tanto el artículo 1971 como el artículo 1972 tienen un alcance general y comprenden ambos la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva.

168. *Una lectura complementaria.* Paralelamente a la lectura propuesta, hay una segunda manera de ver las cosas, que no es alternativa sino complementaria de la anterior.

Ese encabezamiento del artículo 1972 nos quiere decir además que, tratándose de responsabilidad objetiva (los casos de riesgo del artículo 1970), la ausencia de culpa no excluye al agente de responsabilidad. En esos casos, solamente una fractura del nexo causal libera al presunto agente de responsabilidad. Y el artículo 1972 describe los tres únicos tipos de fracturas causales que el legislador admite: caso fortuito, hecho determinante de tercero y hecho determinante de la víctima.

De acuerdo con esta manera de ver las cosas —que parece la única coherente— podríamos leer también ese artículo de la siguiente manera: "En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación *sólo* cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño".

169. *Causante presunto y autor.* Aun cuando carece de importancia práctica, cabe destacar un error terminológico del artículo que estamos comentando.

La norma se refiere al "autor" del daño. Pero ya hemos señalado que la autoría implica no una mera relación mecánica sino una participación existencial en la sucesión de causas y efectos[262].

---

262. *Vid. supra.* No. 155.

Sin embargo, si han funcionado algunos de los mecanismos señalados en la propia norma como rupturas del nexo causal, ese "autor" ya no es autor. Si se demuestra que la causa del daño fue el caso fortuito, entonces no hay un autor; y si se demuestra la intervención determinante de un tercero o de la propia víctima, entonces el autor no es aquél a quien el artículo 1972 libera de responsabilidad sino el tercero o la víctima. Esto es claro cuando la regla dice que el autor no está obligado a la reparación; pero si no está obligado es precisamente porque no es autor.

Pensamos que hubiera sido más coherente que, en vez de usar la palabra "autor" en este caso, se hubiese utilizado una expresión más matizada que refleje mejor la situación de aquél que parece ser pero no es: el "presunto causante" o el "posible agente" u otra denominación similar.

Sección II: El caso fortuito y la fuerza mayor

> Artículo 1972.- *...el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor...".*

170. *Caso fortuito y responsabilidad objetiva.* Cuando pensamos en términos de responsabilidad subjetiva, el caso fortuito o la fuerza mayor no constituyen problema. Lo que está más allá de la culpa es *terra incógnita*, respecto de la cual no existe interés en trazar un mapa ni en distinguir regiones diversas: todo ello, por igual, queda fuera de la obligación de reparar. E incluso existe una tendencia a identificar en general lo que queda al margen de la culpa con el azar: si no hubo un culpable, el daño debe haberse producido por un caso fortuito.

Sin embargo, al considerar esta causal eximente de responsabilidad con relación a la responsabilidad objetiva es preciso ser muy cuidadosos, porque por este camino podemos regresar inadvertidamente a la idea de culpa: si pensamos que no solamente todo caso fortuito significa que no hay culpa sino que además cada vez que no encontramos culpa de alguien estamos ante un caso fortuito, entonces la objetividad se convierte en una mera ilusión. De esta manera habríamos regresado al campo de la culpa por la puerta falsa. Dado que el caso fortuito libera también de la responsabilidad objetiva (art. 1972), si cada vez que no encontramos cul-

pa de alguien estamos ante un caso fortuito, entonces sólo habrá responsabilidad cuando hay culpa; y la teoría del riesgo y demás conceptualizaciones objetivistas quedan así reducidas a un mero eufemismo jurídico.

En el fondo, la noción de caso fortuito o de fuerza mayor sólo tiene importancia en el campo de la responsabilidad objetiva; porque, tratándose de responsabilidad subjetiva, todas las situaciones comprendidas en el caso fortuito se hallan excluidas de tal responsabilidad por el simple hecho de que carecen de culpa. Por tanto, si la responsabilidad subjetiva sólo responsabiliza a quien tiene culpa, estos casos quedan exentos; y no es necesario complicarse la vida hablando de caso fortuito o de fuerza mayor, porque basta demostrar la simple ausencia de culpa para quedar libre de responsabilidad.

171. *Caso fortuito y fuerza mayor.* Esta necesidad de concentrar y precisar el campo del caso fortuito a fin de que la responsabilidad objetiva no se esfume, ha dado lugar a diversas construcciones doctrinarias orientadas a salvar el principio objetivo.

Theodor SÜS ha propuesto una distinción original entre el caso fortuito y la fuerza mayor, considerando que el caso fortuito no exonera de responsabilidad objetiva mientras que la fuerza mayor sí lo hace[263]. El artículo del Prof. Theodor SÜS se titula *La nueva regulación jurídica de la responsabilidad Civil y del seguro obligatorio de responsabilidad civil* y fue publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de Madrid, en el número correspondiente a Enero-Junio de 1941 (p. 47). SÜS distingue entre el caso fortuito y la fuerza mayor en razón de la tipicidad o atipicidad del riesgo. Es así como nos dice que el caso fortuito es el peligro típico de la actividad; mientras que la fuerza mayor es el peligro atípico. De esta manera, un descarrilamiento es un peligro típico de un ferrocarril, pero no lo es un rayo o un terremoto. De ello SÜS concluye que, tratándose de responsabilidad subjetiva, tanto el caso fortuito como la fuerza mayor exoneran de responsabilidad. Pero si se trata de respon-

263. Cit. p. Antonio BORRELL MACIA: *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil. Estudio del artículo 1902 del Código Civil y breves comentarios sobre los artículos 1903 a 1910 del propio Cuerpo legal.* 2a. ed. Bosch. Barcelona, 1958. No. 8, p. 18.

sabilidad objetiva, sólo la fuerza mayor tiene valor exoneratorio. Esto significa que la empresa del ferrocarril no podría liberarse de la responsabilidad derivada de un descarrilamiento, aun si prueba que no hubo negligencia de su parte y que el accidente se produjo por circunstancias imprevisibles que se encontraban fuera de su control (caso fortuito, dentro de la terminología adoptada por SÜS). En cambio, la empresa del ferrocarril no responde si el daño al tren y a sus pasajeros obedeció a un rayo o a un terremoto(fuerza mayor, dentro de la terminología de SÜS).

No cabe duda de que existe una intuición profunda y aprovechable en este planteamiento. Sin embargo, la forma como ha sido expuesto no se concilia con las corrientes doctrinarias prevalecientes en el Perú ni tampoco con los textos legales vigentes.

La Sección del Código Civil Peruano sobre responsabilidad extracontractual no aporta una definición propia del caso fortuito ni de la fuerza mayor. Por consiguiente, debemos pensar que, en términos generales, es aplicable la definición del artículo 1315: "Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible...".

Como puede verse, el Código Civil Peruano no distingue entre el caso fortuito y la fuerza mayor. Desde el punto de vista histórico-doctrinario es posible hablar del caso fortuito como de un hecho natural (acto de Dios) que impide el cumplimiento de la obligación o que, en el caso de la responsabilidad extracontractual, genera el daño; en cambio, la *force majeur* ha sido vinculada a una intervención irresistible de la autoridad o *factum principis* (acto del Príncipe). Otros sostienen, también históricamente, que en el Derecho Romano la *vis maior* acentuaba la irresistibilidad del evento: según Ulpiano, la fuerza mayor era *omnis vis cui resisti non potest*; en cambio, el caso fortuito romano habría puesto el énfasis en la imprevisibilidad: *casus quos nullum humanum consilium praevidere potest*[264]. Pero ni aun estas distinciones históricas —no recogidas por nuestro ordenamiento jurídico— corresponden a la propuesta hecha por SÜS.

---

264. *Cf.* sobre este punto, Alberto REY de CASTRO: *La Responsabilidad Civil Extracontractual. Estudio teórico-práctico del Derecho Nacional y Comparado.* Lima, 1972. No. 356, p. 379.

Dentro del orden jurídico peruano, en ambos casos lo esencial es lo mismo: se trata de una fuerza ajena extraordinaria, imprevisible e irresistible. Y para todo efecto práctico, nuestro Código Civil considera el caso fortuito y la fuerza mayor como conceptos análogos, que tienen consecuencias similares: la exoneración de la responsabilidad.

Por otra parte, no sería posible introducir una diferenciación como la propuesta por SÜS por la vía de la interpretación, ni aun forzando los textos del Código. El artículo 1972 que estamos analizando prescribe expresamente que tanto el caso fortuito como la fuerza mayor liberan al mal llamado "autor" del daño de pagar indemnización, en contra de la diferenciación planteada por el jurista alemán mencionado. Por tanto, aun dentro de la responsabilidad objetiva, la ley quiere exonerar de responsabilidad tanto a aquél a quien lo beneficia un caso fortuito como una causa de fuerza mayor. Cualquier otra interpretación que pretenda distinguir ahí donde la ley expresamente no distingue, sería *contra legem;* lo que no es admisible jurídicamente.

172. *La noción de caso fortuito repensada.* No cabe duda de que, si queremos salvar el principio de la responsabilidad objetiva, es indispensable afinar los conceptos a fin de no regresar a una responsabilidad por culpa por la vía del artículo 1972.

La situación es tan dramática que algunos juristas han llegado a la conclusión de que simplemente debía eliminarse la noción del caso fortuito en el campo de la responsabilidad objetiva. La incompatibilidad entre un sistema de responsabilidad por riesgo y la exoneración de responsabilidad por caso fortuito ha sido comprendida y advertida muy claramente por el Dr. LEON BARANDIARAN, quien nos dice: "Si se quiere proteger eficazmente a la víctima frente al daño que le ha sobrevenido, por razón de responsabilidad por riesgo (mediante cosa o actividad peligrosa), la presunción de culpa debe ser *iuris et de iure*; el lesionante no puede demostrar su excusabilidad por caso fortuito"[265].

Sin embargo, pensamos que es posible mantener la objetividad sin necesidad de recurrir a distinciones ajenas a nuestro Derecho positivo

---

265. José LEON BARANDIARAN: *Comentarios al Código Civil Peruano (Derecho de Obligaciones) T.I. Acto jurídico.* 2a. ed. Ediar. Buenos Aires, 1954, p. 409.

como la de SÜS, ni adherir necesariamente a la propuesta de eliminación de esta defensa, sino simplemente profundizando la noción de caso fortuito.

Lo importante es comprender la diferencia entre el caso fortuito y la ausencia de culpa. Ya hemos dicho que en el campo de la responsabilidad subjetiva todo lo que no es culpa tiende a ser considerado como caso fortuito, debido a que desde el momento en que no hay culpa deja de haber responsabilidad: no hay ningún interés práctico en diferenciar tipos de ausencia de culpa. Sin embargo, este tipo de análisis readquiere importancia en el plano de la responsabilidad objetiva porque el caso fortuito propiamente dicho está exonerado de responsabilidad objetiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1972; en cambio, la simple ausencia de culpa sólo exonera de responsabilidad subjetiva, pero no libera al causante de responsabilidad por el daño incluido en los términos del artículo 1970.

Para comprender mejor este planteamiento, podríamos decir que la expresión "ausencia de culpa" puede ser usada con sentido amplio o con sentido restringido. En el primer caso —sentido amplio— comprende todas las situaciones en las que no hay culpa de aquél a quien se exige el pago de una indemnización por daños y perjuicios. De esta forma, el caso fortuito es *una* de las situaciones posibles de ausencia de culpa. En el segundo caso —sentido estricto o particular— la expresión "ausencia de culpa" denota aquellas situaciones en las que, no existiendo culpa, tampoco se ha presentado un caso fortuito o de fuerza mayor, un hecho determinante de tercero o un hecho determinante de la víctima.

De lo expuesto podría pensarse que la ausencia de culpa (en sentido amplio) es el género, mientras que la ausencia de culpa (en sentido estricto) es la especie. Sin embargo, este planteamiento no es totalmente correcto.

Es verdad que todo caso fortuito constituye un caso de ausencia de culpa (en sentido amplio); y también es cierto que no todo caso de ausencia de culpa (en sentido amplio) constituye un caso fortuito. En esto parecen cumplirse las características de las relaciones entre el género y la especie. Pero lo fundamental estriba en que la noción de ausencia de culpa y la noción de caso fortuito pertenecen a órdenes conceptuales distintos; y que, aunque presentan relaciones entre sí, según se ha visto,

sólo pueden ser adecuadamente comprendidas si se las ubica dentro de sus respectivos órdenes.

La ausencia de culpa es una noción que juega dentro del orden de la culpabilidad, mientras que el caso fortuito es una noción que juega dentro del orden anterior de la causalidad. Y, si bien es verdad que si no hay relación causal tampoco puede haber culpa, ello no quita que se trate de planos diferentes. Los hermanos MAZEAUD ponen de manifiesto que el caso fortuito es una "*causa* ajena", es decir, es un acontecimiento que interrumpe la sucesión ordinaria de causa a efecto con la intervención de una causa nueva y extraña al demandado[266]. El caso fortuito no es, entonces, la mera ausencia de culpa porque en él interviene una *novam causam* que produce una interrupción de la continuidad causal. De esta manera, mientras que la ausencia de culpa es un factor que se define negativamente (por una ausencia), el caso fortuito se define positivamente (por un *evento*). Entonces, para que pueda hablarse de caso fortuito no basta que no exista culpa; tiene que haberse producido un evento de características excepcionales.

Esta tesis es sostenida por MESSINEO, quien distingue entre la "causa no imputable" (ausencia de culpa) y el caso fortuito: la primera situación, dice este autor, tiene una connotación negativa; en cambio la segunda está constituida por un hecho positivo. Por consiguiente, el caso fortuito tiene un significado diverso al de la causa no imputable. Aun más; dice MESSINEO que "probar el caso fortuito (o la fuerza mayor) no significa probar que aquel daño *no* se debe a la negligencia del llamado a responder (como imputable a él), sino que significa probar que se debe a un hecho *positivo* que se concrete en un evento, o en un hecho *extraño* al sujeto y *no-evitable*, como un terremoto o la propagación del incendio de una cosa próxima..."[267]. El mismo MESSINEO aclara que el caso fortuito "cuando concurre, tiene (...) el efecto de *interrumpir el nexo de causalidad* entre el acto del llamado a responder y el daño; y no

---

266. Henri y Léon MAZEAUD y Jean MAZEAUD: *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda. Vol. II. *La responsabilidad civil. Los cuasicontratos*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1978. No. 572, p. 318.

267. Francesco MESSINEO: *Manual de Derecho Civil y Comercial*. T. VI. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1979, p. 526. Los énfasis son del propio MESSINEO.

ya a eliminar una presunción de culpa"[268]. A su vez, TRIMARCHI declara enfáticamente que la prueba del caso fortuito no equivale a la prueba de la falta de culpa: "probar el caso fortuito significa probar un evento determinado..., y tal evento, imprevisible e irresistible, debe tener una característica de 'exterioridad'"[269].

En nuestro medio, usualmente se ha confundido el caso fortuito y la ausencia de culpa: se ha entendido que todo lo que no es culpa tiene que constituir caso fortuito o fuerza mayor. Sin embargo, Jorge Eugenio CASTAÑEDA percibe el problema y, en la edición de 1963 de su libro *El Derecho de las Obligaciones* (en la edición de 1955 todavía esta idea no está presente), señala que existe una distinción entre ambos conceptos: el caso fortuito no es una mera ausencia de culpa sino tal ausencia sumada a la inevitabilidad del evento[270].

Pero es Felipe OSTERLING quien asume la bandera de la distinción y difunde la idea. OSTERLING sostiene, dentro de la línea de MESSINEO, que "en la ausencia de culpa, el deudor no está obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o fuerza mayor"[271]. "La ausencia de culpa se prueba, pues, demostrando la conducta diligente del deudor; a diferencia de la prueba más severa del evento fortuito, que requiere identificar el acontecimiento y, otorgarle las características de imprevisible e irresistible"[272]. Hay, entonces, en OSTERLING una clara percepción del caso fortuito como un hecho positivo, que tiene que ser demostrado. Sin embargo, la concepción de OSTERLING todavía no distingue entre el plano causal (en el que se presenta el caso fortuito) y el plano de

---

268. Francesco MESSINEO: *op. cit.* T. VI, p. 486. El énfasis es del propio MESSINEO.

269. Pietro TRIMARCHI: *Rischio e Responsabilità Oggetiva.* A. Giuffrè. Milano, 1961, p. 184.

270. Jorge Eugenio CASTAÑEDA: *El derecho de las Obligaciones.* T. II. *Efectos de las Obligaciones.* Lima, 1963. No. 142, p. 117.

271. Felipe OSTERLING PARODI: *Inejecución de las Obligaciones Contractuales en el Código Civil Peruano de 1936: La Indemnización de Daños y Perjuicios.* Tesis Doctoral. Mimeografiado. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1967, p. 51.

272. *Ibidem*, p. 52.

la culpabilidad. OSTERLING se limita a oponerse a la Glosa (*intra levissimam culpam et casum fortuitum nihil est medium*) afirmando que "existe una zona intermedia entre el caso fortuito o fuerza mayor y la culpa, que sería, simplemente la ausencia de culpa"[273]. Pero no queda claro que el caso fortuito no es simplemente uno de los extremos de un *continuum* en cuyo otro extremo está la culpa, sino que es una circunstancia de orden distinto que afecta la cadena causal y que, por ese motivo (y sólo por ese motivo), constituye un factor eximente de la responsabilidad objetiva.

173. *Las características del caso fortuito extracontractual.* Con estas precisiones sobre la ubicación conceptual del caso fortuito y con la norma del artículo 1315 del Código Civil, podemos delinear una silueta más definida del caso fortuito (entiéndase también, de la fuerza mayor, dentro de la sinonimia que establece el Código Peruano).

Lo fundamental estriba en que el caso fortuito no es una simple ausencia de culpa sino una *nova causa interveniens* que interrumpe el nexo causal entre el presunto autor del daño y el daño mismo.

Es interesante advertir que cuando el caso fortuito se presenta de manera absolutamente pura, no hay controversia alguna ni necesidad de aducirlo, porque no hay tampoco presunto causante: si de pronto cae un rayo del cielo y fulmina a un campesino que cuidaba de sus borregos, no hay posibilidad de imputarle a nadie el hecho sino a Dios. En consecuencia, dado que la alegación de caso fortuito es una defensa y como nadie tiene que defenderse en ese caso, no hay necesidad de recurrir a la noción jurídica de caso fortuito. La situación es distinta cuando, de una manera o de otra, un acto humano se mezcla con el caso fortuito: mientras un automovilista conducía prudentemente su automóvil, se produce un terremoto que le hace perder el control del vehículo y este *caso fortuito* lo lleva a atropellar a un peatón. Normalmente, ese automovilista hubiera sido causante del daño sufrido por el peatón. Pero al alegar caso fortuito está planteando que su acción de conducir dejó de ser la causa determinante del daño para pasar a ser sólo una causa secundaria, en tanto que el hecho de la naturaleza pasó a ser la causa determinante del daño. Por

273. *Ibidem*, p. 40 *et passim*.

consiguiente, el caso fortuito jurídico es una causa decisiva y anónima que *media* entre un acto humano y una consecuencia dañina.

Pero sólo puede decirse que se trata de una nueva causa y que, consiguientemente, el hecho anónimo se sustituye al acto humano, cuando se reúnen las siguientes condiciones:

(a) *El hecho debe ser extraordinario; y por ello se entiende que no constituya un riesgo típico de la actividad o cosa generadora del daño.*

El artículo 1315 del Código Civil se refiere a un "evento *extraordinario*". Por consiguiente, se trata de un hecho que no es común, que no es usual[274]. Pero, ¿qué cosa es un hecho no común? ¿Cómo se califica algo de usual o de no usual?

Fue el jurista austriaco EXNER quien en 1883 propuso la "exterioridad" como característica esencial de la *vis maioris*: lo inusual es lo que es externo a la actividad generadora del daño. Esta tesis tuvo gran acogida por la doctrina y hasta ahora, cien años después de enunciada, constituye un hito insoslayable. TRIMARCHI explica la exterioridad con ejemplos tomados del propio EXNER. Nos dice que si un incendio destruye un almacén, el empresario podrá liberarse de la responsabilidad por el daño a las cosas que ahí se encontraban depositadas probando que el incendio tuvo un origen externo al almacén: en ese caso, es un hecho extraordinario. En cambio, cuando la causa se encuentra en el interior del círculo o campo de la empresa o actividad, tal causa no constituiría nunca fuerza mayor, a pesar de que pudiera demostrarse que no hubo culpa, porque no se trataría de un evento extraordinario: ni aun si el origen del incendio se encuentra en una bomba, con un mecanismo de relojería, colocada por un criminal[275]. En realidad, EXNER parece asignar una prioridad en la apreciación de lo externo a los aspectos espaciales (el lugar

---

274. Felipe OSTERLING, con la colaboración de Carlos CARDENAS QUIROS: *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil (Las Obligaciones)*, en Delia REVOREDO de DEBAKEY, compiladora: *Código civil Exposición de Motivos y Comentarios*. Lima, 1985, p. 440.

275. Pietro TRIMARCHI: *Rischio e Responsabilità Oggettiva*. A. Giuffrè, editor. Milano, 1961, pp. 202-203.

donde se produce el incendio) antes que propiamente causales, ya que el caso de la bomba parece más bien un hecho determinante de tercero; pero, más allá de estas observaciones (que son, de algún modo, discrepancias del autor de este libro con la tesis que venimos reseñando), no cabe duda de que EXNER había descubierto un aspecto importante del caso fortuito: tiene que ser extraordinario; y esto debe ser calificado de alguna forma. EXNER propone que el criterio para determinar si tiene ese carácter excepcional es el hecho de que se trata de una "causa externa".

Los hermanos MAZEAUD reconocen que, como lo dice el artículo 1148 del Código Francés, el caso fortuito tiene que ser una "causa ajena"; pero sostienen que esto no es sinónimo de "causa externa". Para ellos, la exterioridad no es un requisito esencial del caso fortuito cuando se trata de responsabilidad subjetiva; por eso afirman: "la necesidad de la exterioridad no se concibe sino dentro de los casos de responsabilidad por riesgo"[276]. Sin embargo, esta atingencia no parece muy fuerte. Como antes hemos visto, la defensa mediante la invocación de caso fortuito no tiene sentido sino dentro de la responsabilidad objetiva; en la responsabilidad subjetiva es inútil, porque el *casus* está comprendido en la simple ausencia de culpa. De esta manera, si la exterioridad es condición esencial en la teoría del riesgo, entonces parecería que es condición esencial del caso fortuito en la responsabilidad extracontractual.

Nosotros discrepamos con la tesis de la exterioridad (al menos, como la plantea EXNER) porque pensamos que no es un criterio que encaje perfectamente con la noción de "extraordinario": su connotación espacial la pierde. Para calificar de extraordinario un hecho creemos que es más interesante rescatar, en otra clave, la distinción propuesta por Theodor SÜS entre el riesgo típico y el riesgo atípico, que antes hemos mencionado[277]. En realidad, esas categorías no eran adecuadas —al menos dentro del orden jurídico peruano— para distinguir entre el caso fortuito y la fuerza mayor, como quería SÜS. Pero, en cambio, pueden re-

---

276. Henri y Léon MAZEAUD y Jean MAZEAUD: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. T. II. 6a. ed. Editions Montchrestien. Paris, 1970, No. 1566, p. 681.

277. *Supra*. No. 171.

sultar muy útiles para calificar el carácter extraordinario de un hecho que se presenta como caso fortuito; al punto que la diferenciación de SÜS resulta más interesante con este propósito que la clásica de EXNER.

Para EXNER, aun la bomba de tiempo colocada por un terrorista dentro de un cinema haría responsable a la empresa propietaria del cine por los daños resultantes. Esta conclusión era ineluctable porque la bomba generadora del daño se encontraba en el «interior» del local: la vinculación del adjetivo "exterior" con un espacio determinado, conduce a la teoría a resultados difícilmente aceptables. En cambio, si aplicamos las categorías de SÜS (riesgo típico y riesgo atípico) podríamos decir que los daños producidos por tal bomba son un caso fortuito (o, más propiamente, un hecho de tercero, como veremos después), porque el riesgo de terrorismo es atípico para una actividad de exhibición de películas. Pero si el incendio dentro del cine se hubiera producido porque la colilla arrojada por un espectador incendió las cortinas y convirtió al local en una hoguera, el empresario sería responsable aunque pudiera probar que ejercitó la mayor diligencia y que de ninguna manera existe culpa de su parte; porque en este caso estaríamos ante un riesgo típico de la exhibición cinematográfica. Dentro de este orden de ideas, la bomba en el cine sería un hecho extraordinario (atípico); por el contrario, un incendio originado por el descuido de un espectador (aun si se prueba la ausencia de culpa de la empresa exhibidora), no lo sería.

(b) *El hecho debe ser notorio o público y de magnitud.*

El mismo EXNER lo había ya señalado: un evento extraordinario no es simplemente uno que es externo a la actividad productora del daño sino que además tiene que tener un carácter y una violencia excepcional, hasta alcanzar una pública notoriedad[278]. GOLDENBERG dice que "el caso fortuito tiene que tratarse de un 'hecho exterior' de magnitud, ajeno a la explotación, a las actividades, a las cosas de propiedad del deudor, notorio o público y de carácter extraordinario"[279]. En realidad, tras esta "enumeración caótica" (como diría Leo Spitzer), encontramos una cierta

278. Pietro TRIMARCHI: *Op. cit.*, p. 203.

279. Isidoro H. GOLDENBERG: *La relación de causalidad en la responsabilidad civil.* Astrea. Buenos Aires, 1984. No. 47, p. 191.

estructura; todos los primeros adjetivos se resumen en el último: lo extraordinario (la última de las características mencionadas) supone que sea un hecho atípico, notorio, con alcance general.

La notoriedad implica que el carácter extraordinario de un hecho no puede ser apreciado subjetivamente (cuánto de extraordinario tiene para el sujeto involucrado) sino que tiene que ser apreciado objetivamente (en qué medida ese hecho es extraordinario para cualquiera). Cuando se trata de un hecho anónimo (caso fortuito) que, a diferencia del hecho de tercero o del hecho de la víctima, no tiene autor, la doctrina exige que su carácter extraordinario sea indiscutible: no hay caso fortuito cuando su apreciación depende de circunstancias que sólo se refieren al sujeto involucrado. Lo extraordinario (en el caso fortuito) no es algo fuera de lo común para el sujeto sino fuera de lo común para todo el mundo. Todo esto significa que no hay casos fortuitos «privados»: la intimidad no se concilia con la noción jurídica del caso fortuito. Para el Derecho, el caso fortuito es siempre un hecho manifiesto, de gran magnitud, de carácter general. Por eso, no es caso fortuito la simple rotura de la dirección del automóvil (como lo veremos después al analizar la jurisprudencia peruana); en cambio, son indudablemente casos fortuitos el terremoto, la invasión de langostas o el bombardeo[280].

De acuerdo a lo dicho, para considerar la notoriedad del hecho como elemento esencial del caso fortuito no se requiere que esta característica haya sido expresamente señalada en el artículo 1315: está implícita en la exigencia de que se trate de un hecho extraordinario.

(c) *El hecho debe ser imprevisible e irresistible.*

Para BUSTAMANTE ALSINA, estas dos características no son también sino elementos que configuran el carácter extraordinario del acontecimiento: "Que el hecho sea extraordinario o anormal no es un carácter distinto de la imprevisibilidad e inevitabilidad, sino que señala precisamente las circunstancias en que el hecho no puede preverse o evitarse"[281].

---

280. Pietro TRIMARCHI: *Op. cit.*, p. 203.

281. Jorge BUSTAMANTE ALSINA: *Teoría General de la Responsabilidad Civil.* 3a. ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1980. No. 713, p. 264.

En nuestra opinión, ésta es una aproximación equivocada al problema; o quizá mejor, es la aproximación exactamente opuesta a la correcta. No es porque algo sea imprevisible e irresistible que es extraordinario; es más bien porque un hecho es auténticamente extraordinario que resulta imprevisible e inevitable. Si reducimos lo extraordinario a la imprevisibilidad y la irresistibilidad, quizá estamos dejando de lado esas características de atipicidad y de notoriedad que antes hemos señalado; y, de esa manera, la noción de caso fortuito se acerca peligrosamente a la noción de ausencia de culpa. Nuestro Código no reduce el carácter extraordinario a la imprevisibilidad e irresistibilidad pues, si fuera esa la intención del texto, no habría mencionado expresamente la necesidad de que el evento sea ante todo —en primer lugar, dentro de la serie de adjetivos— extraordinario. Esta referencia privilegiada implica que lo extraordinario significa algo más que lo imprevisible e irresistible: implica además (y sobre todo) lo atípico y lo notorio o de alcance general (objetivamente extraordinario).

La irresistibilidad supone que el presunto causante no hubiera tenido oportunidad de actuar de otra manera. No basta con que la adopción de otro curso de acción hubiera sido simplemente muy difícil; se requiere que haya sido imposible.

Respecto tanto de la previsibilidad como de la irresistibilidad surge un problema de apreciación similar al que antes hemos visto con relación a la culpa: ¿deben ser consideradas *in abstracto o in concreto?*

En realidad, caben tres alternativas: (a) que se tome en cuenta sólo lo que el causante hubiera estado en posibilidad de predecir o de resistir por sí mismo; o (b) que se tome en cuenta lo que cualquier hombre razonable hubiese estado en posibilidad de prever o de resistir; y (c) que se tome en cuenta lo que un experto hubiera estado en posibilidad de predecir y un hombre excepcional hubiese estado en posibilidad de evitar.

La primera debe ser descartada por las mismas dificultades que señalamos con relación a la apreciación de la culpa *in concreto*[282]. Es por ello que la mayor parte de los autores se inclinan por la segunda alterna-

282. *Supra*, No. 11 y 50.

tiva: la previsión y la resistencia deben ser apreciadas en función de la capacidad de previsión y de resistencia de un hombre normal. Los MAZEAUD afirman: "La imprevisibilidad y la irresistibilidad se aprecian *in abstracto*. No se trata, pues, de averiguar si el mismo demandado podía prever el acontecimiento y resistir a él, sino de saber si un individuo cuidadoso, colocado en las mismas circunstancias, lo hubiera previsto o impedido. La fuerza mayor se aprecia, pues, como la culpa: por comparación, *in abstracto*; y no *in concreto*, por el análisis del estado espiritual del demandado"[283].

Sin embargo, aun cuando esa interpretación parece razonable, es posible preguntarse si éstas circunstancias no deben ser analizadas con criterios todavía más objetivos. Es verdad que a toda persona puede exigírsele que actúe cuando menos como una persona media: toda conducta *substandard* es, en principio, riesgosa y conlleva su propia responsabilidad. Pero si una persona tiene una capacidad superior a otros para evitar un daño y no lo hace, mal podríamos hablar de caso fortuito; en este caso, la causa interviniente anónima (caso fortuito) no sería determinante. Por otra parte, en lo que se refiere a la previsibilidad, la interrupción del nexo causal debe ser tan fáctica, objetiva, como lo es el mismo nexo causal. Por consiguiente, si consideramos que una cosa es causa de otra de acuerdo a lo que establece la ciencia, mal podríamos decir que un efecto determinado es un caso fortuito sólo porque "la mayor parte de las personas" no sabía que había tal relación de causa a efecto. En ese caso, estamos ante una relación causal conocida que no se interrumpe porque algunos (o muchos) no la conocieran. De manera que sólo habrá caso fortuito cuando nadie sabía todavía que tal causa producía tal efecto.

A este respecto, es preciso insistir en que el hecho de encontrar que existe un nexo causal no significa hacer automáticamente responsable al sujeto: puede existir tal nexo (es decir, no hay caso fortuito), pero el sujeto no será responsable cuando el factor de atribución es la culpa. Nos encontraríamos en esa hipótesis ante un nexo causal no culpable y, por consiguiente, que no obliga a una reparación. En los casos de responsabilidad objetiva, sin embargo, la inexistencia del caso fortuito (o de alguno

283. Henri y Léon MAZEAUD y Jean MAZEAUD: *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda. Vol. II. *La responsabilidad civil. Los cuasi-contratos*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1978. No. 576, p. 321.

de los otros casos de interrupción de la causalidad, a que se refiere el artículo 1972) conduce automáticamente a la responsabilidad.

174. *La jurisprudencia.* La Corte Suprema Peruana ha sido vacilante en materia de caso fortuito extracontractual y en muchos casos ha realizado un conceptualización imprecisa. Como ya hemos visto en lo relativo a otros aspectos de la responsabilidad extracontractual, la jurisprudencia no se ha sentido cómoda con la teoría de la culpa ni con la teoría del riesgo. Por ese motivo, muchos casos son resueltos mediante una combinación no muy bien articulada de ambas teorías.

Es interesante advertir que los jueces peruanos comprendieron de manera intuitiva que el caso fortuito no es simplemente una situación de ausencia de culpa: para que se reconozca el caso fortuito es indispensable que se trate de un hecho extraordinario, es decir, tiene que haberse producido un hecho positivo que genera un riesgo atípico; aun cuando a veces esta convicción haya sido expresada todavía —de manera forzada— en el lenguaje de la culpa.

In Re Víctor Valenzuela contra la Negociación Agrícola Chacaca, el primero demanda a la segunda por haber ocasionado la muerte de su menor hijo Maximiliano Valenzuela Lobatón con uno de los camiones de su propiedad conducido por el chofer Máximo Santos Coca. El accidente se produjo porque reventó una llanta del camión y este hecho hizo desprenderse a la rueda misma, la que fue a golpear violentamente al menor Valenzuela que se encontraba cerca de la carretera, hiriéndolo mortalmente. El Fiscal SOTELO señala que ha quedado demostrado que no hubo descuido o negligencia de parte del chofer del camión, debido a que el accidente ocurrió por un hecho ajeno a él. Sin embargo, no califica este hecho de caso fortuito sino que imputa responsabilidad a la Negociación dueña del camión sobre la base de que ésta «aprovechaba y usufructuaba de sus servicios (del camión)» y el accidente ocurrió cuando desarrollaba una "labor provechosa para sus conveniencias económicas"; por consiguiente, "los elementos constitutivos del vehículo ...han debido ser controlados con la mayor escrupulosidad y cuidado por los dueños". Notemos que el Fiscal adopta una justificación subjetivista para atribuirle responsabilidad a la empresa propietaria: hay culpa porque ha debido controlar mejor el estado de sus llantas. Pero las consideraciones que anteceden sobre el provecho económico obtenido y el uso del camión en su conveniencia, parecen describir una atmósfera de teoría de riesgo. Esta

contradicción de sentimientos en el ánimo del Fiscal, es patente cuando, unas líneas más abajo, declara que "la deficiencia en el vehículo...era previsible, (pero) no era manifiesta y por lo mismo la culpa de los encargados de atender esos servicios y cautelar su seguridad y corrección no revistió carácter de manifiesta indolencia en ellos...". Por eso solicita que se rebaje el monto de la indemnización establecida por la Corte Superior. La Resolución Suprema de 27 de setiembre de 1947 recoge la argumentación del Fiscal que sustenta la responsabilidad de la demandada, pero no reduce la indemnización[284].

Como puede apreciarse, el Fiscal tiene muchas dificultades para formular jurídicamente su convicción de que la empresa propietaria debe pagar algo de indemnización. Dado que carece de la distinción entre caso fortuito y ausencia de culpa, si opina porque no hay culpa, parecería que irremisiblemente cae en el caso fortuito y, entonces, la empresa queda liberada de responsabilidad. Por otra parte, si opina que hay culpa, siente en el fondo que está estirando este concepto más allá de lo razonable; porque es verdaderamente poco serio pensar en un deber de previsión que cuide de que no se revienten nunca las llantas de un vehículo. Por eso el Fiscal parece decirnos: "No hay culpa...pero sí, quizá hay alguna culpa, aunque esa culpa no es tan clara; en fin, optemos porque hay culpa, pero no mucha». Para nosotros —establecida ya la distinción entre el caso fortuito y la ausencia de culpa— el problema no se presenta con esa alternativa dramática: no hay culpa, pero tampoco es un caso fortuito; porque no se trata de un «evento extraordinario», ya que la explosión de una llanta es uno de los riesgos típicos de poseer y conducir vehículos.

Otro caso similar —pero que es resuelto dentro de una línea aún más subjetivista— es el del juicio seguido por Liborio Balazar S. contra la Empresa de Transportes Nor-Pacífico S.A. por la muerte de su hijo, Froilán Balazar Castro. Este joven de 27 años viajaba de Huacho a Lima en un ómnibus de la empresa de transportes demandada. A la altura del kilómetro 113 de la Carretera Panamericana Norte, el muelle izquierdo del ómnibus se rompió y esto ocasionó una desviación de su curso que lo hizo salirse de la pista y caer en un pozo de la pampa. Como consecuencia del accidente falleció el joven Balazar y quedaron heridas otras per-

284. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Nos. 58-59, Noviembre-Diciembre de 1948, pp. 800-801.

sonas. El demandante adujo que había mediado descuido inexcusable de la empresa por no haber revisado el ómnibus antes de ponerlo al servicio del público.

En autos, quedó demostrado que la pista se encontraba en reparación, lo que hace suponer que había numerosos huecos y que los muelles estaban sometidos a un esfuerzo especial. A pesar de ello, el Fiscal GARCIA ARRESE encuentra que el accidente obedeció a "la negligencia de la empresa por falta de revisión material de un ómnibus destinado al transporte de pasajeros, exponiendo al peligro a sus ocupantes". La Corte Suprema hizo suya la opinión del Fiscal en Ejecutoria de 14 de abril de 1953[285].

Es claro que la razón subyacente a esta imputación de culpa un poco forzada es que esa situación no era percibida como caso fortuito. Aquí también, las nuevas categorías existentes en la responsabilidad extracontractual —como la distinción entre lo típico y lo atípico para calificar lo extraordinario— solucionan el problema: el hecho de que una rotura de muelle sea un riesgo típico de la circulación automotriz hace que, si bien no existe culpa, tampoco hay caso fortuito; por lo que la responsabilidad objetiva no puede ser exonerada.

Así como hemos visto que algunos casos eran resueltos con una mayor tendencia al subjetivismo, encontramos otros que son resueltos con una mayor tendencia al objetivismo. Pero en todos ellos, detrás de la terminología subjetivista u objetivista, encontramos la convicción de que lo que ahora llamaríamos un "riesgo típico" no es extraordinario y, por consiguiente, no es caso fortuito.

---

285. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 112, año de 1953, pp. 606-608. *Vide etiam* la Ejecutoria Suprema de 29 de Abril de 1967 que ha sido citada antes (*Supra*, No. 143, n. 236*bis*), en la que se establece que la rotura de dirección no es caso fortuito; aunque se aduce también que la impericia del piloto no le permitió afrontar adecuadamente la situación y contribuyó a la volcadura del camión (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 281, año de 1967, pp. 733-735). Asimismo, *in Re* doña Juana Rosa Zuzunaga contra don David Olano, éste último fue responsabilizado por la muerte del hijo de la demandante en un accidente automovilístico, aun cuando la desgracia ocurrió porque se zafó una tuerca de la dirección que hizo perder al chofer el control de su vehículo (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, Nos. 34-35, Noviembre-Diciembre de 1946, pp. 722-723).

Isabel Marcos Toledo demanda a doña Gladys Huerta Mosquera y a la Compañía de Seguros "La Nacional" para que la indemnicen por los daños derivados de un atropello automovilístico. Al parecer, la señora Marcos caminaba por el borde derecho de la pista cuando la señorita Jesús Huerta —quien conducía el vehículo de propiedad de doña Gladys Huerta— perdió el control de su automóvil a causa de que se le reventó una llanta. La víctima del atropello sufrió "la fractura de ambos huesos de la pierna derecha".

El Fiscal GARCIA ARRESE reconoció que no había culpa en nadie; pero opinó que el daño tenía que ser reparado en razón de la teoría del riesgo. Dice: "Si bien es cierto que el accidente se produjo como consecuencia de la rotura de una llanta, sin que pueda atribuirse culpa a doña Jesús Huerta que manejaba el automóvil, no lo es menos que" los daños deben repararse por el "propietario del vehículo por el riesgo creado en su propio beneficio". La Corte Suprema falló en tal sentido[286].

Es importante notar que el Fiscal que razona en este juicio de manera objetivista es el mismo que en el juicio reseñado en los párrafos precedentes razonaba de manera subjetivista. Esto abona a favor de la tesis que venimos sosteniendo en el sentido de que se utiliza una u otra argumentación, a falta de un mayor afinamiento de los conceptos en juego, porque más allá de las formulaciones se tiene el presentimiento de que el riesgo típico no puede ser considerado caso fortuito y dar lugar a una exoneración de responsabilidad.

Confirmando esta opinión, encontramos una expresión más clara de esta idea en otro dictamen del mismo Fiscal GARCIA ARRESE. La señora Lucinda Albarracín viuda de Pereyra demanda a la Compañía de Servicios Urbanos S.A. para que le pague una indemnización por la muerte de su esposo causada por un ómnibus de propiedad de la demandada. La víctima, don Abel Pereyra, caminaba por la calle de San Marcelo cuando fue violentamente atropellado por un ómnibus cuyo chofer había perdido el control debido a que se había producido la rotura del eje de la dirección. En el juicio se acreditó que el ómnibus se encontraba en mal estado de conservación. Pero el Fiscal GARCIA ARRESE es ab-

---

286. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No 124, año 1954, pp. 589-590.

solutamente categórico al atribuir responsabilidad al propietario, independientemente del mal estado del vehículo: "La responsabilidad de la Compañía es indiscutible. *Aun en la hipótesis de que el suceso se hubiera producido por un hecho imprevisible*, siempre está obligada a la reparación del daño causado, ya que se trata de una empresa que utiliza para su negocio vehículos que representan un peligro, y de la que obtiene lucro". La Corte Suprema resolvió el caso de conformidad con el dictamen del Fiscal[287].

Sin embargo, existe alguna Ejecutoria que no distingue ni siquiera implícitamente entre riesgos típicos y riesgos atípicos; lo que resulta explicable si se tiene en cuenta la confusión existente durante la vigencia del Código anterior sobre la procedencia de la responsabilidad objetiva por riesgo.

Así, *in Re* José Cirilo Rafael Pichón contra Roberto Ferrer y otros encontramos la tesis extensiva del caso fortuito. Don José Cirilo Rafael Pichón viajaba al Sur en el camión de propiedad de don Celso y don Pedro Horna Rodríguez, piloteado por don Roberto Ferrer. A la altura del kilómetro 328, el camión volcó y el demandante sufrió fractura de la pierna izquierda y una herida en la región de la pelvis. Es por ello que demandó al chofer y a lo propietarios del camión para que le pagaran los daños y perjuicios, aduciendo que el camión había volcado por una mala maniobra del chofer, quien conducía a excesiva velocidad. Sin embargo, se demostró en el juicio que la causa verdadera del accidente había sido la rotura de la dirección.

Tanto el Juez de Primera Instancia como la Corte Superior desestimaron la demanda, considerando que el accidente se había producido por caso fortuito. El Fiscal PONCE SOBREVILLA opinó en el mismo sentido. La Corte Suprema debatió arduamente el pleito y finalmente, en discordia, se adhirió a la tesis de las sentencias anteriores en Ejecutoria de 26 de abril de 1968. Sin embargo, en un voto singular, emitido por lo magistrados CARRANZA, PORTOCARRERO y NUÑEZ VALDIVIA, se expresa la opinión de que "en el caso de autos no puede funcionar, para liberar de responsabilidad a los demandados, el caso fortuito o la fuerza

287. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 147, año 1956, pp. 438-440. El énfasis es nuestro.

mayor, por cuanto estos factores son eliminados en la teoría del riesgo creado"[288].

175. *El caso fortuito como defensa causal.* Ya hemos señalado que el caso fortuito adquiere actualidad cuando no se presenta puro sino combinado con otras causas originadas en el obrar humano[289]. Si el acontecimiento es absolutamente anónimo, no hay a quien reclamar; luego, nadie tiene necesidad de alegar el caso fortuito. Esta institución es una defensa, es decir, es una forma de rechazar la responsabilidad que alguien nos imputa. Pero si alguien nos imputa una presunta responsabilidad es porque nuestro actuar ha estado involucrado de alguna manera con su daño.

La causa ajena que configura el caso fortuito puede ser tan poderosa que aniquile la eficacia de cualquier otra causa que hubiéramos podido introducir en el hecho dañino. En esta hipótesis, la demostración del caso fortuito nos libera totalmente de responsabilidad. Pero bien puede suceder que el caso fortuito no sea tan contundente, sino que de alguna manera se combine con las causas introducidas por el demandado; y es esta combinación que produce el daño. Así, el caso fortuito no sería la causa determinante del daño sino que se sumaría a la secuela de causas, para agravarlas o complicarlas. Como dice MESSINEO, el caso fortuito constituye una interrupción del nexo causal sólo cuando es una causa «idónea por si sola para determinar, como causa única, el evento dañoso»: como consecuencia de ello, toda otra causa (el hecho del presunto causante o demandado) se convierte en un elemento indiferente[290].

Si la situación no es pura, el caso fortuito puede aparecer combinado activamente ya sea con una causa simple del demandado (suficiente para establecer responsabilidad en caso de aplicación del principio objetivo del riesgo), ya sea como una causa "culpable" (que genera responsabilidad incluso cuando sólo es de aplicación el principio subjetivo).

Por ejemplo, *Pomponius* deja una pesada maceta con su rosa preferida en un balcón, en posición manifiestamente inestable. Unas horas más

---

288. *Revista de Jurisprudencia Peruana.* No. 292, Mayo de 1968, p. 613.

289. *Cf. supra*, No. 173.

290. Francesco MESSINEO: *Op cit.*, p. 500.

tarde se produce un terremoto y la maceta cae precisamente cuando pasaba por ahí *Tullius*, a quien le rompe la cabeza. No cabe duda de que un terremoto es un caso fortuito. Pero, en la situación descrita, ¿fue acaso el terremoto la causa determinante o adecuada de que cayera la maceta o lo fue la posición inestable en que había sido colocada? Es evidente que hubo negligencia de *Pomponii* y que ésta tuvo participación en el hecho dañino. Ahora bien, para determinar la responsabilidad de *Pomponii*, será preciso contestar a la siguiente pregunta: si la maceta hubiera estado en una posición razonablemente más estable (es decir, si se hubieran adoptado las precauciones normales), ¿puede concluirse que ésta no hubiera caído a la calle ni aun con el terremoto? O, planteada la cuestión de otra manera, ¿estaba la maceta en una posición tan inestable que hubiera caído aun si no se hubiera producido un terremoto? Si la respuesta es afirmativa, existe responsabilidad de *Pomponii*. Tanto el terremoto como la negligencia de *Pomponii* son causas del daño. Estamos, pues, en presencia de concausas cuya idoneidad y carácter determinante para provocar el resultado dañino, tienen que ser evaluadas. Si la falta de precauciones de *Pomponii* en la colocación de la maceta es absolutamente decisiva, podría llegarse quizá incluso a la conclusión de que el terremoto fue un hecho irrelevante porque su intervención causal no fue significativa. En tal caso, *Pomponius* sería plenamente responsable a pesar de que aparentemente habría intervenido un caso fortuito clásico. Esta última hipótesis se presenta cuando el caso fortuito no es sino un hecho coexistente con el acto dañino, pero no tiene influencia causal. Por ejemplo, con motivo de graves desórdenes callejeros en los que se producen incidentes armados, una persona corre para alejarse del peligro. Pero lo hace de manera tan imprudente y poco considerada con los demás transeúntes, que en su carrera empuja a otra persona para poder pasar. Y la aparta de su camino con tal fuerza y torpeza que la hace caer al suelo, lo que le causa una fractura de cráneo a aquél que fue empujado. Difícilmente podría aducir el causante que el daño fue resultado del caso fortuito constituido por el tumulto, ya que tal situación extraordinaria sólo coexistió con el daño, pero no fue causa del mismo: la causa fue la imprudencia de quien empujó salvajemente a la víctima.

Hemos colocado ejemplos basados en la responsabilidad por culpa. Intentemos ahora otro basado en la responsabilidad por riesgo.

Como consecuencia de un terremoto, los recipientes de una fábrica que contienen ácido se vuelcan sobre el río y contaminan las aguas. Esto

ocasiona cuantiosas pérdidas a los campesinos de la zona (porque deteriora sus cultivos) y al Servicio de Agua Potable de una ciudad cercana (porque tiene que aplicar un costoso tratamiento especial al agua destinada al consumo urbano). ¿Puede decirse sin mayor análisis que se trata de un caso fortuito y que la fábrica no responde por estos daños? No. Si se determina que los soportes de los tanques estaban corroídos, que el diseño de éstos no era adecuado para soportar tal cantidad de ácido o cualquier otro hecho similar, tendríamos una causa imputable a la fábrica. Debemos hacer notar que en este caso no se trataría de la existencia de una "culpa" en la fábrica: ésta respondería aun cuando demostrara que no tenía culpa de esa situación, que la corrosión de los soportes no podía advertirse técnicamente, que el diseño de los tanques había sido encomendado a especialistas. Dado que el ácido es una materia riesgosa, la fábrica respondería objetivamente. Por tanto, los hechos antes mencionados sólo serían tomados en cuenta en tanto que "causas" del daño y no en tanto que "culpas"; de ahí que la prueba de la ausencia de culpa no liberaría a la fábrica: acreditado el nexo causal, la fábrica responde por los daños.

En la jurisprudencia encontramos algunos casos de combinación de causas entre un caso fortuito y un acto humano.

La Librería F. y E. Rosay —que tanto contribuyó a la cultura peruana— ocupaba un local en el Edificio Raffo, ubicado en la Avenida Nicolás de Piérola, en Lima. En el segundo piso, encima de la Librería, tenía su consultorio médico el doctor Alfredo Ruiz Espinoza. En la noche del 24 al 25 de enero de 1947, la enfermera al servicio del médico dejó abierta la llave del agua de un lavatorio, lo que causó un aniego en el consultorio. Dado que el agua corrió durante toda la noche, se produjeron filtraciones que causaron daños en los andamios de la librería y en una gran cantidad de libros, muchos de los cuales quedaron inutilizados. La Librería demandó tanto al doctor Ruiz Espinoza como al señor Juan Luis Raffo, propietario del Edificio.

En el juicio se acreditó que las filtraciones se produjeron por existir grietas como consecuencia del terremoto que afectó severamente a Lima en el año de 1940. El Fiscal SOTELO opinó que "Si bien es cierto que en el Edificio ocupado por la firma Rosay, a consecuencia del sismo de 1940 se produjeron grietas y deterioros por donde se filtró el agua al primer piso, no lo es menos que el origen de los daños sufridos por dicha

firma se encuentra en el hecho concreto producido por la enfermera al servicio del doctor Ruiz Espinoza, la que en forma imprudente dejó abierta la llave del agua de un lavatorio". En cambio, era de opinión que el propietario del Edificio no tenía responsabilidad por cuanto «el acto determinante del daño no fue producido por él ni por persona a sus órdenes». La Corte Suprema, en Resolución de 20 de Octubre de 1949, estableció la responsabilidad tanto del médico, cuya enfermera dejó abierto el caño, como del propietario, quien no cumplió con reparar los daños del inmueble causados por el terremoto[291].

Otro ejemplo interesante se presenta *in Re* María Faustina viuda de Martínez con la Compañía Nacional de Tranvías.

Don Eduardo Martínez Matto, de 70 años de edad, intentó atravesar la línea de tranvía a las 5 a.m. en el balneario de La Punta.Pero fue atropellado por el tranvía conducido por el motorista Raúl Sánchez Wasbortt, lo que le produjo casi instantáneamente la muerte. La viuda demandó a la Compañía Nacional de Tranvías para que le pagara una indemnización por la muerte de su marido, que era el sostén del hogar. Lo interesante es que en el juicio se demostró, conforme lo resume el Fiscal GARCIA ARRESE, que el daño era resultado de una combinación de hasta tres tipos diferentes de causas: caso fortuito, imprudencia de la víctima e imprudencia del motorista causante. De un lado, se señala que "La visibilidad era escasa o nula, por haberse apagado las luces del servicio público". De otro lado, se establece que la víctima atravesó los rieles por donde no debía. Y, finalmente, se acredita también que "el motorista, sin necesidad, imprimía una velocidad innecesaria en horas de madrugada". El Fiscal considera que ha lugar a indemnización, pero que su monto debe reducirse: "Atendidas las circunstancias imprevisibles que rodearon el hecho en el que no medió voluntad de causar daño, ni deseo de quitarse la vida; la oscuridad reinante; la obligación de extremar cuidado al conducir un tranvía, y la obligación natural de extremar precauciones al atravesar la línea, cerciorándose de la aproximación de un carro que discurre por vía rígida, observando el itinerario y tiempo prefijado». La Corte Suprema redujo el monto de la indemnización fijada por el Juez en la sentencia, de acuerdo a lo opinado por el fiscal[292].

---

291. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Nos. 68-69, Setiembre-Octubre de 1949, pp. 963-965.

292.. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 168, año 1958, pp. 55-56.

176. *Relatividad del caso fortuito.* El caso fortuito es, en el fondo, una noción plástica, que los jueces pueden modelar de acuerdo a las circunstancias.

No cabe duda de que el Juez debe considerar como caso fortuito únicamente aquellos hechos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles. Esto, por lo pronto, excluye toda confusión con la simple ausencia de culpa, según hemos visto. Pero, a partir de ahí, la aplicación efectiva del caso fortuito puede variar mucho.

Los conceptos de lo extraordinario, lo imprevisible y lo irresistible no son precisos ni absolutos. Por tanto, se requiere determinar en cada caso las circunstancias que pueden ser calificadas como extraordinarias: ¿Qué grado de "inusualidad" se requiere para considerar una situación como manifestamente inusual? Si admitimos el criterio de la tipicidad-atipicidad para establecer el carácter extraordinario, es evidente que la apreciación de lo típico puede dar lugar a varias interpretaciones de los hechos. Por otra parte, la previsibilidad —aun si la entendemos en sentido estrictamente causal y rígido— no es una verdad evidente. Si pensamos que lo imprevisible está constituido únicamente por el azar, tampoco habremos encontrado un criterio claro para determinar los casos fortuitos. Henri POINCARE, el matemático que ha sido considerado como el último de los grandes sabios universales, afirmaba que el azar no es sino una palabra con la que cubrimos todas nuestras ignorancias en materia de las relaciones entre los sucesos. Y aun el azar se calcula, se evalúan probabilidades, se establecen proyecciones, se puede llegar a ciertas regularidades estadísticas que permiten algún grado de previsión. Por tanto, la apreciación de este elemento esencial del caso fortuito admite también diversos criterios operativos. Y la irresistibilidad adolece de los mismos problemas de límites: ¿hasta cuándo se tiene obligación de resistir?

TRIMARCHI hace notar que el caso fortuito tiene una estrecha vinculación con el concepto de probabilidad: decimos que existe un caso fortuito cuando un hecho dañino es excepcional, extraordinario o, en otras palabras, muy improbable. Pero la idea de probabilidad depende de la amplitud del campo de sucesos que se tome en cuenta para apreciarlo[293].

293. Pietro TRIMARCHI: *Rischio e Responsabilità Oggettiva.* A. Giuffrè editore. Milano, 1961, pp. 170-174.

Parafraseando a TRIMARCHI, imaginemos que a las 5:30 de la tarde del 3 de mayo de 1959, un rayo derriba un poste de color rojo cerca del kilómetro 32 de la línea eléctrica de alta tensión. La caída del poste rompe el cable eléctrico, que a su vez cae a tierra y fulmina un rebaño de ovejas. ¿Se trata de un caso fortuito? Si el propietario de las ovejas demanda a la empresa de la electricidad, ¿puede ésta alegar con éxito la defensa del caso fortuito?

Para contestar a estas preguntas tenemos que pronunciarnos sobre el carácter extraordinario del hecho, es decir, necesitamos una convicción sobre su grado de probabilidad: si el hecho era improbable, estaríamos ante un caso fortuito. Pero no podemos establecer el grado de probabilidad sino dentro de un contexto en el que incluiremos más circunstancias o menos circunstancias, según el tipo de contexto que consideramos adecuado o "relevante"; y, a medida de que agregamos determinaciones o elementos a ese contexto que estamos dispuestos a tomar en cuenta, la situación se hace más excepcional, pero en la medida en que quitamos elementos la situación se hace más probable. Así, si nos preguntamos, en términos generales, si es probable que alguna vez caiga un rayo sobre algún poste que carga algún cable de alta tensión en algún lugar del país y que ésto produzca algunos daños, diremos que sí, que efectivamente es probable. Pero si agregamos una determinación a los hechos y nos preguntamos si es probable que esa rotura del cable eléctrico produzca una descarga precisamente sobre todo un rebaño de ovejas, contestaremos que esto es menos probable. Si todavía agregamos otra determinación y nos preguntamos si es probable que todo eso suceda en un lugar determinado y a una hora determinada, las probabilidades serán aún menores.

Por consiguiente, el grado de probabilidad —y de improbabilidad o caso fortuito— depende del número de determinaciones; a su vez éstas dependen de nuestro concepto de relevancia: incluiremos todas las determinaciones que nos parezcan relevantes y excluiremos las irrelevantes en función del daño. Por ejemplo, es mucho más improbable que el poste tocado por el rayo sea de color rojo, dado que la mayor parte de los postes son grises; pero el hecho de que fuera rojo o gris es irrelevante con relación a la producción del daño. Ahora bien, esta noción de relevancia no es tampoco un criterio irrefutable, sino que admite controversias y ambigüedades. Por consiguiente, el Juez tendrá que hacerse una opinión sobre la eventual excepcionalidad del hecho mediante un razonamiento que discurre por un terreno conceptual que no es —ni puede ser— firme e indiscutible.

Todavía es posible agregar otros elementos de reflexión que hacen aún más complicado —y más impreciso— el análisis, si combinamos el aparente caso fortuito con las conductas de las personas involucradas. Por ejemplo, podríamos pensar que si existe alguna vez alguna probabilidad de que en las zonas de tormenta caigan rayos sobre los postes, la compañía de la electricidad debió haber previsto esta situación colocando pararrayos en cada uno de ellos. ¿Hubo, entonces, culpa de la compañía de electricidad, en razón de su negligencia? Aquí nuevamente deberíamos preguntarnos si esa compañía tenía obligación de cuidar ese hecho; porque si no la hubiera tenido, no habría culpa. Si las tormentas son muy poco frecuentes en la zona y la instalación de pararrayos es muy costosa, ¿hasta dónde estaba obligada esa empresa a gastar en medios para evitar un riesgo previsible y evitable, pero poco probable? Quizá la "fórmula de Learned Hand"[294] nos sea útil es este caso, si la aplicamos *grosso modo*.

Pero hay otra variable que exige también un pronunciamiento a título de cuestión previa: el transporte de energía eléctrica de alta tensión, ¿es una actividad riesgosa o peligrosa? Si lo fuera, la culpa de la empresa de electricidad (y, consecuentemente, toda la discusión sobre los pararrayos) sería irrelevante. La apreciación de la previsibilidad tendría que ser muy severa y se realizaría únicamente en términos causales. Tal empresa respondería siempre que el riesgo hubiera sido «típico»; porque todo riesgo típico es por naturaleza previsible y deja de ser un hecho extraordinario, lo que excluiría a dicha empresa de la posibilidad de acogerse a la defensa del caso fortuito establecida por el artículo 1972.

177. *Los bienes y actividades ultrarriesgosos*. Este carácter moldeable del caso fortuito permite manejar mejor ciertas circunstancias especiales que, si bien son infrecuentes, pueden representar un peligro muy significativo. Nos referimos a los bienes y a las actividades ultrarriesgosas[294bis].

Marcial RUBIO acostumbra a poner en sus clases un ejemplo que nos puede servir como tema de un interesante ejercicio de reflexión. ¿Qué sucede si de un zoológico se escapan leones en circunstancias que

---

294. *Vid. supra*, No. 27.

294*bis*. Con relación al ultrarriesgo en los casos de hecho determinante de tercero, *vide infra*, No. 185; *etiam*, respecto del ultrarriesgo creado por animales, *vide infra*, No. 262.

normalmente hubieran sido caso fortuito y se comen a una niña? Imaginemos que ocurre un terremoto; y que en un zoológico perfectamente bien construido se desploman las paredes debido a la intensidad del sismo, lo que permite escaparse a las fieras, las que, en medio de la confusión producida por tal terremoto, se pasean por las calles y matan de cuando en cuando a alguna persona.

Esta situación no es tan exótica como pudiera pensarse. El 23 de julio de 1986, como motivo del Primer Festival de la Alegría y la Competencia, hubo una exhibición de doma en el Estadio Nacional. Sin embargo, en un momento dado, el león logró abrir la jaula en la que hacía su número con el domador y corrió libremente un buen rato por el césped, con gran susto de los espectadores que se encontraban en las tribunas[295]. El león no hirió a nadie, pero bien pudo haber saltado a las tribunas y causado graves daños. ¿Quién sería el responsable por ello? Aparentemente, en esa oportunidad hubo negligencia en la forma de asegurar las puertas de la jaula; pero lo mismo hubiera podido suceder si las puertas se abrían con motivo de un caso fortuito (terremoto, etc.). Los periódicos[296] trajeron hace algún tiempo la noticia de una fábrica de materiales de construcción ubicada en la localidad de Goiania, en Brasil, donde se tenía un león en el patio interior, durante las noches, como guardián, para evitar robos. Lamentablemente una mañana, cuando los dueños aún no habían ido a abrir la fábrica, el león saltó un muro de gran altura y atacó a la niña Susana Junqueira que se encontraba jugando con sus muñecas en la puerta del local. El león la tomó por la cabeza con sus fauces y la arrastró 20 metros, lo que produjo la muerte de la niña. Aparentemente, los dueños no eran culpables en sentido estricto: habían tomado las precauciones necesarias para que el león no escapara (los muros eran de altura conveniente, las puertas estaban debidamente cerradas, etc.). De lo único que se podía acusar a esas personas era de exotismo, por el hecho de utilizar un león como guardián.

¿Cómo resolver estos casos? Si el daño se produjo sin que hubiera mediado un hecho extraordinario, imprevisible ni irresistible, nos encon-

---

295. *El Comercio* de Lima, 24 de julio de 1986; también, *El Comercio*, editorial del 25 de julio de 1986.

296. *El Comercio* de Lima, 15 de julio de 1986.

tramos ante simples casos de responsabilidad objetiva en aplicación del artículo 1970. Pero, si el daño se produjo con motivo de un terremoto, ¿podemos decir que se trata de un caso fortuito y exonerar de responsabilidad a aquél que puso en acción el ultrarriesgo?

En nuestra opinión, aplicando la teoría que sostiene que la atipicidad del riesgo es esencial para configurar el evento extraordinario, los Tribunales deberían considerar que no existe caso fortuito. Cuando una persona o entidad tiene un bien o desarrolla una actividad tan riesgosa como las mencionadas, todo lo que pudiera suceder es parte del riesgo creado: el carácter ultrarriesgoso convierte en típico —es decir, probable— cualquier tipo de peligro. Quien tiene un león en su casa sabe que *cualquier* cosa puede pasar, incluyendo un terremoto, que ponga en acción el riesgo implícito. Por consiguiente, nada es extraordinario: nada es caso fortuito.

Esta interpretación restrictiva del caso fortuito lleva a que quienes desarrollan estas actividades ultrarriesgosas adopten dos tipos de medidas que tienden a erradicar el daño y a garantizar la indemnización de las víctimas: de un lado, sabiendo que están sometidas a responsabilidad estricta (sin caso fortuito), tratarán de adoptar las máximas precauciones; de otro lado, buscarán asegurarse contra todo riesgo derivado de su bien o actividad peligrosos.

Evidentemente, el problema sería resuelto de una manera más directa si se estableciera un sistema de seguro obligatorio para estas actividades ultrarriesgosas (circos, zoológicos, carreras de automóviles, etc.). Es cierto que los organizadores trasladarían el costo del seguro a los espectadores (o usuarios de la actividad, en general) recargando el precio del servicio (boleto de entrada al zoológico o circo, etc.). Pero ello no eliminaría el efecto *deterrence* por dos razones. En primer lugar, las primas del seguro —obligatorio o voluntario— pueden ser mayores o menores según el tipo de garantías y medidas preventivas que ofrezca el asegurado; por consiguiente, para conseguir una prima de seguro más baja, el productor del riesgo tendrá interés en crear ciertas seguridades a su actividad. De otro lado, el hecho de agregar el costo del seguro (o del riesgo, si no hay seguro) al precio de la entrada o del servicio lleva a que, de acuerdo a la ley del mercado, la gente rechace las actividades muy riesgosas porque son muy caras: la internalización de los costos de los accidentes generados por esas actividades de manera que formen parte

del precio de ellas, permite a las leyes del mercado operar de manera más eficiente.

Este mismo tipo de razonamiento es el que lleva a que ciertas actividades se ejerzan exclusivamente a su propio riesgo, debido a su carácter de extrema peligrosidad. Por ejemplo, los riesgos creados por las centrales nucleares no pueden ser exonerados por el caso fortuito: las entidades que las operan, responden en todos los casos. Una central nuclear debe estar dispuesta a pagar indemnización por todos los perjuicios que cause, aun si estos se producen con motivo de un terremoto, la explosión de una bomba terrorista u otra causa extraña. Los peligros son tales en estos casos, que pueden preverse que cualquier cosa que suceda tendrá repercusiones catastróficas; por consiguiente, la decisión de instalar la fábrica involucra la previsión de tales «casos fortuitos» y la voluntad de asumir todo tipo de riesgo.

Sección III: El hecho determinante de tercero

> Artículo 1972.- *....el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de...hecho determinante de tercero...*

178. *El hecho determinante de tercero como fractura causal.* La liberación de una eventual responsabilidad probando que el daño obedeció a hecho determinante de tercero es otro caso de fractura del nexo causal, que no puede ser tratado como un caso de ausencia de culpa.

Dicho de otra manera, no es que el presunto agente no tuviera culpa sino que era verdadero agente. El doctor LEON BARANDIARAN afirma que el demandado por daños y perjuicios puede exonerarse acreditando que no fue realmente agente, que la "causa" del accidente fue una tercera persona o la propia víctima y que no tuvo sino una participación circunstancial en los hechos[297]. Estamos, entonces, ante una interrupción de la relación de causalidad.

---

297. José LEON BARANDIARAN: *Comentarios al Código Civil Peruano (Derecho de Obligaciones)*. T.I. *Acto Jurídico*, 2a. ed. Ediar. Buenos Aires, 1954, p. 409.

179. *¿Qué es el hecho determinante de tercero?* Sin embargo, el problema no queda resuelto una vez que hemos establecido la naturaleza causal de la exclusión. Por el contrario, nos hemos simplemente limitado a plantearlo. Todavía tenemos que preguntarnos: ¿qué es un hecho determinante de tercero? ¿Qué tipo de participación se considera determinante? Estas no son preguntas que puedan ser respondidas en forma general; y la jurisprudencia tendrá que razonar mucho al respecto a fin de cumplir con su misión pedagógica y de desarrollo del Derecho. En estos comentarios sólo podemos presentar algunas indicaciones de los caminos que podrá adoptar tal razonamiento judicial.

La regla contenida en el artículo 1972 ha querido exonerar de responsabilidad a quien no fue *autor* de un daño, es decir, liberar al presunto agente cuando el verdadero productor del daño fue un tercero. Pero esto no significa que cualquier hecho de un tercero exime de responsabilidad; porque si fuera así, no habría responsabilidad objetiva.

Esta situación es bastante similar a la antes examinada del caso fortuito. Tanto el caso fortuito como el hecho determinante de tercero tienen importancia —como conceptos autónomos— dentro de la responsabilidad objetiva; en el caso de la responsabilidad subjetiva, ambos conceptos desaparecen dentro de la categoría más amplia de la ausencia de culpa.

En realidad, tanto el caso fortuito como el hecho determinante de tercero —y también el hecho determinante de la víctima, que estudiaremos a continuación— son todos casos de *vis maioris*. La diferencia estriba en que el caso fortuito es una fuerza mayor anónima, mientras que el hecho de tercero y el hecho de la víctima se imponen como una fuerza mayor con autor. Es este carácter de "hecho de autor" que da lugar a que el hecho determinante de tercero no cancele la responsabilidad extracontractual, no haga inaplicable esta institución frente a un determinado daño; simplemente la desplaza del presunto causante al verdadero causante. El hecho determinante exonera de responsabilidad a una persona en particular a quien se la creía causante, pero no establece que no hay responsabilidad en absoluto, como las inmunidades a las que antes hemos hecho mención[298]: otra persona es identificada como propiamente "el au-

298. *Cf.* Parte Segunda, Título III.

tor del daño"; y es contra ella que se vuelve la institución de la responsabilidad extracontractual.

180. *Hecho de tercero y autoría.* Hemos dicho que el acto determinante de tercero implica una ruptura causal: aquél que parecía ser el causante, no lo es, sino que es otro quien contribuyó con la causa adecuada.

Sin embargo, para entender debidamente esta nueva causa es preciso recordar los comentarios que hemos formulado sobre las diferencias entre la causa física y la causa jurídica y sobre el concepto de autoría[299].

Entonces, más precisamente, la ruptura causal implica que un presunto "autor",no es el autor; y que, más bien, otro es el verdadero autor.

Quizá el ejemplo del barco *Mosel*, volado por el terrorista Thomas, nos puede ayudar a ilustrar este concepto[300]. Los estibadores que cargaron el barril de pólvora sin saber lo que contenía y lo colocaron en la bodega del barco, son causantes —físicamente hablando, de la explosión— pero no son autores. La participación que tuvieron en la sucesión de causas que llevaron a la explosión fue determinante (si no hubieran puesto el barril en la bodega no se hubiera producido el atentado), pero no tuvo el carácter de autoría porque su acción fue meramente mecánica; levantaron el barril de un sitio y lo colocaron en otro, exactamente como lo hubiera podido haber hecho una grúa automática: no estaban obligados a más y no hicieron tampoco más. En ese sentido, el único que *obró* humanamente —aunque parezca paradójico— fue el terrorista. Por consiguiente, no hubo causa *adecuada* (porque colocar un barril dentro de la bodega de un barco no supone *normalmente* la consecuencia de que vuele el barco en pedazos). Pero podemos ir aún más lejos y decir que quizá ni siquiera hubo *causa en sentido jurídico*. Por ello, si alguien hubiera demandado a tales estibadores por los daños y perjuicios ocasionados por la explosión aduciendo una responsabilidad objetiva (suponiendo que ésta fuera aplicable), éstos hubieran podido exceptuarse aduciendo hecho determinante de tercero porque no hubo propiamente "hecho" de ellos (en sentido existencial): no eran "autores" del daño sino meras fuerzas físicas puestas en acción.

---

299. *Vid. supra*, Nos. 154-155.

300. *Cf. supra*, No. 161.

Evidentemente, si hubiera existido cualquier elemento de culpa en los estibadores, la causalidad jurídica reaparece. Si los estibadores pudieron advertir que se trataba de un barril extraño aplicando la atención razonable en estos casos y no lo hicieron por negligencia, ellos devienen en co-autores de la explosión; porque su negligencia habría agregado un elemento humano a la acción puramente mecánica de cargar. Esto no significa que la causa se defina en función de la existencia de culpa: sólo que el dolo y la culpa pueden ser algunas de las expresiones de la autoría; no las únicas. Así, puede haber autoría (plano de la causalidad) sin culpa (plano de la culpabilidad); este es el caso de la responsabilidad objetiva derivada de la conducción de un automóvil. Pero no puede haber culpa sin autoría: toda culpa implica necesariamente un nexo causal jurídico, es decir, una autoría. No se puede hablar de culpa fuera de la dimensión de lo humano. Pero se puede hablar de relación causal jurídica —es decir, con sentido humano— sin hablar de culpa.

181. *Características esenciales del hecho determinante de tercero.* En la medida de que el hecho determinante de tercero es una *vis maior* para el presunto causante, ese hecho tiene que revestir características similares a las que hemos mencionado con relación al caso fortuito: ese hecho debe imponerse sobre el presunto causante con una fuerza que aniquile su propia capacidad de acción.

El carácter extraordinario del hecho está constituido por tratarse de una causa extraña al sujeto que pretende liberarse con esta defensa. En este sentido, es útil retomar el criterio de la tipicidad-atipicidad para determinar si la causa era extraña.

Imaginemos que un ómnibus tiene un accidente en la carretera, viajando de noche: se sale de la pista y atropella a un ciclista que circulaba por la berma lateral. Al hacerse las investigaciones, se comprueba que el chofer del camión fue cegado por las luces extremadamente potentes de un vehículo que venía en dirección contraria. La empresa no podría exonerarse de la responsabilidad objetiva aduciendo que la ceguera fue un hecho determinante de tercero: el riesgo de ser cegado por las luces contrarias es propio de manejar en carretera, constituye un riesgo típico del transporte terrestre. Por consiguiente, la intervención del tercero no reviste en este caso ese carácter extraordinario sin el cual no hay fuerza mayor y, consiguientemente, no funciona el artículo 1972. El ómnibus es responsable frente al ciclista, sin perjuicio de que la empresa de transpor-

te a su vez pueda demandar a quien cegó a su chofer, para reclamarle los daños que ha sufrido por ese hecho, constituidos por la indemnización que tuvo que pagar al ciclista.

Otro ejemplo. Por los aires de una estación de gasolina pasa un cable de la empresa de electricidad. Un día se rompe el cable eléctrico y las chispas ocasionan un incendio del grifo, que explota causando serios daños en las propiedades vecinas. El propietario de la estación de gasolina no podría eximirse de responsabilidad aduciendo que el incendio que originó el daño se produjo por defecto de conservación por parte de la empresa de electricidad: ese propietario debe responder por el daño porque una estación de gasolina es un bien riesgoso (que además realiza una actividad riesgosa, como es el expendio de combustibles); y entre los riesgos inherentes a ese negocio peligroso está la posibilidad de negligencia de terceros que desencadenen el evento dañino. Evidentemente, una vez pagados los terceros, esa estación de gasolina podría demandar a la empresa de electricidad para que ésta la indemnice por los daños sufridos, que incluyen los daños propios al local del grifo como también las sumas pagadas a los vecinos.

Por otra parte, ese hecho de tercero, para que tenga un efecto exoneratorio, tiene que revestir también las características de imprevisibilidad e irresistibilidad. En cambio, tratándose de un "daño de autor" y no de un daño anónimo, la notoriedad o alcance general del hecho que actúa como nueva causa no sería necesario: ese hecho de tercero puede tener un carácter "privado" (es decir, afectar únicamente la relación entre el tercero actuante y el presunto causante), en la medida en que sea demostrable.

182. *La jurisprudencia peruana.* La jurisprudencia peruana es escasa sobre el tema. Sin embargo, es interesante destacar que una de las Ejecutorias existentes se asemeja mucho a uno de los ejemplos propuestos y coincide con la solución planteada, aun cuando el fundamento de sus conclusiones no es claro y distinto.

Doña Mencia Margarita Francia viuda de Areas demanda a la Empresa de Transportes San Bartolo por la muerte de su esposo, don Manuel Inocente Areas, causada en un accidente de tránsito por un ómnibus de dicha empresa. La demandada se defiende aduciendo que el chofer fue cegado por las luces de un tanque militar que estaba en maniobras, lo

que se acredita en autos. Sin embargo, el Fiscal FEBRES opina que "sirviendo como fuente de responsabilidad el criterio objetivo del daño causado, según considerando del juez y doctrina reiterada de esta Corte Suprema, la responsabilidad es manifiesta y debe recaer sobre el dueño del vehículo que causa la desgracia". La Corte acoge esta argumentación en su Ejecutoria de 3 de mayo de 1960, aunque considerando "las circunstancias en que se ha producido el accidente" (y otras), reduce el monto de la indemnización fijada por el juez[301].

Esta Ejecutoria nos merece varios comentarios. Como es usual en los dictámenes fiscales de orientación objetiva, las conclusiones pretenden apoyarse también en un razonamiento subjetivo, como si la fundamentación objetiva no bastara por sí sola para producir convencimiento. En este caso, el Fiscal agrega a su declaración objetivista que "el chofer del ómnibus no tomó las precauciones del caso para evitar el accidente" porque, si bien es verdad que fue cegado por un tercero, "no procuró detener la marcha o disminuir la velocidad que traía". Como se puede ver, esto parece llevarnos a la idea de que en el fondo no hubo hecho *determinante* de tercero, sino también culpa del chofer; a pesar de que, a renglón seguido, realiza una confesión de fe objetivista. Un segundo comentario importante consiste en que, en la situación descrita, nos encontramos en el límite de la interpretación de la *vis maioris* para uso objetivista, aunque ni el Fiscal ni la Corte parecen haberlo advertido. En efecto, hemos dicho que el hecho de tercero tiene que formar parte de riesgos atípicos de la actividad, para tener mérito exoneratorio. Ahora bien, ¿encontrarse con un tanque militar en la carretera, es un riesgo típico o atípico de la circulación automotriz? Si el ómnibus hubiera sido cegado por otro vehículo del tipo que habitualmente transita por la carretera, no cabría duda de que nos encontraríamos frente a un riesgo típico; y, por tanto, no sería un "hecho determinante de tercero" en el sentido del artículo 1972. Pero que se haya tratado de un tanque, podría cambiar las cosas. Es verdad que también podría decirse que manejar en carretera de noche conlleva siempre el riesgo —típico— de ser cegado, cualquiera que sea el vehículo que venga en sentido contrario; por consiguiente, el hecho de ser cegado por otro vehículo no exonera de responsabilidad objetiva. En realidad, es posible argumentar en uno y otro sentido. Pero la

301. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 200, año 1960, pp. 1073-1075.

Ejecutoria no nos ilustra sobre el criterio empleado por el Fiscal ni por la Corte para distinguir entre el hecho determinante de tercero y el hecho de tercero que no tiene valor liberatorio.

Otro caso interesante lo encontramos *in Re* doña Enriqueta Alferi de Cortanova y otros contra doña Bertha Rodríguez y la Compañía Nacional de Tranvías.

El 18 de octubre de 1953, don Roberto Antonio Alferi B. se encontraba manejando una motocicleta de su propiedad. De pronto, el automóvil conducido por su propietaria, doña Bertha Rodríguez, que circulaba en dirección contraria por la misma calle, cruzó intempestivamente al otro lado de la pista y chocó contra el mencionado motociclista. Este fue arrojado por el impacto sobre los rieles del tranvía; y ahí fue arrollado y muerto por el tranvía No. 257 que pasaba en ese momento. Quedó perfectamente establecido que el accidente "se produjo por negligencia exclusiva de doña Bertha Rodríguez, por haber invadido la zona reservada al tráfico en sentido contrario, sin haberse asegurado previamente que la pista se encontraba libre y que pasaba en esos momentos el nombrado motociclista".

El Fiscal GARCIA ARRESE consideró que, a pesar de que no existía culpa del motorista del tranvía, la Compañía Nacional de Tranvías debía responder como empleadora de tal motorista. Sin embargo, la Corte Suprema en Ejecutoria de 21 de diciembre de 1957 exonera a esa Compañía de responsabilidad; pero no lo hace en base a una ausencia de culpa sino aduciendo falta de nexo causal. La Corte establece que la responsabilidad del empleador "se vincula a la participación en el hecho causante del daño"; y que, en este caso, "el accidente se produjo por *acto exclusivo* de doña Bertha Rodríguez que, al colisionar con el vehículo que conducía a don Roberto Alferi, *determinó* el desplazamiento de éste hacia la vía férrea, interponiéndolo en la línea de marcha del tranvía, por lo que el hecho producido en las circunstancias anotadas no puede derivar responsabilidad alguna contra la empresa demandada"[302].

183. *El hecho de tercero en la práctica.* De la misma manera como el caso fortuito carece de interés práctico cuando se presenta puro, el hecho

302. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 171, Abril de 1958, pp. 429-431. El énfasis es nuestro.

tercero "puro" tampoco ofrece dificultades: si *Proculus* no tiene nada que ver —causalmente hablando— con un accidente sufrido por *Quinto* porque se limitaba a pasar por la calle cuando lo atropelló *Marcus*, es indudable que no será demandado por ello: el demandado normalmente será *Marcus*.

La situación cambia cuando *Proculus* y *Marcus* tuvieron ambos participación causal; pero *Proculus* aduce que "el hecho determinante" fue de *Marcii*, mientras que su propia participación sólo fue mecánica y secundaria. Es recién entonces, argumentada como defensa, que la noción de hecho de tercero adquiere importancia jurídica.

Ahora bien, esto implica que tanto el demandado o presunto causante como el tercero han participado de alguna manera en el hecho dañino. Y de lo que se trata es de establecer las responsabilidades que se derivan para uno y para otro de tal circunstancia.

Dentro de este orden de ideas, la acción del tercero puede ser de tal naturaleza que invalide toda acción del presunto causante: éste último no es sino un mero instrumento físico del daño, pero no tiene la autoría del acto. En este caso, el tercero se sustituye íntegramente a tal presunto causante como responsable, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1972. Pero bien puede suceder que la intervención causal del tercero no cancele la intervención causal del presunto causante sino que solamente se agregue a ella. En tal caso, no estamos en la situación prevista en el artículo 1972 sino que nos encontramos con una co-acusación: ambos son responsables; y esta responsabilidad es solidaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1983.

Es por ello que el artículo 1972 habla de hecho *determinante*, es decir, con valor causal cancelatorio; en cualquier otro caso, la situación no estaría regida por el artículo 1972 sino por el artículo 1983.

Debe advertirse también que, si bien el "hecho determinante de tercero" implica propiamente una autoría (para diferenciarlo de la intervención causal mecánica), esto no significa que el autor intelectual de un daño es el único responsable del mismo. Tanto el que planea un daño como el que lo ejecuta son autores —intelectual y material— del hecho dañino. Por consiguiente, el descubrimiento de un autor intelectual detrás del causante material no constituye el hecho determinante de tercero a

que se refiere el artículo 1972: estamos simplemente ante concausas de diverso orden; pero ninguna tiene un valor determinante que lleve a cancelar la responsabilidad de la otra.

184. *Dificultades en la apreciación del carácter determinante de una acción.* Lo expuesto da una idea de las dificultades que pueden surgir en la práctica para determinar si la acción de un tercero ha sido efectivamente determinante. Quisiéramos agregar algunos ejemplos que muestren las sutilezas del razonamiento en este campo.

Comencemos por el caso más simple. Una persona va conduciendo un automóvil y lleva a un pasajero a su lado. De pronto este pasajero, ya sea en una actitud dolosa (intención de matar) o simplemente por negligencia o por imprudencia (jugando o bromeando) o porque se vuelve loco súbitamente, desvía el timón y lleva el automóvil a atropellar a un peatón. La situación del chofer y del pasajero *vis-a-vis* de la responsabilidad frente al peatón atropellado parece obvia: el daño ha sido causado por un acto determinante del pasajero que fue imprevisible e irresistible (dado su carácter repentino). El chofer no tendría la autoría del daño debido a que sólo participó mecánicamente, empujado físicamente por el pasajero que iba a su lado. Por tanto, el chofer, si fuera demandado por el peatón, podría acogerse a la excepción contemplada en el artículo 1972.

Aun cuando esta solución parece irrefutable, notemos que no sería absurdo el planteamiento que responsabiliza también al chofer. Podría sostenerse que el chofer es responsable por todos los accidentes que se produzcan durante su conducción porque se trata de riesgos propios de colocar en marcha un automóvil. Es verdad que ese chofer no tiene "culpa"; pero estamos ante un bien y una actividad riesgosos, por lo que el chofer responde objetivamente. Y su participación causal (el hecho de poner en marcha y utilizar el automóvil) es tan importante que no llega a ser cancelada con la intervención del tercero. Además, de acuerdo a la teoría de la difusión del riesgo, es el chofer (al que consideramos propietario del vehículo, para simplificar el ejemplo) quien mejor puede asegurarse por todos los riesgos derivados de su actividad de conducir. Sin embargo, esta tesis —que no es disparatada— haría inaplicable la defensa del hecho determinante de tercero (y posiblemente también la del caso fortuito) en todas las situaciones donde rige la responsabilidad objetiva;

lo que sería contrario a lo expresamente previsto por el artículo 1972, que venimos comentando.

Pasemos ahora a una intervención de tercero más sutil, que hace más difícil apreciar su carácter determinante. En el primer ejemplo, había una fuerza física de un tercero que se sobreponía al presunto causante y lo convertía en un mero instrumento mecánico de una intención o de una negligencia o imprudencia ajenas. Pero pensemos en una conexión entre el tercero y el presunto causante que no sea física: *Torquatus* amenaza a *Marium* con matarlo —o con matar a su mujer o a sus hijos— si a su vez no hiere o mata a *Hortensium*. Se supone que el peligro que constituye el contenido de la intimidación es real e inminente. Ante tal coacción, *Marius* le clava una puñalada a *Hortensio*. ¿Se trataría en ese caso de un hecho determinante de tercero que liberaría de responsabilidad a *Mario*? ¿Podemos decir que el verdadero causante o autor del daño es *Torquatus* y que *Marius* no es sino un ejecutor mecánico, un instrumento como lo es el puñal? Parece que una conclusión de este tipo desconocería la libertad inalienable del ser humano, el que nunca puede ser equiparado a una mera cosa inerte. ¿Entonces, por el contrario, debemos pensar que el acto de *Marii* —bajo intimidación o no— es siempre un acto humano sujeto a responsabilidad? Esto significaría que *Marius* tiene la obligación de ser héroe y de resistir a la intimidación aunque en ello le vaya la vida o la de sus familiares; lo que parece demasiado fuerte porque, en la práctica, estaría salvando a un extraño y condenando a su hijo: siempre se enfrentaría a una muerte como consecuencia de su decisión entre resistir o no resistir.

Este caso puede ser también analizado desde otra perspectiva. El acto de Marii, en tanto que acto humano que conlleva una cierta decisión (aunque sea tomada bajo coacción), configura una causa, cuya intervención no puede ser soslayada. Por consiguiente, no podemos hablar de un hecho determinante de tercero, porque este concepto implica una ruptura del nexo causal que aquí no existe: Marius es causa del daño de Hortensii a pesar de existir la intimidación de Torquati. Tampoco podríamos decir que Marius se encuentra en estado de necesidad y que causa un daño a otro para salvarse a sí mismo o a su familia de un daño. Ya hemos visto que el inciso 3o. del artículo 1971 excluye del sistema de responsabilidad extracontractual a quien destruye un bien de otro en estado de necesidad; pero se trata siempre de un bien que puede ser objeto

de un derecho real y no de bienes como la vida, la salud o la integridad corporal[303].

Sin embargo, podríamos sostener que, sin bien el acto de *Marii* es causa y no se encuentra enmarcado en el estado de necesidad (al menos según nuestro Código), en cambio no hay culpa: *Marius* no actúa dolosamente ni negligentemente ni imprudentemente. Esto lo libraría de responsabilidad en los casos comprendidos en el artículo 1969. Pero si el daño, como es de suponer, se produce con un bien riesgoso (una pistola), la culpa es irrelevante (art. 1970). ¿Estaría obligado al pago de una indemnización a la víctima? Pensamos que no. La responsabilidad objetiva opera por el uso de un bien riesgoso o por el ejercicio de una actividad peligrosa. En consecuencia, presupone una voluntad de usar un bien o de realizar una actividad porque de ello se deriva una cierta satisfacción o beneficio para el agente. En cambio, si una persona actúa obligada, esa actuación misma —aunque sea riesgosa— no lo beneficia; en consecuencia, la teoría del riesgo no sería aplicable. Claro está que podría decirse que *Marius* recibe un beneficio por matar a *Hortensium*: salvar su propia vida, la de su mujer o la de su hijo. Sin embargo, parecería que ello sería una extensión difícilmente admisible del sentido de beneficio.

Hay un último caso complicado en este tema de las fracturas del nexo causal. Supongamos que un chofer realiza una maniobra manifiestamente imprudente y atropella a un transeúnte. Ese daño tendría que ser reparado por el chofer, cualquiera que sea el factor de atribución que adoptemos para tratar los accidentes de automóviles (la culpa de la responsabilidad subjetiva o la simple causa de la responsabilidad objetiva). Sin embargo, al efectuarle la autopsia al transeúnte muerto se descubre que no murió del impacto sino que unos segundos antes tuvo un infarto que lo mató; de manera que cuando lo atropelló el automóvil, estaba desplomándose sin vida.

En tal situación, se habría producido una *novam causam interveníentem* que se introduce como una cuña causal entre la negligencia o imprudencia del chofer y el daño del transeúnte: el chofer no sería responsable. Esto nos muestra cómo la indemnización que establece el siste-

303. *Cf. supra*, No. 110.

ma de responsabilidad extracontractual en la práctica depende en gran medida del azar, antes que de la culpa: aquí ha habido culpa del chofer; pero no debe pagar indemnización porque el azar ha aportado una nueva causa que libera de responsabilidad su culpa. No hay duda de que cometió una falta; pero esa falta no lo obliga a nada porque no hubo daño. Por consiguiente, lo que cuenta en la responsabilidad extracontractual es antes la reparación del daño que la sanción de la falta[304].

185. *El ultrarriesgo.* Al tratar del caso fortuito, nos hemos referido a los daños causados mediante bienes o en la ejecución de actividades ultrarriesgosas. Y señalamos que en estos casos, todos los riesgos derivados de tales actividades o bienes son típicos. Por consiguiente, no existe caso fortuito porque ninguna circunstancia resulta extraordinaria cuando se ha creado un peligro de tal magnitud[305].

Las mismas reflexiones son aplicables al hecho determinante de tercero. Si el bien o la actividad en cuestión crean un riesgo absolutamente anormal, todo daño que resulte de ello da lugar a indemnización por aquél a quien la ley atribuye responsabilidad. Y entre ello está incluida la posibilidad de que el daño sea desencadenado no por un hecho anónimo, producto de la naturaleza misma, sino por un hecho humano de un tercero; aun cuando tal hecho, como sucedía con el caso fortuito, hubiera sido imprevisible en particular e inevitable una vez que se presenta. Porque el hecho no sería extraordinario, atendiendo a la magnitud del riesgo latente creado. Tampoco habría sido imprevisible en sentido lato, porque se sabía que el riesgo era tal que cualquier cosa podía liberar su potencialidad dañina, aun aquellas cosas que todavía no se conocen en detalle. Y tampoco era inevitable (siempre en sentido lato), porque el daño no se hubiera producido si no se hubiera creado un riesgo de tal naturaleza.

En realidad, la sociedad hubiera podido proscribir el uso de ese bien o el ejercicio de esa actividad extraordinariamente peligrosos. Lo admitió porque de alguna manera lo consideró socialmente útil: una central nuclear, una fábrica de explosivos, un circo o un zoológico, tienen

---

304. *Vid. supra*, No. 16.

305. *Supra*, No. 177. Con relación al ultrarriesgo creado por animales, *vide infra*, No. 262.

un valor social. Pero, en ese caso, la actividad se realiza a su propio riesgo; sin perjuicio de que se puedan aplicar los mecanismos de difusión a los que nos hemos referido varias veces en este trabajo, debido a que, si la sociedad toda se beneficia de alguna manera, la sociedad toda debe en última instancia compartir el riesgo de alguna manera. Pero la víctima de ese riesgo tiene que ser indemnizada; y no se puede argüir hecho determinante de tercero para liberarse.

Regresemos al ejemplo de zoológico que expusimos al tratar del caso ultrarriesgoso en relación con el caso fortuito. Bien podría haber sucedido que en vez de que las paredes que encerraban a los leones se desplomen a consecuencia de un terremoto, simplemente un loco o un maniático asesino abra la puerta de la jaula, a pesar de todas las precauciones razonables adoptadas por la administración del zoológico. En circunstancias normales, habría sido un clásico hecho determinante de tercero. Pero tratándose de una actividad ultrarriesgosa en la que todos sus riesgos son típicos (es decir, probables), la empresa del zoológico no podría exonerarse de responsabilidad acogiéndose al artículo 1972.

Evidentemente, la empresa del zoológico podría repetir contra el loco o maniático que abrió la puerta; porque negar que dicha empresa puede exonerarse aduciendo hecho de tercero no quiere decir liberar de responsabilidad a tal tercero. Pero el zoológico no podría rehusarse a pagar indemnización a las víctimas de los leones.

Notemos cómo este tipo de casos pueden ser tratados también desde la perspectiva de la culpa, con resultados similares. Dado que la actividad es ultrarriesgosa, puede hacerse muy difícil la prueba liberatoria de culpa, atribuyendo una presunción prácticamente *iuris et de iure* de *culpae in custodiendo*. De esta manera, el zoológico sería responsable porque siempre se le encontraría que no adoptó suficientes precauciones para evitar que un tercero pudiera llegar a causar el daño.

Sin embargo, creemos que ésta no es la perspectiva adecuada para tratar el problema. Desde el momento en que existe en el Código un artículo que establece la responsabilidad objetiva por riesgo (artículo 1970), el razonamiento sobre la base de la culpa está fuera de lugar en la hipótesis que venimos tratando. Por otra parte, recurrir a la culpa nos lleva por esos caminos que antes hemos descrito por los que se intenta dar un

contenido objetivo a la responsabilidad subjetiva[306]. Pero esos caminos son conceptualmente desorientadores y pierden a los viajeros ingenuos que se aventuran por ellos. Antes de darnos cuenta de la dirección en que hemos andado, nos encontramos súbitamente dentro de una *contradictione in adiecto*: nos encontramos frente a una culpa que no puede ser descargada ...aunque demostremos que no tenemos culpa.

Por todo ello, pensamos que el tratamiento correcto de estos casos está más bien dentro de la línea del análisis profundo de la naturaleza de la *vis maioris* (ya sea caso fortuito o hecho de tercero) y de la naturaleza misma de la responsabilidad objetiva.

186. *Hechos de tercero que no son eximentes en virtud de la ley.* Antes de terminar este comentario, es importante recordar que no todo hecho determinante de tercero exonera de responsabilidad.

El Código contempla ciertos casos en los que estamos obligados a pagar la indemnización aun cuando el daño se ha producido por hecho de tercero. Este es el caso del representante legal de la persona incapacitada, del que incita a otro para que cometa un daño, del que tiene a otro bajo sus órdenes y otras variantes que examinaremos al comentar los artículos siguientes.

Sección IV: La imprudencia de la víctima

> Artículo 1972.- *...el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia...imprudencia de quien padece el daño.*
>
> Artículo 1973.- *Si la imprudencia sólo hubiese ocurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias.*

306. *Supra*, Nos. 14 y 64-66.

187. *El hecho de la víctima.* La última causal exoneratoria de responsabilidad contemplada en el artículo 1972 —que, como antes se ha dicho, es taxativa en el caso de la responsabilidad objetiva, mientras que constituye una de las variantes (no todas especificadas) de la ausencia de culpa en la responsabilidad subjetiva— consiste en la imprudencia de quien padece el daño.

En realidad, estamos ante un caso similar a los de las dos causales de exoneración que ya hemos reseñado: aquí también se trata de un daño que no ha sido producido por el presunto agente; un daño del cual el demandado no es autor. Pero, a diferencia del caso fortuito en que el daño es atribuible a un suceso anónimo y del hecho determinante de tercero que es imputable a una tercera persona, aquí la causa del daño se encuentra —total o parcialmente— en el hecho de la propia víctima.

Dentro de una relación de responsabilidad, el "primero" es quien aparece como presunto responsable, el "segundo" es la víctima y el "tercero" es la persona ajena a esta relación *prima facie* agente-víctima. Por consiguiente, la regla ahora comentada libera de responsabilidad al presunto agente cuando se trata de un "hecho de segundo" por las mismas razones que la frase anterior de la norma lo ha liberado de responsabilidad cuando se trata de un "hecho de tercero".

188. *Causa e imprudencia.* Sin embargo, en la redacción de esta parte de la regla que comentamos existe una novedad que puede desorientar: no se dice que se libera al presunto agente cuando ha mediado un "hecho determinante" de la víctima sino una "imprudencia" de ella.

Varias interrogantes surgen a este respecto. En primer lugar, ¿qué significa "imprudencia"? ¿Es acaso lo mismo que "negligencia"? Parecería que la negligencia es algo más pasivo que la imprudencia; está más vinculada con una omisión, con un descuido; es una culpa por defecto. La imprudencia parecería que está más vinculada con una acción, con la creación de un riesgo injustificado; es una culpa por exceso. René SAVATIER dice que "la imprudencia es el acto positivo del cual normalmente debe preverse que puede tener consecuencias ilícitas"[307]. En cam-

307. René SAVATIER: *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français civil, administratif, professionnel, procédural*, T.I. *Les sources de la responsabilité*

bio, define la negligencia como "la omisión de precauciones requeridas para la salvaguarda del deber que incumbe al agente"[308]. Sin embargo, acto seguido agrega que la negligencia se asocia generalmente a una imprudencia[309]. En la práctica, estos dos conceptos son muy difíciles de distinguir: el peatón que atraviesa una pista conversando con otro sin adoptar las precauciones indispensables, ¿incurre en negligencia o comete una imprudencia? Ha habido una omisión o descuido, que puede ser calificado de negligencia; pero también hay una acción temeraria —cruzar la pista sin fijarse si vienen automóviles— lo que parecería ser una imprudencia.

Estas dificultades hacen que, para algunos autores, estas dos palabras sean prácticamente sinónimas. Francisco GARCIA CALDERON, en su *Diccionario de la Legislación Peruana*[310], define la negligencia como "la omisión del cuidado que se debe poner en los negocios"; y de la imprudencia dice que es «el defecto de la advertencia o previsión que debía haberse puesto en alguna cosa"[311]. Ciertamente, la diferencia no es clara, si existe.

En la norma equivalente del Código de 1936 se hablaba del "hecho de la víctima", que es una expresión que revela más claramente la naturaleza causal y objetiva de la intervención de quien padece el daño. ¿Puede pensarse que, porque el legislador de 1984 se ha referido más bien a la imprudencia, hay una sustitución de principios operativos y que ahora hay que juzgar el hecho de la víctima desde la perspectiva de la culpa? Y si fuera válida la interpretación subjetivista, ¿debe decirse que no cualquier culpa de la víctima exonera al presunto causante sino sólo la imprudencia, mas no la negligencia?

---

civile. 2a. ed. Libraire, Generale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1951, No. 169, p. 211.

308. René SAVATIER: *Op. cit.* No. 173, p. 216.

309. *Loc. cit.*

310. Francisco GARCIA CALDERON: *Diccionario de la Legislación Peruana*. T. II. Imprenta del Estado, por Eusebio Aranda. Lima, 1862, p. 694.

311. *Ibidem*, p. 288.

Pensamos que la interpretación correcta es distinta y debe buscarse en los fundamentos de las exoneraciones de responsabilidad planteadas en conjunto en el artículo 1972.

Hemos visto que todas ellas se refieren a fracturas causales y no a ausencias de culpa, puesto que el propio encabezamiento del artículo las vincula a la responsabilidad objetiva del artículo 1970. La llamada "imprudencia" de la víctima no puede ser diferente: si se tratara de una exoneración que se aplica sólo cuando existe culpa (por negligencia o por imprudencia) de la víctima, el esquema de la responsabilidad por riesgo se vería seriamente afectado: sorpresivamente aparecería la culpa en el seno de la relación fundada en el riesgo. El presunto agente responde objetivamente por riesgo, pero puede exonerarse si prueba que hubo culpa en la víctima. Esto no parece razonable: lo lógico sería que el presunto causante responda por riesgo, salvo que pruebe que el riesgo fue creado por la propia víctima.

189. *La prueba de la imprudencia.* Una interpretación subjetivista del término "imprudencia" nos conduciría a múltiples problemas, en razón de que se estarían cruzando dos órdenes diferentes de responsabilidades, cada uno basado en sus propios principios.

Por ejemplo, ¿quién tiene que probar la imprudencia? De conformidad con la regla del artículo 1969, *in fine*, la culpa se presume *iuris tantum*. Si bien esta regla está concebida en función del causante, podría suponerse que también es de aplicación a la culpa de la víctima. ¿Basta entonces que el presunto causante demuestre que la víctima tuvo participación en el daño para que ésta sea la que deba probar que no tuvo culpa en tal participación? Este artificio podría usarse en casi todos los juicios de responsabilidad extracontractual y de esta manera se habría anulado la inversión de la carga de la prueba que es una pieza fundamental del artículo 1969.

En el juicio seguido por doña Celia Vera Gabriel contra don Efraín Chiang Cabrera sobre indemnización por daños sufridos por el hijo de la demandada en un accidente de tránsito, el demandado Chiang alegó que la víctima había sido la culpable de su propio daño. La Corte Suprema, en Ejecutoria de 7 de noviembre de 1974, tomó en cuenta esta alegación y, si bien no exoneró al demandado de responsabilidad, cuando menos redujo el pago de la indemnización, aduciendo que "la demandante *tam-*

poco ha desvirtuado la aseveración del demandado, en el sentido de que el menor agraviado contribuyó con su imprudencia a causar el accidente"[312]. Este criterio probatorio de la Corte da lugar a una situación muy complicada. Si la carga de la prueba de la imprudencia o culpa de la víctima se encuentra también invertida, entonces regresamos a un sistema en el que el demandante y demandado, ambos, tienen que actuar prueba sobre la culpa del accidente...pero bajo la forma de "ausencia de": cada uno tiene que probar que no tuvo la culpa. En todos los juicios, el demandado alegará imprudencia de la víctima; y le corresponderá a la víctima demandante probar que ella no tuvo la culpa pues, si no lo hace, por el mérito de la presunción *iuris tantum* (inversión de la carga probatoria de la culpa) se reputará que también fue culpable y se producirá una situación cuando menos de concurrencia de culpas.

De esta manera, la obligación de la víctima de tener que probar la culpa —que se quería evitar mediante el sistema de la inversión de la carga probatoria— regresa a ella por otro camino. Por consiguiente, la última parte del artículo 1969 pierde toda eficacia práctica y vuelve a instaurarse un sistema absolutamente tradicional de responsabilidad subjetiva con la obligación de quien la alega de probar que ella no tuvo la culpa.

Dadas estas dificultades —y siempre dentro de la interpretación subjetivista de la imprudencia—, ¿debemos pensar que si el presunto agente se está defendiendo, tiene que ser éste quien pruebe los presupuestos completos del artículo 1972, es decir, que hubo participación de la víctima en la producción del daño y que tal participación fue culpable? De esta otra manera tendríamos un caso de culpa sin inversión de la carga de la prueba, a pesar de lo dispuesto por el artículo 1969, *in fine*: el demandado considera que el demandante es el verdadero "culpable" del daño; pero tiene que probar su culpa. Por otra parte, en un mismo juicio, mientras el demandante razona respecto de la responsabilidad del demandado en términos de causa (principio objetivo del artículo 1970), el demandado razona respecto de una eventual responsabilidad del demandante en términos de culpa (principio subjetivo del artículo 1969). No cabe duda de que las argumentaciones cruzadas de las partes pueden resultar

312. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 372. Enero de 1975, pp. 75-76. El énfasis es nuestro.

sumamente confusas y embrolladas. Evidentemente, nos encontramos en un callejón sin salida por todos lados. Y así se pueden presentar infinitas dificultades originadas en la superposición de dos sistemas diferentes de responsabilidad.

En nuestra opinión, por todas las razones que hemos dado al tratar sobre el caso fortuito y sobre el hecho determinante de tercero, estamos aquí también ante una fractura del nexo causal y no ante un caso de ausencia de culpa. Por consiguiente, el demandado tiene que probar que ha habido *causa* —y no *culpa*— de la víctima en la producción del daño para exceptuarse de la reparación: si prueba que la causa colocada por la víctima fue determinante, la exoneración será total (artículo 1972); si sólo alcanza a probar que la causa colocada por la víctima simplemente se agrega a su causa propia, la excepción será parcial (artículo 1973).

190. *El uso de la palabra «imprudencia»*. La razón para haber utilizado el término "imprudencia" en la norma del artículo 1973 (basada en el principio objetivo de responsabilidad). Parece ser que esta palabra constituye un mero resabio semántico del hábito de razonar en términos de culpa. Sin embargo, la decisión de utilizar la expresión "imprudencia" en forma aislada —sin mencionar también la negligencia o el vocablo más genérico de "culpa"— precisamente revela que la idea era enfatizar una *acción* de la víctima, es decir, la interposición de una nueva causa.

Dentro de este orden de ideas, si se quiere utilizar el vocabulario de la culpa para referirse a la causa, puede decirse que en estos casos la mera negligencia usual de la víctima no da lugar a una liberación de responsabilidad: se requiere una "acción" imprudente o una negligencia inexcusable que en la práctica se asimila a la imprudencia temeraria y que, de esta manera, constituye una *novam causam*. Esta interpretación sería coincidente con el principio formulado por el ponente del Proyecto de la Comisión Reformadora en el sentido de que los daños rutinarios son propios de la vida social y tienen que ser indemnizados por quien se encuentre en mejor aptitud para difundir —y diluir— su efecto económico en la sociedad a través del sistema del seguro. Por consiguiente, normalmente responde por ellos el causante que es quien mejor puede contratar un seguro sobre sus propios riesgos. Es solamente cuando la víctima ha sido la propia *causante* de su riesgo que debe, ella misma, asumir el peso de su propia conducta anormalmente irregular. De esta manera, si una persona atraviesa distraídamente una pista y resulta atropellada, el

automovilista responde porque se trata de una negligencia o descuido ordinario del peatón que no llega a ser una *causa* determinante del daño; en cambio, el automovilista es responsable por los riesgos que crea (es decir, por los riesgos de los cuales es *causa* por el hecho de poner un automóvil en circulación), conforme al artículo 1970. Pero cuando el peatón cruza la pista en estado de embriaguez o con los ojos cerrados para demostrarle a un amigo lo valiente que es o cuando intencionalmente se arroja bajo las ruedas con el deseo de suicidarse, el automovilista se encuentra liberado de la responsabilidad objetiva porque, en estos casos, la *causa* determinante —no la culpa— ha sido puesta por ese peatón.

Este sentido de la "imprudencia" como "causa ajena" se encuentra refrendado por la jurisprudencia.

Doña Amanda Cárdenas viuda de Gálvez demandó a la Empresa Nacional de Tranvías S.A. para que le pagara una indemnización por la muerte de su esposo, don César Gálvez Vásquez, ocurrida a consecuencia de un atropello por un tranvía de propiedad de la demandada. En el juicio se acreditó que no hubo culpa del motorista del tranvía sino que el daño "fue el resultado de un acto de aquél", es decir, de la propia víctima imprudente. El Fiscal PALACIOS opina que "sólo hay responsabilidad, aunque no haya culpa, cuando el daño ha sido causado por otro, pero no cuando es la consecuencia de acto propio aunque intervenga un extraño". La Corte Suprema, por Resolución de 30 de junio de 1945, manifiesta su acuerdo con la tesis expuesta por el Fiscal[313]. Como puede apreciarse, lo que importa para la Corte Suprema no son las culpas de una y otra parte (que en este caso no han existido) sino la identificación del "autor del daño", es decir, de aquél que pone la causa determinante; y si éste es la víctima, es ella la que asume su propio daño "aunque intervenga un extraño" circunstancialmente.

Una situación similar puede advertirse en el juicio seguido por doña Catalina R. viuda de Escobedo contra la Compañía Molinera Santa Rosa para que le pague una indemnización por las lesiones sufridas con motivo de ser atropellada por uno de los carros de propiedad de la demandada.

---

313. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. Nos. 30-31. Julio-Agosto de 1946, pp. 426-427.

La demandante, a pesar de su avanzada edad, se puso a recoger el trigo que caía del vagón de la Molinera. Este vagón estaba unido a otros y listo para ser puesto en movimiento sin necesidad de previo aviso. Es así como, al ponerse en marcha el pequeño convoy, resultó atropellada la señora que recogía las desbordes del trigo. El Fiscal PALACIOS hace presente que la Molinera no puede ser responsabilizada "por estar probado que las lesiones que sufrió la demandante fueron resultado de su propio acto, notoriamente imprudente". La Corte Suprema, en Ejecutoria de 17 de Abril de 1945, declaró sin responsabilidad a la demandada[314]. Por consiguiente, la Corte resuelve el caso atendiendo a la autoría del acto dañino, la que atribuye a la propia víctima.

La misma tesis, aunque con alguna vacilación, puede encontrarse en el juicio seguido por don Andrés Cuenca García con don Gerardo Bast Valdez. El demandante era padre de doña Erlina Cuenca Salas, quien era llevada en la parte posterior de su motocicleta por don Ernesto Asencio Díaz. Al atravesar una calle, se produjo una colisión entre la motocicleta mencionada y el automóvil conducido por el señor Bast, resultando lesionada la señorita Cuenca. La Ejecutoria Suprema de 13 de junio de 1972 estableció que el piloto de la motocicleta había sido el verdadero causante del accidente o, para decirlo en los términos de la Corte, "el sujeto activo" del daño[315]. En estas condiciones, asimilando la situación de la pasajera de la motocicleta a la de su piloto, la Corte consideró que el daño había sido realmente producido por la propia víctima. Evidentemente, este razonamiento es bastante discutible, porque doña Erlina Cuenca era llevada por la motocicleta, pero no conducía ese vehículo y, por tanto, no era sujeto activo como lo plantea la Ejecutoria. Es posible que hubieran otras razones por las que la Corte debía liberar al chofer del automóvil con el que se produjo el choque y orientar más bien la reclamación de la pasajera de la motocicleta contra el piloto de la misma. Pero la expuesta no era una razón adecuada, puesto que doña Erlina Cuenca era un sujeto pasivo y no activo del accidente.

Por otra parte, la Ejecutoria vacila entre el análisis causal y el análisis de la culpa. Y, como para que no se le escape nada, añade a la idea

---

314. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. Nos. 30-31, Julio-Agosto de 1946, pp. 427-428.

315. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 341. Junio de 1972, p. 334.

del sujeto activo del daño (causa) un razonamiento basado en la culpa. Es así como en el último de sus Considerandos, la Ejecutoria agrega que "se desprende de autos que no existe culpa en el piloto del automóvil y sí en el conductor de la motocicleta, por lo que no procede ordenar que aquél pague indemnización alguna". En esta forma, todo parece que pasara en términos de culpa: todo lo que se hace es una comparación de culpas.

Una Ejecutoria más coherente y fundamentada en la teoría del riesgo es la recaída en el juicio seguido por María Zapata de Bustamante contra la Compañía Nacional de Tranvías S.A. por la muerte de su hijo, Alfonso Bustamante Zapata. La noche del 19 de agosto de 1941, a las 9:30 p.m. fue atropellado don Alfonso Bustamante en el lugar denominado "La Chacarilla" ubicado entre Lima y Chorrillos, a cien metros de distancia del poste No. 909. El señor Bustamante falleció instantáneamente.

En autos se acreditó que «el tranvía marchaba en forma normal, o sea que no existía velocidad excesiva imputable al motorista». Asimismo, se estableció que "la visibilidad era deficiente, pues la noche era lluviosa" y que "el lugar del accidente queda en sitio no urbanizado, que carece de alumbrado público". Por todo ello y atendiendo a otras pruebas, el Fiscal CALLE opinó que "el accidente se debió a acto voluntario del accidentado —suicidio— o a hecho fortuito imprevisible, debido a la temeridad e imprudencia de la víctima". El Fiscal sostuvo que "La teoría del riesgo en que se apoya lá sentencia de la Corte Superior para declarar fundada en parte la demanda, es inoperante en el presente caso, pues aquélla se aplica a los actos previsibles y ajenos a toda voluntad, activa o pasiva, y no a los actos derivados de la temeridad o imprudencia de la persona que sufre sus consecuencias". La Corte Suprema hizo suyo este razonamiento en Ejecutoria de 14 de julio de 1945[316].

Es importante destacar cómo el Fiscal vincula el hecho de la víctima a lo que él denomina caso fortuito, pero que más propiamente debió haber llamado fuerza mayor: la existencia de una acción de la víctima, determinante, imprevisible e irresistible. Por otra parte, es también interesante que el Fiscal CALLE haya comprendido que la teoría del riesgo no

315. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 34-35, año 1946, pp. 713-714.

significa que, sin necesidad de mayor examen, se obliga siempre a pagar al presunto causante. Por el contrario, en el presente caso le hace ver a la Corte Superior que la teoría del riesgo no se aplica si ha mediado una fuerza mayor que interrumpe el nexo causal, adelantándose de esta forma a la norma incorporada, recién en el año 1984, en el artículo 1972 del nuevo Código.

Por consiguiente, en razón de todo lo expuesto y para mantener la coherencia interna de los dos sistemas de responsabilidad establecidos por el Código (culpa y riesgo), somos de opinión que la palabra "imprudencia" contenida en el artículo 1972 debe leerse como "hecho determinante" o "imprudencia causante" de la víctima: lo que cuenta no es una *culpa* de la víctima sino su intervención *causal* de manera tal que interrumpa el posible nexo entre el presunto causante (demandado y el daño).

191. *Imprudencia y el volens.* Este sentido de la imprudencia —como hecho causal, antes que como una culpa de la víctima— nos evoca la asunción del riesgo a la que antes nos hemos referido[317].

La llamada doctrina del *volentis*, cuando no ha habido pacto entre causante y supuesta víctima, se asemeja más a esta "imprudencia" que a un convenio de irresponsabilidad. Dado que no puede hablarse de contrato porque no existe vínculo previo entre el dañado y el dañante, la aceptación tácita del daño constituye más bien una imprudencia de la víctima: aquél que ingresa a una propiedad ajena –con la mejor intención— a pesar del cartel que le señala que hay perro bravo, no es que está celebrando un "contrato" de irresponsabilidad por mordedura de perro con el dueño de la casa (a quien no conoce, siquiera) sino que está simplemente cometiendo una imprudencia; es decir, colocando una causa propia a un posible daño.

Por este motivo, hemos sido de opinión que, a falta de convenio, toda asunción de riesgo debe ser procesada dentro del régimen de los artículos 1972 y 1973, en vez de tratarse de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1986.

---

317. *Vid supra*, Nos. 126 y *ss.*

192. *La vis maior.* Hemos señalado que, en todos los casos del artículo 1972, aquéllo que les otorga un carácter especial de nueva causa interviniente es la *vis maior* que los afecta: el presunto causante no pudo hacer nada ante esa fuerza mayor que interviene sea desde el Cielo, sea por la acción de un tercero, sea por la acción de la propia víctima. Esa fuerza externa deviene en causa irrefutable del daño.

Por consiguiente, para que el hecho de la víctima —o la "imprudencia", como lo llama el Código— tenga carácter exoneratorio, se requiere que sea decisivo y determinante: ése que hubiera sido el causante en otras circunstancias, se vio avasallado por los hechos de la víctima y no pudo evitar el daño al que físicamente estuvo vinculado. El motorista del tren a quien un sujeto se le tiró intempestivamente ante las ruedas sin darle tiempo de frenar porque quería suicidarse, fue quien físicamente mató al suicida; pero no cabe duda de que la causa determinante del daño fue la acción del propio suicida. Para ese motorista, el acto del suicida fue una fuerza mayor, irresistible e inevitable.

Esto significa que son aplicables al hecho de la víctima todas las reflexiones que hicimos antes con relación a la imprevisibilidad y a la irresistibilidad, cuando tratamos del caso fortuito y del hecho de tercero[318].

193. *El hecho determinante de la víctima en la jurisprudencia peruana.* Los Tribunales peruanos han tenido la tendencia de interpretar la situación en que interviene como causa el hecho de la víctima de manera restrictiva; de modo que, en la práctica, muy pocos hechos de la víctima han sido considerados determinantes. En consecuencia, cada vez que se presentaba una intervención causal de la víctima, se le atribuía un valor concurrente; por lo que el presunto causante estaba siempre obligado a pagar alguna indemnización, aunque ésta fuera reducida.

Así, por ejemplo, *in Re* don Carlos Balarezo Risco con la Compañía Nacional de Tranvías S.A., el primero de los nombrados demanda a la segunda por la muerte de su padre, don José Balarezo Vásquez, ocurrida el 2 de mayo de 1948 como consecuencia de un atropello por un tran-

---

318. *Supra*, Nos. 173 y 181-182.

vía de la línea Lima-San Miguel. Pero en el juicio se acreditó que la víctima pretendió atravesar los rieles en forma intempestiva. A pesar de que ello parecía una causa determinante, el Fiscal GARCIA ARRESE sostiene en su dictamen: "Pero de aquí no se puede establecer, conforme al principio que norma nuestro Código Civil, que la empresa propietaria del vehículo causante del accidente esté exenta de responsabilidad por el daño causado, conforme se ha resuelto ya en múltiples casos por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Lo que cabe es reducir a una suma prudencial esa responsabilidad, con arreglo al artículo 1141 del acotado [Cuando el hecho de la víctima ha contribuido a causar el daño, la obligación de repararlo se disminuye en los límites en que la víctima contribuyó a causarlo]". La Corte Suprema en Ejecutoria de 9 de julio de 1952 acoge esta tesis, aunque reduce la indemnización aun más de lo que ya lo había hecho la sentencia recurrida[319].

El Fiscal no explica cuál es "el principio que norma nuestro Código Civil". Sin embargo, revisando otras Ejecutorias encontramos que se refieren a la responsabilidad objetiva aplicada de manera radical, sin permitir que el causante se libere totalmente por razón alguna.

Mateo Quinpe demandó a la Compañía Nacional de Tranvías para que le abonara una indemnización por el accidente que sufrió su hijo Nicolás, vendedor de periódicos, al caer del tranvía en Barranco, supuestamente empujado por el motorista. A dicho menor tuvo que amputársele toda la pierna derecha. El Fiscal FEBRES señala que "No hay prueba satisfactoria sobre la acción que se imputa al conductor del tranvía sobre que golpeó al menor para que éste abandonara el carro acoplado al que había subido sin pagar pasaje, para vender periódicos"; en cambio, "lo único que existe al respecto es que el accidente se produjo imputable al menor que bajó y subió al tranvía [*sic*] sin tomar las precauciones del caso". Pero agrega: "Sin embargo, es procedente la indemnización por la teoría del riesgo". Por ello, propone que no se exonere la responsabilidad de la Compañía Nacional de Tranvías sino que simplemente se le reduzca la indemnización; lo que hace la Corte Suprema en Ejecutoria de 24 de mayo de 1960[320].

---

319. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 104. Setiembre de 1952, pp. 2708-2709.

320. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 200, año 1960, pp. 1075-1076.

Sin embargo, existen algunas Ejecutorias que han opinado por la exoneración total del presunto causante cuando el daño se había producido por hecho determinante de la víctima, aunque se tratara de Casos de aplicación de la responsabilidad objetiva.

Hugo Guevara Reinoso, hijo menor del demandado, don Washington Guevara, "se atrevió a manejar el automóvil de propiedad de la demandante [Alicia Murillo viuda de Guerra], sin tener brevete, dando lugar por su inexperiencia y falta de conocimientos a la colisión que le causó graves desperfectos [al propio auto]". En estas circunstancias, la propietaria del automóvil, doña Alicia Murillo viuda de Guerra, demanda al padre del menor para que abone la reparación de los daños. El Fiscal FEBRES opina que el pedido es procedente. Sin embargo, la Corte Suprema, en Ejecutoria de 5 de setiembre de 1960, declara infundada la demanda porque encuentra que fue a su vez el hijo de la demandante quien le prestó el vehículo a su amigo, el hijo del demandado. Por consiguiente, dice la Resolución de la Corte, "la reparación que se reclama en la presente demanda no proviene de daño de tercero sino que se ha debido al acto de la misma demandante, consistente en haberle entregado el uso del carro a su propio hijo, quien a su vez lo cedió al menor de diecisiete años Hugo Guevara Reinoso, causante del accidente, que carecía de licencia para manejar"[321]. La interpretación del hecho de la víctima es muy discutible, pero lo importante es que nos encontramos ante un caso en que ese hecho es considerado de naturaleza tan decisiva que exonera de toda responsabilidad al causante directo (representado por su padre).

En el mismo sentido se pronuncia la Ejecutoria Suprema de 29 de agosto de 1972 en el juicio seguido por don Marcelino Quispe León contra don Jorge Euribe Sanabria[322]. Lamentablemente, como poco antes había sido suprimido el requisito de dictamen fiscal y las ejecutorias no se dan el trabajo de resumir los hechos, no es posible conocer los detalles de la situación involucrada. Pero es importante uno de los Considerandos que afirma "que el artículo 1141 del Código Civil [que se refería a la reducción de la indemnización] sólo es de aplicación cuando existe concurrencia de culpas en la producción del daño, lo que no ocurre en el caso

---

321. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 204, año 1961, pp. 74-75.

322. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 345, Octubre de 1972, p. 1270.

de autos, en el cual —como queda dicho— la responsabilidad recae exclusivamente sobre la víctima del accidente".

Esta discusión sobre los alcances del artículo 1141 del antiguo Código —si sólo permite una reducción de la indemnización o también la exoneración de la responsabilidad cuando el hecho de la víctima ha sido determinante— ha quedado superada en el Código de 1984. Como hemos visto, el artículo 1972, *in fine*, de este cuerpo legal exonera totalmente de responsabilidad al presunto causante cuando se demuestra que el daño fue consecuencia —léase, exclusiva— del hecho (imprudencia) de la víctima, aun en los casos de la responsabilidad objetiva, fundada en el riesgo, a que se refiere el artículo 1970.

194. *El hecho concurrente de la víctima.* En todos los casos comprendidos en el artículo 1972, puede presentarse la situación de que la causa extraña no se imponga determinantemente, como *vi maiore*. Así, tratándose de caso fortuito concurrente pero no determinante, el causante no queda exonerado de manera total; pero su responsabilidad se encuentra atenuada en la medida en que no sea totalmente causante. De igual forma, tratándose de hecho de tercero concurrente pero no determinante, nos encontramos frente a una situación de co-causación: ambos autores —el directo y el concurrente— son causantes y, por consiguiente, responsables.

El artículo 1973 regula este tipo de situaciones cuando interviene como concausa el hecho de la víctima. Si este hecho no es determinante sino concurrente, la responsabilidad del daño recae en parte en el causante y en parte en la propia víctima (que también es causante). Por consiguiente, como en el caso de la víctima quedan confundidos los derechos y las obligaciones de acreedor y deudor respectivamente, en la parte que le corresponde de responsabilidad, sólo queda en pie la responsabilidad del "causante no-víctima". Y dado que éste sólo responde por una parte del daño (porque puso sólo una parte de la causa), es lógico que pague una indemnización reducida si se la compara con la que hubiera correspondido pagar si hubiera sido el causante exclusivo.

En consecuencia, este artículo no constituye sino una variante de la última regla contenida en el artículo anterior; al punto que podría pensarse si, desde el punto de vista sistemático, no hubiera sido más lógico colocar ambas reglas en un solo artículo, de manera que el artículo 1973 fuera el segundo párrafo del artículo 1972.

195. *Las situaciones mixtas.* En realidad, estas situaciones en las que se presenta una concurrencia de causas pueden ser muy variadas y complejas.

Hasta el momento nos hemos referido para fines expositivos a cada una de las causales de exoneración contempladas en el artículo 1972 con sus respectivas variantes según el grado de participación de la causa extraña (hecho determinante y hecho concurrente), tratadas separadamente. Pero la realidad no suele presentarse con el mismo orden ni con la misma simplicidad que se intenta en una exposición: en la vida del Derecho, las combinaciones son bastante más atrevidas y dan lugar a situaciones muy complicadas.

Es así como podemos encontrar actos de demandados que son causa del daño pero que aparecen mezclados no sólo con casos fortuitos sino quizá también con la intervención de un hecho de tercero y hasta con la participación de un hecho o causa (imprudencia) de la víctima. Estas tres causas extrañas al presunto causante —con sus variantes según el grado de participación en el resultado dañino— pueden combinarse de la forma más exótica. El Juez tendrá que desenredar esta madeja de causas y concausas, para atribuirle a cada una de ellas su peso específico y así determinar finalmente la responsabilidad del presunto causante (demandado).

Además, dado que existen dos principios de responsabilidad en el Código (culpa y riesgo), las combinaciones pueden hacerse aun más entreveradas por la intervención de estos criterios: el causante directo puede ser que responda por riesgo, mientras que el tercero responde por culpa o *vice versa*. Y a todo ello cabe agregar los casos de daños por ambas partes —en los que ambos son causantes y víctimas a la vez— donde todavía puede intervenir un tercero o mediar un caso fortuito; y cada uno de estos daños recíprocos puede regirse por principios de responsabilidad distintos (culpa o riesgo, según las circunstancias).

196. *Algunos casos tipificados como hecho de la víctima en los que éste constituye causa concurrente del daño.* La jurisprudencia es bastante amplia en esta materia, aunque los casos presentan muchas similitudes entre sí: se trata de "hechos de la víctima" del mismo tipo, en la mayoría de las circunstancias.

Nos limitaremos a dar sólo algunos ejemplos a fin de evitar incurrir en repetición innecesaria. No incluimos aquellos casos en los cuales existen daños recíprocos (que trataremos más adelante) sino únicamente aquéllos en los que la acción dañina se ha producido en un solo sentido: el hecho de la víctima ha contribuido a su propio daño, pero no ha causado a su vez daño en el agente.

Una actividad que frecuentemente da lugar a este tipo de situaciones es el transporte urbano de pasajeros. La inobservancia generalizada de los reglamentos correspondientes, la ausencia de portezuelas en los ómnibuses que se cierran durante la marcha y el apiñamiento que resulta de las deficiencias de este servicio público, han dado lugar a numerosos accidentes del tipo de los que se mencionan a continuación.

El día 19 de febrero de 1948, a las tres y media de la tarde, la señora Susana Santona Sulca viajaba en un ómnibus de la línea Breña-Limoncillo, de propiedad de la Empresa de Omnibus San Miguel S.A., manejado por el chofer Julio Barrenechea Verástegui. Al llegar a la mitad de la tercera cuadra del Paseo Colón, la señora Santona, quien se encontraba de pie cerca de la puerta, fue violentamente despedida del ómnibus y arrojada contra la vereda, por lo que falleció poco después. En los autos seguidos por el hijo de la víctima, don Modesto Barrios Sulca, contra la empresa propietaria del ómnibus y empleadora del chofer, se acreditó que el accidente se había debido a una maniobra brusca del piloto y al exceso de pasajeros que llevaba dicho vehículo. Por ello, el Fiscal GARCIA ARRESE fue de opinión de que procedía la indemnización acordada por la sentencia de vista. Sin embargo, la Corte Suprema en Ejecutoria de 6 de agosto de 1952 resolvió que, atendiendo a que «la accidentada viajaba cerca de la puerta sin haber tomado las más elementales precauciones de seguridad», debía considerarse que el hecho de la víctima era una causa contribuyente del daño; y, por tanto, debía reducirse la indemnización[323]. Obsérvese cómo en este caso tanto la conducta de la demandada como la de la víctima son causa del accidente: la empresa de transporte por tener ómnibus sin puertas y permitir que viaje la gente en mayor número del que permite la seguridad, así como por ser empleadora del chofer que hizo una mala maniobra; y la víctima por arriesgar su vida al subir a un ómnibus manifiestamente lleno.

---

323. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 104, Setiembre de 1952, pp. 2705-2707.

Otro caso similar —aunque con algún elemento diferente— es el de Héctor Zavaleta Rodríguez, quien sufrió daños corporales al no lograr subir a un ómnibus y caer sobre la calzada; por lo que demandó a la Corporación Municipal de Transportes que operaba esa línea. El accidente se produjo cuando el ómnibus se encontraba detenido ante un semáforo, en un lugar que no era paradero oficial. El señor Zavaleta intentó aprovechar para subir al vehículo; pero en ese momento cambió la luz y el chofer puso en marcha el ómnibus, lo que ocasionó la caída del pretendido pasajero. El Fiscal SOTELO opina que "si es verdad que Zavaleta procedió en forma imprudente, no lo es menos que el chofer Tasso, infringiendo con su indicada actitud [poner en marcha el ómnibus sin tomar las precauciones debidas] la obligación que como tal le imponen no sólo los reglamentos de tráfico, sino también los más elementales principios de prudencia y humanidad, fue el causante y el autor principal de los daños ocasionados". La Corte Suprema hace suya esta opinión[324]. En este caso, parecería que la causa principal del accidente se encuentra en el hecho de la víctima, ya que infringió todas las normas al intentar subir a un ómnibus fuera de paradero y cuando cambiaba la luz. Sin embargo, se atribuye la causa principal al piloto con el objeto de responsabilizarlo porque se teme que la redacción del texto legal pertinente (el artículo 1141 del antiguo Código) pueda ser interpretada en el sentido de que se refiere sólo al hecho concurrente de la víctima (cuando el demandado puso la causa más importante) pero no al hecho concurrente del presunto causante (cuando fue la víctima quien puso la causa más importante), aunque ésta no fuera determinante o única causa del accidente sino que el demandado también contribuyó causalmente a la producción del daño).

Las infracciones de tránsito de las víctimas han sido habitualmente consideradas como causas concurrentes del daño, que dan lugar a una reducción de la indemnización. Así, por ejemplo, la Ejecutoria de la Corte Suprema de 8 de setiembre de 1959 reduce la indemnización que había sido ordenada pagar por la Compañía Vinícola Toche Chávez a don Benigno León Ruiz Cornejo por el accidente sufrido por su hijo, porque "en la realización del accidente ha concurrido la culpa del menor quien, acompañado de otro, transitaba en una bicicleta en sentido contrario al tráfico"[325].

---

324. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 94, Noviembre de 1951, pp. 1302-1303.

325. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 194, Marzo de 1960, pp. 297-298.

También son muy frecuentes las imprudencias de peatones al momento de cruzar la calle o los rieles del tranvía.

En ejemplos anteriores ya hemos visto algunos de estos casos. Es interesante recordar aquél que fuera dictaminado por el doctor Félix NAVARRO IRVINE en el que éste encuentra que es causa concurrente del atropello el descuido de los padres de la menor, por enviar sola al colegio a una niña de seis años de edad[326]. Otros casos aluden a intentos de atravesar la calle por lugares de gran peligro, tales como rieles de tranvía o sitios de intenso tráfico vehicular.

Doña Enriqueta Rodríguez viuda de Castillo demanda a la Compañía Nacional de Tranvías el pago de una indemnización por la muerte de su esposo, don Nacianceno Castillo, atropellado cuando pretendía cruzar los rieles. El Fiscal FEBRES sostiene que, de un lado, hubo imprudencia de la víctima porque intentó atravesar la línea cuando estaba en marcha un carro; pero, de otro lado, el motorista imprimía demasiada velocidad al tranvía, a pesar de encontrarse próximo a un paradero. Por consiguiente, es de opinión que se considere que hay responsabilidad compartida; como efectivamente lo hace la Corte Suprema por Ejecutoria de 26 de octubre de 1959[327].

El 23 de octubre de 1947, en la esquina formada por el Paseo de la República con la calle Mapiri, murió atropellado por un automóvil el señor Buenaventura Santillán. Sus hijas, doña Betsabé Santillán de Pastor y otra, demandaron a la Fábrica de Aceites San Jacinto, propietaria del automóvil y empleadora del chofer, para obtener una indemnización por el daño resultante de la muerte de su padre. El Fiscal SOTELO opinó que el accidente "fue debido principalmente a imprudencia del propio Santillán, que a pesar de su avanzada edad de 82 años, se aventuró a la pista estando el tráfico en marcha". Sin embargo, afirma que "esta obligación [de indemnizar] a cargo de la empresa demandada es ineludible" y que lo que procede no es la exoneración de la responsabilidad sino la reducción del monto de la indemnización. La Corte Suprema, en Ejecutoria de 2 de abril de 1952, acoge esta tesis y aun la lleva más lejos, pues disminuye la indemnización por debajo de lo opinado por el Fiscal[328].

---

326. *Supra*, No. 35, no. 94.

327. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 195, año 1960, pp. 415-417.

328. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 99, Abril de 1952, pp. 1984-1985.

Don Carlos Minaya Herrera demanda a don Juan Puppo Piaggio para que le pague los daños y perjuicios y el daño moral sufrido como consecuencia de un atropello. El Fiscal GARCIA ARRESE considera que quien comete un daño con un vehículo está obligado a indemnizar, pero que, «habiéndose probado que el agraviado trató de cruzar imprudentemente la calzada en un lugar de gran peligro», procede la reducción de la indemnización; opinión que acepta la Corte Suprema en Ejecutoria de 14 de julio de 1955[329].

Cabe advertir que la aplicación de la responsabilidad concurrente en la jurisprudencia peruana muchas veces parece un artilugio para responsabilizar de todas maneras a un presunto causante, por considerar que su actividad debe dar lugar a responsabilidad objetiva. Esto es muy frecuente en los casos de daños ocasionados con vehículos en los que, cuando es claro que la causa del daño fue puesta por la propia víctima, la Corte declara que existe siempre una responsabilidad del propietario y/o conductor del vehículo (en razón de un sentimiento objetivista implícito), pero que procede reducir la indemnización.

197. *Los daños recíprocos.* En una inmensa variedad de situaciones, los papeles de agente y de víctima pueden corresponder simultáneamente y recíprocamente a las dos partes involucradas en un accidente. Por ejemplo, en las colisiones entre dos vehículos: ambos conductores sufren daños en sus vehículos, ambos son agentes de una actividad peligrosa y en la mayoría de los casos será difícil establecer una imprudencia notoria en alguno de ellos que sea el elemento decisivo en la producción del daño (salvo que se demuestre que uno de los dos conducía bajo los efectos del alcohol o circulaba a mayor velocidad que la permitida u otro caso grave similar).

En realidad, los daño recíprocos consisten en dos daños simultáneos, de los cuales cada una de las partes es agente y víctima alternativamente: *Antoninus* es causante de los daños sufridos por *Terentio* en la colisión; y *Terentius* es causante de los daños sufridos por *Antonino*. Ahora bien, el problema se presenta si uno de ellos o ambos (como suele suceder) han incurrido en imprudencia, no determinante sino concurrente, en la producción del daño (*tatbestand* del art. 1973).

---

329. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 145, año 1956, pp. 189-191.

Dada la importancia práctica de este tipo de situaciones, vale la pena realizar el ejercicio de examinar sus diferentes variantes y los resultados correspondientes para cada uno de los causantes-víctimas.

198. *Los daños recíprocos en una relación de responsabilidad objetiva.* Adoptemos como hipótesis que la actividad de conducir un vehículo es riesgosa y que los vehículos son cosas peligrosas. Esto significa que, si se produce un choque entre dos vehículos, la indemnización que corresponda a las víctimas (consideremos sólo los daños materiales sufridos por cada uno de los automóviles, para simplificar) se regirá por los principios de la responsabilidad objetiva conforme a la regla del artículo 1970.

199. *La neutralización de las responsabilidades recíprocas.* Hemos visto que, de acuerdo a tal principio, no procede analizar las culpas de los agentes sino únicamente la puesta en acción de causas de daño: aquél que ha puesto en acción una causa que ha originado un daño, está obligado a repararlo. Pero en el caso que nos ocupa, ambos han contribuido con una causa (la realización de una actividad riesgosa) a la producción del daño.

Hay quienes han planteado que las dos causas concurrentes se neutralizan entre si y que, en consecuencia, no hay responsabilidad de ninguno: cada uno asume sus propios daños.

El día 7 de mayo de 1947, a las ocho de la noche, en la Avenida República de Panamá, a la altura del cruce con la Avenida Javier Prado, se produjo un accidente de tránsito entre una camioneta de propiedad de la Compañía de Aviación Panagra y un ómnibus interprovincial de la Empresa de Transportes Roggero. Además de los daños materiales a los vehículos, se produjeron daños personales a terceros que eran ocupantes de ambos vehículos. El Fiscal GARCIA ARRESE opinó que sólo debían abonarse los daños causados a terceros, mientras que cada una de las empresas tenía que soportar sus propios daños materiales: "Tratándose de un evento en que existe responsabilidad en ambas partes, porque los chaufferes a sus servicios procedieron con notoria negligencia, no cabe indemnización por los daños propios que han sufrido; estando así obligados a pagar por partes iguales los que han sufrido terceras personas". La Corte Suprema hizo suya esta opinión por Ejecutoria de 17 de setiembre

de 1952[330]. Aun cuando este caso fue resuelto sobre la base de la responsabilidad subjetiva, la solución se orienta a la neutralización recíproca de la responsabilidad cuando existe por igual en ambas partes.

Esta tesis, dicen los hermanos MAZEAUD, es injusta[331]. Nosotros pensamos que una interpretación de esta naturaleza es incluso ilegal en el Perú; los jueces no pueden cancelar el derecho a la reparación que establece el Código Civil y tener por no aplicable la responsabilidad extracontractual en este tipo de situaciones.

200. *La responsabilidad de ambas partes.* Una tesis diferente —y contraria a la anterior— abona por el pago recíproco de los daños recíprocos. Suponiendo que ambos causantes-víctimas hayan reclamado una indemnización (a través de una demanda y reconvención, por ejemplo), en estricta aplicación del artículo 1970, el Juez tendría que declarar fundados ambos reclamos. En estas circunstancias, cada uno paga los daños del otro.

De esta manera, aquél que ha sufrido más daño recibe también más del otro. Esto parece razonable porque, atendiendo a que se paga por causar objetivamente un daño, ese causante ha causado objetivamente un daño mayor. Ese daño mayor puede ser el resultado de que su vehículo sea más dañino (peligroso), como es el caso si se trata de un camión o un ómnibus que choca contra un automóvil. O puede que resulte de haber causado el daño en una parte más delicada o costosa del vehículo del otro chofer. O porque el otro chofer tiene un vehículo en general más costoso.

Ahora bien, aplicando este principio de que cada uno paga los daños que causó al otro, si los daños son relativamente equivalentes (como suele suceder), cada uno recibirá una suma similar a la que tiene que pagar; y eso después de un juicio largo y costoso. Como es evidente, ninguno tendrá interés en demandar y cada uno asumirá los costos de reparación de su propio vehículo, exactamente como si no existiera la responsabilidad extracontractual.

---

330. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 105, Octubre de 1952, pp. 2836-2838.

231. Henri, Léon y Jean MAZEAUD: *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda, Vol. II, *La responsabilidad civil. Los cuasicontratos*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1978. No. 599, p. 346.

Sólo habrá suficiente motivación para demandar si alguno de ellos ha sufrido daños por un valor *muy superior* al del otro, que justifiquen el juicio a pesar de la indemnización que tendrá que pagar al otro —porque el otro conductor ciertamente planteará una reconvención— y a pesar de los costos del propio juicio. Si la diferencia entre la suma que recibirá y la suma que estará obligado a pagar es mayor que el costo del juicio, entonces demandará. En caso contrario, no tomará la iniciativa y sólo reclamará sus daños como medio de defensa (en vía de reconvención) si el otro a su vez le intenta cobrar los suyos. Pero si los daños del otro eran menores que los suyos, obviamente ése otro no iniciará una acción judicial porque se enfrentaría inmediatamente a la reconvención mencionada por una cantidad incluso mayor que la demandada.

201. *Evaluación de causas.* Sin embargo, el hecho de que el accidente ha producido daños recíprocos no significa necesariamente que ambos causantes-víctimas han intervenido en su producción con causas de importancia equivalente.

Los Tribunales han intentado a veces categorizar las causas de producción de riesgos en función de su mayor o menor peligrosidad.

Por ejemplo, en la Ejecutoria Suprema de 18 de setiembre de 1975, al resolver un caso de daños y perjuicios en el que estaba involucrado un automóvil y una motocicleta, se establece que el automóvil "por su naturaleza constituye un peligro más intenso"[332].

Igualmente, en la Ejecutoria referida a un dramático accidente ocurrido en 1947, la Corte Suprema atribuye mayor peligrosidad al tranvía que a una camioneta. Al mediodía del 14 de setiembre de 1947, don Eduardo Grellaud Fraserd, conduciendo una camioneta, intentó cruzar los rieles del tranvía a la altura de las Avenidas Recavarren y Primavera, en Miraflores. En esas circunstancias, fue chocado por un tranvía que se dirigía de Lima a Chorrillos. En el accidente murieron los menores Eduardo y Carlos Behl Grellaud y el menor Ernesto Luis Higueras y quedaron lesionados los menores Santiago y Gabriela Higueras Carrera, por lo que se

---

332. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 382, Noviembre de 1975, pp. 1215-1216.

interpusieron las acciones respectivas contra la Compañía de Tranvías, que luego fueron acumuladas en un solo juicio.

El Fiscal GARCIA ARRESE opinó que el accidente "se debió a la culpa del piloto y del motorista del tranvía, habiéndose producido la colisión por la concurrencia de culpa de ambos conductores". Y sustentó esta afirmación haciendo presente que "de las citadas pruebas consta que ambos conductores el día del accidente tenían amplia visibilidad, que en el paso a nivel transpuesto por Grellaud existían carteles anunciadores del peligro y que no obstante que advirtió la presencia del tranvía, no paró la camioneta, lo que demuestra su negligencia; pero el motorista Luyo también incurrió en negligencia al distraer su atención sobre el lado derecho de la línea de viaje, lo que le impidió ver oportunamente la camioneta". Por todo ello y considerando "que el tranvía es de propiedad de la demandada y que el motorista Luyo estaba a su servicio [era del parecer que] es evidente la obligación de la Compañía Nacional de Tranvías S.A. de indemnizar los daños y perjuicios", con la reducción debida a que el hecho de la víctima contribuyó a su propio daño. La Corte Suprema, por Resolución Suprema de 6 de abril de 1954 y de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, declara no haber nulidad en las sentencias inferiores que otorgan indemnización a todos los demandantes[333]. Notemos que la responsabilidad de la Compañía Nacional de Tranvías no resulta tan evidente, cuando menos a juzgar sólo por lo que el mismo Fiscal afirma. Todo el razonamiento parecería basarse en la aplicación de la culpa. Pero mientras que describe una serie de circunstancias que configuran la culpa de la víctima, apenas si esboza una circunstancia bastante débil sobre la culpa del motorista del tranvía; que se distrajo en ese momento y miraba para el lado derecho de la vía en vez de ver para ambos lados. La falta de solidez de esta objeción que pretende basarse en la culpa nos hace pensar que, en realidad, subyaciendo a este razonamiento de la culpa, hay un razonamiento objetivista que atribuye responsabilidad a todo el que cause un daño con motivo de haber puesto en acción una actividad riesgosa. Y este razonamiento se encuentra complementado con la idea de que el tranvía es un elemento más riesgoso que el automóvil o la camioneta; de ahí que al Fiscal GARCIA ARRESE le parezca *evidente* que la Compañía Nacional de Tranvías deba indemnizar.

---

333. Revista de Jurisprudencia Peruana, No. 124, año 1954, pp. 591-593.

En otros casos donde no podía distinguirse entre actividades de mayor o menor riesgo, los Tribunales han intentado determinar cuál de los causantes en particular colocó la "causa más adecuada" (para hablar con la terminología del artículo 1985), sin que ello signifique que el otro no tuviera también participación causal.

Podemos imaginar que *Sixtus* es causante del accidente porque puso en circulación un automóvil; pero *Marcellus* no sólo puso en circulación también un automóvil —actividad de riesgo similar a la de *Sixtus*— sino que además lo lanzó como un bólido a través de una avenida principal sin importarle quién venía. En estas circunstancias, no cabe duda de que *Marcellus* es más *causante* —no más *culpable*, lo que no interesa para el caso de la responsabilidad objetiva— que *Sixtus*. En tal caso, es *Marcellus* quien debe soportar en mayor grado el peso económico del daño, pagando más reparación o asumiendo en mayor medida su propio daño.

Si en el ejemplo propuesto, *Sixtus* conducía un automóvil muy modesto mientras que *Marcellus* conducía un automóvil de lujo, puede suceder que *Sixtus* sufra muy poco daño debido a que, al atravesarse intempestivamente *Marcellus*, apenas si lo tocó lateralmente. Pero el automóvil de lujo de *Marcellus*, dada la velocidad con que venía, fue lanzado lateralmente y dio tres vueltas de campana. No parece razonable que cada uno pague el íntegro de los daños al otro, porque entonces *Sixtus*, que era el menos "autor" del daño (porque puso una causa menor) tendrá que pagar una suma enorme a *Marcellus*, mientras que éste último —que colocó la "causa adecuada" debido a la alta velocidad que llevaba— casi no tendrá que pagarle nada a *Sixtus*.

Para evitar esas situaciones absurdas, resulta indispensable que se evalúe el grado de participación causal de cada uno de los participantes en el daño recíproco. Es preciso saber cuál causa ha tenido un mayor peso en la producción del daño y atribuir consecuentemente a ese causante un mayor peso económico del daño de ambos. El grado de causa se mide por su "adecuación" (art. 1985) al resultado; y, como antes se ha dicho, la adecuación puede entenderse en términos de normalidad[334]. Así,

334. *Vid, spra*, No.161.

es normal que conducir un automóvil conlleve el riesgo de un choque; pero también es normal que conducir a velocidades temerarias o bajo la influencia del alcohol conlleve con más frecuencia el riesgo de choque. Por consiguiente, si se produce una colisión entre dos vehículos, uno de cuyos choferes estaba manifiestamente alcoholizado, los dos serán causantes del accidente; pero aquél que estaba alcoholizado es más causante que el otro.

Un ejemplo jurisprudencial de esta técnica de evaluación de la adecuación de las causas, lo encontramos *in Re* Gloria Mujica Cabeza contra María Antonieta Dancuart Accinelli y otra, sobre indemnización, con motivo de un accidente automovilístico. La demandante, conforme a los principios de la responsabilidad objetiva, probó simplemente el hecho del accidente (es decir, el nexo causal entre la demandada y el daño) y el monto de los daños. Pero la demandada demostró que la camioneta de propiedad de la demandante, en la que viajaba ésta, "efectuó una maniobra imprevista al tratar de sobrepasar a otro vehículo que se hallaba estacionado en la carretera, contribuyendo así a causar el accidente". En consecuencia, por Resolución Suprema de 27 de marzo de 1974, la Corte redujo la indemnización que debía pagar la demandada a la demandante porque "tratándose de actos ilícitos, cuando el hecho de la víctima contribuye a causar el daño, la obligación de repararlo se disminuye en los límites de esa *participación*"[335]. Ambos vehículos eran objetivamente responsables porque, al haber creado riesgos de circulación, resultaban causantes de los daños ocasionados con tal actividad. Pero uno de los vehículos —el de la demandante— había creado un riesgo adicional al realizar una maniobra fuera de lo normal. Por consiguiente, esta causa debía ser restada del derecho que le otorgaba la causa de la otra parte.

202. *La indeterminación y la equivalencia de causas.* Lamentablemente, en un gran número de los casos (particularmente en accidentes automovilísticos) no será posible distinguir entre las causas que produjeron el accidente.

En la mayoría de los accidentes de tránsito, donde el daño afecta habitualmente a ambas partes, es prácticamente imposible establecer que

335. Revista de Jurisprudencia Peruana, No. 363, Abril de 1974, pp. 397-198. El énfasis es nuestro.

uno ha sido más causante que otro. Lo más probable es que consideremos que los hechos de ambos por igual han llevado al daño; y que el accidente —que produjo daños en los dos vehículos— no es el resultado de una causa fundamental colocada por uno solo de los conductores sino de pequeñas causas colocadas por ambos: además de poner un vehículo en circulación, uno no se fijó bien si venía un automóvil por la otra calle, el otro estaba distraído pensando en sus problemas personales, uno creyó que la luz roja ya había cambiado cuando en realidad recién estaba cambiando, el otro venía a una velocidad ligeramente superior a la reglamentaria, etc.

En estos casos, los Tribunales se han encontrado muchas veces en medio de una gran perplejidad. Todos los jueces que han tenido casos de indemnización por colisiones entre dos vehículos han pasado por esta experiencia incómoda de la dificultad de tomar partido por ausencia de criterios definidos para hacerlo. En algunos casos, han confesado su incertidumbre mediante el recurso a la equidad que, utilizado sin ninguna explicitación del problema ni de los criterios para pronunciarse ante él, no es otra cosa que un manto que cubre nuestras ignorancias en materia de Derecho y nuestras dudas no resueltas.

El 22 de noviembre de 1952, un ómnibus del Servicio Municipal de Transportes que transitaba de Sur a Norte ingresó a la Avenida Wilson desde la calle que queda a la espalda del entonces Ministerio de Fomento y Obras Públicas. Es así que fue chocado por un automóvil que era conducido por el ingeniero Ricardo Espinoza Fernández. Ambos vehículos resultaron con serios desperfectos. El Servicio Municipal de Transportes demandó al ingeniero Espinoza para el pago de los daños sufridos por el ómnibus y el ingeniero Espinoza reconvino contra el Servicio Municipal de Transportes por el daño sufrido por su automóvil. El Fiscal GARCIA ARRESE, como probablemente los magistrados que habían conocido el caso en las instancias inferiores, se encuentra en un dilema porque la responsabilidad recae "por partes iguales en ambos pilotos que, sin disminuir la velocidad que llevaban, se encontraron bruscamente, chocando por sus partes delanteras, por no haber tomado los pilotos las precauciones de reglamento". En razón de ello, opina que debe resolverse el caso "con criterio de equidad" acordando una indemnización mayor al propietario del automóvil que al Servicio propietario del ómnibus. La Corte Suprema

acoge esta opinión en Ejecutoria de 26 de abril de 1958[336]. Lamentablemente, ni el dictamen fiscal ni la Ejecutoria indican si la mayor indemnización en favor del propietario del automóvil obedece a que éste había sufrido mayores daños o a que se consideraba más peligroso el ómnibus que el automóvil.

Cuando las causas no son claramente atribuibles a uno u otro participante del hecho dañino —ya sea porque son múltiples y equivalentes o porque son indeterminadas— la responsabilidad extracontractual funciona muy ineficientemente.

Coloquemos un ejemplo para verlo más claro. *Antoninus* y *Terentius* son dos choferes (propietarios de sus vehículos, para hacer más fácil el ejemplo) que, en un mismo accidente automovilístico en el que son partes, han sufrido cada uno daños valorizados en 100. Cualquiera de los dos podría tomar la iniciativa judicial y demandar al otro. Supongamos que es *Antoninus* quien demanda a *Terentius* para que le pague 100, aduciendo que éste responde objetivamente por el hecho de haber puesto un vehículo en movimiento (actividad y bien riesgosos) pero que, sin perjuicio de ello, ha sido también quien concurrió al hecho dañino con la causa "más adecuada" porque conducía a velocidad superior a la reglamentaria. *Terentius* contesta la demanda negándola en todos sus extremos y además reconvie-ne para que *Antoninus* le pague 100 por los daños que él ha recibido y alega igualmente que *Antoninus* responde objetivamente por haber puesto un vehículo en movimiento y que, además, la causa "más adecuada" del hecho dañino fue puesta por *Antoninus* porque era él quien manejaba a velocidad superior a la reglamentaria.

Cabe advertir que en estos casos de daños recíprocos, la estrategia de cada litigante será siempre alegar responsabilidad objetiva derivada de la circulación automovilística y además alguna otra causa de la otra parte: de esta manera no sólo se fundamenta el pedido de reparación sino que también se tiende a neutralizar una posible defensa del demandado que pudiera buscar el escudo del artículo 1972 o, en el peor de los casos, el del artículo 1973.

---

336. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 180, año 1958, pp. 1355-1357.

El juez considerará que cada uno le ha causado el daño al otro en virtud de una actividad peligrosa de acuerdo al artículo 1970; pero, para los efectos de apreciar la aplicación del artículo 1973 en uno y en otro chofer se encuentra con dificultades; porque comprobará que efectivamente (como suele suceder en estos casos) tanto *Terentius* como *Antoninus* manejaban a una velocidad ligeramente superior a la reglamentaria: ¿cuál es la causa más adecuada en este caso? Ante la imposibilidad de pronunciarse, decidirá que ambos son responsables, el uno respecto de los daños del otro, pero también que cada víctima ha contribuido a su propio daño debido a su imprudencia. Por ese motivo, declarará fundadas en parte tanto la demanda como la reconversión y, reduciendo la indemnización de ambos de conformidad con el artículo 1973, asignará a cada uno la suma de 50 como indemnización (la mitad de lo solicitado en la demanda). Como puede apreciarse, los dos reciben la misma cantidad y ninguno obtiene beneficio con el juicio; los únicos que ganan son los abogados.

Imaginemos ahora que *Antoninus* sufrió daños por 150, mientras que *Terentius* recibió daños sólo por 100. En este caso, *Antoninus* es el que definitivamente toma la iniciativa y demanda a *Terentius*. Pero éste reconviene a su vez contra *Antoninus* por el monto de sus propios daños. El juez, siguiendo el mismo razonamiento antes reseñado, considera que ambos son responsables y que, como ha habido imprudencia de los dos, deben reducirse equitativamente las indemnizaciones en 50%. De esta manera, la sentencia condena que *Terentius* pague a *Antoninus* la suma de 75; pero que a su vez *Antoninus* pague a *Terentius* la suma de 50 (el 50% de la reconvención). ¿Cuánto ha recuperado efectivamente *Antoninus*? Escasamente 25 (la diferencia entre los 75 que recibe y los 50 que tiene que pagar). ¿Qué representa esto sobre sus daños? Un 17%. La siguiente pregunta es obvia: ¿se justifica soportar los gastos y las preocupaciones de un juicio ordinario por el 17% de los daños? La respuesta es también casi obvia: no.

203. *Otras alternativas al principio objetivo de responsabilidad.* Como puede apreciarse, la responsabilidad objetiva se enfrenta a numerosos problemas cuando se trata de daños recíprocos: en la práctica, muchas veces la víctima no tiene el amparo de la responsabilidad extracontractual y se encuentra obligada a correr con el costo de sus propios daños. Es como si, para estos casos, la responsabilidad extracontractual hubiera quedado derogada.

Estas son las dificultades propias del principio objetivo de responsabilidad —o principio del riesgo, como se prefiera llamarlo— las que resultan magnificadas y enrevesadas por el hecho de que ese principio ha sido acogido por un Código que ha sido redactado desde la perspectiva de la culpa.

Pero no se crea que el principio de la culpa resuelve más eficazmente este tipo de problemas. Ante las paradojas descritas a que nos conduce la teoría del riesgo, algunos Derechos han retrocedido frente a los daños recíprocos hasta la teoría de la culpa. Es así como se ha sostenido en la jurisprudencia de algunos países que cuando dos vehículos (bienes riesgosos) chocan, las responsabilidades objetivas se neutralizan entre sí y, en vez de aplicarse la responsabilidad por riesgo, debe examinarse el caso conforme a las reglas de la culpa; de esta manera, con la inversión de la carga de la prueba que establece el Código Peruano, el conductor que no logra probar su ausencia de culpa paga al otro. Esta es la solución de la jurisprudencia argentina; con el agravante de que, no operando dentro de ese ordenamiento jurídico la inversión de la prueba, es únicamente el conductor que prueba la culpa del otro quien recibe indemnización por sus daños[337].

Pero este planteamiento conduce a situaciones tan absurdas e inoperantes como la aplicación de la teoría del riesgo. Si partimos del principio de que en los accidentes de automóviles existe normalmente culpa compartida, llegaremos a la misma situación antes reseñada en la que uno y otro se deben daños; con todos los problemas señalados en nuestro análisis económico de la teoría del riesgo. Hemos visto la perplejidad de nuestra jurisprudencia nacional, a pesar de que se ha tratado de encontrar las negligencias o culpas respectivas; en la práctica, se ha encontrado culpa en ambas partes. Aplicando la responsabilidad subjetiva a los casos en que se discuten daños automovilísticos recíprocos, sólo si aparece la culpa irrefutable de uno de los conductores se justificaría la acción; o cuando los daños de uno son considerablemente mayores que los del otro. En los demás casos, por una vía o por otra, cada una de las partes involucradas como causante-víctima terminará recibiendo lo mismo que tiene que pagar, igual como sucedía dentro de la teoría objetiva.

---

337. Aída KEMELMAJER de CARLUCCI: *Responsabilidad en las colisiones entre dos o más vehículos*, en *Temas de Responsabilidad Civil en honor al Dr. Augusto M. Morello*. Librería Editora Platense S.R.L. La Plata, 1981, p. 221.

Además este regreso a la teoría de la culpa genera una multitud de variantes que sólo pueden encararse —ineficientemente— de manera casuística. Por ejemplo, algunas Ejecutorias argentinas han sostenido que la neutralización de la responsabilidad por riesgo y la consecuente aplicación del principio general de la culpa sólo funciona si ambos vehículos se encontraban en movimiento; en cambio, si uno se encontraba reglamentariamente detenido, la responsabilidad por riesgo es de aplicación, pero sólo respecto del embistiente[338]. Y otras todavía sostienen que la neutralización sólo se produce si ambos vehículos presentan daños; pero que si solo uno de los vehículos ha sido dañado, opera la responsabilidad por riesgo[339].

Para nosotros, carece de todo sentido lógico —y no sería defendible sobre la base de los textos legales peruanos— sostener que si se producen daños recíprocos con dos bienes riesgosos o mediante dos actividades riesgosas, el riesgo de ambos desaparece y regresamos al principio general de la culpa; la existencia de dos riesgos no produce sino un doble riesgo, pero en ningún caso la eliminación del carácter riesgoso intrínseco de los bienes o actividades involucrados: la suma no puede dar nunca como resultado una substracción. En el fondo, dentro de la teoría más clásica de la culpa (sin inversión de la carga de la prueba), el único que gana con la tesis de la neutralización de la teoría del riesgo es el asegurador por seguro de responsabilidad civil; como difícilmente cada chofer podrá probar la culpa del otro, los aseguradores de ambos no pagarán a ninguno[340].

204. *El seguro obligatorio como solución racional.* Las consideraciones que anteceden son graves porque muestran que, en las circunstancias en que más frecuentemente se producen daños en la vida contemporánea (conducción de automóviles), la responsabilidad extracontractual resulta ineficaz, ya sea que adoptemos la teoría del riesgo o la de la culpa. Por consiguiente, si la ley no acudiera a rectificar en el futuro esta situación o si la jurisprudencia no encontrara una forma de remediar esta deficien-

338. Aída KEMELMAJER de CARLUCCI: *Oc. cit.* p. 222.

339. *Loc. cit.*

340. Aída KEMELMAJER de CARLUCCI: *Op. cit.* p. 223.

cia de la ley actual, resultaría que la responsabilidad extracontractual ha pasado a ser una institución obsoleta, casi como la dote o los esponsales, pues sólo se aplicaría a situaciones en su mayor parte extraordinarias: la vida diaria, con los accidentes que le son propios, habría quedado al margen de ella.

Algunos Códigos modernos han reconocido el hecho en el que venimos insistiendo de que, en la generalidad de los accidentes automovilísticos ordinarios, hay culpa de ambos; lo que equivale a culpa de ninguno. Así, el segundo párrafo del artículo 2054 del Código Civil Italiano establece que "en el caso de choque de vehículos se presume, salvo prueba en contrario, que cada uno de los conductores han concurrido por igual en la producción del daño sufrido por cada vehículo". Y el artículo 506-2 del Código civil de Portugal establece que, en caso de duda, se considera que es igual la medida en que cada vehículo ha contribuido al daño (nexo causal) y la medida de la culpa de uno y otro conductor (culpabilidad). Pero este tipo de normas no hace sino reconocer la existencia del problema; no lo resuelve.

En realidad, estos problemas sólo pueden ser razonablemente encarados si se adopta el principio de la difusión social del costo del daño y, utilizando el camino franqueado por el artículo 1988, se establece un seguro obligatorio del tipo *no-fault* cuyas características explicaremos al comentar dicho artículo. Aún más; el sistema del seguro resulta un medio tan lógico para tratar este tipo de situaciones que, ante la falta de una legislación sobre responsabilidad extracontractual o ante la inoperancia de ésta (como en el caso reseñado), lo normal es que las posibles víctimas (todos los automovilistas, en el caso que estamos comentando) piensen espontáneamente en contratar un seguro voluntario para prevenir pérdidas futuras por este concepto: la idea de no solucionar todo el peso de la pérdida sino de compartirlo con una comunidad de asegurados es una inclinación natural en el hombre moderno (siempre que por "moderno" entendamos no sólo una circunstancia histórica sino también un estado de espíritu que involucra un cierto conocimiento de las posibilidades que ofrece la actual organización social). Cada persona asegura su persona y sus bienes y así se encuentra cubierto si le sobreviene un accidente.

Claro está que llegar a la difusión del riesgo por el camino del seguro voluntario debido a que en la práctica el sistema de responsabilidad extracontractual no funciona, no es precisamente el método más eficiente

desde el punto de vista social. Todo seguro reposa sobre la existencia de una comunidad de riesgos y de primas. Pero el seguro obligatorio tiene la ventaja de agrupar a un gran número de asegurados (todos los automovilistas de un país, por ejemplo); lo que reduce notablemente el costo de las primas. En cambio, el seguro voluntario es normalmente caro. Además, en el seguro obligatorio, desde el momento en que todo un sector de riesgos está incorporado legislativamente en el sistema, existe un mejor control legal de la relación "asegurador-asegurado" y una mayor garantía para el asegurado.

Y es así como, quizá a pesar del legislador de 1984, hemos llegado hasta el seguro como medio privilegiado para organizar el campo de la responsabilidad extracontractual. Es una lástima solamente que no hayamos llegado por el camino más indicado.

CAPITULO III

LOS DAÑOS REMOTOS

205. *Resonancias causales.* ¿Hasta dónde subsiste el nexo causal, cuando se produce una cadena de daños? En otras palabras, ¿hasta dónde paga el causante? El causante responde por todos los efectos del daño (*restitutio in integrum*). Pero cuando el daño va produciendo resonancias dañinas que se expanden hasta un número muy grande de sujetos como las ondas que produce una piedra al caer en el agua mansa, ¿cuál es el límite del alcance del daño resarcible?

Una vieja canción inglesa[341], que ironiza sobre la derrota de Napoleón en Waterloo, ilustra simpáticamente esta percepción de la cadena de daños:

A causa de un clavo
la herradura se perdió,

a causa de la herradura
el caballo se perdió,

a causa del caballo
el jinete se perdió,

a causa del jinete
el mensaje se perdió,

a causa del mensaje
la batalla se perdió,

a causa de la batalla
la guerra se perdió,

a causa de la guerra
el Imperio se perdió.

A causa de un clavo
el Imperio se perdió.

341. Citada como epígrafe por Isidora H. GOLDENBERG: La relación de causalidad en la responsabilidad civil. Astrea. Buenos Aires, 1984.

En principio, no existen nunca hechos aislados. Todo lo que hacemos tiene, de una u otra forma, repercusiones insospechadas e infinitas.

206. *La cadena de daños.* Estas resonancias causales crean un problema jurídico bastante complejo.

La cuestión, que el Derecho anglo-sajón conoce como el problema de *remoteness of damage*, puede ser más fácilmente planteada con un ejemplo.

Supongamos que *Papinianus*, quien conduce un camión, realiza una mala maniobra y choca con el automóvil de *Ulpiani*, el cual se desvía de su curso y s estrella contra la casa de *Pauli* penetrando por el muro hasta una de las habitaciones frontales. El fuego hace explosionar el tanque de gasolina del motor del automóvil de *Ulpiani*, lo que difunde e incrementa el incendio. La casa vecina de *Gaii* arde igualmente en llamas y, mientras llegan los bomberos, el incendio alcanza el vecino depósito que *Publius* alquilaba a *Neronii* para que guarde su combustible. Ese depósito explosiona y extiende el fuego a la siguiente casa de *Tullii*, de la cual continua a la casa de *Marcelli* y de ésta a la de *Arcadii*;' luego se quema la de *Sempronii* y, finalmente, el incendio alcanza la última casa de la manzana, la de *Hadriani*, quien pierde, entre otras cosas, una valiosísima e insustituible colección de muebles antiguos. El inventario de los daños causados por la mala maniobra de *Papiniani* manejando su camión son los siguientes:

(a) El camión de *Papiniani* tiene el tapabarro abollado.

(b) *Ulpianus* murió en la explosión de su auto, luego de haber perdido las dos piernas y un ojo al atravesar el muro. Su automóvil no existe más.

(c) La mujer de *Pauli*, quien se encontraba cocinando en su casa, falleció con el impacto.

(d) La casa de *Pauli* está totalmente destruida, así como todos sus enseres (que consistían simplemente en el menaje ordinario de casa).

(e) *Gaius* muere ahogado por el humo, mientras se encontraba en el baño. Era el único sostén de su madre viuda y de un hermano inválido que, afortunadamente, habían salido ese día a pasear al parque.

(f) La casa de *Gaii* y todo lo que se encontraba en ella —menaje sin mayor valor y unos oscuros apuntes jurídicos— ha desaparecido entre las llamas.

(g) El depósito de *Publius* se ha hecho añicos, un vigilante ha muerto con la explosión y *Publius* perderá sus ganancias de alquiler del local hasta que éste pueda ser reconstruido.

(h) El combustible de *Neronis*, que estaba destinado a fines de trascendencia nacional, ha sido consumido por las llamas.

(i) La casa de *Tullii*, que se encontraba por el momento deshabitada porque su propietario estaba ofreciéndola en arrendamiento, ha sido íntegramente destruida.

(j) En casa de *Marcelli* se encontraban almacenados en el garage, con carácter extraordinario debido a que el depósito de su empresa estaba en reparación, una gran cantidad de panetones para la próxima campaña de Navidad, los que se han hecho literalmente humo. Además, aun cuando la casa misma no presenta serios daños estructurales, se han perdido por el fuego equipos valiosos, como un transreceptor de radioaficionado, varias armas costosas y una lencería fina que tiene el carácter de insustituible porque era de la época de la abuela.

(k) Donde *Arcadio* las cosas han sido más graves: uno de los hijos quedará tullido para siempre debido a las quemaduras y una niña de meses ha perdido la vista. Los daños materiales se limitan a las cortinas y a los muebles de madera de la cocina a través de los cuales se propagó el fuego, así como a la cuna donde se encontraba la bebe.

(l) En casa de *Sempronii*, tanto éste como un importante invitado con el que trataba un negocio cuantioso han resultado con quemaduras de tercer grado y se teme por sus vidas. El hijo

menor ha sufrido daño psíquico por el hecho de ver a su padre y a su invitado convertidos en antorchas humanas. Los muebles de la sala y parte de los dormitorios están hechos cenizas. Toda la casa esá negra de humo.

(m) Ni *Hadrianus* ni su señora se encontraban en casa, pero el fuego produjo grandes daños materiales; particularmente, porque arruinó la colección de muebles antiguos y fundió una colección de piezas precolombinas de oro (cuyo peso en oro es muy pobre, pero cuyo valor histórico-artístico es muy rico) que ahora no son sino una pequeña cantidad de metal retorcido.

Todas éstas son consecuencias, sin lugar a dudas, de la mala maniobra de *Papinianus*. Nada de esto hubiera sucedido si *Papinianus* no hubiera tomado unas copas en exceso para festejar su aniversario de bodas, antes de conducir el camión con el que produjo el accidente. La relación de causa a efecto entre la mala maniobra y el incendio de la última casa de la manzana puede acreditarse perfectamente a través de una rigurosa cadena de consecuencias.

Pero, ¿hasta dónde paga *Papinianus*? ¿Es que debe indemnización a todas las personas perjudicadas por las "ondas de daño" qu produjo su primer impacto? ¿O su responsabilidad está limitada a los daños que le causó a *Ulpianum*?

La pregunta es bastante delicada pues afecta la posibilidad de obtener reparación de un gran número de las personas involucradas en el accidente. Y afecta también —obviamente— al causante original, a ese *Papinianus* que puede quedar endeudado por el resto de su vida por un momento desafortunado de descuido en que no puso atención en el pequeño vehículo de *Ulpiani*.

Notemos que si consideramos que *Papinianus* tiene una responsabilidad limitada a los daños inmediatos, entonces la situación de los demás damnificados es difícil: si no pueden reclamarle al causante original (*Papinianus*), ¿podrá cuando menos cada uno de ellos exigir indemnización al sujeto anterior de la cadena de daños, a pesar de que no hubo acción ni omisión culpable de parte de este último? ¿O es que esos otros damnificados deben considerar su suerte —¡su "mala suerte"!— como un

caso fortuito, como un "hecho de Dios" (y no de *Papiniani*) frente al cual no tienen reclamo ni reparación (cuando menos judicial)? En este último caso, la garantía de reparación de los daños que otorga el sistema jurídico de responsabilidad extracontractual, queda bastante limitada.

207. *El daño remoto y el daño indirecto.* Es importante señalar que en la situación que ahora comentamos no se trata de determinar la naturaleza y el alcance de los daños sufridos por la víctima directa, sino de aquellos sufridos por *otras* personas, en una cascada de daños. Si se tratara del primer caso (los daños futuros de la víctima directa), el problema se transforma en uno de apreciación del daño futuro y del lucro cesante. Pero en el presente caso nos encontramos que no sólo hay una sucesión de daños sino que éstos corresponden a una sucesión de víctimas[341bis].

208. *La cadena de daños dolosos.* Evidentemente, cuando todos los daños de la cadena han sido causados deliberadamente por el actor, el problema no existe: el causante doloso responde por todos los daños que tuvo intención de cometer.

Imaginemos que, premunido de una rigurosa y calculadora mentalidad criminal y con el deseo de frustrar un importante contrato, *Caesar* corta las tuberías de los frenos del automóvil de *Petronii* para que fallen en un curva en descenso, situada en el camino usual de éste a su oficina. Y lo hace porque a la hora en que acostumbra a pasar *Petronius*, suele *Emilianus* sentarse a tomar sol en la entrada de su casa, ubicada sobre esa carretera, frente a la curva. De esta forma, al no poder frenar, *Petronius* se estrellará contra la casa y matará y/o herirá a *Emilianus*. Finalmente, al resultar herido o muerto *Emilianus*, éste no podrá cumplir con entregar a tiempo el diseño de unos planos a *Pompeio* (que era realmente el blanco final de la acción delictiva), quien pierde un importante contrato por este motivo. Como resultado exitoso de tal maquinación dolosa, resulta herido *Petronius*, muere *Emilianus* y *Pompeius* pierde su contrato.

No cabe duda de que *Caesar* —independientemente de su responsabilidad penal— tiene que pagar indemnización a *Petronio* por las heridas

---

341*bis*. Respecto de las diferentes acepciones de la expresión "daño indirecto", *vide infra*, No. 345.

sufridas y por los daños a su vehículo, a los deudos de *Emiliani* por la muerte de éste y a *Pompeio* por los daños que para él se deriven del incumplimiento de contrato en que lo ha hecho incurrir premeditadamente *Caesar*.

209. *La culpa y el riesgo.* La dificultad se presenta cuando los daños no han sido dolosamente premeditados sino que la responsabilidad surge ya sea por culpa, ya sea por riesgo. Este es el caso de la mala maniobra de *Papiniani* al manejar su camión en estado de ebriedad[342].

En principio, en la medida en que las consecuencias se alejan de ese primer acto del demandado que es la fuente generadora del daño, es más difícil decir que ese acto primigenio es la causa única, o al menos eficiente, de los daños posteriores: las concausas aumentan, los efectos del acto dañino se unen a múltiples circunstancias que amplifican —y a veces sustituyen— el efecto original, los destinos del acto inicial se ramifican exuberantemente, las ondas concéntricas de consecuencias s expanden hasta el infinito adelgazándose conforme se distancian del acto del demandado. ¿Hasta dónde la causa inicial es todavía determinante de esos efectos dañinos que aparecen en la lejanía, a veces más allá del horizonte de toda previsibilidad razonable?

210. *Formas de encarar el problema.* Distintas soluciones han sido propuestas por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia modernas.

211. *El prudente arbitrio del juez: Suiza.* La solución aparentemente más simple ha sido la de dejar todo en manos del juez, sin proporcionarle siquiera el criterio que debe guiar su análisis del caso *sub-iudice*: ésta es la fórmula del Código Suizo de las Obligaciones que establece simplemente que todos los causantes (pero no dice hasta qué distancia del daño se es siempre "causante") son responsables solidariamente y que el "derecho de

342. *Supra*, No. 206. En la jurisprudencia peruana encontramos pocos casos de daños remotos. Uno bastante típico puede leerse *in Re* Herminia García viuda de Mora con la Compañía Nacional de Tranvías S.A. El 20 de setiembre de 1947, a las 6:20 a.m., el obrero Bernardo Mora Martínez se encontraba parado en la vereda de la esquina de los Jirones Cañete y Huancavelica, leyendo un diario. De pronto, un tranvía embistió a un automóvil "Al producirse la colisión", dice el Fiscal GARCIA ARRESE, "el tranvía, de mucho mayor peso y que discurría por línea rígida, lanzó materialmente al automóvil, causándole serios daños, yendo a chocar el coche contra el peatón". La Ejecutoria Suprema de 26 de abril de 1954 obligó a la Compañía Nacional de Tranvías a indemnizar a la viuda del peatón, víctima del "daño remoto" (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 130, año de 1954, pp. 1349-1352).

regreso" —la posibilidad de responsabilizar al causante anterior, remontando la cadena de daños— queda "al prudente criterio del juez" (art. 50, segundo párrafo).

Sin embargo, aun cuando el código otorgue tal libertad al juez, no cabe duda de que el análisis no puede detenerse en este punto: el juez necesita criterios racionales para tratar este problema si no queremos reducir el método a un mero intuicionismo emotivo. De manera que este planteamiento legislativo no resuelve el problema sino que simplemente lo pospone.

212. *Las consecuencias inmediatas y directas: Italia y Francia.* En Italia, todo lo relativo a la indemnización del daño derivado de la responsabilidad extracontractual está expresamente referido por la ley misma a las reglas de la responsabilidad contractual. Es así como, por aplicación del artículo 1223, se considera que sólo se es responsable por los daños que son "consecuencia inmediata y directa" del hecho del actor.

Pero la interpretación de estos dos criterios ha sido bastante complicada porque no hay duda de que se indemniza no sólo el daño instantáneo sino también las consecuencias futuras ciertas: por lo que la inmediatez resulta afectada. De otro lado, la expresión "*consecuencia directa*" es equívoca porque muchas veces el lucro cesante es considerado como un "daño indirecto"; y, sin embargo, es indemnizable.

En Francia, la situación es similar a la de Italia con una ligera variante: no hay nada en las normas de responsabilidad extracontractual ni tampoco una remisión legislativa expresa a las reglas sobre responsabilidad contractual; pero la doctrina y la jurisprudencia han considerado de aplicación el artículo 1151 de la responsabilidad contractual, en el que se establece que sólo se responde —como en Italia— por los daños inmediatos y directos.

Los hermanos MAZEAUD consideran que, para aplicar correctamente esos criterios, el juez debe atender fundamentalmente a la relación de causalidad[343]. Pero aclaran que la expresión "daño directo" no es bue-

343. Henri, Jean y Léon MAZEAUD: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. T. II. 6a. ed. Editions Montchrestien. Paris, 1970. No. 1670, pp. 785 y ss.

na y, en todo caso, debe ser entendida como "daño necesario" o "consecuencia necesaria"; porque no se trata de reparar sólo el primer perjuicio sino también el segundo y el tercero y el cuarto y todos los demás, siempre que exista relación de causalidad. Y tal relación se caracteriza por la vinculación *necesaria* de causa a efecto entre el acto del demandado y el daño de la última víctima[344]. Lo fundamental estriba entonces en analizar si el hecho del demandado ha sido una verdadera *causa* y no una mera *ocasión* de que se produzca el daño[345].

Atendiendo a estos criterios, la jurisprudencia francesa reconoce que el dueño de un inmueble cuya fachada ha sido destruida por el impacto de un vehículo que previamente había colisionado con otro automóvil, tiene derecho a reclamar indemnización del primer vehículo causante del accidente; también el transeúnte que se ha herido al tratar de ayudar a levantar el automóvil bajo el cual se encuentra atrapada la víctima de un atropello, tiene derecho a reclamar una indemnización de aquél que causó el atropello. Pero, en cambio, la misma jurisprudencia francesa ha negado indemnización a la compañía que ha sufrido perjuicios por el hecho de que su gerente ha quedado inhabilitado para conducir los negocios de la empresa a causa de un accidente de tránsito; y tampoco ha dado indemnización al empresario teatral contra el conductor de vehículo que atropelló al actor principal, impidiendo que la obra pudierara presentarse en las fechas previstas[346].

213. *El campo de protección de la responsabilidad extracontractual.* Es interesante señalar, a título de digresión, que el rechazo de una indemnización a la compañía o a la empresa teatral que sufrieron perjuicios comerciales por el daño personal sufrido por uno de sus miembros tiene su origen en la función histórica de la responsabilidad extracontractual.

En efecto, desde que esta institución fue recreada en la época moderna conforme se ha señalado en páginas anteriores[347], su función funda-

344. *Op. cit.* No. 1673, p. 789.

345. *Op. cit.* No. 1673-2, p. 781.

346. *Op. cit.* No. 1676, pp. 794-6.

347. *Supra*, No. 7.

mental ha sido la de colaborar en la defensa de los dos valores que, conjuntamente con el respeto de la palabra dada, son los más importantes dentro de la sociedad individualista liberal: la integridad física de la persona y la integridad física de las propiedades. Los daños al ser humano y los daños a su bienes fueron protegidos con un conjunto de disposiciones civiles y penales (normas sobre la propiedad, delitos contra la vida y el patrimonio, etc.). Pero la vida ofrece mayores posibilidades de riesgo para tales valores que las que el legislador pueda imaginar. Por eso, adoptando como préstamo una expresión de André-Jean ARNAUD (aunque con un sentido diferente al utilizado por ese autor), podríamos decir que el Derecho moderno intentó la domesticación del acontecimiento para someterlo a los valores individualistas, aun en aquello que se encontraba más allá de la previsión específica del legislador[348].

Así, para cubrir los intersticios del sistema legal, para cautelar todo lo que no podía ser materia de una ley específica de protección en materia de integridad física y patrimonial del individuo, se usó la responsabilidad extracontractual que envuelve de manera global (no mediante reglas específicas) al individuo y a sus bienes con una obligación general de respeto que se impone sobre los demás. Con el desarrollo de las personas jurídicas o morales, se reconoció que éstas tienen tanto derecho como los individuos a reclamar por sus daños y perjuicios en la medida en que tengan personalidad legal.

A pesar de ello, la doctrina y la jurisprudencia han sido muy parcas en reconocer derechos indemnizatorios extracontractuales en materia comercial a las personas jurídicas, por la vía de considerar de manera muy restrictiva el nexo causal entre el acto del demandado y el daño: usualmente, sólo han otorgado indemnización cuando el daño era una consecuencia *directa* y no solamente *necesaria* del acto del demandado. Es por ello que, dentro de esta concepción centrada en el individuo, la demanda de una compañía por daños indubitables, derivados de la ausencia de un funcionario importante a causa de un accidente, no podía ser amparada aunque se reconociera la vinculación necesaria entre el daño y el acto.

---

348. *Confer* André-Jean ARNAUD: *Essai d'analyse structurale du Code Civil français. La régle du jeu dans la paix bourgeoise*. Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1973.

Sin embargo, en algunos países la jurisprudencia ha comenzado a evolucionar en la misma medida en que, un poco tardíamente, se está produciendo una toma de consciencia de los cambios de la sociedad: ya no estamos frente a una organización social individualista y artesanal, sino frente a una complicada trama de relaciones y vinculaciones que estructuran el mundo capitalista, todas las cuales aspiran a ser protegidas. En Italia se ha reconocido indemnización a un club de fútbol por el hecho de que gran parte de su equipo de jugadores "estrellas", cuyo pase había sido muy costoso, muriera en un accidente ferroviario. En el Perú, curiosamente, el hecho de que una persona accidentada hubiera sido muy valiosa para su empresa o para la sociedad peruana ha sido utilizado como argumento por los deudos para intentar obtener mayor indemnización; y se ha tenido a veces un resultado judicial exitoso. Sin embargo, aun cuando la reparación del daño sufrido en estos casos por la empresa o por el Estado —si alguna de estas instituciones reclamara— no parece todavía elucidada desde el punto de vista teórico, ciertamente no encontramos razón para que este tipo de consideraciones basadas en un perjuicio de tercero (la empresa, la sociedad nacional), permita engrosar la suma que le corresponde al deudo[349].

214. *La evolución del Derecho Inglés.* En materia de daño remoto, el Derecho Inglés ha tenido una evolución (sin que esta palabra implique un contenido valorativo) ilustrativa.

El llamado viejo criterio es el de la consecuencia directa[350]. Pero este concepto no debe entenderse como sinónimo de inmediatez sino simplemente como que, en la cadena de daños, no debe haber intervenido el acto responsable de otro sujeto o un caso fortuito. La cadena puede ser muy larga y la responsabilidad puede llegar hasta daños muy distantes, siempre que cada daño sea consecuencia inevitable del daño anterior y causa eficiente del daño siguiente. Sin embargo, si en alguno de sus eslabones interviene la culpa (o la responsabilidad extracontractual, de mane-

349. Este tema ha sido tratado en este punto, exclusivamente en la medida en que se vincula con los daños remotos (daños en cadena a terceras personas); sobre los daños indirectos (consecuencias dañinas de segundo grado que afectan a la víctima originaria), *vide infra*, No. 345.

350. *Polemis rule; Re Polemis and Furness.* Withy & Co Ltd. (1921) 3 KB 560, (1921) All ER Rep. 40.

ra general) de otra persona, tendremos una variación de responsabilidades: a partir de ahí habrán dos responsables (si el segundo ha proporcionado una causa concomitante del daño) o una sustitución de responsables (si sólo el acto de esta última persona constituye causa decisiva de los demás daños sucesivos). De la misma manera, si ha mediado un caso fortuito en la cadena de daños, éste podría ser concomitante o decisivo: en el primer caso, la responsabilidad del autor resulta atenuada a partir de ese daño en adelante; en el segundo caso, la responsabilidad del autor desaparece respecto de los daños siguientes de la cadena.

Pongamos algunos ejemplos para facilitar la comprensión del criterio que estamos explicando. En el caso de la sucesión de accidentes producidos por la mala maniobra de *Papiniani* con su camión, éste debe responder por todos los daños de la cadena si cada uno de ellos se deriva necesariamente y exclusivamente de su acto. Pero si *Publius* o *Nero* no habían adoptado las precauciones de seguridad indispensables para proteger su depósito de combustibles, serían *Publius* y/o *Nero* quienes responderían por los daños causados a partir de la explosión del almacén. De la misma manera, si las casas de los damnificados estaban separadas entre sí y normalmente el incendio no se habría extendido en esas condiciones, pero sobrevino un viento excepcional que alargó las lenguas de fuego de manera imprevisible e inevitable, nos encontramos frente a un caso fortuito como nueva causa interviniente en los daños de *Tullii*, *Marcelli*, *Arcadii*, *Sempronii* y *Hadriani*: *Papinianus* sólo tendría que pagar por el primer incendio.

En otras palabras, la idea dentro del antiguo criterio del Derecho Inglés es que si existe otra causa *independiente* qu interviene en alguno de los eslabones de la cadena, la responsabilidad del primer agente puede resultar compartida, atenuada o desaparecer, según la incidencia de esta nueva causa.

El nuevo criterio del Derecho Inglés se basa en la idea de la *previsión razonable* : el agente original responde solamente hasta donde pudo haber previsto de manera razonable[351]. Notemos que este cambio implica

---

351. *The Wagon Mound rule: overseas Tankship (U.K.) Ltd v. Morts Dock and Engineering Co. Ltd., The Wagon Mound (No. 1)* (1961) AC 388, (1961) 1 All ER 404.

de alguna manera una evolución hacia el subjetivismo: la preocupación fundamental del Derecho no está ya en la más completa reparación de las víctimas sino en la limitación de la responsabilidad del sujeto hasta el límite de su "culpa". Por otra parte, la apreciación de las bases reales de aplicación del criterio es también más subjetiva: en vez de examinar los nexos objetivos de necesidad entre las causas y efectos que conforman la cadena, el juez tiene que preguntarse por las posibilidades de previsión del sujeto; aun cuando este sujeto sea considerado *in abstracto* y no *in concreto*, es decir, de acuerdo a un patrón de hombre normalmente previsor y no de acuerdo a la capacidad de previsión de esa persona en especial frente a ese acto en particular. De esta manera, posiblemente *Papinianus* habría tenido que pagar los daños causados al automóvil de *Ulpiani* y a la fachada de las casas de *Pauli* y de *Gaii*; pero no respondería por el incendio de la casa de éste ni el de las demás casas de la manzana, porque nadie puede presuponer que detrás de una determinada pared se encuentra precisamente una cocina a gas y cortinaje de material inflamable.

Algunos autores ingleses sugieren que el criterio de la previsión razonable sea aplicado a los casos de responsabilidad por culpa y que el criterio de la consecuencia directa sea aplicado a los casos de responsabilidad por riesgo u objetiva[352]. Pero también señalan que, en la práctica, los dos criterios conducen a resultados similares porque: (a) "lo que es previsible" es en última instancia una determinación de la Corte; y, "en materia de responsabilidad extracontractual, se espera muchas veces de la gente que, en base a una ficción técnica, posea poderes de anticipación cercanos a los proféticos" que alcanzan consecuencia improbables; y (b) sentencias posteriores han debilitado el principio de la pura previsión, retomando —muy tímidamente— el camino de la objetivación. Estas sentencias han establecido que la previsión no debe ser apreciada con relación a las últimas consecuencias del daño sino al tipo de daño. Así, si al demandado se le reclama daños y perjuicios causados por un cáncer que fuera activado a causa de una quemadura con metal fundido que ese demandado infirió al demandante, tal demandado no puede defenderse con el argumento de que no podía saber que el demandante tenía cáncer en la piel y que la quemadura activaría la enfermedad: lo que se espera

352. Philip S. JAMES y D.J.L. BROWN: *General Principles of the Law of Torts*. 4a. ed. Butterworths. London, 1978, p. 37.

del demandado es simplemente que prevea que había posibilidad de quemadura, cualquiera que fueran las consecuencias de ésta[353].

Sin embargo, a pesar de estos intentos de regresar a una apreciación más objetiva, no cabe duda de que el principio de la previsión razonable permite restringir el alcance de los daños y obedece a una filosofía subjetivista distinta de la que informa el principio de la consecuencia directa o necesaria.

215. *El Código Civil Peruano.* El Código Peruano de 1984, al igual que los Códigos Francés e Italiano, limita el alcance de los daños por incumplimiento contractual a las consecuencias inmediatas y directas (art. 1321). Pero tiene una norma específica para la responsabilidad extracontractual que adopta el criterio de la "causalidad adecuada" para precisar el alcance de tal responsabilidad (art. 1985, *in fine*). Sin embargo, como antes se ha dicho, esta expresión no es el fin del camino de la elucidación del problema sino la puerta de entrada a un nuevo laberinto con numerosas ramificaciones[354].

Dentro de la versión de la causalidad adecuada que hemos acogido, la apreciación de la normalidad implica una referencia objetiva y general: no se trata de establecer lo que es normal en el caso particular (ya que ello identificaría la causa adecuada con la causa necesaria) sino lo que, en términos generales, puede considerarse normal. En ese sentido, dentro de nuestro ejemplo del camión de *Papiniani*, éste sería responsable del incendio (cuando menos del primero) en la medida en que es normal (normal no significa que sea la regla general sino que no sea anormal o extraordinario) que la cocina de la casa se encuentre en una habitación cercana a la fachada; y es normal también que se cocine a gas y que en la cocina exista material inflamable como cortinas, muebles de madera, etc. Pero *Papinianus* no respondería del incendio si éste se produce porque del otro lado de la fachada había un depósito de explosivos en razón de que se trataba de la casa de un terrorista: esto es un hecho anormal que incide sobre la causalidad y hace que el simple impacto del vehículo

353. *Op. cit.* pp. 38-43.

354. Esta doctrina de la causalidad adecuada ha sido expuesta *supra*, No. 161; *vide etiam*, No. 163.

no haya sido la causa normal del incendio sino que tal causa obedezca a una circunstancia a todas luces extraordinaria (la existencia de un arsenal clandestino) que se ha interpuesto entre la acción de *Papiniani* y las demás consecuencias sucesivas: estamos ante una *nova causa interveniente.*

216. Dificultades en la apreciación de lo normal. Aun si adoptamos la versión objetivista de la teoría de la causalidad adecuada —la versión subjetivista nos lleva a una confusión entre la culpa y causa[355]— las preguntas que se tiene que hacer el juez sobre lo que es "normal" son muy complicadas. Por ejemplo, ¿es normal que detrás de la pared de una casa exista una cocina a gas, de manera que si se estrella un automóvil y derrumba la pared será también responsable por el incendio que origine? ¿Es normal que detrás de una pared exista una cuna de niño y que consecuentemente el automovilista responda también por la muerte de ese menor? ¿Es normal que detrás de tal pared se encuentre colgado un valioso cuadro cuya destrucción pasa también a ser de cargo del automovilista? En verdad, se puede discutir mucho en uno y otro sentido sobre la "normalidad" de estas situaciones.

Incluso, existen actualmente tendencias que agregan una dimensión adicional al problema de la normalidad hasta hacerlo todavía más complejo, con la idea de encontrar nuevas formas de organizar el alivio de los accidentes en el mundo contemporáneo.

Es así como alguna jurisprudencia norteamericana —que no puede considerarse como reciente ni hipermoderna ya que es de 1866— ha hecho jugar un elemento culturalmente nuevo y ha re-examinado la idea de normalidad dentro de una sociedad en la que existen los seguros. En *Ryan v. New York Central R.R.*[356], la compañía ferrocarrilera demandada había causado un incendio por negligencia en un cobertizo de madera, que se propagó hasta las casas vecinas. El demandante tenía una casa situada a 135 pies (44 mts. aprox.) del cobertizo, la que fue hecha cenizas por el fuego. La Corte resumió el problema en los siguientes términos: "La cuestión puede ser planteada así: una casa ubicada en una populosa

355. *Supra*, Nos. 161 y 163.

356. Court of Appeals of New York, 1866, 35 N.Y. 210.

ciudad se incendia, debido a la negligencia de su dueño o de sus dependientes; las llamas se extienden y destruyen el inmueble adyacente: ¿el propietario del primer inmueble es responsable frente al propietario del segundo inmueble por el daño que resulte de tal incendio?". La respuesta de la Corte norteamericana fue negativa: los propietarios de los inmuebles vecinos no tienen derecho a reclamar por los daños causados por la propagación del fuego, porque ello significaría que la persona resulta sujeta a una responsabilidad contra la cual ninguna prudencia puede protegerla; y ninguna fortuna privada sería suficiente para hacer frente a tal responsabilidad. Todo el razonamiento de la Corte está basado en la idea de que lo normal es proteger un inmueble contra incendios no sólo adoptando medidas físicas de seguridad sino que parte de tal protección "normal" consiste en asegurarlo. Ahora bien, no es posible asegurar un inmueble y *además* todos los inmuebles vecinos de la manzana. Cada uno asegura su propio inmueble y es responsable sólo de los daños que puede asegurar. Por eso la Corte dice: "Una persona asegura su propia casa o su propio menaje, pero no puede asegurar el inmueble del vecino ni el menaje del vecino... Sostener que el propietario [de una casa] debe hacer frente no sólo a sus propias pérdidas por incendio sino que también debe garantizar la seguridad de sus vecinos de todos los lados, y por un monto ilimitado, crearía una responsabilidad que sería la destrucción de la sociedad occidental".

La idea de esta Corte es que los daños económicos sufridos por el propietario de la segunda casa no son la consecuencia *normal* del incendio en la primera casa, porque lo normal hubiera sido que el segundo propietario también se encontrara asegurado. En consecuencia, todo aquél que no se asegure está de alguna manera contribuyendo al daño y en cierta forma creando una causa independiente —*novam causam intervenientem*— cuya responsabilidad no puede ser atribuida al causante físico. Adviértase como, detrás de esta idea de normalidad, hay una intuición de que el seguro es un instrumento interesante de difusión o repartición del daño.

Todo lo expuesto nos hace ver que las controversias derivadas de daños en cadena no pueden ser resueltas por los Jueces con la simplicidad y la seguridad de una operación matemática. La expresión "causalidad adecuada", utilizada por el legislador, no es una receta mágica para tratar estos casos sino una mera orientación o pauta: la teoría de la causalidad adecuada no es el fin del razonamiento judicial sino sola-

mente su punto de partida. En consecuencia, este problema se ofrece a las Cortes como un desafío a su capacidad creadora de una jurisprudencia rica, rigurosa y equitativa. Los jueces podrán interpretar la causalidad adecuada de muchas maneras. No hay definición legal de lo que es causalidad adecuada, sino doctrinaria; y la doctrina no sólo no es una fuente formal obligatoria de Derecho en nuestro país, sino que además presenta diferentes interpretaciones posibles. Esperemos que los jueces acepten el desafío y, en vez de salir del paso en cada caso con una sentencia rica en hechos y pobre en Derecho, desarrollen una enjundiosa doctrina peruana de la causalidad adecuada y de los daños en cadena.

TITULO V

CASOS ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD

CAPITULO I

EL DAÑO INCONSCIENTE

Sección I: El estado de pérdida de consciencia

> Artículo 1974.- *Si una persona se halla, sin culpa, en estado de pérdida de consciencia, no es responsable por el daño que causa. Si la pérdida de consciencia es por obra de otra persona, esta última es responsable por el daño que cause aquélla.*

217. *La inconsciencia temporal.* La primera de las disposiciones contenidas en este texto legal se inspira presumiblemente en el artículo 2046 del Código Civil Italiano que establece que "no responde de la consecuencia del hecho dañino aquél que no tenía capacidad de entender o de querer en el momento en que lo cometió, a menos que el estado de incapacidad derive de su propia culpa".

La regla no figuraba en el Código Civil anterior que sólo preveía los daños cometidos por los incapaces —en el sentido técnico de la palabra— sin considerar que en ciertos casos las personas pueden encontrarse en *estado* de incapacidad sin ser incapaces. Por consiguiente, la innovación que aporta el artículo 1974 consiste fundamentalmente en la idea de temporalidad: su antecedente italiano se refiere al *momento* de cometer el daño; y la norma peruana se refiere al *estado* de inconsciencia: el agente no *es* incapaz sino que *está* incapacitado. Esta interpretación se encuentra reforzada por el verbo que ubica el estado de pérdida de consciencia. Dice la norma: si el autor *se halla* en tal estado... Por consiguiente, se

que el Código Civil Italiano llama "capacidad de querer" sino exclusivamente la pérdida de la "capacidad de entender".

En efecto, nuestro Código no repite la fórmula italiana —capacidad de entender o de querer— sino que utiliza un vocablo —"consciencia"— que parece apuntar a las capacidades intelectivas antes que a las capacidades volitivas. De esta manera, estrictamente hablando, una persona que estaba en perfecta *consciencia* de lo que hacía pero que, por razones de enfermedad o de tratamiento mediante drogas o cualquier otra razón, no puede *obrar* de manera distinta a como lo hizo, no estaría comprendida en el artículo 1974 y por consiguiente no estaría automáticamente exonerada de responsabilidad. A ella tendría que aplicársele el artículo 1969 o el artículo 1970, según las circunstancias.

Si le es aplicable el artículo 1969, es preciso realizar una toma de posición, previa al juzgamiento del caso. En principio, el autor de un daño —causado con bienes o en el ejercicio de actividades no riesgosas— no responde si demuestra su ausencia de culpa. Pero, ¿una persona en estado de incapacidad de obrar de manera razonable, queda libre de culpa (apreciación *in concreto*)? ¿O esa persona es culpable siempre que, cualquiera que sea su condición personal, no haya obrado de acuerdo al *standard* del hombre razonable (apreciación *in abstracto*)?

En nuestra opinión, de acuerdo a la posición que hemos adoptado de los MAZEAUD, el planteamiento adecuado es el segundo: esa persona, aun incapacitada (en el obrar), es culpable si su conducta no corresponde a la que habría realizado una persona normal y razonable. Y ésta parece haber sido también la opinión de los Tribunales peruanos al responsabilizar a un chofer que adolecía de incapacidad física de la mano izquierda, lo cual no le permitió realizar la maniobra adecuada, es decir, la maniobra que hubiera hecho cualquier persona normal, conduciendo razonablemente[357].

Si, en cambio, a ese sujeto con capacidad de entender pero sin capacidad de obrar, le es aplicable el artículo 1970 (por tratarse de un daño cometido en situación de riesgo), no cabe duda de que respondería siem-

---

357. *Vide supra*, No. 53: *in Re* Concejo Distrital de Magdalena del Mar con Juan Machiavello González.

pre, con la única condición de que se demuestre su relación causal con el daño.

221. *Pérdida de consciencia y responsabilidad objetiva.* La distinción que hemos formulado en el acápite anterior entre los casos de responsabilidad subjetiva y los casos de responsabilidad objetiva, nos lleva a profundizar la cuestión de la responsabilidad objetiva, para los efectos de la aplicación del artículo que venimos comentando.

Este es un segundo problema tan grave o más que el anterior: en términos generales, ¿es aplicable la exoneración que contiene la primera parte de este artículo también a la responsabilidad objetiva normada por el artículo 1970? En otras palabras, tratándose de responsabilidad objetiva, ¿es aplicable la exoneración del artículo 1974 a los casos de falta de "capacidad de entender" teniendo en cuenta que no es aplicable a los casos de falta de "capacidad de obrar", según hemos visto?

Si la razón de liberar al que se encuentra en estado de pérdida de la consciencia es porque no es culpable, entonces esta exoneración sólo puede funcionar ahí donde la culpa es requerida. Por consiguiente, cuando se trata de daños causados mediante actividades o bienes riesgosos o peligrosos, la pérdida de consciencia no sería causal de exoneración y el agente tendría objetivamente que pagar a la víctima por el daño causado.

222. *La "meta-culpa".* La regla señala también que la persona debe encontrarse en estado de incapacidad *sin culpa*. Esto significa que no solamente debemos examinar el acto dañino mismo (acto No. 1) para saber si ahí existía culpa sino que, si encontramos una pérdida de consciencia, debemos también analizar el acto que colocó al sujeto en estado de incapacidad (acto No. 2) para saber si ese "acto-detrás-del-acto" era culpable o no.

Notemos que aquí la culpa se usa en un sentido distinto al habitual, pues generalmente no hay culpa si no hay daño; y cuando el sujeto se coloca en estado de pérdida de consciencia, el daño aún no se ha cometido: en el momento en que *Bacchus*, reunido con sus amigos en el Bar Olimpo, ingiere bebidas alcohólicas hasta embriagarse, todavía no es culpable de nada desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual.

Lo que el Código quiere significar es que se responde por los daños que son consecuencia de *actionum liberarum in causa*, aunque al momento de cometer el daño no hubiera consciencia: la persona que libremente se embriaga y luego conduce su automóvil, tiene que asumir todas las responsabilidades que surjan del hecho de conducir embriagado; porque el embriagarse fue un acto libre —y, por tanto, responsable— en su causa u origen. La culpa es retrospectiva pues, en el momento en que se produce el daño, éste es evaluado desde su origen o causa (antes de la pérdida de consciencia); y, en virtud del daño, tal acto original es tenido como culpable.

En última instancia, este procedimiento retrospectivo aparece en todo análisis de culpa dado que, como hemos dicho antes, siempre la negligencia o imprudencia sólo son tomadas en cuenta y dan lugar a responsabilidad extracontractual cuando se presenta el daño. Sin la presencia del daño, la imprudencia y la negligencia pasan desapercibidas para la responsabilidad extracontractual.

223. *El hecho determinante de tercero.* De lo expuesto aparece que los daños causados en estado de pérdida de consciencia pueden ser resultado de una *actionis liberae in causa* (en cuyo caso siguen las reglas generales de la responsabilidad) o resultado de hechos fuera de control de la persona que cae en estado de pérdida de consciencia.

Ahora bien, en este último caso, se presentan a su vez dos hipótesis. La primera consiste en que no sea posible identificar a persona alguna que haya colocado al causante material del daño en estado de pérdida de consciencia; caso en el cual el causante no es responsable, tampoco se puede encontrar otro responsable y, consecuentemente, el daño tiene para la víctima el carácter de caso fortuito que debe ser asumido por ella exclusivamente. La segunda consiste en que se demuestre que otra persona colocó al causante en estado de pérdida de consciencia; caso en el cual, en aplicación de la última regla del artículo 1974, es esta otra la que responde por el daño.

Esta problemática de alguna manera nos remite al "hecho determinante de tercero" como fractura causal, que analizamos al comentar el artículo 1972. Pero aquí se presenta esta causa ajena con algunas características particulares: el tercero no realiza acto alguno que directamente produzca el daño (como aquél que con una pistola asusta de tal manera

al chofer de un ómnibus que lo lleva a estrellarse contra otro vehículo); más bien, ese tercero realiza *otros* actos que indirectamente pueden hacer que un sujeto diferente cause un daño (embriaga a otra persona, que a su vez puede causar daños a otras). Este tipo de conexión en cascada presenta problemas a cada nivel o peldaño de responsabilidades, tanto desde el punto de vista de la causa como del factor atributivo de responsabilidad para el causante (culpa o riesgo).

224. *Carácter determinante de la intervención del tercero.* En primer lugar, la jurisprudencia deberá esclarecer en qué consiste "la obra de otra persona" capaz de colocar al causante en estado de pérdida de conscien–cia.

Hay indudablemente casos que parecen claros (cuando menos en su formulación abstracta), tales como la administración de una droga o un golpe. Pero es menos claro si, pro ejemplo, la comunicación de una noticia dramática que hace perder momentáneamente la razón al causante, puede dar lugar a considerar que la pérdida de consciencia fue causada por quien le informó tal noticia; o si el hecho de que una persona recrimine injustamente a otra, al punto de causarle una profunda perturbación, puede considerarse que la hace responsable por los daños que el perturbado cometa al realizar actos en estado de absoluta distracción debido a la intensa y obsesiva preocupación que lo agobia como producto de tal recriminación. En otras palabras, el problema consiste en decidir si la expresión "por obra de otra persona" debe entenderse circunscrita a una causalidad física o puede también extenderse a una causalidad psíquica; y en este último caso, habrá que precisar cuáles medios psíquicos y qué circunstancias configuran el *tatbestand* de la regla de la última parte del artículo 1974.

En la práctica, puede resultar muy difícil emitir un juicio sobre si tal tercero efectivamente "colocó" al causante directo en estado de pérdida de consciencia, es decir, si es propiamente la causa del estado de pérdida de consciencia del causante directo del daño. Otro ejemplo puede aclarar esta segunda dificultad. Si dos amigos están tomando alcohol juntos, ¿puede decirse que uno embriagó al otro? Es posible que uno de ellos haya tenido más iniciativa en la "fiesta" y que haya continuamente incitado al otro a seguir bebiendo. Pero, ¿esto es acaso ser la *causa* de la pérdida de consciencia de ese otro? Podría decirse que ese otro tomó libremente y pudo haberse negado a las invitaciones compulsivas del ami-

go; por lo que ya no sería una pérdida de consciencia sin culpa y ese agente del daño no estaría comprendido en la situación del artículo 1974. Desde tal perspectiva, el amigo que lo empujó a beber sería quizá a lo sumo un co-autor del daño y respondería solidariamente en base al artículo 1983 (en ningún caso por el artículo 1978 porque esa regla se refiere al que incita a *causar el daño* y no al que incita a entrar en un estado de pérdida de consciencia que eventualmente puede terminar en un daño). Ahora bien, si entendemos de una manera tan estricta la noción de causalidad cuando se aplica al tercero al que se refiere el artículo 1974 —y no parece haber otra forma de entenderla—, entonces ese tercero sólo responderá en casos rarísimos.

225. *La exigencia de culpa.* En seguida, aclarada la naturaleza de la relación de causalidad, hay que definir el problema del principio de responsabilidad: tiene que establecerse si la responsabilidad por el hecho de tercero, de la que estamos tratando, se basa en el principio de la culpa o si puede determinarse objetivamente.

Desde el punto de vista de la culpa, caben varias hipótesis: (a) que se requiera la "culpa" del causante directo, mientras que la responsabilidad del tercero es objetiva por mandato de la ley; (b) que se requiera la culpa del tercero, frente al hecho objetivo del daño causado por el agente directo; (c) que se requiera culpa tanto en el causante directo como en el tercero para que este último pueda ser responsabilizado por el daño; y (d) que no se requiera culpa de ninguno, sino que la responsabilidad opera objetivamente en ambos peldaños.

La primera hipótesis supone que el tercero no es responsable por el mero hecho de que la persona a la que colocó en estado de pérdida de consciencia produjo un daño, sino que tiene que tratarse de un daño por un acto de ésta que, en circunstancias normales, habría sido considerado culpable. Así, imaginemos que una persona emborracha a otra; esta última, posteriormente, bromeando con un tercero, lo hace tropezar accidentalmente y tal tercero sufre una lesión. De acuerdo a la primera hipótesis que venimos desarrollando, no sería responsable ni ese causante directo embriagado (por aplicación de la primera parte del artículo 1974) ni tampoco ese tercero que lo colocó en estado de embriaguez porque la falta de "culpa" del causante hace que el tercero no tenga nada de qué responder (no funciona la segunda parte del artículo 1974). La conducta del embriagado fue razonable y, por consiguiente, no hubiera habido culpa ni

aun si hubiese estado sobrio; luego, como el tercero sólo tiene responsabilidad por sustitución del "culpable" directo, tampoco tiene responsabilidad porque no existe un hecho culpable cuyas consecuencias tendría que asumir. Por consiguiente, esta primera hipótesis equivale a la aplicación de la teoría de la culpa respecto de la relación "causante directo-víctima", mientras que aplicamos la teoría objetiva (o una presunción de culpa *iuris et de iure*, que es lo mismo) para establecer la responsabilidad del tercero.

Notemos que, dentro de este contexto, nunca es posible hablar de culpa *in concreto* —absolutamente subjetiva— en el causante directo, dado que éste no se encuentra en condiciones de lucidez al momento de la producción del daño. Pero cabe considerar la "culpa objetiva" de dicho causante, es decir, la verificación sobre si su conducta efectiva está ajustada o no a la que habría tenido un hombre razonable y en pleno uso de sus facultades. Sin embargo, aún así la situación resulta un tanto contradictoria: excusamos al causante directo porque no tiene culpa pero responsabilizamos al que lo colocó en estado de pérdida de consciencia por una pretendida culpa de aquél a quien hemos excusado de ella.

La segunda hipótesis supone que la responsabilidad existe cualquiera que haya sido la conducta efectiva del causante: por el solo hecho de encontrarse en condiciones anormales de consciencia se presume *iuris et de iure* que su conducta fue anormal. Pero, en cambio, la responsabilidad del tercero solamente aparece si *culpablemente* colocó al causante en estado de pérdida de consciencia. Esto significaría que no se requiere investigación alguna sobre la conducta del causante, a diferencia de lo que sucedía dentro de la primera hipótesis. Pero el tercero que lo colocó en estado de pérdida de consciencia sólo responde si obró con dolo, descuido o imprudencia. De esta manera, el médico que receta al paciente un medicamento de efecto hipnótico y le advierte que no realice actividades físicas por el riesgo que existe, no sería responsable por los daños que esa persona cause a terceros en tal estado: al colocarlo en estado hipnótico, habría obrado de buena fe y sin culpa. Pero el que emborracha a un amigo y luego le presta su revólver con el que éste mata accidentalmente a otro, sería un imprudente y responde como tal. Aquí estaríamos aplicando el principio objetivo (o la presunción de culpa *iuris et de iure*) respecto del causante directo y el principio de la culpa respecto de la responsabilidad del tercero.

Observemos que el establecimiento de la culpa en tal tercero que aparentemente colocó al causante en estado de pérdida de consciencia, puede ser en la práctica muy complicado: los casos de frontera serán los más comunes en la vida real. Por ejemplo, puede darse la situación en que una persona manifiestamente induce a otra a perder la consciencia incitándola a embriagarse o a intoxicarse con drogas. Sin embargo, este tercero dejó al sujeto en su casa a altas horas de la noche, convencido de que ahí no constituía peligro alguno para nadie. Pero el sujeto abandona poco después su casa, toma su automóvil y atropella a una persona. ¿Puede decirse que hay culpa en el tercero que lo colocó en estado de pérdida de consciencia, a pesar de que actuó diligente y prudentemente, acompañándolo hasta su casa y dejándolo en condiciones inofensivas? ¿Podía este tercero prever que el sujeto saldría nuevamente de su domicilio a pesar de que ello no era lo normal? ¿Debe ese tercero pagar una indemnización al atropellado, aun cuando el atropello se produjo varias horas después de haberlo dejado prudentemente en su casa? En estos casos es difícil decidir si hay culpa en este tercero.

La tercera hipótesis supone que la responsabilidad de quien colocó al causante directo en estado de pérdida de consciencia, existe sólo si ese causante directo obró de manera no razonable (con culpa objetiva) y a su vez quien lo colocó en tal estado lo hizo en forma no razonable (con culpa). En consecuencia, la responsabilidad de esa tercera persona que colocó al causante en estado de pérdida de consciencia sólo opera cuando existe culpa tanto del causante directo como de ella misma. En esta hipótesis, las dificultades anotadas para las dos hipótesis anteriores se suman. Esta es la vía más angosta de la responsabilidad de quien colocó a otro en estado de pérdida de consciencia.

La cuarta hipótesis a contemplar es aquella en la que la aplicación de la última regla del artículo 1974 no suponga culpa en ninguno de los dos sujetos aludidos: por el solo hecho de que una persona causó un daño en estado de pérdida de consciencia (sin preguntarse sobre la razonabilidad o irrazonabilidad de su conducta efectiva) y de que ese estado había sido provocado por un tercero (sin preguntarse si lo provocó con culpa o sin ella), el tercero responde ante la víctima. Esta sería una lectura literal del artículo 1974. Además, pretende basarse en la idea de que todo lo que haga una persona con consciencia disminuida (estado de pérdida de consciencia) se convierte en actividad riesgosa, en razón del estado del agente; y colocar a una persona en esa situación de generador de

riesgos es a su vez una actividad riesgosa. En esta forma, estaríamos aplicando el principio de la responsabilidad objetiva (o la presunción *iuris et de iure* de culpa) a ambos, causante directo y tercero que lo colocó en estado de pérdida de consciencia. El tercero no podría exonerarse de la responsabilidad aduciendo que, a pesar de la pérdida de consciencia, la conducta del causante directo no fue irregular; ni que, independientemente de la conducta efectiva de tal causante directo, él personalmente —el tercero que lo colocó en tal estado— no tuvo culpa.

Hemos construido así un modelo de análisis de la norma que consta de cuatro alternativas de interpretación, según se exija la presencia de culpa a nivel del causante directo, del tercero que lo colocó en estado de pérdida de consciencia, de ambos o de ninguno. Sin embargo, para tener una visión completa del cuadro nos falta aún agregarle dos variables más: la inversión de la carga de la prueba y los daños producidos con bienes o actividades riesgosos.

226. *La carga de la prueba.* Tratándose de los casos de las alternativas anteriores en los que se exige culpa (del causante directo y/o del tercero que lo colocó en estado de pérdida de consciencia), es preciso saber si la carga de la prueba de la culpa queda invertida o si el demandante tiene que acreditar la culpa del demandado (el tercero que hizo perder la consciencia al causante) y/o del causante directo.

En otras palabras, se trata de determinar si el análisis de la culpa está regido por la presunción *iuris tantum* del artículo 1969, *in fine*. Si así lo fuera, la víctima-demandante estaría exonerada de probar este extremo; sin perjuicio de que, dado que sin culpa no habría responsabilidad, el tercero demandado pueda liberarse probando que no tuvo culpa al colocar al causante en estado de pérdida de consciencia y/o que el causante directo no obró anormalmente y, por consiguiente, no incurrió en "culpa objetiva".

227. *Daños con cosas y/o actividades peligrosas.* Al tratar la cuarta hipótesis antes reseñada, mencionamos la posibilidad de que, por principio, la actividad de aquél que se encuentra en estado de pérdida de consciencia fuera considerada riesgosa; independientemente del tipo de actividad efectiva realizado ni de la cosa con que causó el daño. Pero podemos preguntarnos también si la presencia de una actividad en sí misma riesgosa (manejar automóvil, por ejemplo) o de un bien riesgoso (una es-

copeta de cacería, por ejemplo) en la producción del daño, no obligan a un reexamen de las tres hipótesis precedentes.

Dado el tenor del artículo 1970 que crea una responsabilidad objetiva (o por riesgo), la intervención de ese factor ¿cambia de alguna manera el planteamiento de todas o de algunas de las alternativas o hipótesis de interpretación?

Pensamos que definitivamente la intervención de una actividad o de una cosa riesgosas en la producción del daño, nos coloca dentro del *tatbestand* del artículo 1970. Por consiguiente, la responsabilidad se vuelve objetiva ahí donde el riesgo es un elemento del daño. En este sentido, la hipótesis primera y tercera —que exigían la presencia de una conducta similar a la culpa en el agente para que el causante indirecto sea responsable— no podrían mantenerse: el causante indirecto no podría defenderse aduciendo que aquél que estaba en estado de pérdida de consciencia obró razonablemente a pesar de su estado. En la hipótesis tercera todavía podría defenderse alegando que no existía culpa de *su* parte; pero la discusión sobre la conducta del agente directo del daño queda ya fuera de lugar, una vez que se ha acreditado simplemente el nexo causal.

228. *Análisis de las alternativas: no hay participación de una actividad o cosa riesgosas en la producción del daño.* ¿Cómo debe ser interpretado el artículo con relación a los factores de atribución de la responsabilidad? ¿Cuál es la respuesta "legal" a este problema dentro del Código Civil de 1984? ¿Cómo optar entre las cuatro alternativas reseñadas y sus respectivas variaciones? La solución de este enigma es sumamente difícil y quizá no existe: el texto literal del artículo 1974 permite diferentes interpretaciones.

En nuestra opinión —y sin que ello signifique más que una mera opinión— podríamos decir que, si no ha mediado un bien o una actividad peligrosos, es más coherente con el sistema la interpretación que sostiene que, para que pague el tercero que colocó al causante en estado de pérdida de consciencia, se requiere tanto una conducta no razonable (apreciada *in abstracto*) de dicho causante como una culpa (también apreciada *in abstracto*) de tal tercero.

Esto significa, en primer lugar, que si la conducta de quien estaba en estado de pérdida de consciencia hubiera sido razonable para un hom-

bre en estado normal, no hay responsabilidad del tercero que lo colocó en tal estado. En segundo lugar, ésto significa también que si no hubo culpa en quien colocó al causante en estado de pérdida de consciencia (por ejemplo, el médico que administró un medicamento adecuado, advirtiendo al paciente-causante que no realizara actividades que exigen precisión física), dicho tercero no responde por el daño. El tercero responde sólo cuando ha habido culpa propia y además la conducta del causante directo no fue razonable debido al estado de pérdida de consciencia en que se encontraba.

La alegación de que toda actividad realizada en estado de pérdida de consciencia se convierte en peligrosa y de que colocar a una persona en tal estado (por muy buenas razones que se tenga) es una actividad peligrosa, conduce a resultados exagerados. Si se aplicara tal tesis, los médicos que recetan hipnóticos serían siempre responsables de todos los daños que causen sus pacientes en tal estado.

Es de advertir que el legislador subjetivista del Código de 1984 no ha empleado, sin embargo, la palabra "culpa" para calificar la intervención responsable del tercero; se limita a hablar del "obrar" de éste, como si se tratara sólo de una relación causal. Sin embargo, pensamos que, dentro del contexto del artículo y como única manera de evitar consecuencias paradójicas, debe suponerse que ese "obrar" conlleva implícitamente la idea de "culpa".

Ahora bien, en aplicación de la última parte del artículo 1969, la carga de la prueba de la culpa se invierte: la víctima demuestra el daño, demuestra que le fue inferido por una persona en estado de pérdida de consciencia y demuestra la relación de causalidad del tercero (el acto de ese tercero que le hizo perder la consciencia al causante directo); y luego invoca la presunción *iuris tantum* de culpa tanto contra el causante directo como contra el tercero, al amparo de la última parte del artículo 1969. Para liberarse, el causante directo tiene que probar que se encontraba en estado de pérdida de consciencia sin culpa de su parte. El tercero demandado, para liberarse, tiene que probar en contrario frente a la presunción de culpa, es decir, demostrando que el causante directo obró como cualquier persona razonable en estado normal lo habría hecho y/o que él mismo no tuvo culpa en el estado de pérdida de consciencia del causante directo.

Evidentemente, el tercero que colocó al causante directo en estado de pérdida de consciencia también quedaría liberado de responsabilidad si prueba una fractura del nexo causal: el daño no se produjo a causa del estado del causante directo sino por caso fortuito o fuerza mayor, hecho determinante del tercero o culpa de la víctima.

229. *Análisis de las alternativas: hay participación de una actividad o cosa riesgosa en la producción del daño.* La situación es algo más complicada cuando interviene un bien o una actividad riesgosos o peligrosos. De conformidad con el artículo 1970, en estos casos no cabe análisis de la culpa: el que causó el daño, responde; y como en el caso de la última parte del artículo 1974 la autoría ha sido retrotraída al que colocó al causante en estado de pérdida de consciencia, será éste a quien se le considerará verdadero causante y, por tanto, responsable sin mayor cuestionamiento sobre las culpas de ninguno (el causante recibe el tratamiento de mero instrumento material del tercero, que resulta el verdadero autor del daño por haber colocado al otro en tal estado).

Sin embargo, esta solución no es satisfactoria porque no tiene consistencia con la *ratione* de la responsabilidad objetiva (al menos, como la hemos planteado en estos comentarios). En efecto, si la responsabilidad objetiva se justifica porque es una forma indirecta de llegar a la distribución social del riesgo en cuanto promueve la contratación de seguros (voluntarios) como respuesta razonable del hombre prudente, en el caso que comentamos esta finalidad no se cumpliría. Mal podría ese tercero contratar un seguro para los casos en que ponga a otros en estado de pérdida de consciencia. Lo lógico es que sea el propietario de un bien riesgoso o quien realiza una actividad peligrosa quienes contraten los seguros correspondientes. Por eso, atribuirle al tercero una responsabilidad objetiva ciega y sin mayor fundamento, no cumpliría función social alguna y sería un elemento distorsionante del mecanismo de la responsabilidad extracontractual.

Imaginemos un caso concreto. Si admitimos que el automóvil es un bien peligroso y que conducir vehículos es una actividad peligrosa, pensemos cómo podría encararse la situación de un atropello causado por una persona con la consciencia profundamente alterada debido al hecho de haber ingerido una medicina. Si tal persona fue advertida por su médico y si conservaba capacidad de juicio (pero no de coordinación de movimientos) y a pesar de todo condujo su automóvil, esa persona sería res-

ponsable: el daño sería el resultado de una *actionis liberae in causa* porque, aunque en el momento preciso no pudo evitar el accidente por su falta de coordinación, había decidido manejar el coche a pesar del riesgo.

Pero cabe la posibilidad de que la medicina fuera de tal naturaleza que no sólo le privó de las facultades de coordinación sino también de la capacidad de distinguir las consecuencias de sus acciones: a pesar de que fue previamente advertido por su médico, ya bajo el influjo de la droga el individuo olvidó la advertencia y, dentro de su estado ilusorio, pensó que no tenía dificultad alguna para conducir. En este caso, no hay una *actio libera in causa* porque la decisión de conducir fue adoptada bajo el influjo de la droga y ya en estado de pérdida de sentido de realidad (consciencia). Por otra parte, su acción hay que considerarla objetivamente porque fue realizada mediante un bien riesgoso y en el ejercicio de una actividad riesgosa. ¿Trasladaremos acaso esa objetividad al médico que le recetó el medicamento y lo haremos pagar los daños a la víctima del atropello?

Nótese que ese médico no tenía culpa porque no cometió negligencia ni imprudencia alguna: advirtió debidamente al paciente que el remedio podía tener tales consecuencias. Por otra parte, no es lógico pedirle a ese médico que se asegure contra ese tipo de "riesgos" que escapan a su control. (En todo caso, más lógico sería que se asegurara el automóvil contra los daños que cause; y, aun cuando la mayor parte de las pólizas no cubren el caso en que el asegurado se encontraba en estado de consciencia limitada, podría revisarse más bien esta política contractual y plantearse que los seguros respondan frente a terceros aun por los daños causados en estado de embriaguez o de consciencia disminuida; sin perjuicio de repetir contra el propio asegurado si se acredita que el estado de pérdida de consciencia se produjo por culpa del asegurado o, aun si fue sin culpa, cuando el acto dañino resulta una *actio libera in causa*).

De todo ello se deduce que, aun tratándose de daños incursos en el artículo 1970, consideramos que debe examinarse la culpa del tercero para los efectos de responsabilizar a éste por el daño: no hay justificación alguna para introducir un criterio de responsabilidad objetiva respecto de la intervención de un tercero. En esta forma, ante un daño producido mediante un bien o actividad riesgosos por quien se encontraba sin culpa y por obra de otro en estado de pérdida de consciencia, el tercero puede eventualmente responder aun cuando la conducta del causante di-

recto hubiera sido razonable en una persona en estado normal (responsabilidad objetiva en la relación causante-víctima); pero sólo sería realmente responsable si ha existido culpa o dolo de su parte al colocar al causante en estado de pérdida de consciencia (responsabilidad por culpa en la relación tercero-causante).

Ahora bien, si el daño fue causado mediante actividad riesgosa o con una cosa peligrosa y consiguientemente está sujeto a responsabilidad objetiva, ¿puede decirse que no sólo el causante indirecto sino también el agente directo responden ante la víctima? En otras palabras, ¿puede obligarse a aquél que estaba en estado de pérdida de consciencia a pagar también la indemnización, conjuntamente con quien lo colocó en tal estado?

Los argumentos en favor de una respuesta positiva estarían basados en el hecho de que la exoneración de responsabilidad del agente en estado de pérdida de consciencia se fundamenta en su falta de culpa; pero cuando la culpa no es necesaria para configurar la responsabilidad, no cabe tampoco una exoneración basada en tal ausencia de culpa. Abona esta tesis la referencia a la culpa en el texto mismo del artículo en cuestión: la persona queda libre de responsabilidad si se halla, *sin culpa*, en estado de pérdida de consciencia; lo que significa que el legislador ha tenido en mente el sistema de la culpa -más precisamente, la noción de ausencia de culpa- cuando ha pensado en la exoneración de responsabilidad del que se halla en estado de pérdida de consciencia.

Sección II: La incapacidad

Artículo 1975.- *La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable.*

Artículo 1976.- *No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal.*

Artículo 1977.- *Si la víctima no ha podido obtener reparación en el supuesto anterior, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo.*

230. *El subsistema de la falta de discernimiento.* Comentaremos los artículos 1975 a 1977 en conjunto porque se trata de variaciones de un mismo tema, que no pueden ser entendidas sino desde una perspectiva integral: en todos estos casos se trata de los daños cometidos por incapaces y de los sujetos obligados a repararlos (también llamados "responsables civiles".

En realidad, el artículo precedentemente comentado -artículo 1974- debería formar también parte de este subsistema normativo. Si examinamos la redacción de todas estas normas (arts. 1974 a 1977), observaremos que el hecho importante que condicionará la responsabilidad del autor directo es la posibilidad de discernimiento. Hay personas privadas de discernimiento que causan daños y que previamente habían sido declaradas incapaces (caso en el cual se aplican los artículos 1975 a 1977) y personas privadas de discernimiento que causan daños y que no han sido previamente declaradas incapaces (caso en el cual se aplica el artículo 1974). Pero en uno u otro caso, estas personas no responden si no tenían discernimiento.

La declaración de incapacidad no es importante para evaluar la responsabilidad del autor directo sino para determinar si la víctima tiene frente a sí a alguna otra persona contra quien pueda dirigir sus ataques en busca de una reparación.

231. *Incapacidad y discernimiento.* La observación precedente es relevante para determinar el tipo de incapacidad de ejercicio al que se refiere la ley.

Si de lo que se trata es de saber si existe un curador, tutor o representante legal en general, poco importa que ese representante haya sido nombrado en razón de una incapacidad absoluta o relativa: en cualquiera de los dos casos, hay un representante y éste puede ser eventualmente considerado responsable del daño. De ahí que el tipo de incapacidad no

tenga repercusión sobre la responsabilidad extracontractual: lo que cuenta es si existía discernimiento. Y puede darse el caso de personas no declaradas incapaces que carecen de discernimiento (art. 1974) como también de personas declaradas relativamente (art. 44) e incluso absolutamente (art. 43) incapaces que sí tienen discernimiento y, por tanto, son responsables.

Es así como la concordancia del artículo 1975 con el inciso 2o. del artículo 43 resulta una redundancia. Pero, en cambio, no hay razón alguna para que los pródigos o los que incurren en mala gestión (incisos 4 y 5 del art. 44), no sean responsables por los daños que causen. Tampoco vemos por qué un sordomudo, por el solo hecho de que no puede expresarse, tiene patente de corso para actuar imprudentemente repartiendo daños a diestra y siniestra. Resulta claro que un sordomudo que carezca de medios para dar a conocer su voluntad de manera indubitable, no puede celebrar un contrato; pero no existe la misma claridad con relación a la responsabilidad extracontractual en donde habrá que analizar su posibilidad de discernimiento.

La cuestión se muestra algo más complicada en lo que se refiere a los menores de edad. No parece tampoco haber razón alguna para exonerar de responsabilidad a un joven de 17 años (incapacidad relativa). Pero, ¿qué decir de un menor de 16 o de un menor de 10 años o de 5 años (incapacidad absoluta)? La solución es obvia: si no es la incapacidad sino el discernimiento lo que determina su responsabilidad o irresponsabilidad, el menor será responsable, cualquiera que sea su edad, si tiene discernimiento. Y en esta opinión coinciden los autores[358].

232. *Discernimiento y culpa in concreto.* Sin embargo, esta precisión sobre el fundamento de la responsabilidad de los incapaces nos adentra peligrosamente en el terreno de la culpa absolutamente subjetiva, de esa culpa *in concreto* rechazada por la mayor parte de la doctrina contemporánea.

---

358. *Vid.* por ejemplo, MAZEAUD, Henri y Léon y TUNC, André: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*, 6a. ed. Editions Montchrestien. Paris, 1965. T.I, No. 451, p. 517.

El análisis del discernimiento se confunde muy fácilmente con un análisis individualizado y *ad-hoc* de la culpa del incapaz. Es así como Henri y León MAZEAUD y André TUNC sostienen que la única forma de determinar si existe discernimiento en la persona que causó un daño es examinar el caso particular; no hay fórmulas ni respuestas genéricas a este respecto. El juez no puede utilizar como respuesta a la pregunta sobre el discernimiento ni aun siquiera la convicción popular de que el niño alcanza la edad de razón a los 7 años. El único método válido de establecer el discernimiento consiste en examinar al niño causante del daño y determinar si ese niño en particular tiene un grado de desarrollo físico e intelectual que le permite discernir los efectos dañinos de sus actos[359]. Pero notemos que este tipo de análisis se confunde con el de esa *culpae in concreto* o absolutamente subjetiva que los MAZEAUD consideran que "está condenada por la razón y por el derecho positivo"[360] y que, "por tanto, se puede rechazar sin vacilación"[361].

233. *El caso de furiosi.* Es igualmente complicada la apreciación de la responsabilidad del demente.

Para ULPIANO, el daño producido por un *furioso* era un caso fortuito que no daba lugar a indemnización; de la misma manera como si a la víctima le hubiera caído una teja desprendida del techo (*sic*). Dado que se consideraba que, por definición, el *furiosus* no tiene capacidad de discernimiento, no era diferente de una simple cosa: su participación en el acto dañino era entendida como inerte, al igual que el objeto que produce un daño.

Notemos que esta concepción partía de una cierta objetivación de la apreciación de la conducta. Los romanos, con un genio eminentemente práctico, establecieron una categoría de personas (los dementes) y consideraron que esa categoría como tal —objetivamente hablando— carece de discernimiento; independientemente de lo que suceda con cada loco en particular. En otras palabras (modernas), constituyeron un "standard" de no responsabilidad.

---

359. MAZEAUD, Henri y Léon y TUNC, André: *Op. cit.*, T.I., No. 451, p. 517.

360. *Op. cit.*, T. I., No. 420, p. 491.

361. *Op. cit.* T. I., No. 423, p. 494.

Lamentablemente, este "standard" del *furiosi* fue utilizado para privar de reparación a las víctimas al considerar objetivamente todos los daños de este tipo como casos fortuitos. Esta situación fue sentida como injusta en el Derecho Romano. Por ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia modernas se han orientado a reducir el campo de la irresponsabilidad de los dementes. Pero el camino empleado no fue el más afortunado.

Como un recurso para extraer ciertas situaciones del marco del caso fortuito, la doctrina y la jurisprudencia inventaron la distinción entre los dementes con discernimiento y los dementes privados de discernimiento. Sin embargo, por este camino entraron en contradicción con el principio fundamental de la apreciación de la culpa *in abstracto*, conforme lo señalan cáusticamente Henri y León MAZEAUD y André TUNC[362]. Además, lejos de simplificar las cosas, el criterio de la falta de discernimiento (presente en nuestro Código tanto en el artículo 1975 como también en el artículo 1974), las hace aún más complicadas. Son también Henri y León MAZEAUD quienes nos advierten que el mundo no está dividido entre "locos" y "sanos de espíritu": la mayor parte de los individuos está entre los dos extremos. Por eso —y dentro de una intención de reducir los límites del caso fortuito— los Tribunales franceses sólo excluyen de la responsabilidad a los completamente alienados, mientras que todos los demás enfermos mentales responden por sus actos. Sin embargo, esta distinción entre "completamente" alienados y "parcialmente" alienados no corresponde a ninguna realidad clínica[363]. La psiquiatría contemporánea nos muestra ahora a personas aparentemente sanas que, sin embargo, en ciertas circunstancias están literalmente "privadas de discernimiento"[364]. En consecuencia, la teoría de la falta de discernimiento nos lleva a *impasses* teóricos (atenta con la apreciación de la culpa *in abstracto*) y a distinciones poco rigurosas desde el punto de vista científico.

234. *La doctrina de la responsabilidad del demente.* Por todo ello, Henri y León MAZEAUD y André TUNC piensan que, en vez de tomar el ca-

362. *Op. cit.*, T.I., Nos. 459-460, pp. 521-522.

363. *Op. cit.*, T. I., No. 463-2, p. 526.

364. *Vid*, por ejemplo, la teoría de los actos edípicos de Albert A. EHRENZWEIG: *Psychoanalytic Jurisprudence*, A.W. Sijthoff/Oceana, Leyden/Dobbs Ferry, New York, 1971.

mino de la apreciación del discernimiento que nos conduce a la *culpa in concreto*, es preciso simplemente ser consecuentes hasta sus últimas circunstancias con la *culpa in abstracto*. Si tomamos como patrón de medida el modelo objetivo del hombre razonable —o del "buen padre de familia", si se es amante de los anacronismos— para juzgar objetivamente a quien ha incurrido en culpa, no cabe duda de que los dementes son culpables: actúan de manera distinta al patrón o "standard". Según RIPERT, "el demente no incurre en culpa (moral), pero ya es una culpa (jurídica) ser demente, como lo es ser torpe... Lo que crea la responsabilidad de una persona es el hecho de no actuar como todo el mundo"[365].

Esto no es inteligible si no logramos distinguir entre la culpa moral que califica la conducta íntima de la persona y la culpa jurídica que tiene una naturaleza puramente social y sirve sólo para reparar los aspectos económicos de los daños. Como dicen los autores cuyas ideas nos guían en estas reflexiones, la jurisprudencia condena al nervioso, al torpe, al excitado; con mayor razón debe condenar al privado de discernimiento que puede causar aún mayores daños y que, si lo declaráramos irresponsable, no haríamos sino perjudicar a muchas víctimas: "razonando a partir de una concepción exacta de la culpa (aquélla que se basa en su apreciación *in abstracto*), no hay ninguna razón para hacer una distinción"[366].

Por consiguiente, aun la teoría de la culpa tiene que responsabilizar al *infantem* y al *furiosum*, si quiere ser consecuente con sus formas modernas. "La solución contraria reposa sobre una confusión, bien comprensible por otra parte, entre la culpa social y la culpa moral. No se quisiera condenar civilmente sino a quien se puede condenar moralmente. Es una ilusión", concluyen los hermanos MAZEAUD y TUNC[367]. Si la responsabilidad extracontractual "no tuviera otra finalidad que obligar a los hombres a conducirse de una cierta manera, se comprendería que carezca de objeto cuando se la dirige contra individuos totalmente desprovistos de razón"[368]. Pero la responsabilidad extracontractual pretende ante

---

365. Cit. p. Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.*, No. 461, p. 523.

366. *Op. cit.*, T. I., No. 461, p. 523.

367. *Op. cit.*, T. I., No. 464, p. 528.

368. *Op. cit.*, T. I., No. 461-2, p. 523.

todo reparar a las víctimas y repugna a la consciencia jurídica (que es distinta de la consciencia moral, ya que esta última está orientada más bien hacia la sanción antes que a la reparación) que una víctima no sea auxiliada sólo porque quien le infligió el daño estaba privado de discernimiento; aun cuando este sujeto pudiera tener un patrimonio suficiente para responder por los daños que causa.

235. *La posición del Código Peruano.* Pues bien, a pesar de los abrumadores argumentos de esta doctrina —que en el presente trabajo expresamente no ha sido expuesta con ayuda de las ideas de juristas heterodoxos como SALEILLES, JOSSERRAND o SAVATIER, sino de juristas clásicos partidarios de la teoría de la culpa— nuestro Código ha recogido la tendencia criticada por los MAZEAUD y por TUNC, entre otros, y ha incorporado como novedad una regla que se acerca a la concepción de ULPIANO. Es así como todo daño cometido por persona privada de discernimiento (o de consciencia, como lo expresa el artículo 1974), se convierte para la víctima en un caso fortuito que evade toda idea de reparación; salvo que la persona privada de discernimiento hubiese sido oficialmente declarada incapaz y tuviera un representante legal, hipótesis que veremos más adelante.

Sin embargo, dado que esta línea de política jurídica resulta retrógrada y teniendo en cuenta que no se ha definido lo que se entiende por falta de discernimiento, es posible que los Tribunales peruanos tiendan a interpretar esta expresión en forma muy restrictiva. Siguiendo el mismo difícil camino de los Tribunales franceses una vez que se vieron internados en la vía de la distinción en base al discernimiento, nuestros jueces probablemente considerarán irresponsable sólo a quien se encuentre "completamente loco", con el objeto de reducir el ámbito del caso fortuito. Sin embargo, esto llevará a la realización de peritajes psiquiátricos y a la necesidad de que éstos, abandonando en cierta forma el rigor científico, adapten sus opiniones profesionales sobre el paciente a las categorías más gruesas del derecho respecto de esta materia. Evidentemente, tal simplificación del peritaje para llegar a la sola conclusión de saber si el "demandado-causante" está "completamente" loco, "parcialmente" loco o cuerdo, no es lo ideal. Pero peor sería entrar en una casuística científica, constituida por innumerables matices difíciles de evaluar por el juez, que sólo produciría en las víctimas desorientación e inseguridad respecto de sus derechos indemnizatorios.

Es claro que todo lo dicho se refiere a los casos de accidentes regidos por el artículo 1969 (principio de culpa), ya que toda la discusión sobre la responsabilidad de las personas privadas de discernimiento se basa en su incapacidad de incurrir en culpa. Por consiguiente, los artículos 1975 a 1977 no tienen ninguna aplicación ahí donde la culpa no es necesaria para configurar la responsabilidad (art. 1970): cuando un daño se produce mediante un bien o una actividad riesgosos, poco importa que el sujeto se encuentre privado de discernimiento o no para hacerlo responsable del daño. En este caso, no responde por culpa sino objetivamente o, si se prefiere, en razón de la teoría del riesgo. Por consiguiente, las alteraciones en la formación de la culpa no afectan su obligación de reparar el daño.

Estas últimas reflexiones nos conducen nuevamente a los *impasses* y —¿por qué no decirlo?— a las injusticias hasta donde es posible llegar por el camino de la culpa. Observemos la situación con los ojos de la víctima: si un *furiosus*, aún no declarado incapaz, coge un automóvil y creyéndose Juan Manuel Fangio atropella a un pobre peatón, debe pagarle los huesos rotos (art. 1970); en cambio, si el mismo *furiosus* se dedica entusiastamente a golpear a un transeúnte con un bastón hasta no dejarle hueso sano, la víctima se queda sin reparación (art. 1974). El simple cambio del medio de causar el daño entre un bien riesgoso y otro que no lo es en sí mismo (cambio que obviamente no depende de la víctima sino del azar), modifica enteramente los derechos de la víctima y la deja en la calle a su propia suerte.

Las contradicciones e inconsistencias en las que nos coloca la intervención de un bien o de una actividad riesgosos en el caso de daños cometidos por personas privadas de discernimiento, nos confirman una vez más lo adecuado de la solución planteada por los hermanos MAZEAUD y por TUNC: responsabilizar a la persona privada de discernimiento por los daños que causa, tanto en los casos en que funciona la responsabilidad por riesgo como cuando funciona la responsabilidad por culpa; salvo que hubiera mediado hecho determinante de tercero, caso fortuito o hecho de la víctima.

236. *La responsabilidad del representante legal del incapaz.* Examinemos ahora la responsabilidad del representante legal del incapaz.

Los artículos 1975 y 1976 señalan dos casos de responsabilidad del representante aparentemente distintos, pero que quizá se fundamentan en un mismo principio: el primero establece una responsabilidad solidaria del representante cuando el incapaz obró con discernimiento; el segundo establece una responsabilidad exclusiva del representante, cuando el incapaz obró sin discernimiento. Por consiguiente, cuando se trata del daño cometido por un incapaz de cualquier tipo, el representante siempre es responsable, ya sea que el incapaz haya obrado con discernimiento o sin él.

Pero, ¿de qué responsabilidad se trata? ¿Cuál es el fundamento de la responsabilidad del representante? ¿Estamos ante una responsabilidad subjetiva u objetiva?

237. *La culpa in vigilando.* Tradicionalmente se ha considerado que el representante (padre, tutor o curador) responde por *culpa in vigilando.*

En esta forma, el representante del incapaz que obró con discernimiento responde solidariamente no por hecho de tercero (el incapaz) sino por el hecho propio de no haber prestado la vigilancia adecuada a tal incapaz. En otras palabras, es un co-autor del daño; es decir, el artículo 1975, *in fine*, no es sino una variante del artículo 1983. De otro lado, si el incapaz obró sin discernimiento, el representante responde también en forma personal por falta de vigilancia; pero, en este caso, el incapaz está exento de responsabilidad por falta de posibilidad de tener culpa y el representante resulta ser el autor único del daño.

Sin embargo, salvo casos muy notorios, es en general difícil decir que existe *culpa in vigilando* porque nadie puede ser exigido de vigilar al incapaz bajo su custodia durante todo el tiempo y en todo lugar. El padre puede razonablemente controlar que su hijo menor de edad no use el automóvil, haciéndole las amonestaciones y advertencias necesarias, no dejando las llaves a la mano y tomando otras medidas similares. Pero si pese a ello el hijo encuentra las llaves que estaban razonablemente guardadas y saca el automóvil sin permiso mientras el padre está descansando, no puede decirse seriamente que ese padre tiene "culpa" y que es responsable porque tuvo un descuido o una imprudencia.

El doctor Ernesto de la JARA y URETA dictamina como Fiscal un caso de esta naturaleza y, a través de su análisis, podemos ver cómo la

aplicación estricta de la *culpae in vigilando* resulta prácticamente imposible en la mayoría de las situaciones.

En el departamento de la familia Barriga se encontraban solo tres menores: dos de ellos de 10 años y uno de 4 años y 10 meses. Mientras los niños de 10 conversaban entre sí —uno, hijo del dueño de casa y el otro, un amigo— el niño de 4 años, también hijo del dueño de casa, comía un pedazo de carne de cordero. Sorpresivamente, este niño le lanzó a la cara, al amigo de su hermano, el hueso de la carne que comía, ocasionándole la pérdida de un ojo.

El padre del menor accidentado, don Juan Eduardo Tavera, demandó al padre de quien arrojó el hueso, don José Barriga, para que le pagara una indemnización por los daños causados por el hijo del segundo al hijo del primero. El doctor de la JARA fue de opinión de que tal indemnización no era procedente porque "Por más esfuerzos que se hagan, no hay cómo aplicar en este caso la figura de la culpa in vigilando, porque dadas las circunstancias, nadie habría podido prever ni impedir el hecho, ya que aunque no se hubiera tratado de familias de modesta situación económica y social de la ciudad de Puno, es difícil imaginar qué clase de cuidados y vigilancia serían necesarios para evitar que un menor de 5 años arrojara sorpresivamente un objeto que tenía en la mano.Si el hecho se hubiera realizado fuera del domicilio del menor a quien se imputa el daño, podría decirse que hubo falta de cuidado al dejar salir sin la vigilancia de una persona mayor a un menor sin discernimiento. Si el objeto que se dice lanzado hubiera sido un arma o por lo menos un instrumento cualquiera, de aquellos que se consideran capaces de causar daños, la falta de vigilancia habría consistido en dejar en poder de un menor sin discernimiento, instrumentos capaces de causar daños. Pero el menor que no salió de su casa, ni tenía en sus manos otra cosa que el trozo de carne que estaba comiendo, se limitó a presenciar la conversación de su hermano con otro menor de la misma edad de 10 años". Por todo ello, después de citar abundantemente a BAUDRY-LACANTINERIE, a AUBRY y RAUL y a PLANIOL y RIPERT, opina que "resulta una desgracia, obra de la fatalidad, de la que la víctima y sus padres nunca se lamentarán bastante, pero en la que no es posible (...) descubrir una culpa y hacer efectiva como consecuencia de ella una responsabilidad". La Corte Suprema en Ejecutoria de 22 de setiembre de 1944, acogió esta tesis y de-

claró infundada la demanda que ya había sido declarada fundada en las dos instancias inferiores[369].

238. *La responsabilidad objetiva del representante legal.* Las consecuencias de este planteamiento dejan desamparadas a todas las víctimas de un daño causado por menor o por incapaz, salvo raras excepciones. Por ello, tal enfoque resulta insatisfactorio para muchos.

En el mismo caso comentado en el acápite anterior de Tavera con Barriga, el Vocal BALLON emite un voto singular en el sentido de que si bien es cierto que la responsabilidad de los guardadores cesa cuando acreditan que no pueden impedir el hecho que causó el daño —ausencia de culpa—, ese principio "no puede tener un sentido absoluto, puesto que nada justificaría que las consecuencias de ese hecho las soporte exclusivamente la víctima y no las comparta, siquiera en su aspecto económico, el causante del daño o quien por este causante deba responder". Y el propio Fiscal de la JARA señala que está apreciando ese caso con los principios del Código de 1852 porque los hechos ocurrieron durante la vigencia de ese cuerpo legal, pero que "La teoría del riesgo, la de la guarda de las cosas y otras muchas surgidas ante las exigencias de la vida moderna han producido la variación de nuestra legislación"; por consiguiente, piensa que, dentro del Código de 1936, el representante legal del menor (el padre) debe pagar aun si no tiene *culpam in vigilando.*

Esto significa, entonces, que el padre debe responder por los daños que cause su hijo, pero no porque sea culpable sino, más bien, porque es el padre.

In Re Alicia Murillo de Guerra contra Washington Guevara —que ya hemos citado[370]— el padre es responsabilizado por el hecho de que su hijo "se atrevió a manejar" el automóvil de un tercero; por consiguiente, dado que el padre no podía cuidar razonablemente incluso la propiedad de terceros, no cabe duda de que responde no porque hubiese tenido una falta de vigilancia sino simplemente porque es padre[371]. También *in Re*

---

369. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 10, año 1944, pp. 57-62.

370. *Supra*, No. 191, n. 321.

371. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año 1961, No. 204, pp. 74.75.

Calendario Arroyo Leyten contra Pedro Guzmán, el fiscal GARCIA ARRESE opina que el demandado Pedro Guzmán responde "por su condición de padre del menor Ulises Guzmán Hidalgo, responsable directo del accidente". Y así lo entiende la Corte Suprema en Ejecutoria de 13 de junio de 1956[372].

En 1948 se resuelve un caso bastante similar al de Tavera con Barriga, dictaminado por don Ernesto de la JARA y URETA. Pero esta vez el Fiscal SOTELO asume la línea objetivista esbozada en el voto singular del Vocal BALLON en el caso anterior.

A las 11 de la mañana del día 12 de julio de 1941 estaban jugando en la calle 28 de Julio del Distrito de Miraflores el menor Ernesto A. Román López de Castilla de la Flor, de 14 años, y el menor Germán Cillóniz Garfias, de 13 años. Sin que se sepa muy bien cómo sucedió, Cillóniz arrojó una lata hacia López de Castilla, "de manera ocasional y sin intención de hacer daño". Lamentablemente, tal lata "fue a caerle en el ojo izquierdo, lesionándolo gravemente, y que sin embargo de los auxilios médicos y solícitos cuidados que se prodigaron al menor lesionado, tanto por su madre doña Raquel de la Flor de López de Castilla como por el padre del heridor don Julio Cillóniz, fue preciso extraerle dicho ojo, quedando así privado de la visión por él". El Fiscal SOTELO opinó que procedía la indemnización a cargo del padre del menor que actuó como agente directo; y, sobre el principio que rige la responsabilidad del padre, aclara que "le habría correspondido afrontar [esa responsabilidad] aun cuando los hechos hubieran constituido caso meramente fortuito u ocasional: basta que el daño se haya producido por acto practicado por el menor Cillóniz, para que proceda la reparación de él por el padre de dicho menor en razón de la minoría de edad de éste"[373]. En consecuencia, el Fiscal SOTELO era de opinión que no solamente la responsabilidad del padre no se justifica siempre en una *culpa in vigilando* (que habría admitido la exoneración, demostrando la ausencia de culpa) sino que, además, el hecho dañino del incapaz no requería ser de una naturaleza tal que hubiera sido considerado poco razonable en una persona normal. En otras palabras, el padre responde objetivamente por todos los daños que

372. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 153, año 1956, pp. 1215-1216.

373. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Nos. 56-7, Setiembre-Octubre de 1948, p. 656.

objetivamente causen sus hijos, aun cuando éstos no hubieran procedido de manera que hubiera sido tenida por culpable en un mayor de edad.

Esta responsabilidad del padre ha sido hecha efectiva no solamente en casos de accidente sino también cuando el daño se ha producido en circunstancias que no son accidentes sino propiamente actos ilícitos. Por ejemplo, don Fidencio Chávez demanda a don Julio Alberto Arrieta y a doña Leonor Pacheco de Arrieta para que le paguen una indemnización por el daño moral causado por el hijo de éstos, Edmundo Arrieta Pacheco, a la hija del demandante, Irene Chávez Velásquez, al haberla hecho "sufrir el acto sexual", "la que resultó grávida y madre a los 14 años de edad". El Fiscal GARCIA ARRESE considera que, como el violador "tenía 17 años y se encontraba bajo la patria potestad de los demandados", carece de fundamento la excepción de inoficiosidad de la demanda deducida por los padres y procede que éstos le paguen una indemnización a la menor. La Corte Suprema acoge este planteamiento en Resolución de 6 de abril de 1954[374]. Esta misma tesis ha sido aceptada por los Tribunales en el mismo tipo de casos cuando el menor se encontraba bajo la patria potestad exclusivamente de la madre; de manera que es la madre quien termina siendo responsable de la violación. Así, por ejemplo, don César Encomenderos demanda a doña Evelina Pereda viuda de Armas porque el hijo menor de edad de esta última, Domingo Armas Pereda, hizo víctima de delito contra el honor sexual a la hija del primero, la menor Zoila María Encomenderos Chang, la que sufrió daños materiales y morales. La Corte Suprema en Ejecutoria de 18 de setiembre de 1954 y de conformidad con el dictamen del Fiscal GARCIA ARRESE, ordenó que doña Evelina viuda de Armas pagara la indemnización correspondiente[375].

Notemos que la *culpa in vigilando* es difícilmente de aplicación en estos casos porque no se concibe la forma cómo el padre o la madre habrían tenido que vigilar a un muchacho para que éste no realice algo tan íntimo como el acto sexual.

Hay quienes, tratando de mantenerse dentro del marco de la *culpae in vigilando*, han sostenido que, respecto de los representantes legales,

374. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No127, año 1954, pp. 971-972.

375. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No133, año 1955, pp. 1704-1705.

funciona una presunción *iuris et de iure* de culpa; por lo que debe considerárseles siempre como culpables. Pero esto es una ficción que quiebra todo el sistema de la culpa y simplemente disfraza una tentación objetivista que no quiere confesarse. Decir que todo representante legal de un incapaz es culpable por defecto de vigilancia sin posibilidad de probar lo contrario es simplemente decir que es responsable objetivamente.

239. *Las nuevas dificultades teóricas.* Conforme se ha visto, la tendencia moderna se orienta a responsabilizar objetivamente a los representantes legales, en razón de que la aplicación rigurosa de la *culpae in vigilando* privaría a muchas víctimas de reparación: la mayor parte de los representantes legales no estarían incursos en dicha culpa. Sobre la base de la culpa, los daños cometidos por menores y dementes no serían en la práctica indemnizables.

La responsabilidad objetiva del representante del incapaz permite que las víctimas puedan obtener de los representantes legales una indemnización por sus daños, sin necesidad de que éstos hayan incurrido en culpa: el padre paga por los daños del hijo porque es padre; no porque tenga culpa. Pero este tipo de responsabilidad objetiva nos sume a su vez en otras dificultades debido a que la regla de la última frase del artículo 1975 no ha hecho ciertos distingos importantes, como se verá a continuación.

240. *Diferencias en la representación legal.* Advirtamos que no parece ser igual la situación de todos los representantes en estos casos.

Si el daño al menor López de Castilla no hubiese sido producido por un hijo de don Julio Cillóniz sino por un pródigo de quien este último era curador, no parece posible atribuir a dicho señor Cillóniz, en su calidad de curador, una "responsabilidad" propiamente del accidente causado por el incapaz. Porque, ¿es posible decir en esta hipótesis que ese curador (representante legal) debe responder por los daños del incapaz (pródigo) por el solo hecho de que es curador? No parece haber la misma relación entre el padre y el hijo que entre el curador y el pródigo objeto de su curatela. En realidad, ignoramos la razón por la que el curador del pródigo debe responder por los accidentes de automóvil ocasionados por éste.

Lamentablemente, el Código no se ha planteado estas cuestiones que, no obstante, son reales y fundamentales; particularmente si la tendencia moderna adopta una perspectiva objetivista. Las normas de los artículos 1975 y 1976 no distinguen ahí donde deberían haber distinguido entre distintas situaciones con diferente estructura de lazos humanos, lealtades y garantías: que un padre responda por los daños cometidos por el hijo, parece normal; en cambio, que un curador —que a veces es el abogado de la familia o un funcionario— responda solidariamente por todos los daños automovilísticos cometidos por el pródigo o por el que incurre en mala gestión o aun por el sordomudo, la cosa no parece tan clara.

Si aplicáramos un criterio subjetivista, el problema podría ser solucionado de manera más simple: podríamos decir casi por principio que el representante del pródigo o del que incurre en mala gestión no responde nunca por los daños automovilísticos porque razonablemente no tiene que adoptar ninguna precaución respecto de la eventualidad de que estos señores conduzcan vehículos, dado que su incapacidad no tiene vinculación con esta facultad; por consiguiente, no existiendo posibilidad de que los representantes de estos incapaces incurran en culpa a este respecto, no hay posibilidad de que respondan por tales daños.

Pero como la jurisprudencia se ha inclinado por el principio objetivo antes que por el principio subjetivo debido a que este último liberaría injustamente a la mayoría de los padres de menores que han producido daños, nos encontramos que no tenemos forma de distinguir entre las eventuales responsabilidades de los diferentes tipos de representantes legales. Así, para evitar el escollo de *Scyllae* (el desamparo de muchas víctimas de daños cometidos por incapaces), tomamos un rumbo que nos lleva a estrellar nuestro barco contra el escollo de *Caribdis* (la responsabilidad indiscriminada de todos los representantes legales de incapaces).

La doctrina y la jurisprudencia tendrán que trabajar acuciosamente este tema para llegar a una solución coherente: no es posible utilizar la responsabilidad objetiva en unos casos y la *culpam in vigilando* en otros, según convenga a nuestras intuiciones o a nuestros prejuicios; es preciso construir un sistema racional que ubique cada situación dentro de una explicación general y consistente.

Otro problema que la doctrina y la jurisprudencia deberán precisar es el referente a la conducta del incapaz: ¿surge una obligación de pagar

daños (sea por el propio incapaz cuando obró con discernimiento, sea por el representante legal en todos los casos) cuando el incapaz cometió un daño en cualquier circunstancia o sólo cuando obró irregularmente?

Pensamos que la doctrina admite hablar de culpa cuando se trata de un incapaz que no está privado de discernimiento. Por consiguiente, en esta hipótesis, si el daño no se cometió mediante cosa o actividad riesgosa, el incapaz responde cuando ha obrado con culpa, de conformidad con el artículo 1969. Si no ha obrado con culpa, no responde ese incapaz ni tampoco el representante legal porque no hay daño indemnizable. En cambio, si el daño se produjo mediante cosa o actividad riesgosa, en aplicación del artículo 1970 ese incapaz responde objetivamente; y la existencia de un daño objetivo indemnizable genera la responsabilidad del representante legal (sin perjuicio de que todavía puede discutirse —como antes se ha dicho— que ésta a su vez sea evaluada en términos de culpa o de responsabilidad objetiva).

Si se trata de un menor privado de discernimiento, no hay responsabilidad del incapaz, según el artículo 1976. Sin embargo, parecería que el legislador ha considerado a un incapaz sin discernimiento como una fuente productora de riesgos; por consiguiente, la responsabilidad del representante legal que lo tiene a su cargo es objetiva en todos los casos.

Ahora bien, ese representante legal que responde objetivamente —ya sea porque el incapaz con discernimiento causó el daño con cosa o actividad riesgosa, ya sea porque el daño fue causado por incapaz privado de discernimiento— todavía puede exonerarse de responsabilidad probando una fractura causal: el caso fortuito, el hecho determinante de tercero y el hecho determinante de la víctima, conforme a lo establecido en el artículo 1972.

241. *La responsabilidad del incapaz mismo.* El artículo 1977 es el campo de la pura contradicción, que nos pone de manifiesto las debilidades de la culpa como principio de responsabilidad, particularmente bajo sus formas más subjetivistas.

El legislador no ha querido establecer, en los artículos 1974 a 1976, la responsabilidad de quien se encuentra privado de discernimiento porque, subjetivamente hablando, el que no tiene discernimiento tampoco tiene culpa.

Ya hemos visto que autores subjetivistas como los MAZEAUD, sostienen que aun las personas privadas de discernimiento deben ser responsabilizadas porque tienen "culpa objetiva" o *in abstracto* por comparación con el patrón de la conducta razonable o adecuada. Pero nuestro Código ha preferido en este caso acercarse a la *culpa in concreto* y considerar que los incapaces al estar privados de razón y/o de voluntad, no pueden escoger entre el bien y el mal. Nótese el resabio de idea de pecado que informa un concepto de "pecador-civil" a quien hay que condenar, subyacente a la idea de responsabilidad extracontractual: no pudiendo haber pecado si no hay discernimiento, no puede haber pecador; luego, no hay nadie a quien "condenar" y la víctima no puede reclamar indemnización al propio incapaz.

Muy bien. Pero si ésta es la teoría aceptada y la fuente principista del artículo 1976, ¿cómo se puede disponer en el artículo 1977 que, si al representante no le alcanza la fortuna para pagar a la víctima, deberá pagar ese causante privado de discernimiento y, por tanto, libre de toda culpa? La persona privada de discernimiento es responsable o no lo es; pero no se puede decir que lo es sólo cuando su representante legal no tiene dinero: hay aquí una cuestión de principio y no de fondos. No se puede considerar a nadie "un poco" culpable, como no se puede considerar a una mujer "un poco" virgen: o lo es o no lo es. Si es culpable, como cree el Código de 1984, entonces no debe responder nunca.

242. *La disparidad de fortunas.* Esta confusión proviene de la eventual disparidad de fortunas entre el incapaz y su víctima.

BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE decían en el más puro estilo melodramático, pero con la suficiente perspicacia para advertir que el problema estaba en declarar irresponsables a los dementes: "El sistema de la irresponsabilidad de los locos puede, en la práctica, conducir a resultados que repugnan a la consciencia, por ser contrarios a la equidad; un loco millonario mata a un obrero, padre de familia, cuyo trabajo es el único recurso del hogar. Apliquemos el principio antes enunciado —el loco no debe reparación alguna— y la familia del obrero se encontrará en adelante sin pan"[376].

376. Cit. p. Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilite Civile Délictuelle et Contractuelle*. 6a. ed. T.I. Editions Montchrestien. Paris, 1965. No. 467, p. 531.

No cabe duda de que aquí hay algo que funciona mal. Hay aquí consciencia de una desadaptación entre la teoría (que tiene sus propias exigencias lógicas) y los sentimientos predominantes de justicia y equidad. Es por ello que tanto la doctrina como la jurisprudencia han intentado múltiples formas de conciliar estos dos extremos.

243. *El Código Civil Peruano de 1984.* Mientras nos mantengamos dentro de una apreciación *in concreto* de la culpa, parecería que el problema teórico no tiene solución.

Pero, aun sin necesidad de optar por la teoría de la responsabilidad objetiva, el problema no se plantearía si se adopta una apreciación *in abstracto* de la culpa: en este caso, se atribuirá responsabilidad a las personas privadas de discernimiento porque, independientemente de su situación particular, han incurrido en una conducta que no se ajusta a los patrones del "hombre razonable". Lamentablemente, nuestro legislador tomó el camino equivocado porque quiso adherirse en este punto a la concepción más subjetivista de la culpa aunque ello conlleve una contradicción teórica.

244. *La indemnización "equitativa".* Una expresión que merece especial comentario en el artículo 1977 es aquella que otorga una "indemnización equitativa".

¿Qué significa indemnización equitativa? En principio, toda indemnización que fije el Juez debe ser equitativa, es decir, ni poca ni mucha, sino la justa para reparar los daños y perjuicios sufridos. El artículo 1585 establece cuáles son los elementos que componen esta indemnización. Pero, ¿por qué el artículo 1977 se refiere a la equidad cuando ella está sobreentendida? ¿Será, acaso, que nos quiere decir que cuando le corresponde reparar al propio causante sin discernimiento, éste no debe ser obligado a pagar una indemnización normal sino algo menos? No vemos la razón. Una vez más tenemos que repetir que ese causante o es culpable o no lo es, pero no lo puede ser "un poco". Por consiguiente, o paga una indemnización como cualquier culpable o no paga nada: no se le puede hacer pagar "un poco".

Aparentemente, esta redacción curiosa proviene del artículo 76 del Proyecto de Código Franco-Italiano, que a su vez dio origen al artículo 2047 del Código Italiano; de donde probablemente ha sido tomada por

nuestro legislador. Pero todo hace suponer que la idea original de la equidad no era adjetivar la indemnización de manera de alterar su *quantum*, sino más bien proporcionar una justificación a la obligación de reparar del incapaz.

En efecto, hay quienes creen que, ante tan contradictoria situación, no queda otro remedio que acudir directamente a la idea de equidad: PALMERO sostiene que "la única justificación científica del instituto debe hallarse en la equidad"[377]. Sin embargo, la equidad es lo menos científico del Derecho (sin que esta afirmación implique menosprecio alguno): la equidad es el recurso al sentimiento —llámesele *clementiam* o *benignitatem* o *caritatem* o *pietatem* o *moderationem* o *humanitatem*— para enfrentarlo a las exigencias de la lógica. Ahora bien, antes de renunciar a la razón, hay que agotar todas sus posibilidades.

La invocación a la equidad parece una evasión teórica; pero la consciencia del problema social subyacente tampoco debe llevarnos a la teoría que los autores americanos denominan *deep-pocket liability* o responsabilidad por el solo hecho de tener dinero (tener un bolsillo grande). Como lo hemos dicho anteriormente[378], la situación de fortuna de las partes involucradas no tiene nada que ver con la apreciación de la *culpae* del causante.

En todo caso, si la norma quiso referirse a la equidad como principio justificativo de la obligación del incapaz de pagar una indemnización, debió haber rezado así: "Si la parte no ha podido obtener reparación del representante legal, puede el Juez, *por razones de equidad* y en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización a cargo del autor directo".

Todavía esta fundamentación legislativa de tal indemnización habría sido ilógica dentro de un sistema subjetivista *in concreto*, por la pretendida irresponsabilidad del incapaz que el mismo sistema propone; pero cuando menos esta falta de ilación en el discurso no habría llegado hasta

---

377. Juan Carlos PALMERO: *El daño involuntario, Indemnización de equidad*. Astrea. Buenos Aires, 1973, p. 150.

378. *Supra*, No. 26.

el extremo de afectar el *quantum* de la indemnización sin motivo lógico alguno. Lamentablemente, el legislador no previó que cuando un complemento circunstancial de justificación se transforma en adjetivo del complemento directo, todo el sentido de la frase resulta alterado y las consecuencias pueden ser radicalmente diferentes.

245. *La equidad y los daños cometidos por incapaces no declarados.* Por último, notemos que el artículo 1977 sólo se refiere a las situaciones previstas en el artículo 1976 que no pueden ser resueltas satisfactoriamente. Esto quiere decir que es posible obligar al autor directo a pagar cuando es un incapaz declarado y tiene un representante legal, pero no ha sido posible obtener de éste el pago de la reparación.

Ahora bien, si el autor directo carecía de discernimiento pero no había sido declarado incapaz y no tenía todavía un representante legal, podría sostenerse que nadie paga a la víctima: el autor directo no paga en virtud del artículo 1974; el representante legal no paga porque no existe, ya que la persona no ha sido todavía declarada incapaz; la persona que tiene el candidato a incapaz bajo su cuidado no paga indemnización porque no es su representante legal; y el artículo 1977 no funciona porque no se cumplen sus supuestos. ¿Es esto coherente? ¿Y la equidad no funciona en este caso?

En realidad, la solución a esta falta de equidad que dejaría a la víctima en el abandono puede suplirse por la vía de considerar que el artículo 1974 no se refiere a una pérdida de consciencia permanente sino a un estado temporal, conforme se ha señalado antes. Por consiguiente, si se trata de una persona con una incapacidad de hecho que lo priva de discernimiento de manera permanente, no podría invocarse ese artículo para exceptuar al autor directo y obligar a la víctima a que asuma su propio daño como si se hubiera derivado de hecho de ella misma o de un caso fortuito: el autor directo pagaría indemnización porque, no siendo un caso de pérdida temporal de consciencia ni habiendo sido declarado incapaz, no estaría comprendido en ninguno de los supuestos de los artículos 1974 a 1977 que reglamentan situaciones especiales y específicas; ese autor directo estaría sometido al régimen general de responsabilidad.

Sin embargo, aplicando los principios generales de responsabilidad, tal autor podría exonerarse aduciendo ausencia de culpa. Ante este planteamiento, surgen nuevos problemas. Si optamos por una culpa totalmen-

te subjetiva (*in concreto*), ese autor directo probará que no tuvo culpa en la medida en que no tuvo discernimiento y, por consiguiente, quedará exonerado de responsabilidad; salvo en los casos en que el daño hubiera sido cometido mediante un bien riesgoso o en el ejercicio de una actividad peligrosa, porque en tal circunstancia el autor directo estaría sujeto a la responsabilidad objetiva del artículo 1970, tenga o no tenga culpa. Pero si optamos por el criterio objetivo de la culpa (*in abstracto*), podría sostenerse que aun una persona privada de discernimiento tiene culpa en la medida en que su conducta no se ajusta a un patrón de razonabilidad; en este caso, ese incapaz no declarado judicialmente responde por los daños que cometa tanto por el artículo 1970 como por el artículo 1969.

CAPITULO II

LOS DAÑOS CAUSADOS POR LAS COSAS

246. *De las cosas.* La mayor parte de los daños causados por el ser humano tienen como intermediario a las cosas. Estas sirven como instrumentos dañinos en las manos de quienes dolosamente, negligentemente u objetivamente causan un daño a otro.

Sin embargo, hay ciertos casos en los que las cosas parecen obrar de una manera relativamente independiente: el daño se produce casi por una "iniciativa" de las cosas.

Evidentemente, hablar de iniciativa de las cosas es emplear un lenguaje figurado; porque, si por iniciativa queremos referirnos a autoría, sólo el ser humano puede ser propiamente autor de un daño. Pero los casos de daños de las cosas son aquéllos en los que el carácter riesgoso de la cosa misma juega un papel tan importante que parece asumir el papel de causa propia del daño.

Por consiguiente, la responsabilidad de las cosas está presidida por la idea del riesgo implícito, que llega a ser tan alto que se presenta como independiente del acto humano.

247. *La perspectiva tradicional y la perspectiva contemporánea.* Ya en Roma se había advertido la peligrosidad de las cosas animadas, es decir, de aquellas que, teniendo vida, eran capaces de actividad propia, sin ser sujetos de derecho.

Evidentemente, la cosa —no persona— animada que representa un riesgo indudable por su capacidad de actuar "por su cuenta" (si así puede decirse), es el animal. Ya un cuerpo de leyes tan temprano como las XII

Tablas otorga contra el propietario del animal que causa daño una acción especial, denominada *actio pauperiei*. El dueño del animal que había causado daño era responsable del mismo; pero podía entregar esa "cosa animada" (con la que se había producido el daño) a la víctima, para liberarse de su responsabilidad[379]. Esta regla era aplicable igualmente al dueño del esclavo que hubiera causado daño pues, para estos efectos (no necesariamente para todo efecto), el esclavo era considerado como una cosa animada. Este tipo de responsabilidades, que llevan anexas el remedio extraordinario del abandono del bien en favor de la víctima (*noxae deditio*) daban lugar a las denominadas "acciones noxales". En el fondo, se trata de una "responsabilidad limitada", pues el propietario del animal o del esclavo responde sólo hasta por el límite del valor de estos bienes desde el momento en que puede liberarse de responsabilidad entregando la cosa animada que causó el daño.

Pero también las cosas inanimadas han atraído la atención del jurista desde tiempos muy antiguos por su capacidad de causar daños, sin la intervención directa de una persona.

Las *Instituta* de Justiniano preveían el caso de que fueran arrojadas cosas desde un inmueble y causaran daño a un pasante (*de effusis et deiectis*), por lo que se atribuía responsabilidad al propietario del inmueble. Igualmente, existía responsabilidad del propietario si el daño era causado por cosas colgadas o peligrosamente colocadas (*de periculose positis et suspensis*)[380]. El Código Civil Peruano de 1852 conserva todavía normas sobre este tipo de daños en sus artículos 2197 y 2198, inciso 1o.

En la Francia del S. XVII, la preocupación por la caída del edificio mismo —cuya posibilidad había sido materia de una medida precautoria en el Derecho Romano (*la cautio damni infecti*)— se agudiza y DOMAT y BOURJON insisten sobre el tema. Los redactores del *Code Napoléon*,

379. Eugène PETIT: *Tratado elemental de Derecho Romano*. Editorial Albatros, Buenos Aires, No. 488, p. 626; también Paul JORS y Wolfgang KUNKEL: *Derecho Privado Romano*, Editorial Labor S.A. Barcelona, 1937, No. 170-4, p. 384.

380. ORTOLAN: *Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justitiano*. T. II. Establecimiento Tipográfico de D. Ramón Rodríguez de Rivera, Editor. Madrid, 1847. L. IV, Tit. V, I, P. 526.

siguiendo las opiniones de estos juristas, la incorporan como daño específicamente indemnizable en este cuerpo de leyes[381]. A partir de ahí, esta regla pasará a los diferentes Códigos Civiles posteriores, incluyendo el Código Civil Peruano de 1852 (art. 2196), el Código Civil Peruano de 1936 (art. 1140) y el Código Civil Peruano de 1984 (art. 1980).

En los últimos 50 años, la responsabilidad por "los hechos de las cosas" ha adquirido una importancia como nunca tuvo antes, particularmente por los desarrollos de la jurisprudencia francesa en materia de accidentes automovilísticos. De otro lado, tanto en los países de tradición romanista como en los países de tradición anglosajona, está en proceso de creación jurisprudencial una teoría de la responsabilidad del fabricante —y/o del vendedor— por los daños que causen los productos manufacturados.

248. *Plan de este capítulo.* En el presente capítulo trataremos de la responsabilidad de las cosas animadas (animales) y de las cosas inanimadas (edificios, cosas peligrosas), en respectivas secciones.

Sin embargo, la nueva teoría de la responsabilidad de los productos elaborados será discutida en la Tercera Parte de este libro, en la que se tratan algunos temas que, aun cuando estuvieron en el Proyecto de la Comisión Reformadora, no fueron recogidos expresamente por el legislador de 1984. En esa parte demostraremos que, si bien el Código Civil no contiene un tratamiento legislativo específico del problema, los Tribunales peruanos tienen elementos legales suficientes para sumarse a los esfuerzos de conceptualización teórica de los jueces de los países que se encuentran a la vanguardia de este tipo de construcción jurídica.

---

381. Henri y Léon MAZEAUD y Jean MAZEAUD: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. T. II. 6a. ed. Editions Montchrestien. Paris, 1970, Nos. 1019 y 1020, pp. 14 y 15.

Sección I: De las cosas animadas

> Artículo 1979.- *El dueño de un animal o aquél que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que éste cause, aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero.*

249. *Una responsabilidad precursora.* La responsabilidad por los daños producidos por animales es una variante de la responsabilidad de las cosas riesgosas o peligrosas: el animal es indudablemente una cosa peligrosa porque, en vez de ser un elemento inerte que requiere una acción humana para entrar en acción, puede causar daños "por propia iniciativa", por así decirlo. El animal es una cosa con vida; y, consecuentemente, tiene un dinamismo interno que lo hace particularmente riesgoso.

En el fondo, la antigua responsabilidad por los daños causados por animales es un antecedente —todavía meramente a nivel de esbozo y dentro de un contexto bastante diferente— de la responsabilidad por daños causados con cosas peligrosas o en razón de actividades imbuidas de este mismo carácter. Los hermanos MAZEAUD indican que ya "El Derecho Romano parecía admitirla [esa responsabilidad sin culpa] con relación a los animales"[382].

250. *Una responsabilidad obsoleta.* La responsabilidad por daños causados por animales fue importante en otras épocas de la historia; ahora estos daños sólo se producen fundamentalmente en las zonas rurales y en forma limitada.

Evidentemente, cuando la distinción entre la ciudad y el campo no era tan clara y los hombres vivían en promiscuidad con ciertos animales domésticos, éstos causaban frecuentemente daños: los chanchos se comían a los niños, los toros pegaban cornadas a los transeúntes.

Un animal sumamente importante como productor de daños fue el caballo, debido a su uso difundido con fines de transporte: los accidentes

---

382. Henri y Léon MAZEAUD y Jean MAZEAUD: *Op. cit.*, No. 1011, T. II, p. 3.

de circulación causados por caballos o por vehículos tirados por caballos fueron frecuentes hasta comienzos de este siglo. De otro lado, esta promiscuidad de hombres y caballos, nacida de la utilidad de éstos para los fines antes indicados, generaba accidentes de alguna manera independientes de la voluntad humana, tales como fracturas de huesos causadas por coces, mordiscos, etc. En la época actual, los accidentes de circulación son causados fundamentalmente por máquinas; y dentro de las ciudades casi los únicos animales peligrosos que quedan son los perros bravos.

Por ese motivo, nos llama la atención que el legislador del Código de 1984 se haya seguido preocupando de manera destacada por los daños causados por animales (al punto de no remitir estos accidentes a los principios generales de la responsabilidad extracontractual sino establecer un artículo expreso y explícito); y, en cambio, el mismo legislador no ha previsto nada especial para el caso de los daños causados por automóviles y otros vehículos similares (como lo hace el Código Civil Italiano en su artículo 2054).

251. *¿De qué animales se trata?* Ante todo, cabe señalar que los animales a los que se refiere el Código son todos aquéllos que son objeto de propiedad y que están bajo el cuidado de alguien.

Por consiguiente, esta norma no es aplicable, por ejemplo, en las regiones selváticas del país, a las víboras que pudieran encontrarse en el jardín de la persona a la que se visita: la mordedura de este animal en casa ajena no da lugar a responsabilidad del dueño de la casa en base al artículo 1979; sin perjuicio de que la víctima pueda intentar una acción en base al artículo 1969, aduciendo negligencia del dueño de casa en la limpieza del jardín. Tampoco podría utilizarse el artículo 1979 para amparar una demanda por contagio microbiano: los microbios no "pertenecen" al enfermo ni están bajo su cuidado (ni siquiera en el sentido más lato del término). Sin embargo, el contagiado podría demandar al contagiante fundándose en el artículo 1969, si aduce que el contagio se produjo por dolo o culpa.

252. *Carácter objetivo de esta responsabilidad.* Ya hemos indicado que, desde su origen romano, esta responsabilidad es concebida con visos de objetividad; aun cuando las tendencias individualistas modernas y, en

particular, las ideas jurídicas del siglo pasado, han teñido esta responsabilidad de un cierto subjetivismo.

En verdad, quien quisiera permanecer fiel a las categorías subjetivistas, podría decir que este artículo establece una presunción de *culpa iuris et de iure* contra el dueño del animal o aquél que lo tiene a su cuidado. Pero una culpa que no admite refutación, una presunción de culpa que no puede ser rebatida aunque se demuestre que no hubo culpa, es verdaderamente una responsabilidad objetiva; el resto es un juego de palabras.

253. *El Derecho Comparado.* Esta opción por la objetividad es compartida por buena parte de la doctrina, de una manera o de otra.

254. *El common law: Inglaterra.* En Inglaterra, un importante caso sobre este tema es el del juicio seguido por May contra Burdett en 1846. Ahí, en esta época tan temprana, se establece ya que el dueño de animales (al menos, cuando se trata de fieras salvajes) es "un asegurador" del daño que éstos causen y debe considerársele responsable en todas las circunstancias, con responsabilidad absoluta[383]. Recientemente, la materia ha sido tratada legislativamente por el *Animals Act* de 1971 que establece una distinción entre especies peligrosas y no peligrosas.

La categoría de especies peligrosas incluye todo tipo de animales "que no son usualmente domésticos en las Islas Británicas". En consecuencia, un elefante de la India perfectamente domesticado y de uso familiar en la India, es un animal peligroso en Inglaterra. El que tiene a su cargo (*keeper*) este tipo de animal es responsable objetivamente por todos los daños que cause no sólo de manera directa sino también por el hecho de contagiar una enfermedad o producir un trastorno psíquico: como dicen JAMES y BROWN, el que tiene un tigre, aunque sea el más dócil del mundo, incurre en responsabilidad por el ataque al corazón que le ocurra a una persona al ver que se le acerca este animal en la calle, sin importar que el animal se estuviera acercando con la mejor de las intenciones, simplemente para que le hagan cariño[384]. Esta responsabilidad ob-

383. *May v. Burdett*, 9 Q.B. 101, 115 E.R. 1213 (1846).

384. Philip S. JAMES y D.J. Latham BROWN: *General Principles of the Law of the Law of Torts.* 4a. ed. Butterworths, Londres, 1978, p. 226.

jetiva es tan estricta que el que tiene a su cargo el animal no puede liberarse ni aun alegando caso fortuito o hecho determinante de tercero; sus únicas defensas admisibles son la aceptación del riesgo por la víctima, la culpa de ella y el hecho de que el daño se hubiera producido cuando la víctima había entrado ilegalmente en propiedad ajena.

Cuando se trata de daños causados por animales pertenecientes a especies no peligrosas, quien los tiene a su cargo no es *necesariamente* responsable por ellos, sino que está sujeto a la regla de la culpa; salvo que se trate de un animal inusualmente bravo.

255. *El common law: Estados Unidos.* La tradición jurisprudencial norteamericana ha dudado entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva. Pero, en la actualidad, la solución es muy similar a la inglesa.

Es interesante revisar algunos de los casos más importantes porque demuestran la adaptación que los jueces norteamericanos vienen realizando de los principios jurídicos tradicionales a nuevas circunstancias sociales e incluso geográficas, así como a nuevas maneras de pensar.

En 1856, la Corte Suprema de Iowa conoce un caso reivindicación de ganado, vinculado a la responsabilidad extracontractual. De acuerdo con el *common law*, el ganado que penetra en un predio vecino y que causa daños puede ser apropiado por la víctima de los daños en reparación de ellos. Este derecho es, de alguna forma, análogo a la acción noxal romana, que antes hemos mencionado [385]. En el caso que nos ocupa, el ganado de una persona denominada Wagner había penetrado en los campos de otra persona denominada Bissell, causando daños. Por consiguiente, Bissell se había quedado con ese ganado; y Wagner reclamaba su devolución (*action of replevin*).

El problema tenía que discutirse en términos de responsabilidad por daños causados por animales, a fin de determinar si Bissell tenía derecho a quedarse con el ganado a título de reparación por daños y perjuicios. La regla del *common law* inglés consistía en que cada persona está obligada a

385. *Vid. supra.* No. 247.

mantener su ganado dentro de su terreno; no es que cada propietario de tierras tenga obligación de proteger sus dominios sino, por el contrario, que cada propietario de ganado tiene obligación de impedir que salga de sus dominios: la carga de la prevención del daño está puesta en el propietario del animal. En otras palabras, cada propietario de animales debe cercar sus tierras para que no *salgan* sus animales. En cambio, no existe obligación similar de los demás propietarios de tierras para que no *entren* los animales ajenos. Dentro de este orden de ideas, Wagner era responsable de los daños debido a que no había cercado sus terrenos; y Bissel tenía derecho a quedarse con su ganado.

Sin embargo, la Corte declara fundada la reivindicación de Wagner —lo que implica que no acepta una responsabilidad automática del propietario del ganado invasor— aduciendo que esa antigua regla del *common law* no era aplicable en las circunstancias de Iowa El Vocal C.J. WRIGHT se pregunta: "¿es esta regla del *common law* (...) aplicable a nuestra situación, condición y usos, como pueblo?. Y el Vocal J. TRUMBULL contesta: "A pesar de lo adecuado de esta regla del *common law* para un país tan densamente poblado como Inglaterra, es indudablemente inadecuada para un nuevo país como el nuestro". Explica que las extensiones de terreno en el Estado de Iowa son muy grandes y que no hay recursos suficientes de madera en la región para cercar las propiedades [386].

Por otra parte, en el juicio seguido por Vaughan contra un circo, la Corte de West Virginia exoneró de responsabilidad al circo por los daños causados a un espectador, considerando que no se había producido negligencia alguna por parte del dueño del circo. Vaughan había concurrido a la exhibición de animales salvajes y había sido mordido por un mono en la mano, tan gravemente que le arrancó el dedo. La Corte sostuvo que la simple posesión de animales salvajes (*ferae naturae*) no es ilegal y que, por consiguiente, el solo hecho de ser dueño no era un acto ilícito ni implicaba culpa alguna. En el razonamiento del Tribunal se reconoce que los animales salvajes tienden a escaparse y que, sin control, se convierten en una amenaza para el ser humano. Pero agrega que el tigre suelto no es más peligroso que el fuego, el agua, la electricidad o el gas incon-

386. *Supreme Court of Iowa*, 1856, 3 Iowa 396.

trolados. Por eso opina que a los circos y a los zoológicos no puede atribuírseles responsabilidad objetiva por el solo hecho de poseer animales salvajes ya que ello no está legalmente prohibido; por tanto, ese dueño y sólo él puede ser responsable si tuvo alguna culpa en la vigilancia y cuidado de la fiera[386bis].

Sin embargo, esta tendencia subjetivista ha cambiado. La doctrina actualmente predominante según se establece en el *Restatement of Torts* (1938), No. 507, es que el poseedor (*possessor*) de un animal salvaje (*wild animal*) es responsable por los daños que cause "aunque haya ejercitado el máximo cuidado para mantener encerrado al animal o para prevenir cualquier daño". Es interesante destacar que en tal caso ni siquiera se admite una reducción de la indemnización por culpa contributoria (*contributory negligence*) de la víctima; porque, "dado que la responsabilidad objetiva (*strict liability*) del poseedor no está fundada en la culpa (*negligence*), la culpa contributoria ordinaria del demandante [víctima] no es una defensa contra tal acción. La razón estriba en el propósito de la ley de colocar la total responsabilidad de prevención en el demandado [poseedor del animal]"[387].

En cambio, cuando se trata de animales domésticos, se sigue todavía la regla de la culpa; aunque el No. 509 del *Restatement of Torts* establece que si el poseedor tenía razones para pensar que ese animal doméstico en particular tenía un carácter peligroso (*dangerous propensities abnormal to its class*), también queda sujeto a responsabilidad objetiva. Evidentemente, no se puede saber si un perro muerde sino después que ha mordido una vez; por consiguiente, hasta entonces su poseedor no es responsable objetivamente sino sólo si ha mediado una eventual culpa de su parte. Pero una vez que ha mordido, su carácter anormalmente peligroso queda establecido y la responsabilidad es objetiva. Por eso se suele decir, humorísticamente, que "todo perro tiene derecho a una mordida"[388].

386bis. *Supreme Court of Appeals of West Virginia*, 1930, 109 W. Va. 170, 153 SE 289, 69 A.L.R. 497.

387. *Marshall v. Rane*, Supreme Court of Texas, 1974, 511 S.W. 2d 255.

388. Edward J. KIONKA: *Torts in a nutshell. Injuries to persons and property*. West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1977, p. 38.

256. *Francia.* El *Code Napoléon*, en su artículo 1385, incorporó una regla expresa sobre esta responsabilidad que establecía que "El propietario de un animal, o aquél que se sirve de él, es responsable por el daño que el animal haya causado ya sea que el animal estuviera bajo su guarda, ya sea que se hubiera extraviado o escapado".

En principio, este texto estaba sometido a la responsabilidad por su culpa,de acuerdo al tenor general de ese Código. Y, de otro lado, como ese cuerpo legal no contempla la inversión de la carga de la prueba, hubiera sido lo normal que, como en los demás casos de responsabilidad, fuera la víctima quien tuviera que probar la culpa del dueño o de aquél que se sirve del animal. Sin embargo, señalan los MAZEAUD, desde el día siguiente a la promulgación del Código, no se dudó en invertir la carga de la prueba en este caso específico, aun sin un texto legal que respaldara esta aplicación de la regla. Pero, dada la gran cantidad de accidentes de circulación ocasionados por caballos, fue necesario encontrar una solución aún más efectiva en beneficio de las víctimas. En la actualidad, ese mismo artículo del *Code Napoléon*, que no ha sido modificado, se lee de manera objetivista: "La jurisprudencia ha decidido ahora que el propietario o el usuario del animal no puede escapar a la responsabilidad que le incumbe sino demostrando 'el caso fortuito, la fuerza mayor o la causa extraña'; establecer que no ha incurrido en culpa alguna no es suficiente"[389].

257. *Italia.* El Código Italiano en su artículo 2052 prácticamente reproduce el artículo 1385 del Código Francés que hemos transcrito, con el agregado de que esta responsabilidad opera "salvo que pruebe el caso fortuito".

BONVICINI, aun cuando reconoce que el propietario o el usuario del animal sólo pueden liberarse si prueban "que se ha destruido el nexo de causalidad", aduciendo el caso fortuito, sostiene que el fundamento de esta responsabilidad reside en la culpa; pero que ésta se presume en este caso[390]. Adriano de CUPIS plantea una tesis similar: la regla se basa en

---

389. Henri y Léon MAZEAUD y Jean MAZEAUD: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. T. II. 6a. ed. Editions Montchrestien. Paris, 1970, No. 1073, p. 143.

390. Eugenio BONVICINI *La responsabilità per i danni nel Diritto delle Obligazioni*. Vol. I. A. Giuffrè, Editor, Milán, 1963. No. 93 *in fine* y No. 94, p. 176.

la culpa pero descarga al damnificado de la carga de la prueba y atribuye al responsable la prueba liberatoria que tiene por objeto el caso fortuito[391].

Estos autores no hacen la distinción entre caso fortuito y simple ausencia de culpa, ni tampoco entre nexo causal e imputación de culpa.

258. *El Código Civil Peruano de 1936: responsabilidad objetiva.* El artículo 1145 del Código Civil de 1936 contenía una regla cuya redacción era bastante similar al actual artículo 1979: "El dueño de un animal o el que lo tiene a su cuidado, debe reparar el daño que éste cause, aunque se hubiera perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el accidente tuvo lugar por el hecho de un tercero".

OLAECHEA consideraba que esa norma del Código de 1936 atribuía responsabilidad objetiva al dueño del animal o al que lo tiene a su cuidado: "Los artículos 1142, 1143, 1144, 1145 y 1146, son clarísimos. En los casos que contemplan, la base de la responsabilidad es real y objetiva. Aunque los artículos citados plantean diversas hipótesis y en algunos de ellos se puede señalar bajo el influjo del tecnicismo clásico las nociones de la culpa IN VIGILANDO o de la culpa IN ELIGENDO —artículo 1142— el Código define realmente una forma objetiva de responsabilidad (...), lo que importa es introducir una idea superior y ajena a la culpa, esto es, la idea objetiva del riesgo. Ello es claro. (...) si sólo contemplase como fundamento de la responsabilidad la falta de vigilancia o la mala elección, la culpa IN VIGILANDO o la culpa IN ELIGENDO, no estaría escrito el artículo 1143, ni el artículo 1144 revestiría un carácter absoluto como efectivamente ostenta, ni existiría el artículo 1145 ni el 1146"[392].

259. *El Código de 1984: un régimen particular de responsabilidad objetiva.* Ya hemos indicado que debemos pensar que el Código Peruano, coherente con la amplitud que ha otorgado al concepto de riesgo o peligro en el artículo 1970, debe considerar al animal —por principio— como

391. Adriano de CUPIS: *Dei fatti illeciti. Art. 2043-2059.* 2a. ed. nicola Zanichelli (Bologna) y Società Editrice del Foro Italiano (Roma), 1971, p. 87.

392. Manuel Augusto OLAECHEA: *El Problema de la Responsabilidad Extracontractual en el nuevo Código Civil.* Lima.

bien riesgoso o peligroso; consecuentemente, la responsabilidad derivada de daños causados por animales debe ser objetiva. Por otra parte, la regla del artículo 1979 es muy similar a la regla del artículo 1145 del anterior Código. Y ya hemos visto que los legisladores del Código de 1936 habían pretendido insuflarle espíritu objetivista.

Pero el legislador de 1984 no se limitó a incorporar los daños por animales a la responsabilidad objetiva —lo que, en rigor, no hubiera requerido la existencia del artículo 1979 en el Código de 1984 al haberse incluido ya el principio de la responsabilidad por riesgo en el artículo 1970— sino que, dentro de tal responsabilidad objetiva, quiso establecer un régimen especial.

Como veremos a continuación, la relación de causalidad es tratada de manera muy especial en esta responsabilidad (como también en algunos de los otros casos especiales que estudiaremos más adelante). De un lado, en este caso es difícil decir que el responsable es un "causante" del daño. De otro lado, las excepciones de responsabilidad basadas en la ruptura del nexo causal, no operan de la misma forma que en los demás casos de responsabilidad objetiva.

260. *Una responsabilidad "incausada".* Hemos señalado anteriormente[393] que un análisis de ciertos tipos de responsabilidades aceptadas por la doctrina moderna nos creaban dudas sobre la omnipresencia de la causa en el seno de la responsabilidad extracontractual. Los daños causados por animales dan lugar a uno de esos casos en los que aparentemente hay responsabilidad sin que exista detrás de ella no sólo un culpable sino ni siquiera un causante propiamente dicho.

La regla hace responsable al propietario del animal o a aquél que lo tiene a su cuidado, aunque ese animal que cometa el daño *se hubiera perdido o extraviado.* La disyuntiva planteada no es tan clara, porque "perder" y "extraviar" parecen significar lo mismo. Es posible que este problema semántico no sea sino la consecuencia de un error de traducción del francés de la regla correspondiente del *Code Napoléon*: el artículo 1385 de ese cuerpo de leyes habla de "extraviado" (*egaré*) y "esca-

393. *Supra*, No. 154, *in fine*.

pado" (*echappé*); distinción cuya relevancia jurídica sigue siendo oscura, pero que implica un cierto matiz diferente. Este error —que consiste en traducir *echappé* (escapado) como simplemente "perdido"— se habría producido en la redacción del artículo 2192 del Código de 1852 y fue recogido literalmente primero por el legislador de 1936 y luego de ahí lo tomó el legislador de 1984. En el mejor de los casos, podría entenderse que el legislador peruano ha querido distinguirse del legislador napoleónico y significar que, aunque el animal ya no tenga ninguna relación con su antiguo dueño, éste sigue siendo responsable: "extraviado" implicaría una desposesión que aún no es definitiva, un simple desvío temporal; mientras que "pérdida" evocaría —quizá— la misma situación con carácter definitivo.

Pero lo importante es que en ambos casos, el animal ya no está bajo el control de quien resultará responsable del daño. Ahora bien, si un animal se encuentra perdido desde hace varios meses y no ha sido posible para su propietario recuperarlo a pesar de todos sus esfuerzos, parecería que es difícil hablar de una conexión de causa a efecto entre el propietario en cuestión y los daños que produzca ese animal: ese propietario ya no es un causante, en el sentido fuerte del término.

Claro está que alguien podría todavía decir que existe siempre una relación de causalidad por el hecho de que hubo *culpa in vigilando* del propietario al no tomar las precauciones adecuadas para que ese animal no se extravíe o se pierda. Esto es propiamente una relación de culpabilidad; pero, como toda relación de culpabilidad implica una relación de causalidad (no así lo contrario), podemos admitir el argumento para someterlo a análisis.

La lectura del artículo comentado nos permite ver que esa relación de causalidad —subyacente a la de culpabilidad— no es relevante en este caso: no es que ese propietario responda sólo cuando tiene culpa en el extravío o pérdida (que serían los casos en que de alguna manera es "causante" de esos hechos) sino que responde siempre, independientemente de toda culpa, (salvo la excepción que trataremos a continuación). A diferencia del artículo 2192 del Código de 1852 que exoneraba al dueño si el animal se había perdido o extraviado *sin culpa* de éste, el Código de 1984 no menciona la culpa en absoluto: haya o no haya culpa en la "pérdida o extravío" del animal, la responsabilidad existe. Por consiguiente, si el único lazo causal entre el daño cometido por el animal y el

propietario del mismo estaba dado por la culpa y si esta culpa ya no es necesaria en el Código de 1984, estamos pues ante una responsabilidad sin culpa y sin causa. El propietario responde no porque sea culpable ni porque sea causante, sino porque *la ley lo obliga.* Y la ley lo obliga por razones distintas a la culpa y a la causa, tales como la mejor prevención de este tipo de accidentes, la difusión social del peso económico del daño, etc.

261. *La ruptura del nexo causal.* Si se tratara de una simple responsabilidad objetiva prevista en el artículo 1970, funcionarían también en este caso las excepciones contempladas en el artículo 1972: el dueño del animal o el que lo tiene a su cuidado no estarían obligados a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño. Sin embargo, el artículo 1979 crea aquí también un régimen especial y sólo exonera de la reparación al que "pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero".

Notemos ante todo que esta excepción no es un caso de ausencia de culpa sino una referencia a una *nova causa intervenienti.* Esta naturaleza causal de la intervención del tercero se subraya con la expresión "por obra o causa".

Pero, como puede verse en el texto, no cualquier *nova causa interveniens* exonera de responsabilidad al dueño del animal o a aquél que lo tiene a su cuidado: solamente el hecho de tercero. Por consiguiente, las personas señaladas por ley como responsables responden aun cuando intervengan otras causas que también rompen el más hipotético nexo causal: el caso fortuito y el hecho o imprudencia de la víctima corren por cuenta del dueño del animal o de aquél que lo tiene a su cuidado. Como puede apreciarse, el legislador ha querido que siempre hubiera un responsable y por ello sólo exonera a los "responsables *prima facie*" (el dueño del animal o el que lo tiene a su cuidado) cuando es posible encontrar alguien distinto que pagará por los daños: un tercero. Pero si se trata de un caso fortuito, en el que nadie estaría obligado a pagar, el Código no reconoce su valor eximente y quiere que de todas maneras ese dueño o guardador del animal asuman los riesgos correspondientes.

262. *La responsabilidad estricta por ultrarriesgo.* En el fondo, nos encontramos en este artículo con una aplicación no explicitada de la responsabilidad por ultrarriesgo a la que nos hemos referido anteriormente[394].

En realidad, el legislador ha considerado que, cuando se tiene un animal, cualquier cosa puede suceder con él. Por consiguiente, ningún daño que se produzca es atípico: nada es extraordinario, luego no existe caso fortuito. Si un león se escapa de la fábrica donde cumplía funciones de guardianía porque un terremoto (que en cualquier otra situación sería un caso fortuito) derrumbó la pared de su jaula, los daños que cause tienen que ser reparados por el dueño de la fiera. El peligro que tiene entre manos es de tal naturaleza que, si quiere disfrutar de las ventajas del mismo, tiene que correr con todos sus riesgos, sin exclusión. Ya hemos visto que la ley inglesa y la jurisprudencia norteamericana sobre la materia tampoco permiten al propietario de una fiera eximirse de la responsabilidad por los daños que cause, aduciendo caso fortuito.

Sin embargo, la aplicación de la teoría del ultrarriesgo no ha sido feliz en el Código de 1984; quizá porque no ha sido resultado de una adecuada elaboración teórica.

En primer lugar, el Derecho inglés y el norteamericano hacen una distinción importante entre tipos de animales: hay las fieras o animales salvajes y hay los animales domésticos; estos últimos, salvo casos individuales anormales, no tienen la misma peligrosidad que los primeros. Por consiguiente, el régimen estricto de responsabilidad por ultrarriesgo ha sido aplicado únicamente a los animales no domésticos y a aquéllos domésticos que, en particular, tienen un carácter comprobadamente peligroso. En cambio, el legislador peruano ha colocado a todos los animales bajo el mismo régimen de ultrarriesgo. Sin embargo, si bien estamos de acuerdo en que el propietario de un león no pueda exonerarse aduciendo caso fortuito, no pensamos que lo mismo debe suceder con el propietario de un perro normalmente manso o de un gato mascota. A pesar de que creemos que los daños causados por animales domésticos deben estar sujetos a responsabilidad objetiva (a diferencia de la responsabilidad subjetiva para estos casos del Derecho inglés y norteamericano), esto no signi-

394. *Supra*, Nos. 177 y 185.

fica que debe privarse a los propietarios el derecho de aducir cualquiera de las causales de exoneración contempladas en el artículo 1972, y no solamente la del hecho de tercero.

En segundo lugar, si nos colocamos en el campo del ultrarriesgo, no parece haber justificación para la exoneración de responsabilidad cuando el daño se produce por hecho determinante de tercero. Este suceso tiene las mismas características del caso fortuito; por lo que, si éste no tiene fuerza exoneratoria, tampoco la tiene el hecho de tercero[395]. Es verdad que la víctima tiene un sujeto más a quien reclamar la reparación: ese tercero; pero ello no exime al propietario de un animal salvaje de los riesgos que ha asumido por el sólo hecho de tenerlo. Normalmente, debería haberse producido una responsabilidad solidaria del dueño o de aquél que lo tiene a su cuidado y del tercero por cuya causa u obra se cometió el daño. Si una persona abre la jaula del león y éste se come a una niña, deben responder el dueño del león y quien abrió la jaula; sin perjuicio de que el dueño repita contra ese tercero causante directo por el monto que ha tenido que pagar a la víctima como indemnización (artículo 1983).

En tercer lugar, a pesar de la responsabilidad por ultrarriesgo, no vemos razón para obligar al dueño o a quien tiene el animal a su cuidado a pagar por una imprudencia o hecho determinante de la propia víctima; y con menor razón aún, cuando se trata de un animal doméstico que no representa ultrarriesgo. Sin embargo, la redacción literal del artículo 1979 parecería que excluye esta causal de exoneración. La norma se refiere sólo al hecho de un tercero. Pero un tercero no es la víctima sino una persona distinta del dueño del animal (primero) y de la víctima (segundo). Por consiguiente, si el daño se produce por un hecho determinante o imprudencia de la víctima misma, podría leerse esa norma en el sentido de que el dueño del animal o el que lo tiene a su cuidado no queda exonerado (artículo 1972) ni su responsabilidad se encuentra atenuada o disminuida (artículo 1973). Pensamos que son muy discutibles las razones para que la víctima imprudente sea indemnizada. Pero, si existen algunas, es aún menos claro que la víctima imprudente que sufre un daño causado por un animal sea reparada, mientras que no lo sea la víctima imprudente que sufre un daño causado por una cosa. Si *Marcellus* coge imprudentemente la pistola de *Cornelii* y se le escapa un tiro debido a su impruden-

395. *Vide supra*, No. 185.

cia en el manejo del arma que causa un daño a alguien, *Cornelius* no está obligado a reparar el daño, conforme lo establece el artículo 1972. Pero si *Marcellus* mete la mano por la reja de la casa de su vecino *Cornelii* para molestar al perro de éste y recibe un mordisco, *Cornelius* debe indemnizarlo porque el artículo 1979 no contempla tal excepción (la causa no está en un tercero como pide el artículo comentado, sino en la propia víctima).

263. *El propietario del animal y el que lo tiene a su cuidado.*Un punto igualmente complicado del artículo que comentamos es el de la determinación de la persona del responsable, particularmente en su concordancia con el artículo 1970.

La regla dice que el dueño del animal "o" aquel que lo tiene a su cuidado, debe reparar el daño. la conjunción "o" tiene carácter disyuntivo y denota alternativa: o el dueño o el que lo tiene a su cuidado, pero no los dos a la vez. Esta interpretación se encuentra reforzada por el uso del verbo en singular: "debe" reparar (uno u otro) y no "deben" reparar (ambos). Esto significa que si el animal está bajo el cuidado de un tercero responde tal tercero. Esta es la interpretación dada por la doctrina francesa al artículo 1385 del *Code Napoleón* que presenta también un texto alternativo[396].

Pero podría decirse que en castellano la conjunción "o" no tiene tan marcado efecto disyuntivo y que, cuando menos en el lenguaje coloquial, puede también ser entendida como "uno u otro, indistintamente". En este caso, respondería tanto el dueño del animal como el que lo tiene bajo su cuidado, cualquiera de ellos (lo que equivale a que ambos son responsables). Esta interpretación lingüística se vería refrendada por un argumento de carácter lógico. Si la idea era que respondiera disyuntivamente ya sea el propietario, ya sea el que tiene el animal bajo su cuidado si es un tercero, entonces hubiera podido decirse que quien responde es simplemente quien lo tiene bajo su cuidado (ya que el propietario sólo respondería cuando el animal está bajo su cuidado). Pero como se ha insistido en añadir "el dueño del animal", se está introduciendo otro orden de cosas: el puro hecho de ser dueño. Así, el propietario responde si es guardador,

396. Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.*, T. II, No. 1081, p. 148.

en base a la segunda parte de la regla: "aquél que lo tiene a su cuidado". Pero en todos los casos, independientemente de que lo tenga a su cuidado, responde también como dueño.

Como puede apreciarse, esta última interpretación tiene un fundamento gramatical, explica mejor desde un punto de vista lógico los diferentes elementos de la regla y concuerda más sistemáticamente con la interpretación del artículo 1970. Ahora bien, si aceptamos esta interpretación que atribuye responsabilidad al propietario del animal en tanto que tal, resulta evidente que éste podría repetir contra quien lo tiene a su cuidado, amparándose en la regla general de responsabilidad del artículo 1969: si aquél que lo tenía a su cuidado cometió una falta *in custodiendo*, el dueño del animal podrá exigirle que le reembolse lo que tuvo que pagar a la víctima por su culpa.

264. *¿Quién lo tiene a su cuidado?* Un último problema que surge a este respecto es el de determinar quién es "aquél que lo tiene a su cuidado".

El *Code Napoleón* utiliza una expresión distinta: habla de quien "se sirve" del animal. Los hermanos MAZEAUD opinaron que esta expresión correspondía a quien tiene un poder jurídico sobre el animal, al guarda de derecho. Sin embargo, la jurisprudencia atenuó algo este sentido riguroso de "servirse" de algo y consideró que el ladrón era responsable porque se servía del animal robado, aunque ciertamente no fuera un guardador *ex iure*[397]. La doctrina italiana comenta el artículo 2052 —que es el equivalente en el Código Civil Italiano— afirmando que basta cualquier poder sobre el animal para considerar que se es la persona que lo tiene a su cargo[398]. En nuestra opinión, el Código Civil Peruano no supone la previa constitución de guardador para que se adquiera la responsabilidad. Toda persona que detenta *lato sensu* un animal, tiene la obligación implícita de cuidar de él porque es un bien peligroso. Por consiguiente, el mero detentador de un animal está comprendido en la expresión "aquél que lo tiene a su cuidado" y responde por los daños que tal animal cause.

---

397. Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.*, T. II, No. 1087, p. 152.

398. Adriano de CUPIS: *Dei fatti illeciti. Art. 2043-2059*. 2a. ed. Nicola Zanichelli Editore (Bologna) y Soc. Editrice del Foro Romano (Roma), 1971, pp. 87-9.

265. *La carga de la prueba.* Cabe señalar que, aun cuando la aplicación de este artículo no requiere probar la existencia de culpa en el dueño o en aquél que lo tenía a su cuidado (porque se trata de responsabilidad objetiva), eso no significa que el hecho de ser dueño o detentador tampoco requiera probarse: tales hechos no se presumen, ni tampoco se invierte la carga de la prueba respecto de ellos; la víctima-demandante debe acreditar tanto el hecho del daño causado por un determinado animal como el hecho de que el demandado es el dueño o la persona a cuyo cuidado -*lato sensu*- se encontraba el animal que causó el daño.

Sección II: De las cosas inanimadas

266. *Las cosas inanimadas.* ¿Cuáles son las cosas inanimadas que han sido motivo de una preocupación especial, al punto de otorgarles un tratamiento también especial, ya sea legislativo, ya sea doctrinario?

No todas las cosas han merecido tal tratamiento especial, sino exclusivamente algunas que, por razones tradicionales o por razones modernas, han llamado particularmente la atención del jurista. Entre las primeras, se encuentran los edificios y los daños que ocasione su eventual caída; entre las segundas, se encuentran las cosas peligrosas.

Estudiaremos separadamente estas dos hipótesis, debido a que tienen un fundamento legal distinto dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Sub-Sección I: De la caída de los edificios

> Artículo 1980.- *El dueño de un edificio es responsable del daño que origine su caída, si ésta ha provenido por* (sic) *falta de conservación o de construcción.*

267. *Comparación con el texto del Código de 1936.* Este artículo reproduce exactamente el antiguo artículo 1146 del Código Civil de 1936, salvo en una preposición: ha cambiado la expresión "ha provenido de" por la de "ha provenido por"; innovación que no es precisamente un acierto gramatical.

Este cambio tuvo lugar en el seno de la Comisión Revisora, pues la propuesta del Dr. LEON BARANDIARAN conservaba todavía la preposición "de".

268. *Noción de edificio.* Dado que el supuesto de la norma se refiere a la caída de un edificio, debemos en primer lugar examinar en lo que consiste esta "cosa" que es preocupación del legislador.

Según el diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, edificio es una "obra o fábrica construida para habitación o para usos análogos; como casa, templo, teatro, etc.". La dificultad estriba en determinar el criterio en base al cual se considera que tienen fines análogos las casas, los templos, los teatros y otras construcciones; lo que no es de ninguna manera evidente.

Para algunos, el elemento determinante que convierte en análogos todos estos casos consiste en que se trata de obras adheridas al suelo, que se levantan sobre su superficie de manera estable. Sin embargo, una construcción subterránea ¿no estaría comprendida en los alcances de esta regla? No vemos razón para no estarlo: ni de carácter semántico ni de carácter lógico. Una construcción subterránea es una "obra o fábrica", es decir, es el resultado del trabajo del hombre y se usa para depósito o para la industria o, en fin, para usos análogos a los de una construcción superficial. De otro lado, si existe alguna razón válida para atribuirle responsabilidad al propietario de un edificio, ¿por qué el propietario de una construcción superficial sería responsable y en cambio el propietario de una construcción subterránea no lo sería? Parecería que donde existe igual razón, debe existir igual derecho. Por consiguiente, la víctima de un desplome de una galería subterránea tiene tanto derecho para reclamar al propietario como la víctima del desplome de una pared superficial. La distinción entre ambos casos podría llevar al absurdo de sostener que en un accidente que provoque la caída de un edificio superficial y además el derrumbamiento de los sótanos del mismo edificio debido a que ambos —pisos superiores y sótanos— habían sido mal construidos, las víctimas que estaban sobre tierra pueden reclamar al propietario mientras que las que estaban en los sótanos ya no pueden hacerlo.

En realidad, el concepto de "edificio" debe entenderse en sentido amplio, incluyendo todo tipo de construcciones hechas por el hombre. Esto significa que los accidentes por derrumbe de minas estarían también

comprendidos en el artículo 1980; lo que es importante para el carácter de responsabilidad objetiva que tiene esta norma, como lo veremos más adelante.

La duda se presenta nuevamente cuando, en vez de pensar en una mina constituida por galerías que implican la existencia de muros, vigas, columnas y otras estructuras de contención, nos preguntamos si una explotación minera a tajo abierto es también un edificio. Ahí estamos frente a una mera oquedad; es el suelo que ha sido horadado por terrazas, sin que se haya levantado edificación alguna. Hay quien ha sostenido que "edificio" implica un lugar donde se entra, un espacio cerrado. Sin embargo, somos de opinión que en una cantera también existe obra o fábrica humana, aunque no tenga techo; y que, por tanto, si se derrumba una de sus terrazas y hiere a un visitante, la empresa propietaria responde conforme al artículo 1980. De la misma manera que si se caen las tribunas de un estadio deportivo, el propietario sería responsable conforme a este mismo artículo.

269. *La caída.* Ahora bien, la norma habla de la *caída* de un edificio. Ningún otro tipo de daño está incluido: los daños ocasionados por incendio, debido a vicio de construcción (como deficiencias de la instalación eléctrica que provocan un corto circuito) por ejemplo, no son reclamables sobre la base de este artículo. En realidad, los juristas civilistas han seguido repitiendo la preocupación ya imaginada por los romanos a través de la *cautione damni infecti* y expresada directamente por DOMAT en el S. XVII, cuando los edificios carecían de instalaciones. Lamentablemente, los civilistas contemporáneos no han tenido todavía tiempo de reflexionar sobre las repercusiones jurídicas de algunos inventos realizados desde esa época hasta nuestros días, que forman parte actualmente de nuestros edificios modernos y que pueden generar otros peligros que no consisten precisamente en la caída de lo construido: el descubrimiento de la energía eléctrica con la consiguiente posibilidad de fallas peligrosas en la instalación doméstica o industrial, los ascensores con su secuela de desperfectos, las instalaciones de calefacción a base de gas con sus posibilidades de intoxicación, etc. Evidentemente, podemos pensar que no es necesario una regla especial para esos casos, debido a que pueden ser tratados con los artículos 1969 o 1970; pero este argumento se vuelve contra sí mismo, porque nos hace dudar también de la necesidad de que exista una regla expresa sobre la caída de los edificios.

Pero la caída del edificio no supone una catástrofe total, el derrumbe absoluto de la construcción. La doctrina comprende también dentro de este término las caídas parciales, es decir, la caída de parte del edificio. Es así como se incluyen en esta responsabilidad los daños derivados de la caída de una cornisa y, en general, de todo aquello que constituye parte integrante o accesoria del edificio. Incluso la caída de objetos muebles puede ser considerada como caída del edificio cuando éstos están permanentemente afectados a la construcción por razones económicas u ornamentales (estatuas, etc.). Esto significa que, cuando menos, la caída del ascensor podría estar incursa en el supuesto de hecho del artículo 1980.

270. *El motivo de la caída.* Debe tenerse en cuenta que la caída —total o parcial— tiene que obedecer a falta de conservación o a vicio de construcción. En cualquier otra hipótesis escaparíamos al alcance de esta norma y la víctima tendría que intentar su demanda amparándose en el principio general de responsabilidad por culpa (art. 1969) o por riesgo (art. 1970).

Por consiguiente, si un vidrio se rompe en el octavo piso debido a que fue mal colocado y el pedazo cae a la calle y degüella a un transeúnte, el propietario responde conforme al artículo 1980. En cambio, si el mismo accidente se produce porque dos personas se peleaban en el octavo piso y durante el forcejeo una rompe el vidrio de la ventana, el propietario no será perseguible; pero la víctima puede accionar contra las personas cuyo forcejeo provocó la ruptura de vidrio, aduciendo culpa de ellos y amparándose en el artículo 1969.

Claro está que la construcción cuyo vicio se denuncia no es necesariamente sólo la inicial, sino que también se considera como tal a las instalaciones y refacciones posteriores. Es por ello que, en el ejemplo propuesto del vidrio mal colocado, no se trata entonces sólo de la colocación primera, cuando se construyó el íntegro del edificio: la sustitución de un vidrio es también una construcción (o reconstrucción) de parte del edificio y entra dentro del supuesto de hecho de la norma comentada.

271. *Propietario inicial y propietarios sucesores.* El vicio de construcción persigue no solamente al propietario que ordenó construir el inmueble sino a todos los propietarios futuros. En otras palabras, la víctima acciona contra el propietario actual, aun cuando éste no sea quien construyó el inmueble. Este propietario actual responde a pesar de que

compró de buena fe el inmueble construido y no tenía conocimiento del vicio de construcción.

272. *Responsabilidad del constructor.* El artículo 1784 establece que si el edificio cae total o parcialmente dentro de los cinco años de construido, el contratista responde ante quien le encargó la construcción y sus herederos (los sucesivos propietarios posteriores).

Cabe entonces preguntarse si el propietario que ha sido obligado a pagar a un tercero por un daño causado por la caída del edificio por vicio de construcción dentro de los cinco años de construido, puede repetir contra el contratista.

En nuestra opinión, no cabe duda alguna. En virtud de la responsabilidad contractual, el contratista queda obligado no sólo por los daños que sufra la obra misma sino por todo lo que le cause desmedro al propietario a raíz del vicio de construcción, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 1321 que lo responsabiliza por el daño emergente y por el lucro cesante; y entre lo que puede considerarse desmedro resultante del vicio de construcción, se encuentran las indemnizaciones pagadas a terceros por daños provocados por tal vicio.

Es interesante destacar que la víctima podría también demandar directamente al constructor. Ciertamente, tal demanda no podría estar fundada en el artículo 1784: no ha habido relación contractual entre el constructor y la víctima. Pero la demanda podría ampararse en el artículo 1969; y quizá incluso en el artículo 1970, en razón de un "riesgo de empresa" de la actividad de construcción. De esta manera, tanto el propietario como el constructor serían responsables solidariamente frente a la víctima (artículo 1983).

En el caso de la responsabilidad del constructor frente a los propietarios subsiguientes y a la víctima (responsabilidad extracontractual), podría suscitarse alguna duda en cuanto a la fecha desde la cual empieza a correr la prescripción de dos años para reclamar al constructor la indemnización por daños y perjuicios: el vicio de construcción fue cometido posiblemente mucho tiempo antes —quizá más de dos años atrás— de que cause un resultado dañino. ¿Debemos contar, entonces, el plazo a partir del acto del constructor que crea la posibilidad del daño (punto de vista del causante) o a partir de la caída del edificio que materializa el

daño (punto de vista de la víctima)? Consideramos que el segundo es el correcto en razón de que el artículo 1993 dispone que comienza a correr la prescripción desde el día en que puede ejercitarse la acción; y es obvio que la víctima sólo puede demandar desde que es víctima, es decir, desde que tuvo lugar la caída total o parcial del edificio que le produjo el daño y no desde el día en que se construyó defectuosamente el edificio.

273. *El principio de responsabilidad del propietario.* ¿Cuál es, entonces, el principio de responsabilidad que afecta al propietario en el artículo 1980? ¿Estamos ante un caso de culpa o de responsabilidad objetiva?

La falta de conservación se asemeja a la culpa del propietario. Sin embargo, en nuestra opinión, estamos frente a un hecho objetivo y no frente a una actitud subjetiva del propietario; al punto que la prueba de ausencia de culpa no libera al propietario.Esta era también la opinión de Manuel Augusto OLAECHEA cuando redactó el artículo 1146 del antiguo Código, como lo hemos visto anteriormente en una cita de uno de sus trabajos sobre el tema[399]. Entre los autores peruanos recientes, José LEON BARANDIARAN, quien propuso que se mantuviera en el Código de 1984 la misma regla que la existente en el Código de 1936, afirma categóricamente: "El artículo 1146 [hoy artículo 1980] establece una responsabilidad por riesgo... Es una responsabilidad sin culpa, en el sentido de que no precisa acreditar ésta última"[400].

Este carácter objetivo es patente cuando se examina el caso de los inmuebles alquilados, dados en usufructos o simplemente usurpados por un tercero sin título legal. Respecto de los inmuebles dados en arrendamiento, podría decirse que el deber de conservación reposa en el propietario, en razón de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 1680 del Código Civil; pero no debe olvidarse que cabe pacto en contrario y que, a pesar de ello, el propietario sigue siendo responsable ante la víctima. En el caso del usufructo, la situación es más clara porque el artículo 1013 obliga al usufructuario a realizar las reparaciones ordinarias e incluso las extraordinarias si se requieren por su culpa (falta de conservación); sin embargo, el artículo 1980 no permite a ese propietario —que contractual–

399. *Supra*, No. 258, n. 392.

400. José LEON BARANDIARAN: *Comentarios al Código Civil Peruano.* (Derecho de Obligaciones). T. I. *Acto Jurídico.* 2a. ed. Ediar S.A. Buenos Aires, 1954, p. 465.

mente no tiene obligación de conservación— liberarse de responsabilidad frente a la víctima. Y lo mismo se aplica a los derechos de uso y habitación (art. 1026). La objetividad es aun más clara cuando el propietario ha sido desposeído de su inmueble por un tercero (invasor, precario, etc.); y, sin embargo, sigue siendo responsable por los daños que ocasione su caída por vicios de construcción o de mantenimiento.

Como puede advertirse del texto de la norma, a diferencia de lo que sucede en el artículo 1979 con relación a los daños causados por animales, en este caso no se hace mención del tercero no propietario que pudiera tener a su cuidado el edificio: la responsabilidad que establece el artículo 1980 es la del propietario por el hecho de ser tal.

Por consiguiente, no interesa el control efectivo —base de la culpa— que pudiera haber tenido el propietario sobre la conservación: basta el hecho objetivo de que la falta de conservación se haya producido —cualquiera que sea el culpable— para que el propietario deba pagar por los daños causados. Puede ser que el inquilino no haya advertido al propietario de la necesidad de efectuar una reparación necesaria: el propietario responde de todas maneras, aun cuando no tenía técnicamente culpa de la situación. Esta institución jurídica puede ser considerada justa o injusta, razonable o no razonable, conveniente o no conveniente, según los puntos de vista; pero es así como la ha concebido el legislador peruano.

Ello no obsta para que el propietario pueda repetir contra el culpable, ya sea mediante una acción contractual (si, por ejemplo, se pactó con el inquilino que a éste le correspondían las reparaciones necesarias del inmueble y los riesgos derivados de ella o, aun no existiendo tal pacto, si simplemente no avisó en tiempo oportuno al propietario sobre la necesidad de una reparación), ya sea basándose en el artículo 1969.

274. *La doctrina de la culpa.* No todos los autores están de acuerdo en la interpretación objetivista que hemos reseñado.

Según los hermanos MAZEAUD, tanto en el caso del vicio de construcción como en la falta de conservación hay una culpa de alguien: se trata de un vicio o una falta. Por consiguiente, estamos ante una responsabilidad por culpa. Es verdad que esta culpa puede no estar en el propietario actual, ya sea porque no construyó el edificio (en el caso del vicio de construcción), ya sea porque la conservación del inmueble no

está a su cargo debido a que lo ha arrendado con obligación del arrendatario de realizar las mejoras necesarias o debido a que lo ha dado en usufructo o incluso a que le ha sido usurpado por un tercero. Pero la ley ha querido facilitar a las víctimas la posibilidad de resarcirse del daño y ha sustituido al responsable original (propietario que construyó el inmueble, inquilino, usufructuario, etc.) por el actual propietario. Así, éste resulta una suerte de garante frente a la víctima (ya que incluso puede repetir contra el verdadero culpable)[401].

En realidad, esta explicación es absolutamente insatisfactoria. De un lado, no se comprende la razón por la cual, para facilitar a la víctima su reparación, deba golpearse económicamente con el daño a otra persona sin un fundamento para transferirle la carga de la adversidad. La simple facilidad de cobro de la víctima no es una razón suficiente: si lo fuera, podríamos aplicar el mismo razonamiento a todos los casos de daños y hacer siempre responsables de ellos a las diez personas más ricas del país ya que de esta forma las víctimas tendrían más facilidad para cobrar. Además, ¿por qué se requiere un garante en los casos de caída de edificios y no en los daños por ahogamiento en las piscinas públicas? Y, por último, aun tratándose de la caída de un edificio, ¿por qué se toma al propietario como garante sólo en los casos de vicio de construcción y falta de conservación y no en los casos de incendio?

Last but not least, ¿cómo es que el sujeto culpable puede ser sustituido, dentro de la aplicación de la teoría subjetivista? Lo que resulta claro es que hay uno que es culpable y otro que no lo es. Y si es responsabilizado quien no tiene culpa, no puede decirse que se está aplicando una responsabilidad subjetiva sólo porque hay otro —no necesariamente el propietario— que sí la tiene: la culpa de ese otro (el que se encargó de la construcción del edificio o quien lo tiene a su cuidado y no lo mantiene adecuadamente) no es tomada en cuenta por este artículo, ya que no le atribuye consecuencia jurídica alguna; por consiguiente, no es en la culpa que se basa esta norma.

275. *La carga de la prueba*. Notemos que, para la aplicación del artículo 1980, la víctima tiene que probar la falta de conservación o el vicio de construcción.

---

401. *Vid.* Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.*, T. II, No. 1067, p. 50.

Como no se trata de un problema de culpabilidad sino de causalidad (hay que probar que la causa de la caída fue el vicio de construcción o la falta de conservación), no se aplica la última parte del artículo 1969: esa norma solamente invierte la probanza de la *culpa*; y aquí lo que se tiene que demostrar es un *hecho* (falta de conservación o vicio de construcción). Por consiguiente, tal prueba corre, en forma normal, por cuenta de quien aduce el hecho.

Don Manuel Bonifaz era propietario de un inmueble situado entre las calles de Mantequería de Boza y Divorciadas en el Centro de Lima. Ese local estaba ocupado por varios inquilinos. Uno de ellos era don Benigno Fernández, propietario del establecimiento de venta de camisas denominado Almacenes Safer. Otros inquilinos era don Atilio Guidi, don Máximo Tapia Meneses, don Wu Chi Chong, R.P. Bajtner y M.P. Engelhard y la Compañía Importadora y Exportadora Universal S.A. En la madrugada del 12 de julio de 1946, se derrumbó la finca, produciéndose graves daños materiales. Consecuentemente, los inquilinos demandan al propietario para que les pague los perjuicios correspondientes. Don Manuel Bonifaz se defiende aduciendo que el culpable del derrumbe fue el inquilino Benigno Fernández pues, con el objeto de ampliar su almacén, retiró una pared o tabique que separaba las dos tiendas que ocupaba, lo que comprometió la solidez y estabilidad del edificio.

La Corte Suprema, en Resolución de 11 de julio de 1951, rechazó la argumentación del propietario porque los peritos judiciales habían establecido que ese tabique no hacía ningún trabajo de soporte y que su eliminación no tenía consecuencias. Sin embargo, declara infundadas todas las demandas acumuladas porque ninguna de las víctimas había probado ni vicio de construcción ni defecto de conservación[402].

Pero esto nos lleva a la conclusión de que, aparentemente, la víctima no está en mejor situación con el artículo 1980 que con el artículo 1969, donde hay inversión de la carga de la prueba y, si demanda por este camino, sólo tiene que acreditar el daño sufrido. En otras legislaciones, existe también inversión de la carga de la prueba en el caso que comentamos. Así, por ejemplo el artículo 2053 del Código Civil Italiano

---

402. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 90, Julio de 1951, pp. 780-783.

dispone que "El propietario de un edificio o de otras construcciones es responsable del daño causado por su caída, salvo que pruebe que ésta no se debió a defecto de mantenimiento o a vicio de construcción". Nuestro Código no ha contemplado tal inversión de la prueba para los efectos de utilizar el camino del artículo 1980.

¿Cuál es, entonces, la ventaja de invocar el artículo 1980? Pues solamente la posibilidad de perseguir, en búsqueda de una indemnización, a quien no tiene necesariamente culpa: el actual propietario. En realidad, el culpable —sea éste el primer propietario, el constructor o el actual inquilino o poseedor, según los casos— puede siempre ser demandado sobre la base del artículo 1969. Pero el artículo 1980 sería ocioso si sólo estuviera dirigido contra el propietario *culpable*; ocioso e ineficaz, ya que la víctima se encontraría mejor protegida por el artículo 1969. En realidad, el artículo 1980 sólo tiene justificación en cuanto otorga derechos contra aquel propietario que no es culpable, pero es propietario.

276. *El fundamento de la responsabilidad objetiva del propietario.* En nuestra opinión, atendiendo a todo lo expuesto en los parágrafos precedentes, estamos claramente ante un caso de responsabilidad objetiva: el propietario responde no porque sea culpable sino porque es propietario.

El problema estriba en encontrar el fundamento de esta responsabilidad objetiva: si no hay culpa ni una incongruente situación de culpables y si tampoco aceptamos que la facilidad o la riqueza personal (*deep pocket*) sea una justificación para cargarle el peso económico de un daño a nadie, ¿por qué ese propietario es responsable?

Una tesis posible consiste en sostener que el propietario se beneficia con su propiedad y consecuentemente debe asumir los riesgos que ella genere (teoría del riesgo). OLAECHEA y LEON BARANDIARAN fundamentan esta responsabilidad en la idea del riesgo, como antes se ha visto[403]. Sin embargo, esta fundamentación no es convincente: también el inquilino se beneficia con el edificio. Aún más; podríamos encontrar situaciones en que, dada la antigüedad de los arrendamientos, entre otras razones, el inquilino se beneficia más que el propietario. Es posible que

403. *Supra*, No. 273.

el propietario perciba una renta modesta; en cambio, el inquilino puede ser una poderosa empresa industrial que obtiene magníficas utilidades y que paga una merced conductiva muy baja.

Otra justificación posible —esta vez dentro de la teoría de la difusión del riesgo—puede ser la de que usualmente el propietario es quien está en mejores condiciones de asegurar los daños derivados de su propiedad. Sin embargo, es posible también que en algunos casos sea el inquilino quien mejor pueda contratar seguros por riesgos derivados de la utilización y conservación de un edificio.

Por consiguiente, esta norma clásica merece un estudio más detenido. Su racionalidad dista mucho de ser evidente. Es probable que la idea que la inspira sea válida en términos generales, tanto si la justificamos por la teoría del riesgo como por la de la difusión social de los daños. Pero parecería que se requiere un afinamiento de tal idea general al fin de que pueda funcionar más ceñidamente a los casos variados y a veces paradójicos que presenta la realidad.

277. *La política de erradicación del riesgo.* Una de las formas como podría intentar encontrarse una justificación a la responsabilidad del propietario consistiría en apoyarse en el objetivo de la responsabilidad extracontractual que apunta a la erradicación de ciertas conductas dañinas.

Es así como se ha dicho que, para evitar que los propietarios construyan o encarguen la construcción de edificios en los que por razones de economía se coloquen materiales de baja calidad que hagan riesgosa su estabilidad, es conveniente cargarlos con todo el peso de la responsabilidad por los daños que se deriven de ello: de esa manera caerán menos en la tentación de hacer negocios a costa de la seguridad de sus futuros compradores o inquilinos.

Pero esta argumentación no es consistente. Para analizarla, es preciso referirse a los tipos de medidas posibles de erradicación de conductas dañinas y su aplicación en la situación estudiada.

Como señala CALABRESI, a quien seguiremos en buena parte de este análisis[404], la responsabilidad extracontractual tiene una función ge-

404. *Vid.* Guido CALABRESI: *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis.* Yale University Press. New Haven and London, 1970, *passim.*

neral de desaliento de las conductas dañinas (*general deterrence*). En este sentido, cada actividad dañina tiene un costo para su autor en términos de las responsabilidades que origina. Así, aplicando un razonamiento puramente de mercado, cada individuo decidirá su conducta sabiendo los costos que de ella se derivarán; y, normalmente, no emprenderá actividades generadoras de daño si tiene que asumir los efectos económicos de ese daño. Sin embargo, éste no es el único método de erradicar las conductas dañinas: existe también la reglamentación específica (*specific deterrence*) que, basándose ya no en una aproximación de cálculo individual o de mercado sino en una aproximación colectiva o política, decide prohibir ciertas conductas o subordinarlas a un control previo a fin de que no causen daño.

Hay varias diferencias fundamentales entre una y otra aproximación. Aquélla que se basa en el mercado y en el cálculo individual sólo aplica la sanción legal una vez que el daño se ha producido; se trata de una medida *ex post* (aun cuando se supone que el *homo oeconomicus* la anticipa mentalmente, al realizar su propio cálculo de costo/beneficio). En cambio, aquélla que se basa en una decisión colectiva trata de prevenir directa y específicamente el daño mediante una reglamentación (prohibición de conducir a más de 60 km. por hora en la ciudad, sometimiento de los planos de construcción al examen por los ingenieros del Municipio y necesidad de "licencia de construcción" previa a la iniciación de la obra, obligatoriedad de proporcionar cascos a quienes ingresen a una obra en construcción, etc.); se trata de medidas *ex ante*. Dentro de la terminología jurídica norteamericana actual se habla de *outcome regulations* (que sancionan los efectos) y de *upfront regulations* (que previenen las causas). Por otra parte, los instrumentos jurídicos pueden ser diferentes: el *outcome control* utiliza la responsabilidad extracontractual para reparar los daños ocurridos a causa de la conducta nociva; el *upfront control* usa el Derecho Administrativo para establecer reglamentaciones orientadas a disminuir los riesgos y eliminar las conductas nocivas.

Los partidarios de las *outcome regulations* sostienen que presentan varias ventajas sociales. De un lado, reducen la posibilidad de obstáculos burocráticos debido a que no someten a quien va a ejecutar una actividad a tediosos trámites y licencias previas sino que prefieren esperar para ver la actuación efectiva de la persona:si y sólo si actúa de manera socialmente inconveniente, se le aplicará una sanción y se le obligará a pagar

los costos derivados de su acción. Por otra parte, se sostiene también que este control *a posteriore* permite que el razonamiento de mercado se desarrolle más eficaz y libremente: se presupone que cada uno sabe mejor que nadie lo que le conviene y, habiendo internalizado u obligado a contabilizar los costos de los posibles accidentes como cualquier otro costo, se supone que será el mercado libre o el sistema de precios que decidirá las opciones de acción. Todo ello nos llevaría, en la práctica, a la propuesta de sustituir una buena parte del Derecho Administrativo por la responsabilidad extracontractual.

Pero CALABRESI muestra también cómo la responsabilidad extracontractual a través de la llamada *general deterrence* no es un medio exclusivo y excluyente de control de las conductas dañinas; la *specific deterrence* a través de una reglamentación que es resultado de una opción política, resulta indispensable en muchos casos. Las razones para ello son múltiples. En primer lugar, los mecanismos de mercado para la erradicación de las conductas dañinas suponen que cada individuo sabe mejor que nadie lo que es mejor para sí mismo. Pero esto no es totalmente exacto (y menos aún en un país poco desarrollado). Los individuos pueden menospreciar los daños que resultarán de su acción o la indemnización que serán obligados a pagar; con lo que arriesgarán más de lo que hubieran hecho si tuvieran la posibilidad de establecer un juicio más sereno y mejor informado. Es así como muchos propietarios pueden pensar que es una exageración colocar tanto fierro en una construcción y opten por reducir el número o el grueso de las varillas dentro del concreto, creando una situación de riesgo sin darse plena cuenta de ello. Por otra parte, los accidentes involucran costos no monetarios que escapan al cálculo utilitario: la pérdida de vidas o el dolor físico o el sufrimiento de las víctimas de una caída de edificio no pueden ser evaluados en dinero (más adelante manifestaremos nuestra opinión sobre el llamado "daño moral"). Por consiguiente, estos "costos" no pueden ser erradicados por la vía *ex post* de la responsabilidad extracontractual.

Esta consideración nos lleva a otra muy importante: hay ciertos daños que, por razones de orden ético, no deben producirse cualquiera que sea su costo. En estos casos, el respeto de ciertos valores del individuo no es dejado al criterio del análisis de costo/beneficio de los demás individuos: simplemente, la sociedad no quiere que esos bienes o valores sean afectados aun cuando el infractor esté dispuesto a pagar por los daños que cause. Por último, desde un punto de vista social, no cabe duda

de que es mucho menos costoso y más eficiente exigir mediante sanciones administrativas que ciertas precauciones sean adoptadas para evitar daños, que confiar en que las cosas recuperen su equilibrio gracias a la posibilidad de que un sinnúmero de víctimas inicie un sinnúmero de acciones judiciales contra un sinnúmero de causantes de daño.

Por todas estas razones, pensamos que las medidas reglamentarias en materia de construcción (condiciones de seguridad, licencia previa, etc.) no deben ser suprimidas a cambio de un reforzamiento de los remedios propios de la responsabilidad extracontractual. Un mundo absolutamente regulado por el mercado es tan imposible como un mundo absolutamente regulado por disposiciones administrativas. Ambos tipos de control de la actividad privada deben subsistir paralelamente, correspondiéndole a cada uno su propio cambio de eficacia. Pero no cabe duda de que el papel de la responsabilidad extracontractual es esencialmente intersticial y terapéutico: sólo actúa en las situaciones que se evadieron a la reglamentación administrativa (o a la aplicación de ella) y como un remedio que repara a la víctima pero no elimina los sufrimientos de la enfermedad. En cambio, las *upfront regulations* equivalen a la medicina preventiva del daño.

Ahora bien, ¿qué papel juega el artículo que estamos comentando dentro de este contexto? ¿Podemos pensar seriamente que por el hecho de cargar al propietario actual con el peso económico del daño erradicaremos las causas del daño?

Dentro del marco expuesto, parecería que la eficacia del artículo 1980 es muy limitada. Cuando se trata de vicio de construcción, el que hizo construir el inmueble responde por las economías mal entendidas que hizo en su construcción, sobre la base del artículo 1969; por consiguiente, respecto de ese propietario original, el artículo 1980 no agrega nada. Es más bien el actual propietario —aquél que no construyó el inmueble sino que lo adquirió posteriormente— que resulta afectado; pero este propietario actual puede no haber tenido nada que ver con la construcción. Todavía podría decirse que lo que se espera es que el propietario original sea alentado a construir bien por el hecho de que, si no lo hace, difícilmente encontrará comprador ya que el nuevo propietario "compraría" también la responsabilidad correspondiente. El argumento es sofisticado y no existe evidencia empírica alguna de que funcione, menos aún en nuestro medio.

De otro lado, cuando se trata de falta de conservación, si el propietario ocupa personalmente el inmueble sería responsable también en base al artículo 1969; en este caso, el artículo 1980 tampoco agregaría nada nuevo respecto de él. Este artículo tiene más bien aplicación contra aquel propietario que no es directamente responsable de la falta de conservación —que no es "culpable"— porque ha entregado el inmueble a un tercero en razón de cualquier título legal o ha sido desposeído del inmueble por un tercero ilegalmente. En el primer caso, no parece muy probable que los propietarios escojan a sus futuros inquilinos, usufructuarios, etc. por la seguridad de que puedan tener respecto de la manera como conservarán el inmueble. Esta será indudablemente una consideración que tomarán en cuenta, incluso por razones de los daños a su propiedad, independientemente de los daños a terceros. Pero no parece que el artículo 1980 fuera a darles un mayor celo en ese sentido. Y si se trata de un poseedor no querido por el propietario (invasor, precario, etc.), la amenaza del artículo 1980 no tiene eficacia alguna.

278. *El hecho de la víctima.* El artículo que comentamos no se pone en el caso del daño producido por hecho determinante o contribuyente de la víctima, por hecho determinante de tercero o por caso fortuito.

En principio, dado que se trata de una responsabilidad objetiva y que el Código de 1984 funda esta responsabilidad en el riesgo, creemos que son aplicables los artículos 1972 y 1973; aun cuando las modalidades de esta responsabilidad peculiar obligan a ciertas limitaciones. En esta forma, si el daño se produjo por hecho (imprudencia en sentido causal) de la propia víctima, el propietario resultaría exonerado de responsabilidad. Así, si el inquilino perforó una pared para hacer una puerta donde no debía y debilitó la estructura de la construcción, no puede reclamar al propietario que le pague los daños que a ese mismo inquilino le cause la caída de parte de la edificación. La tesis contraria sería absurda porque, si aceptamos con la doctrina francesa que el propietario es una suerte de garante que puede repetir contra el verdadero culpable, resultaría que ese propietario le paga al inquilino una indemnización en tanto que víctima y luego le reclama el mismo importe en tanto que culpable.

Existe jurisprudencia que admite la liberación del propietario si demuestra hecho determinante de la víctima.

Don Juan Menacho era propietario de un inmueble situado en la avenida Abancay de la ciudad de Lima. Dicho señor arrendó la parte baja

a don Guillermo Quiroz para que se instalara una imprenta y la parte alta a otros inquilinos. El impresor Quiroz introdujo una maquinaria al inmueble de una potencia superior a la que el local podría soportar; y además, la instaló indebidamente, sin las condiciones de cimentación necesarias. Esto ocasionó trepidaciones que hacían vibrar el inmueble, lo que afectó su estabilidad y desarticuló las instalaciones de agua y desagüe del predio. Ante la protesta de los demás inquilinos, se procedió a una inspección ocular municipal en la que se estableció que el inmueble amenazaba ruina y que era necesario de inmediato retirar esa maquinaria y proceder a efectuar reparaciones importantes. El propietario requirió al señor Quiroz para que devolviera el inmueble, pero éste se negó. Como consecuencia de ello, el inmueble se derrumbó causando daños a la propia imprenta de Quiroz.

En estas circunstancias, don Guillermo Quiroz demandó a don Juan Francisco Menacho para que le pagara los daños y perjuicios sufridos, aduciendo la responsabilidad legal del propietario. La Corte Suprema, por Resolución de 16 de julio de 1958, contra la opinión del Fiscal GARCIA ARRESE, declara infundada tal demanda porque el demandante "no había cuidado de instalar debidamente la maquinaria de imprenta, de modo que su funcionamiento fue causa determinante de la inestabilidad de la finca y del derrumbe consiguiente, y que por último en convencimiento del estado de ruina del inmueble y apremiado por el propietario para que procediera a desocuparlo, persiste en permanecer en él con plena consciencia del riesgo que corría, no puede dejar de someterse a las consecuencias de sus propios actos"[405].

La aplicación del caso fortuito es bastante más discutible. Es evidente que si un inmueble cae exclusivamente por causa de un terremoto, el propietario no responde: no se habría presentado condición de falta de conservación o de vicio de construcción que es esencial en la norma. Pero si el inmueble cae con ocasión de un terremoto porque existía un defecto de construcción al punto que no habría caído con ese terremoto si hubiese sido bien construido, entonces subsiste la responsabilidad del propietario.

---

405. *Revista de Jurisprudencia Peruana* No. 175, año 1958, pp. 866-868.

Finalmente, el hecho determinante de tercero no es eximente en el presente caso, si se trata de una falta de conservación. La regla es terminante en el sentido de que responde el propietario si hay falta de conservación o vicio de construcción, aun cuando estas condiciones de hecho sean resultado de un acto determinante de tercero (constructor, inquilino, poseedor, etc.), Por ejemplo, si se cae una cornisa de un edificio arrendado porque el inquilino debilitó su soporte por un uso indebido y este hecho hiere a un transeúnte, el propietario responde aun cuando el hecho determinante de falta de conservación fue el de ese tercero que es el inquilino. Igualmente, si se cae un edificio por vicio de construcción que fue un acto determinante del constructor y ajeno al propietario, es siempre el propietario quien responde. Sin perjuicio en todos estos casos de repetir y de demandar sus propios daños al inquilino o al constructor o al tercero en general, ya sea sobre la base de la responsabilidad contractual, ya sea sobre la base de los artículos 1969 o 1970, según los casos.

Claro está que el propietario no responde cuando el hecho determinante de tercero no tiene relación ni con un vicio de construcción ni con un defecto de conservación: si terroristas colocan bombas en un local comercial que provocan la caída de éste, resulta evidente que el propietario del inmueble no responde por los daños.

279. *La copropiedad.* El último aspecto que nos queda por analizar es la situación que se presenta cuando existen varios propietarios: ¿cómo se aplica este artículo si el edificio que se cae pertenece a un condominio?

En principio, de acuerdo a la primera parte del artículo 1983, todos los condóminos son responsables solidariamente. Pero, ¿cómo se distribuyen esos condóminos la responsabilidad entre sí? Si todos tienen iguales proporciones, no hay problema. Pero si las proporciones de condominio son diferentes, ¿aquél que pagó puede repetir contra los otros y pedir al juez que fije la proporción en función de sus respectivas participaciones en el condominio?

El artículo 1983 habla de una proporción de acuerdo a la gravedad de la falta. Pero aquí no hay falta, según hemos demostrado, sino responsabilidad objetiva; y en cualquier caso, aun si se considerara que hay falta del propietario, todos son igualmente propietarios y no puede hablarse de una "mayor gravedad de la falta". ¿Quiere decir esto que no siendo posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición debe hacerse por partes iguales (art. 1383, *in fine*)?

La repartición en partes iguales parece contraria a la equidad. Si uno de los condóminos tiene el 99% de las acciones y derechos y el otro solamente el 1%, no parece razonable que cada uno soporte el 50% del daño. Es verdad que no hay una solución obvia a este problema desde el punto de vista estrictamente del derecho positivo. Pero creemos que, aun cuando no exista falta ni diferencias de gravedad, debemos resolver analógicamente este caso de responsabilidad objetiva y considerar que el que tiene una mayor participación con el condominio es también "más" propietario y, por tanto, es "más" responsable.

Sub-Sección II: De las cosas peligrosas

280. *El "hecho" de las cosas.* El artículo 1970, que crea la responsabilidad objetiva por riesgo, menciona como condicionante de tal responsabilidad no solamente a las *actividades* riesgosas sino también a los *bienes* riesgosos. ¿Significa esto que el Código ha aceptado que existe una responsabilidad objetiva por el hecho de las cosas inanimadas que recae sobre los propietarios de éstas, más allá de la clásica responsabilidad del propietario por la caída del edificio? Esto implicaría que el Código de 1984 habría acogido legislativamente la llamada "responsabilidad por el hecho de las cosas" que desarrolló JOSSERAND por la vía interpretativa a partir del Código Francés.

281. *La jurisprudencia del Código Civil de 1936.* El Código anterior no contenía disposición alguna que pudiera ser interpretada en el sentido de derivar una responsabilidad de la simple propiedad de la cosa inanimada, riesgosa o no. Sin embargo, en muchas Ejecutorias se hace mención de una "responsabilidad del propietario", particularmente en lo relativo a daños con vehículos.

Ahora bien, al analizar tales resoluciones de la Corte Suprema —y el correspondiente dictamen fiscal que las fundamenta— puede advertirse que en la inmensa mayoría de los casos se trataba de un propietario que a su vez era empleador de quien conducía el vehículo. En consecuencia, a pesar de la referencia a la propiedad, lo que estaba determinando la responsabilidad, en la aplicación de un Código que no contenía ninguna norma explícita al respecto (como el artículo 1970 del actual Código), era el artículo 1144 que reglamentaba la responsabilidad vicaria del principal por los actos de su servidor. Esto quiere decir que la fundamen-

tación de la resolución sobre la base de una "responsabilidad del propietario" no era, en estos casos, sino una concesión a un tema de moda: aun cuando bastaba el artículo 1144 para fundamentar el fallo, se hacía una mención adicional al propietario con el único objeto de hablar de un tema de actualidad jurídica.

En otros casos (en menor número, pero más interesantes para nosotros), la Corte se ha visto obligada a recurrir a la "responsabilidad del propietario" porque, aun cuando pensaba que era justo que éste hiciera frente a los daños sufridos por el tercero, no existía una relación de dependencia entre ese propietario y el chofer del vehículo.

Una de esas situaciones se produce cuando entre el chofer y el propietario existe indudablemente una relación de *empresa* pero no hay un contrato de *trabajo*, porque la empresa está constituida sobre la base de una vinculación familiar. Esta es la situación en materia de reparación civil en el juicio criminal seguido contra Tiburcio Anduviri que antes hemos reseñado[406]. Los daños se producen por una omisión de Johnny Encinas Ponce, quien conducía el camión de transporte de carga y de pasajeros de propiedad de su madre, doña Leocadia viuda de Encinas. Si Johnny Encinas no hubiera sido hijo de la dueña del camión, su relación habría sido sin duda de carácter estrictamente laboral. Pero, siendo su hijo, no percibía un salario ni estaba en relación de dependencia, sino que se trataba de una empresa familiar; por consiguiente, no se cumplía estrictamente el *tatbestand* del artículo 1144. Sin embargo, la Corte obliga a pagar la indemnización a la parte fuerte de dicha empresa —la titular del activo principal— atribuyéndole responsabilidad como propietaria del vehículo.

Empero, el vehículo en sí mismo no habría sido causante de daño alguno, dado que la muerte de la víctima se produce porque el chofer del camión y su ayudante no lo socorrieron cuando se encontraba herido en razón de acto propio; de ninguna manera puede pensarse que hubo relación de causalidad entre el camión y el daño sufrido por la víctima. En realidad, la referencia a la propiedad del camión es aquí también innecesaria porque, como lo dice el propio dictamen del Fiscal VELARDE ALVAREZ, la responsabilidad de doña Leocadia de Encinas podía ser

406. *Supra*, No. 61.

establecida de manera más simple y directa sobre la base de la *culpa in eligendo*: aun cuando no existiera vínculo de dependencia, no cabe duda de que dicha señora había elegido para manejar ese camión y encargarse del transporte de pasajeros a una persona que, aunque fuera su hijo, carecía de la sensatez necesaria para desempeñar tal trabajo.

Otro caso en el que la relación familiar asoma debajo de la responsabilidad del propietario es el que se refiere al juicio seguido por don Alberto Drouard Hansen contra don Próspero Antola Ognio. Mientras conducía su motoneta, el mencionado señor Drouard fue atropellado por el automóvil de propiedad de Próspero Antola Ognio, conducido por su hijo Próspero Antola Becker. Como resultado de este accidente, la víctima quedó con lesiones cerebrales gravísimas. La Corte Suprema, por Resolución de 28 de junio de 1957, responsabiliza solidariamente al propietario del automóvil y a su hijo[407]. Lamentablemente, ni el dictamen fiscal ni la Ejecutoria Suprema precisan el fundamento de derecho de tal responsabilidad solidaria. Cabe incluso la posibilidad de suponer que el hijo haya sido un menor de edad y que, en consecuencia, don Próspero Antola Ognio haya respondido no como propietario del vehículo sino como padre, en razón de lo dispuesto en el artículo 1142 del antiguo Código.

Un caso diferente y bastante complicado en su razonamiento es el protagonizado por la Empresa Armendáriz S.A. con don Eduardo Arredondo. Este último era propietario de un camión que se encontraba a cargo de Antonio Núñez Bramonte, chofer al servicio del propietario del vehículo. Este chofer Núñez entregó el camión al mecánico Enrique Josfen Escobedo para una reparación. En circunstancias en que este mecánico Josfen conducía el camión, chocó con el ómnibus de la Empresa Armendáriz S.A. causándole diversos daños. Esta empresa demanda, entonces, al propietario del camión, Eduardo Arredondo, para que le pague la indemnización correspondiente.

En el juicio se estableció que el mecánico que conducía el camión de Arredondo en el momento del choque, carecía de brevete. Esta comprobación actúa como presunción de culpa de dicho mecánico en la producción del accidente. A su vez, el Fiscal FEBRES considera que existe

---

407. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 163, año 1957, pp. 943-945.

culpa en el chofer Núñez por haber entregado la conducción del vehículo a una persona sin brevete. Y, dado que Núñez trabajaba al servicio de Arredondo, establece la responsabilidad de éste frente a la Empresa Armendáriz S.A. La Corte Suprema confirma tal responsabilidad por Ejecutoria de 20 de julio de 1956[408]. Lamentablemente, ni el Fiscal ni la Corte hacen referencia a los artículos del Código en los que se basa el fallo. El Fiscal se limita a mencionar una doble imprudencia (la del mecánico por manejar sin brevete y la del chofer por entregar el vehículo a persona sin brevete). Pero nadie justifica la forma como la responsabilidad se remonta hasta Arredondo, a quien solamente se le menciona como "propietario del citado vehículo". Sin embargo, teniendo en cuenta que Núñez estaba al servicio de Arredondo, resulta obvio que, si había existido culpa en Núñez, Arredondo debía responder conforme al artículo 1144 —es decir, en razón de la responsabilidad vicaria del empleador— y no por ser propietario del camión, hecho que era irrelevante en el presente caso.

Algunas Ejecutorias anteriores al Código de 1984 se han mostrado directamente contrarias a la responsabilidad objetiva del propietario, es decir, a la responsabilidad derivada del hecho de la cosa.

Simón Salhuana demanda al doctor José Cortez, Párroco de Pisco, para que le pague indemnización por la muerte de su hijo Pedro Salhuana González a consecuencia de las lesiones que sufriera al ser atropellado por el vehículo de propiedad de la Parroquia de Pisco, que era manejado por don José Hoyos Soplopuco. El Párroco había entregado el auto a Hoyos para su reparación, dado que éste era un mecánico de la ciudad de Chincha Alta.

El Fiscal SOTELO opina que, no existiendo relación alguna de principal a servidor entre la Parroquia y el mecánico, sólo procedería responsabilidad por *culpa in eligendo* o por *culpa in vigilando* del propietario. Sin embargo, se acreditó que el Párroco viajó personalmente a la ciudad de Chincha Alta para verificar si el taller de Hoyos era de garantía, "actos éstos demostrativos del cuidado y diligencia que en todo momento tomó el demandado". Por consiguiente, no habiéndose producido culpa alguna del propietario y no teniendo el causante directo la calidad de em-

---

408. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 150, año 1956, pp. 833-835.

pleado o dependiente, el Fiscal dictamina en el sentido de que se declare infundada la demanda; dictamen que acoge la Corte Suprema en Ejecutoria de 1o. de octubre de 1951[409].

Asimismo, la Ejecutoria Suprema de 3 de abril de 1978 señala que la responsabilidad por el hecho de las cosas, presente en las normas sobre daños causados por animales y daños causados por la caída de un edificio, no puede extenderse a las demás cosas. Por consiguiente, el propietario de un vehículo no responde por los daños que éste cause sólo por el hecho de ser propietario: la responsabilidad no nace porque "es ajena a ella la propiedad de un vehículo, siendo en cambio decisiva la relación de dependencia que tenga quien lo maneja con la persona a la que le presta servicios"[410].

282. *Ambigüedad del Código.* ¿Cuál es la situación del propietario en el Código Civil de 1984? La respuesta no es clara debido a la ambigüedad del texto legal comentado. Por consiguiente, ésta es también una decisión que queda en manos de la jurisprudencia.

De un lado, podría decirse que la expresión "*Aquél que* mediante un bien riesgoso o peligroso..." se refiere directamente al que comete el daño: el "aquél" sería el causante directo que "usó" el bien y produjo el daño; el propietario estaría excluido. Sin embargo, podría afirmarse válidamente a juzgar por el mero texto —independientemente de las aclaraciones que después puedan hacer sus autores y que ya no tienen fuerza de ley— que el propietario también causa el daño (en el sentido jurídico y no físico de causalidad) al entregar el bien a un tercero para su uso. De esta manera, si una persona alquila su automóvil a otra y esta última atropella a alguien, tanto el que usaba el vehículo como el propietario serían responsables.

283. *Nuestra posición.* Desde la perspectiva de la difusión del peso económico del daño que hemos adoptado en este libro como opción prioritaria (para el tratamiento de los accidentes), esta última interpretación que responsabiliza al propietario sería interesante, siempre que se tuviera en

---

409. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 97, Febrero de 1952, pp. 1713-1714.

410. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 411, Abril de 1978, p.399.

cuenta, cuando se trate de juzgar los distintos casos, que el fin último es efectivamente la difusión del riesgo y no una suerte de responsabilidad ciega del presunto propietario.

Decimos que la interpretación es interesante porque usualmente es el propietario quien se encuentra en mejor aptitud para utilizar ese poderoso mecanismo difusor que es el seguro.

En realidad, el causante puede ser: (1) el propio propietario de la cosa, caso en el cual el problema de interpretación no se presenta ya que éste será de todas maneras responsable como causante directo; (2) un dependiente del propietario actuando en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo, caso en el cual el problema tampoco se presenta dado que el propietario responde en tanto que empleador en virtud del art. 1981; y (3) un tercero no dependiente. Es sólo en esta última hipótesis —es decir, que el bien que causa el daño estuviera siendo usado por un tercero— que nos encontramos ante el problema de interpretación de este artículo, ya que las otras hipótesis tienen solución mediante la aplicación de otras normas. Dicho tercero puede ser: (a) una persona que ha recibido el bien del propietario en virtud de cualquier título legal: un arrendatario, un comodatario (que, a su vez, puede ser el propio servidor fuera de horas de servicio), etc.; o (b) una persona que está usando el bien indebidamente: el caso típico es el del ladrón.

Examinemos, pues, la hipótesis en cuestión. Si aceptamos la tesis de que el propietario es responsable, pueden presentarse dos situaciones dentro del Código de 1984. Si se tratara de un bien cualquiera (no riesgoso), el propietario sólo respondería si no puede probar que no tuvo *culpa in custodiendo* (caso de que abandone descuidadamente un objeto de por sí no peligroso en un lugar riesgoso: un ladrillo colocado en un lugar inestable del techo de un edificio, de manera que cualquier cosa lo puede hacer caer y herir a un peatón) o *culpa in eligendo* (caso de que entregue un bien no necesariamente riesgoso a quien no está capacitado para usarlo adecuadamente: la entrega a un ignorante en carpintería de un mueble valioso perteneciente a un tercero para que lo repare, lo que ocasiona la destrucción de la obra de arte) o *culpa in vigilando* (falta de vigilancia a un niño sentado al lado de la ventana, con la posibilidad de que arroje un juguete sobre un transeúnte y le cause daño). Pero si se tratara de un bien riesgoso o peligroso, el propietario no podría liberarse de la responsabilidad probando su ausencia de culpa porque ésta tendría

carácter objetivo: por ejemplo, alguien deja un vehículo correctamente estacionado y con frenos en una pendiente; pero, debido a que los frenos fallan o por cualquier otra circunstancia desconocida, el vehículo se desliza calle abajo y atropella a una niña (aplicación del art. 1970, con la salvedad de los supuestos previstos en el art. 1972).

284. *Propietario formal y el propietario real.* Sin embargo, decíamos que es importante también mantener siempre presente que, desde la perspectiva propuesta, el propietario es responsable porque —y sólo porque— está en mejor aptitud de contratar un seguro y no simplemente porque es propietario.

En consecuencia, aun si admitiéramos una responsabilidad objetiva del propietario de un bien riesgoso con el que se ha causado daño, ésta no podría existir cuando el propietario no estaba en posibilidad de asegurarse, porque en la realidad ya no era propietario: el solo hecho de ser formalmente propietario no lo hace "culpable" ni lo obliga a asumir daños de otro.

Un ejemplo puede aclarar esta distinción. Es posible que quien la ley considere como propietario sea aquél que aparece como tal en los registros respectivos (*verbi gratia*, el Registro de Propiedad de Tránsito). Pero tal "propietario" puede haber vendido su bien y esta venta por razones diversas —que pueden ir desde la negligencia hasta la intención de evadir el pago del impuesto a la transferencia— no ha sido inscrita. Quizá el comprador a su vez vendió nuevamente el bien a otra persona; y tampoco inscribió esa nueva venta porque su propio título no estaba inscrito. Si sucede un accidente con ese bien (que suponemos peligroso), mal haría en atribuirse al "propietario" registral una responsabilidad objetiva ciega que le haga cargar el peso del daño, a pesar de que de que ya no estaba en aptitud de asegurarse porque en realidad —más allá del formalismo legal— ese bien ya no formaba parte de su patrimonio. Evidentemente, este "propietario" remoto ya no sería ese "Aquél que (...) causa un daño..."; y, dada su incapacidad real para asegurarse por los daños causados por ese bien que ya no es suyo (aunque formalmente lo sea), simplemente se le trasladaría todo el peso del daño sin ninguna razón de culpa, de causa ni de difusión del riesgo.

Tampoco podría aducirse que trasladar la responsabilidad a ese "propietario" formal es una manera de sancionarlo por su negligencia en

no haber realizado los trámites a tiempo —no se trata de una negligencia respecto del accidente, sino respecto de un trámite formal, independiente del accidente— o por su falta en el pago de los impuestos de transferencia. Este tipo de infracciones tienen sus sanciones propias en las reglamentaciones administrativas correspondientes; no se les puede aplicar sanciones en un campo totalmente ajeno: el infractor de las disposiciones administrativas y tributarias sobre transferencia de vehículos no puede ser considerado responsable de todos los daños que terceros causen con un automóvil que alguna vez fue de su propiedad, como el infractor de las normas que obligan a tener autorización para portar armas no puede ser considerado criminal en todos los crímenes que se cometan con el revólver que alguna vez fue de su propiedad.

La jurisprudencia peruana ha sido vacilante a este respecto.

Doña Melchora Carrasco viuda de Cano demandó al Mayor E.P. Eduardo Venegas González reclamando indemnización por la muerte de su esposo don Manuel Cano Carrasco, con motivo de un accidente automovilístico ocasionado por un automóvil inscrito en el Registro de Propiedad de Tránsito a nombre del referido militar. El Mayor Venegas manifestó que ese automóvil había sido vendido a don Luis Jordán Sedamanos y que éste a su vez lo había vendido a un tercero y ese tercero a un cuarto; por lo que no tenía ya ninguna relación con el vehículo ni con el chofer que cometió el atropello. La Corte Suprema opinó que, existiendo el Registro de Propiedad de Tránsito, no podía enervarse su fe mediante otros documentos y declaraciones testimoniales. Consecuentemente, la Ejecutoria Suprema de 5 de enero de 1972 lo obligó a pagar indemnización[411].

En cambio, la posición contraria —y, en nuestra opinión, más consistente— aparece en le Ejecutoria Suprema de 17 de abril de 1968[412]. El 13 de febrero de 1964, se produjo un choque entre una camioneta conducida por don Luis Gutiérrez Alcalde y un automóvil particular en el que viajaba don Félix Ballena Flores, falleciendo este último como consecuencia de la colisión. Doña Manuela Flores González, madre del

411. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 338, Marzo de 1972, pp. 342-343.

412. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 293, Setiembre de 1968, pp. 1097-1099.

occiso, demandó a don Isaac Varón para que, en su condición de propietario de la camioneta conforme aparece del Registro de Tránsito, le pague la indemnización correspondiente.

Don Isaac Varón contestó haciendo presente "que la camioneta no era de su propiedad, pues hacía tiempo que la había cedido a la firma Carlos Manucci en parte de pago de otra camioneta nueva que adquirió, y junto con ella entregó los documentos respectivos, así como el contrato privado de compra-venta, ignorando por qué esa firma no hizo la transferencia en la dirección General de Tránsito". El Fiscal L. PONCE SOBREVILLA consideró que esta argumentación no era procedente porque "La Corte Suprema ha establecido en diversas ejecutorias que el único título que califica la propiedad de vehículos motorizados como camionetas, es su inscripción en el Registro de la Dirección de Tránsito".

Sin embargo, en este caso, la Corte Suprema, lejos de adoptar el criterio formalista del Fiscal y atribuir una responsabilidad ciega al "propietario registral", estableció que estaba probado que el actual propietario de la camioneta era su chofer al momento del accidente, don Luis Gutiérrez Alcalde. Por consiguiente, "el demandado Varón Eskenasi no era propietario ni estaba bajo su posesión el tantas veces mencionado vehículo con el que se causó el siniestro". Por otra parte, "la circunstancia de que la firma comercial antedicha no hubiera cumplido con tramitar la transferencia correspondiente, cuando el vehículo estaba ya bajo su dominio y posesión no puede perjudicar al demandado que había enajenado la cosa en la forma usual como se observa en el comercio de vehículos motorizados". Por último, la Corte declara que "no puede considerarse como único título que califique la propiedad del vehículo su inscripción en el registro antes mencionado para derivar las responsabilidades que se demandan, desde que existe prueba instrumental fehaciente, que constituye precisamente el elemento fundamental para calificar el derecho de propiedad que se inscribe en el registro respectivo de la Dirección de Tránsito". De esta manera, la Corte Suprema admitía que la inscripción en el Registro de Tránsito no es sino una presunción *iuris tantum* de propiedad, que puede ser enervada para efectos de la responsabilidad extracontractual mediante otras pruebas en contrario.

La teoría de la difusión del riesgo —que, en nuestra opinión es una de las pocas maneras de hacer inteligible el recurso de la objetividad para determinar la persona que debe pagar la indemnización a la vícti-

ma— excluiría de responsabilidad a tal "propietario registral" (y no real) por cuanto no se cumplen respecto de él las condiciones que justifican socialmente el traslado del peso económico del daño (posibilidad de asegurarse).

En consecuencia, esa responsabilidad del propietario de la cosa riesgosa —que tendría que ser construido en detalle por la jurisprudencia dentro del vago marco de la norma comentada— debería también jurisprudencialmente excluir estos casos. Para ello, al construir este tipo de responsabilidad, las Cortes deberán ser muy cuidadosas con los fundamentos en los que sustenten sus fallos, so pena de caer fácilmente en injusticia y/o en incoherencia.

CAPITULO III

LA RESPONSABILIDAD VICARIA DEL EMPLEADOR

Artículo 1981.- *Aquél que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.*

Sección I: Subjetividad y Objetividad

285. *El mundo del trabajo dependiente.* Este artículo plantea uno de los casos más importantes en el mundo moderno de la llamada responsabilidad vicaria (del latín *vicarius*, que viene de *vicis*, vez, alternativa): se trata de la responsabilidad alternativa o substituta (veremos que es más propiamente acumulativa) del principal frente a los actos de su servidor, expresada en el principio *respondeat superior.*

Dada la importancia de las relaciones laborales en el mundo económico contemporáneo construido sobre la base del trabajo dependiente —a diferencia del mundo clásico, fundamentalmente artesanal, en el que los productores de bienes y servicios gozan de una relativa independencia— el tipo de responsabilidad creado por este artículo tiene una función económica y social de la mayor significación.

286. *Autor o responsable civil.* En el caso de esta norma, nos encontramos con dos personas vinculadas al daño: el autor material y su "patrón". El Código los llama autor directo y autor indirecto.

Sin embargo, la denominación de «autor» indirecto no parece adecuada porque, dentro de la interpretación moderna de esta responsabilidad, si bien el servidor (causante físico del daño) es un verdadero autor, el patrón o principal no es necesariamente un autor: puede no ser autor de nada, no ser *autor* de ningún daño, es meramente un *responsable* del daño cometido por su dependiente. Por eso, quizá sea más propio llamarlo "responsable civil" —como lo hace la doctrina francesa— debido a que es responsable sólo por efecto de una disposición de la ley civil y no por sus hechos. Salvo que, considerando literalmente el texto del artículo, lleguemos a la conclusión de que el legislador ha querido retroceder en el tiempo y establecer una responsabilidad del patrón basada únicamente en la culpa, lo que no parece razonable.

287. *Ars combinatoria.* Planteada la existencia de dos personas vinculadas al daño —el autor y el responsable civil— es interesante analizar las distintas posibilidades como se pueden combinar las condiciones de responsabilidad de una y otra. Porque tanto en el caso del autor directo como en el del responsable podemos preguntarnos si se requiere o no de culpa (en el sentido lato, que incluye al dolo) para que funcione el principio *respondeat superior.*

Estas combinaciones son cuando menos las siguientes:

(a) Que se requiera culpa en el autor directo (dependiente) y también culpa en el responsable civil (principal). Este último respondería si y sólo si ha incurrido en *culpa in eligendo* o en *culpa in vigilando.* Nótese que esta conceptualización de la situación permitiría quizá considerar al principal como un verdadero "autor" indirecto.

(b) Que se requiera culpa en el autor directo (dependiente) pero no necesariamente culpa en el responsable civil (principal). Este último responde objetivamente, a condición de que haya existido una culpa en el primero. En este caso, el principal no es un autor puesto que sus actos no son causa de nada: es un mero responsable por mandato de la ley.

(c) Que no se requiera culpa en el autor directo (dependiente), pero que el principal sólo responda por los actos de su dependiente cuando hubiere incurrido en falta de vigilancia o *culpa in eligendo.* Así, la responsabilidad del dependiente tendría un fundamento obje-

tivo, mientras que la del principal tendría un fundamento subjetivo. Nuevamente en este caso regresamos a la idea de que el principal es un "autor".

(d) Que no se requiera culpa ni en el autor directo ni en el principal: todos los daños cometidos por el dependiente serían indemnizados por el principal, sin que éste pueda exonerarse aduciendo ausencia de culpa ni de su dependiente ni de sí mismo. Es el caso de la responsabilidad objetiva integral. En este caso, ni el dependiente ni el principal son verdaderos "autores" sino meros responsables civiles.

Estos cuatro casos pueden ser diagramados de la siguiente manera:

		PRINCIPAL RESPONSABLE CIVIL	
Art. 1981		Culpa	No culpa
DEPENDIENTE AUTOR DIRECTO	Culpa	Caso A	Caso B
	No Culpa	Caso C	Caso D

Como puede apreciarse, tres de las mencionadas posibilidades recogen en mayor o menor grado la idea de la culpa como elemento constitutivo del hecho indemnizable, colocándola en el causante directo (dependiente), en el principal o en ambos. Es solamente en uno de tales casos

que la idea de la culpa resulta absolutamente eliminada y la indemnización tiene lugar aun cuando el daño no sea resultado de un hecho «culpable».

288. *Ortodoxia y concesiones.* El denominado "*Caso A*" constituye la versión más ortodoxa de la teoría de la culpa. De un lado, no hay lugar a indemnización si el hecho dañino del servidor está libre de culpa. De otro lado, aun cuando haya existido culpa del servidor, el principal a su vez sólo responde si ha mediado también culpa de su parte; y esta culpa sólo puede presentarse como un defecto en la elección del servidor adecuado para realizar una determinada tarea o como un defecto en la supervigilancia de la ejecución de tal tarea a fin de controlar que sea efectuada adecuadamente.

El *Caso C* constituye una concesión a la responsabilidad objetiva en la medida de que se reconoce indemnizable todo acto dañino del servidor, aunque el daño se haya producido sin culpa de éste. Pero se aferra aún a la idea de la culpa cuando sostiene que el principal sólo estará obligado, independientemente de la existencia o culpa o no del servidor en la producción del daño, siempre que haya existido culpa de su parte (del principal).

289. *El envilecimiento de la culpa.* Debe advertirse que la exigencia de la culpa en el principal o patrón hace prácticamente irrelevante la responsabilidad vicaria: en tal hipótesis, el artículo 1981 del Código Civil sería de muy escasa aplicación. Como señala JOSSERAND, "de la defensa a ultranza de la culpa resulta su envilecimiento".

En efecto, aun cuando se aplique la inversión de la carga de la prueba, la liberación del principal sería muy sencilla demostrando que no ha mediado falta de cuidado en la elección del servidor ni en la vigilancia de su trabajo.

En los casos en que no se requiere de personal calificado para realizar una determinada tarea, difícilmente puede sostenerse que hay un defecto de elección por parte del principal contratante si el servidor contratado es una persona simplemente normal. Y en los casos en que se requiere de ciertos conocimientos o de cierta experiencia, basta que el principal pruebe que exigió certificados de trabajos anteriores o que sometió al candidato a un examen previo, para quedar libre de *culpa in eligendo.*

En algunas situaciones, bastará que el principal demuestre que el servidor había obtenido el título profesional o la licencia oficial para realizar ciertos trabajos. Así, tratándose de un accidente causado por el camión de una empresa, bastará que ésta pruebe que el chofer tenía brevete profesional para que la empresa quede liberada de culpa en la elección del chofer: ¿cómo podría la empresa dudar de la certificación de capacidad para conducir otorgada por el propio Estado?

La *culpa in vigilando* puede también ser fácilmente esquivada por el principal. Es evidente que la obligación de supervisión no puede significar la presencia del principal al lado del servidor en cada uno de los actos de éste: una concepción tan *naïf* y primitiva de la vigilancia haría inútil el contrato de trabajo, cuya finalidad está orientada a liberar al principal de la realización de ciertas tareas, multiplicando así sus posibilidades de acción. El principal debe *dirigir* el trabajo, lo que no significa que deba acompañar a cada uno de sus servidores en la realización de cada una de sus tareas. Ahora bien, la dirección supone simplemente el otorgamiento de instrucciones adecuadas y de condiciones de ejecución satisfactorias, así como la verificación posterior de que la tarea ha sido adecuadamente efectuada. En estos términos, ¿cómo podría responsabilizarse a la empresa propietaria del camión que causó un accidente si éste estaba manejado por un chofer con brevete, quien recibió instrucciones normales de realizar ciertos despachos? El gerente de la empresa no tenía que estar sentado al lado del conductor y verificar por sí mismo en cada esquina que no venía un vehículo por vía preferencial; si el chofer se distrajo en una bocacalle mientras realizaba el despacho de la mercadería, mal puede decirse que hubo un defecto de vigilancia en el principal.

290. *La responsabilidad vicaria y los Códigos.* Es verdad que todavía algunos Códigos —particularmente aquellos inspirados en el Derecho Alemán, profundamente subjetivista— permiten que el empleador se libere demostrando su ausencia de culpa. Este es el caso del propio BGB (art. 831), del Código Suizo de las Obligaciones (art. 55), del Código Brasileño (art. 1523), del Código Uruguayo (art. 1324), del Código Mexicano (art. 1924) y del Código Colombiano (art. 2349).

En algunos países —en España, por ejemplo— el fundamento de esta responsabilidad sigue siendo la *culpa in vigilando y/o in eligendo*, al menos en el texto del Código (art. 1903): sobre el dador de trabajo recae una presunción de culpa. Por tanto, dado que se trata de una presunción

iuris tantum (que es la única forma de sostener honestamente el principio de culpa, ya que la presunción de culpa *iuris et de iure* no es sino una forma culposa de hablar de la responsabilidad objetiva), el principal podría liberarse de responsabilidad probando que no tuvo culpa ni en elegir al servidor ni en vigilarlo. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia española han revestido esta responsabilidad de un matiz objetivista al exigir una vigorosa prueba de diligencia para exonerar al empresario, de modo que casi nunca puede liberarse; aun cuando existan Ejecutorias un tanto vacilantes sobre el particular[413].

Sin embargo, otras legislaciones se han preocupado por el hecho de que, insistiendo en la culpa, la norma se vuelve inútil debido a la extrema rareza de los casos en que es efectivamente aplicable. Por ello, siguiendo la tendencia del *Code Napoléon* (art. 1384) y las más recientes tendencias en materia de responsabilidad extracontractual, consideran que la responsabilidad del principal es inexcusable. Este es el caso del Código Civil Italiano (art. 2049), del Código Boliviano (art. 992), del Código de la República Democrática Alemana (art. 331), del Código Egipcio (art. 214) y del Código Portugués (art. 500). En el caso de la Argentina, una jurisprudencia casi unánime consagra la inexcusabilidad del patrón[414].

291. *El principio dentro del Derecho Civil Peruano.* El artículo 1144 del Código Civil Peruano de 1936 establecía la responsabilidad vicaria. Y la interpretación de los más importantes juristas peruanos ha sido en el sentido de que el principal responde inexorablemente: "no cabe que el patrón se excuse alegando que no tuvo culpa en cuanto a la ejecución del acto realizado por su dependiente"[415].

Por otra parte, la jurisprudencia —aunque con algunas excepciones— entendió ese artículo en el sentido de que su aplicación no requería tampoco culpa del servidor: todos los daños causados por un servidor,

---

413. Jaime SANTOS BRIZ: *La Responsabilidad Civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal.* 4ta. ed. Editorial Montecorvo S.A. Madrid, 1986, p. 430.

414. *Vid.* Matilde M. ZABALA DE GONZALEZ: *La responsabilidad del principal por el hecho del dependiente.* Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 40.

415. José LEON BARANDIARAN: *Curso del Acto Jurídico.* Lima, 1983, p. 80.

existiera o no culpa de éste, eran de responsabilidad objetiva del principal. De esta manera, la responsabilidad vicaria estaba en el Perú comprendida —en base a una interpretación judicial— dentro del que hemos denominado *Caso D*: no se requiere culpa del principal ni del servidor.

Doña Carmen Monzón viuda de Paredes demandó a la Empresa del Ferrocarril de Trujillo para que le abone daños y perjuicios por la muerte de su esposo, don Eduardo Paredes Vásquez. El día 12 de abril de 1940, una yunta de bueyes de propiedad de la víctima quedó atascada sobre la línea del ferrocarril. Don Eduardo Paredes trató de salvarla, pero fue arrollado junto con su yunta por el autovagón, lo que le produjo la muerte. La Empresa del Ferrocarril se defendió argumentando que no había habido culpa en el motorista del autovagón y, por consiguiente, no había responsabilidad en el tercero que es la empresa. Sin embargo, el Fiscal PALACIOS sostuvo que, tratándose de la responsabilidad vicaria del principal, "es necesario prescindir de la investigación referente a si hubo o no culpa en el agente del hecho y sólo cabe estudiar y apreciar si éste estaba al servicio de tercera persona cuando el acto se realizó", porque existe una "responsabilidad del tercero a cuyas órdenes trabajaba el que el daño produjo con su acto, sea o no culposo". Es interesante destacar que el Juez de Primera Instancia había opinado por la responsabilidad del principal, pero la había fundado en una presunta culpa. Sin embargo, el Fiscal PALACIOS rechaza esta base de responsabilidad del principal y sostiene que ésta es puramente objetiva: "La sentencia de Primera Instancia incurre en el error de apoyarse en el Código Civil derogado (de 1852), que hacía referencia a la culpa, pero cuya doctrina ha quedado completamente en desuso ante la nueva sostenida por el Código Civil actual y la jurisprudencia de este Supremo Tribunal". La Corte Suprema acogió el planteamiento del Fiscal en Ejecutoria de 27 de setiembre de 1945[416].

En las primeras horas de la mañana del 27 de enero de 1933, en el cruce de la carretera que se dirige de Trujillo a Moche, ocurrió un gravísimo accidente entre el convoy cañavelero tirado por la máquina que manejaba Pedro Ponce Mendoza, al servicio de la hacienda Laredo, y la góndola manejada por Simón Salinas. Como consecuencia del mismo, su-

416. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Noviembre-diciembre de 1946, Nos. 34-35, pp. 716-718.

frieron daños varios pasajeros de este último vehículo: Domitila Azabache de Cruz perdió la vida, a Pedro Asmad hubo que amputarle la pierna derecha a la altura del muslo, a Julia Nique de Azahuancha hubo también que amputarle una pierna y María Anhuamán sufrió lesiones menos graves. Es por ello que los herederos de la muerta y los otros accidentados demandaron a la Negociación Laredo, empleadora del motorista del convoy, para el pago de una indemnización por los daños y perjuicios indicados. El Fiscal doctor PALACIOS indica en su dictamen que el accidente se produjo por la acción negligente de ambos conductores; sin embargo, agrega que "Conforme a los artículos 1136 y 1144 del Código Civil (de 1936), la responsabilidad de la Empresa es evidente aun cuando no se hubiera comprobado si hubo negligencia por parte de su empleado, el motorista Pedro Ponce Mendoza, porque es suficiente que estén comprobados el daño y el acto que lo originó, al que los agraviados fueron totalmente extraños, para que la responsabilidad esté latente". No cabe duda de que, al decir "latente", quiso decir "presente" o "efectiva"; pero lo importante es que no otorga importancia a la existencia de culpa en el servidor (ni mucho menos en el empleador) sino simplemente repara en la existencia del vínculo de dependencia y en el hecho de que el dependiente ha cometido un daño en el ejercicio de su función: estamos, entonces, ante una responsabilidad doblemente objetiva, tanto con respecto del servidor como respecto del empleador. La Corte Suprema, en Ejecutoria de 19 de octubre de 1945, confirma esta interpretación de la responsabilidad vicaria del empleador[416bis].

De la misma forma, en el juicio seguido por Betsabé Santillán de Pastor contra la Fábrica de Aceites San Jacinto, por la muerte de su esposo, don Buenaventura Santillán, con motivo de un accidente de tráfico protagonizado por un chofer de esa fábrica, el Fiscal SOTELO opinó que, aunque no existiera culpa en el chofer, la "obligación a cargo de la Empresa es ineludible". La Corte Suprema hizo suyo en este punto el dictamen del Fiscal en Ejecutoria de 2 de abril de 1952[417].

Sin embargo, la Corte Suprema ha mostrado en algunas ocasiones ciertas dudas respecto de la objetividad en la apreciación del acto dañino

---

416bis. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Noviembre-Diciembre de 1946, Nos. 34-35, pp. 720-722.

417. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Abril de 1952, No. 99, pp.1984-1985.

del servidor (sin que ello afecte la objetividad de la responsabilidad del empleador, una vez demostrada la culpa del servidor). Así, por ejemplo, en el juicio seguido por Dina Vidal Flores de Moore contra el chofer Víctor Elías Zelaya, el Concejo Provincial de Lima y la Empresa de Transporte Urbano del Perú (ENATRU PERU), la Ejecutoria Suprema de 3 de abril de 1968 señala en sus considerados que «el artículo 1144 (del Código Civil de 1936, que establece la responsabilidad del empleador) (...) presupone (...) que el daño (...) sea consecuencia de un acto ilícito del dependiente[417bis]. Obviamente, un acto "ilícito" presupone a su vez una culpa en el actor.

292. *El Código de 1984.* La norma del artículo 1981 del actual Código Civil que estamos comentando, consagra la responsabilidad objetiva del principal. Esta tesis se confirma por la redacción del mencionado artículo, si se la compara con la del artículo 1969. En este último, expresamente se limita la responsabilidad a los daños cometidos con dolo o culpa; en cambio, el artículo 1981 prescribe que el que tiene a otro bajo sus órdenes responde por los daños que éste cause, sin hacer mención alguna al dolo o a la culpa.

La única razón que podríamos tener para dudar de la interpretación objetivista de la responsabilidad del principal sería la referencia a éste como "autor" del daño: sólo se puede ser autor de un daño que no se ha cometido directamente si es que tal daño es producto de alguna negligencia de esa persona. Por consiguiente, la palabra "autor" estaría ligada (en estas circunstancias) a una noción de culpa. Sin embargo, consideramos que esta razón es deleznable porque es el resultado de un simple juego de palabras. Con toda seguridad, el legislador ha calificado al principal como autor —aunque no es sino un mero responsable civil— porque, aun cuando considera que su responsabilidad es inexcusable, la funda en una pretendida culpa irrefutable: al principal se le adjudica una culpa *in eligendo* y/o *in vigilando* con el carácter de presunción *iuris et de iure*; y es así que es «autor». Esta era también la teoría que algunos juristas peruanos sostuvieron para justificar la inexcusabilidad del principal dentro de las reglas del Código Civil de 1936[418]. Sin embargo, hemos manifesta-

---

417bis *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Abril de 1978, No. 411, pp. 399-401.

418. Vid. José LEON BARANDIARAN: *Curso del Acto Jurídico*. Lima, 1983, p. 80; del mismo autor: *Comentarios al Código Civil Peruano. Derecho de Obligaciones*, T. I, Ediar Editores, Buenos Aires, 1954, pp. 448, 449 y 461.

do repetidamente que la presunción *iuris et de iure* de culpa no es sino una cortina de humo verbal para esconder la presencia de la perturbadora responsabilidad objetiva en el seno de la teoría de la culpa: ¿cómo puede hablarse de culpa si no se permite probar su ausencia y si, aunque pudiera demostrarse que ésta no se ha producido, se atribuye de todas maneras responsabilidad al principal? Es verdad que la jurisprudencia italiana ha sostenido este planteamiento de la presunción *iuris et de iure* de culpa en el principal. Pero, como dicen ALPA y BESONE, se trata de "un obsequio formal a la teoría de la culpa"[419]. Y un jurista tan clásico como Adriano de CUPIS rechaza esta conceptualización efectuada por la jurisprudencia porque dice que retener la idea de la culpa en abstracto mediante la presunción irrefutable y prescindir en la práctica de la real y concreta existencia de la culpa es colocar la razón de la responsabilidad más allá de la culpa; por tanto, hay que reconocer las cosas como son y admitir que la responsabilidad del principal está más allá de la idea de culpa[420].

Por consiguiente, dejando de lado los intentos verbales de salvar la teoría de la culpa, podemos decir que el artículo 1981 consagra una responsabilidad sin culpa del principal.

293. *El acto dañino del servidor en el Código de 1984.* La interpretación precedente nos coloca en la situación de los *Casos B y D* del cuadro, pero aún tenemos que elucidar si el Código Peruano de 1984 exige culpa en el autor directo o si estamos frente a un caso de responsabilidad absolutamente objetiva (como lo quería la jurisprudencia anterior); en otras palabras, tenemos que determinar si el artículo 1981 configura la responsabilidad dentro del marco del *Caso B* o del *Caso D*.

En nuestra opinión, el acto del dependiente debe ser de tal naturaleza que se encuentre incurso en el régimen general de la responsabilidad extracontractual: no hay obligación del principal de indemnizar si previamente no existe un daño indemnizable. Ahora bien, el criterio para deter-

---

419. Citando a VISINTINI, G. ALPA y M. BESSONE: *La Responsabilità Civile*. Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1976, No. 6.5, p. 287.

420. Adriano de CUPIS: *Dei Fatti Illeciti*. 2a. ed. Nicola Zanichelli y Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna y Roma, 1971, p. 64.

minar si un cierto daño es indemnizable debe encontrarse en el régimen general de responsabilidad creado por el mismo Código.

Es así como el acto del servidor tiene que estar comprendido en las hipótesis de las normas de la Sección Sexta del Libro VII. De esta manera, en principio, el daño debe haber sido cometido por dolo o culpa del servidor, de conformidad con lo dispuesto en el régimen general de responsabilidad establecido en el artículo 1969 (*Caso B*). Pero cabe la posibilidad de que el daño haya sido causado mediante un bien riesgoso o peligroso o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa; en ese caso, no se requiere culpa del servidor (autor directo) para que exista responsabilidad, en aplicación del artículo 1970 (*Caso D*). Es evidente que, para determinar si el daño es resarcible —es decir, si está sujeto a responsabilidad— deben tomarse en cuenta las reglas de los artículos 1971 a 1973 que antes hemos comentado. Si el daño fue causado por el servidor mediante cosa o actividad riesgosa, es indemnizable objetivamente; aplicando el principio vicario responde también el principal, aunque no haya mediado culpa del servidor (ni tampoco del propio principal, según se ha visto).

En resumen, podemos decir que, con relación a la responsabilidad del principal, el Código peruano de 1984 ha adoptado las soluciones de los *Casos B y D*, según se trate de daños simples o de daños cometidos mediante bienes o actividades riesgosos.

No puede ignorarse la posibilidad de que los Tribunales interpreten que toda actividad de empresa es riesgosa de esta manera, prácticamente todas las situaciones de responsabilidad vicaria quedarían comprendidas en el *Caso D*: el principal respondería siempre por los daños causados por su servidor, sin necesidad de que haya mediado culpa ni del servidor ni del principal.

Sección II: El fundamento de la responsabilidad vicaria

294. *La responsabilidad por hecho ajeno.* Ahora bien, si el principal no responde por culpa, ¿qué es lo que justifica su responsabilidad?

Si el principal respondiera sólo en los casos en que no puede probar ausencia de culpa, nos encontraríamos ante una responsabilidad sim-

ple por hecho propio: el principal obró culpablemente y por eso responde, como todo aquél que por dolo o culpa causa un daño a otro; al punto que, si fuera así, el artículo 1981 sería innecesario pues la situación estaría comprendida en el artículo 1969. En cambio, si no hay culpa de su parte, entonces no responde por hecho propio sino por hecho ajeno: tiene que pagar por un daño cometido por otro.

Dicho de otra manera —y esto es importante en relación con el papel de la causa, cuya omnipresencia en la responsabilidad extracontractual hemos puesto antes en duda[421]— entre el principal de aquel dependiente que causó el daño y el daño mismo, no existe una relación de *causalidad* sino más bien de *ocasionalidad*[422]. La Corte de Casación de Italia, en una sentencia de 29 de diciembre de 1955[423] sostiene que, al examinar esta responsabilidad vicaria, debe sobrepasarse el límite de la causalidad directa e inmediata: no es necesario que subsista un nexo de causalidad material sino simplemente un nexo lógico. Ahora bien, este último es, más que una causa, una ocasión, el principal o empleador no *hizo* nada ni es causa de nada; pero sucede que creó la ocasión (la actividad de dependiente) en la que el daño fue causado.

Pero, ¿por qué razón se le hace pagar por un daño que no cometió? ¿Qué fundamentos ha tenido la ley para convertirlo en "responsable civil" a pesar de que no es propiamente autor del daño (salvo a través de la ficción —lógicamente insostenible— de la presunción de culpa *iuris et de iure*)?

295. *El riesgo creado.* Una de las teorías que más popularidad ha gozado en nuestro medio para justificar esta aparente paradoja es la del *riesgo creado*. Según ella, el principal crea un riesgo en su propio provecho y, consecuentemente, debe soportar el peso de los daños que ocasione su actividad: *ubi emolumentum, ibi onus* o también: *cuius est commodum eius est periculum.*

---

421. *Supra*, No. 154, *in fine*.

422. G. ALPA y M. BESSONE: *La Responsabilità Civile*. Dott. A. Giuffre, Editore, Milano, 1976. No. 6. 5, p. 279.

423. Cass. 29 Diciembre 1955, No. 3960.

Sin embargo, esta argumentación es muy poco convincente cuando se la examina con más detalle. El riesgo creado por la empresa, ¿beneficia únicamente al empresario? ¿Acaso el servidor no participa en la actividad de la empresa precisamente para obtener una ventaja económica? Con toda propiedad podemos decir que el trabajador obtiene un "emolumento" a través de la actividad generadora de riesgos; por consiguiente, aplicando la máxima latina que la teoría del riesgo ha acogido como *motto*, el servidor debería soportar también cuando menos parte del *oni* o carga derivada de tal actividad que lo beneficia: si bien no cabe duda de que la actividad de la empresa proporciona un *commodum* para el empresario, también origina un *commodum* para el servidor. Y, en última instancia, puede decirse que la actividad empresarial beneficia también al Estado en tanto que genera impuestos y a la sociedad toda en la medida de que produce artículos necesarios para vivir, crea puestos de trabajo, etc. Por tanto, la teoría del riesgo no aclara la situación sino que, más bien, contribuye a hacerla más confusa si se la aplica rigurosamente: dado que mucha gente se beneficia con la actividad de la empresa (tanto quienes forman parte de ella como terceros), ¿por qué debe tomarse en consideración sólo el beneficio de quien ejerce la dirección y cargarle a su cuenta todos los errores de los demás integrantes de ella?

A esta línea de argumentación puede responderse con consideraciones de tipo político-social. Así, puede decirse que el empresario o principal es el que *más* gana en la empresa porque ésta está injustamente organizada dentro del mundo contemporáneo o que el principal hace suya la plusvalía y que, por tanto, tiene un mayor emolumento; o que la sociedad presenta grandes diferencias sociales y que, para eliminarlas, hay que cargar a los ricos (empresarios) con los «pecados civiles» de los pobres (servidores), etc. Esta argumentación puede resumirse en la idea de que quienes tienen el bolsillo más grande deben asumir por su cuenta los riesgos de toda la sociedad.

Sin embargo, esta pretendida fundamentación —que los juristas norteamericanos llaman *deep pocket* o también *long purse justification*— es insostenible de manera coherente. Resulta perfectamente claro que la responsabilidad extracontractual no es un medio eficaz y general de producir una redistribución de la riqueza, ya que es aleatoria, particular y episódica. Si la sociedad está tan mal organizada, es preciso organizarla mejor mediante leyes que modifiquen la estructura social, reformen la empresa, incrementen los salarios y/o la participación de los trabajadores

en las utilidades, etc. Pero no es posible redistribuir equitativamente utilizando un medio —la responsabilidad extracontractual— que no es de aplicación general: ¿por qué razón tal redistribución debería beneficiar solamente a unos cuantos individuos al azar, a aquéllos que por casualidad cometieron un daño mientras trabajaban al servicio de un principal? Estos tendrían un privilegio respecto de los demás servidores que también están sufriendo la alegada explotación e injusticia laboral pero que, como no han cometido daño alguno, no se benefician con el gran bolsillo del principal. En otras palabras, los que cometieron un daño tendrían un mayor beneficio económico derivado de la empresa que los que no cometieron ninguno; porque respecto de los primeros, además de su sueldo, el principal debe abonar el monto de las indemnizaciones que hubieran tenido que afrontar personalmente si no hubieran tenido una relación de dependencia.

296. *El servidor como representante del principal.* Otra teoría que ha pretendido justificar la responsabilidad irrefutable del principal es la de la *representación.*

Se ha dicho que el servidor es un representante del principal y que, por tanto, las consecuencias de sus actos en el ejercicio de tal representación obligan a éste. Dado que el servidor actúa por cuenta del principal, todo pasa como si el propio principal hubiera actuado directamente.

Sin embargo, este planteamiento sólo es posible si se fuerza la institución jurídica de la representación hasta convertirla en un concepto absolutamente general y sin significación jurídica precisa. El Código de 1984 introduce por primera vez en el Perú la idea de la representación como institución autónoma, independiente del mandato. Pero ello no significa diluir la representación en una noción genérica de "actuar por cuenta o encargo de otro": no toda persona que realiza un servicio o cumple las instrucciones de otro, está desempeñándose como representante de ese otro. En la representación hay una situación formal por la que una persona tiene la facultad de asumir compromisos en nombre de otra. Este no es el caso de la simple relación laboral o de dependencia, donde el servidor trabaja bajo la dirección de otro, pero ello no significa que puede asumir compromisos a nombre de ese otro.

Por otra parte, la representación está orientada a la constitución de actos voluntarios, queridos (genérica o específicamente) por el represen-

tado: la firma de un contrato, el voto en una asamblea, etc.; pero de ninguna manera abarca todos los actos del representante, sean o no de materia de la representación. Por consiguiente, si el representante tiene un accidente de tránsito cuando se dirigía con su vehículo a la oficina del Notario para firmar un contrato a nombre de su representado, es indudable que la representación no alcanza a la responsabilidad extracontractual derivada de tal accidente; el representante se encuentra libre de responsabilidad en tal caso. En cambio, dentro de la relación laboral contemplada en el artículo 1981 que comentamos, si el chofer del vehículo de despacho atropella a un peatón mientras se dirigía a entregar mercadería por cuenta de la empresa, esta última es responsable por los daños causados al peatón.

297. *El servidor como instrumento del principal.* Hay quienes han pretendido sortear las dificultades de conceptualización jurídica que encierra la teoría comentada, sustituyendo la noción técnico-jurídica de la representación por la noción —más práctica que jurídica— de *instrumento*. Así se dice que el servidor no es un representante del principal, pero cuando menos es un instrumento que éste utiliza. El servidor es visto como una *longa manu* del principal: de la misma forma como el principal no puede desconocer los daños que cause con su propia mano, tampoco puede desconocer los daños que cause con ese brazo extendido suyo que es el servidor.

Pero una tal teoría desvaloriza al servidor y lo convierte en un mero objeto. En nuestra opinión, la teoría del instrumento no corresponde a la realidad jurídica ni a la realidad del trabajo. En efecto, no corresponde a la realidad jurídica porque el servidor es un sujeto de derecho y, por tanto, es capaz de decidir sus actos y asumir la responsabilidad de los mismos; no es un mero objeto inerte en manos del principal. Tampoco corresponde a la realidad laboral porque el trabajo no consiste en un mero cumplir órdenes de manera mecánica sino que es una actividad humana, con una cierta dosis —en mayor o menor grado— de iniciativa, de responsabilidad y quizá hasta de creatividad. En cambio, la llamada teoría del instrumento considera al dependiente como si fuera un autómata, un objeto inanimado, al punto que la responsabilidad del principal por los actos del servidor sería idéntica a la responsabilidad de aquél que usa objetos riesgosos.

298. *La difusión social del riesgo.* Frente a todas estas teorías insatisfactorias, pensamos que la única justificación para esta responsabilidad irrefutable del principal por los actos de su servidor se encuentra en la teoría de la difusión social de los riesgos.

Es posible que este tipo de justificación no haya sido claramente explicitado desde el primer momento y que inicialmente este principio de responsabilidad vicaria haya hecho camino a través de los ordenamientos legales sólo en base a un cierto sentimiento vago de equidad (que encerraba una idea inconsciente de difusión de riesgos). Pero ahora que esta teoría ha sido desarrollada, advertimos que es la única que satisface racionalmente ese sentimiento inicial.

El principal responde porque, dado que realiza una actividad económica, tiene la posibilidad de difundir más fácilmente a través del sistema de precios el costo de estos accidentes inevitables que se presentan en todo proceso productivo de bienes o servicios. Por consiguiente, no es que el principal sea "culpable" —real ni presuntamente— sino simplemente es el mejor vehículo para diluir estos costos sociales. Todos se benefician con la actividad productiva: el principal que tiene un beneficio, el servidor que tiene un emolumento, la sociedad que cuenta así con los productos que necesita, etc. Por consiguiente, todos deben compartir el peso económico de esos daños estadísticamente inevitables.

En el fondo, esto equivale a una justificación por el riesgo creado pero ampliada y liberada de toda noción de culpa (presunción *iuris et de iure*): la máxima *Ubi emolumentum, ibi onus* es correcta; pero como el beneficio se encuentra repartido entre toda la sociedad, el peso del daño debe ser repartido también entre toda la sociedad. En consecuencia, el principal no es sino un vehículo o mecanismo de difusión: es un mero «responsable civil», como lo llaman los franceses.

299. *Los daños no accidentales.* Como puede apreciarse, nuestra posición está pensada en función de aquellos accidentes rutinarios, inevitables, que constituyen de alguna manera el costo de vivir en una sociedad como la nuestra. Pero el razonamiento presenta una variante cuando se trata de daños cometidos por el servidor mediando dolo o culpa inexcusable.

En tal hipótesis, el principal responde por razones de garantía frente a las víctimas; ya que, si no fuera así, éstas se encontrarían probablemente ante una grave dificultad para hacerse pagar por el trabajador. Pero aquí el peso del daño no debería difundirse entre la sociedad sino que tiene que recaer —en la mayor medida posible— en el propio servidor doloso o cuasi doloso. Por ello, la responsabilidad del principal frente a terceros no excluye en tal caso su derecho de repetir contra el trabajador que obró con mala fe o grave descuido. Este principal se encontrará posiblemente en mejor actitud que la víctima para cobrar ese importe del trabajador pues, debido a su relación de dependencia, tendrá diversos mecanismos para hacerse reembolsar: Descuentos del salario, indemnizaciones acumuladas, etc.

Sección III: Condiciones de aplicación

300. *Bajo sus órdenes.* La responsabilidad vicaria comprendida en el artículo comentado alcanza solamente a "aquél que tenga a otro bajo sus órdenes" y siempre que el daño haya sido causado por el dependiente "en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo".

La expresión "bajo sus órdenes" presenta algunas dificultades para determinar su alcance preciso. De primera intención, parecería que implica una cierta relación de dependencia. Sin embargo, veremos que esta dependencia no debe ser entendida en un sentido muy formal ni restrictivo.

Por lo pronto, estar bajo las órdenes de otro no significa ciertamente que aquél que causa el daño sea un apoderado de aquél a quien se atribuye la responsabilidad o que tenga instrucciones expresas para obrar en la forma en que se produjo el daño. La responsabilidad del mandante respecto de los actos del mandatario en el ejercicio de su poder, no sería vicaria sino directa: lo que hace el mandatario es como si lo hiciera el mandante; es técnicamente un acto propio. En cambio, la responsabilidad vicaria implica que, por mandato de la ley y atendiendo a ciertos fines sociales, una persona responde por los actos de *otro*. En consecuencia, la responsabilidad del mandante es distinta de aquélla contemplada en el artículo 1981; y el principal no puede exonerarse de esta responsabilidad vicaria del artículo 1981 aduciendo que su servidor no tenía poder formal para actuar en su nombre en la forma como lo hizo.

Sin embargo, la distinción entre la responsabilidad directa del mandante y la responsabilidad vicaria a veces no es tan clara, como lo ha advertido alguna jurisprudencia.

El 30 de diciembre de 1938, se cobró en la oficina del Banco Popular de Chincha un cheque por la suma de S/. 380, girado por don Jorge Mata contra el Banco Italiano de la misma localidad. Al realizarse el canje, el Banco Italiano rechazó el cheque porque la firma era falsificada. Don Luis Brignoli, empleado pagador del Banco Popular, creyó recordar que quien había cobrado el cheque era don José Rafael Félix y lo denunció ante la autoridad política como responsable. Félix fue apresado y se le abrió instrucción penal, la que terminó por auto del Tribunal Correccional que ordenó cortar el juicio debido a que se había descubierto que el autor de la falsificación no era José Rafael Félix sino dos menores de edad, sin relación con este último. Félix demandó al Banco Popular para que le pague una indemnización por el daño material y moral que le había infligido con la denuncia.

El Banco contestó diciendo que el causante del daño no era, en todo caso, el Banco sino el señor Brignoli, porque éste no había actuado a nombre del Banco dado que carecía de poder para presentar denuncias. El Fiscal PALACIOS opinó que, más allá de la existencia o no de un poder, el principal responde por los daños que cause su servidor; y, por tanto, el Banco era responsable. Empero, la Corte Suprema, por Ejecutoria de 7 de mayo de 1945, consideró que Brignoli formuló la denuncia dos meses después, "por simples sospechas, sin conocimiento ni aquiescencia del Administrador del Banco y con el fin de no perder la suma abonada por el cheque y de la cual se le había hecho responsable según su propia confesión". Por consiguiente, declara que no existe responsabilidad del Banco[424].

En realidad, la Corte razona en el sentido de que ese empleado no está verdaderamente actuando por cuenta del Banco sino por cuenta propia y en su propio interés; por eso no procede la responsabilidad vicaria. Pero esto no puede entenderse como que el Banco sólo sería responsable si el empleado hubiera tenido poder para presentar denuncias a la Policía

---

424. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Diciembre de 1945, No. 23, pp. 587-589.

o si previamente solicitó autorización para actuar en tal sentido: bastaría que hubiese actuado dentro del marco de sus funciones ordinarias y que la motivación de su obrar hubiera sido el interés del principal (lo que, por otra parte, se presume, salvo manifiesta prueba en contrario).

Tampoco se requiere necesariamente que el causante pueda ser considerado empleado u obrero para los efectos de las leyes laborales. Bien puede suceder, por ejemplo, que el causante del daño preste servicios durante menos de cuatro horas diarias para el principal, lo que lo excluye de las leyes laborales, pero ello no exime al principal de su responsabilidad vicaria. Los hermanos MAZEAUD, comentando una regla del Código Francés si no idéntica cuando menos análoga, sostienen que no es necesario que el agente directo reciba una remuneración del responsable civil ni menos aún, por cierto, que exista un contrato escrito entre ambos. Citando a DEMOGUE, dicen que la subordinación consiste en una situación de hecho; el agente directo puede haberse colocado en estado de subordinación por cualquier razón, incluyendo su propio placer o para complacer al responsable civil[425].

301. *Precisión del alcance de la condición.* ¿En qué casos, entonces, responde una persona por los daños cometidos por un tercero sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1981?

La doctrina clásica, dicen los hermanos MAZEAUD, exigía dos condiciones: que el agente haya sido libremente escogido por el responsable civil para que realice una tarea por su cuenta; y que exista una relación de subordinación entre uno y otro.

Sin embargo, la primera de estas condiciones ya no es mencionada por la jurisprudencia reciente. Antes este requisito era muy estricto porque la responsabilidad del principal estaba fundada en la *culpa in eligendo*. Ahora la mayor parte de autores modernos —prosiguen los MAZEAUD— sostienen que ése no es el fundamento de esta responsabilidad y, consiguientemente, eliminan la necesidad de libre elección de quien va a realizar el acto bajo sus órdenes: dado que la responsabilidad

425. Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. T.I., 6a. ed. Editions Montchrestien. Paris, 1965. Nos. 874-876, pp. 950-952.

del principal se ha objetivizado, aun cuando ese principal se encuentre obligado a escoger entre un reducido número de personas posibles o que incluso no tenga posibilidad de encargar la tarea sino a una única persona, es siempre responsable por los actos de ésta; el hecho de no haber tenido libertad para elegir o escoger al agente no lo exonera, a diferencia de lo que sucedía desde la perspectiva de la *culpae in eligendo*[426].

En consecuencia, lo único que cuenta actualmente para que el tercero sea responsable es que entre el agente y ese tercero exista una relación de subordinación en donde, más allá de los aspectos formales, el principal tenga efectivamente la dirección y la autoridad ya sea sobre el cargo, ya sea con relación al servicio específico: la relación entre uno y otro no debe ser de tipo horizontal sino de tipo vertical y jerárquico.

De esta manera, es obvio que un profesional independiente, que presta servicios para una determinada persona natural o jurídica, no está bajo las órdenes de ésta; y, consiguientemente, ésta no asume responsabilidad por los daños que cause el profesional. Así, el cliente no sería responsable del atropello a un peatón causado por un abogado agitado, en circunstancias en que con gran prisa se dirigía (con retraso) a la Corte para informar en el caso de tal cliente.

302. *La zona de penumbra.* Sin embargo, aun cuando la relación de dependencia es muy clara en algunos casos —como cuando existe incluso un vínculo de carácter laboral— esta condición de la responsabilidad del artículo 1981 puede dar lugar en otros casos a serias dificultades de interpretación.

Así, en la práctica, es posible encontrar casos brumosos, donde existe subordinación funcional pero no hay un vínculo jurídico subordinante, en el sentido técnico del término.

Juan Andrade Quiroz demanda a Kon Jon, propietario de un camión, para que le pague una indemnización por la muerte de su hijo Oscar Andrade Hidalgo, producida por el accidente que sufrió con tal ca-

---

426. Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: *OP. CIT.*, NO. 879, PP. 953-954; *etiam* Jorge BUSTAMANTE ALSINA: *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 3ra. ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1980. No. 947, p. 334.

mión en la mañana del 8 de abril de 1944, en el jirón Arequipa, a la altura del crucero formado con la calle Angaraes, de la ciudad de Lima. El accidente se debió a imprudencia del chofer Julio Montes que piloteaba el camión. El demandado se defiende aduciendo que el camión de su propiedad lo había arrendado a don Manuel Chang y, que por tanto, el chofer no estaba bajo sus órdenes: la demanda debía haber sido dirigida contra el chofer del camión y/o contra el arrendatario Chang, que era propiamente el principal de tal chofer. Sin embargo, el Fiscal LARCO opina que, en base a la doctrina objetiva, la responsabilidad vicaria es de aplicación también con relación a Kon Jon; y la Corte afirma esta tesis en Ejecutoria de 4 de julio de 1946[427]. Lamentablemente, ni el Fiscal ni la Ejecutoria explicitan el razonamiento que los conduce a pensar que la responsabilidad del artículo 1144 del Código Civil de 1936 (vicaria), entendida objetivamente, extiende sus alcances no sólo al principal del chofer sino incluso al locador del automóvil.

Doña Emma Herrera, madre del menor Ricardo Pérez Herrera, demanda a don Luis Ayulo para que le pague una indemnización por las lesiones sufridas por su hijo con motivo de haber sido atropellado por un automóvil de plaza conducido por el taxista Nicolás Ponce. Don Luis Ayulo era propietario del automóvil. En el juicio sostuvo que el chofer manejaba el automóvil por su cuenta, pues él se había limitado a dárselo en alquiler por el precio de 5 soles diarios. El Fiscal PALACIOS opinó que el artículo 1144 del Código Civil (anterior) sólo podía aplicarse cuando se acreditaba que el que ocasiona el daño está bajo las órdenes del demandado; lo que no había ocurrido en este caso. No obstante, la Corte Suprema, en resolución de 3 de setiembre de 1945, declaró que existía responsabilidad vicaria del propietario del automóvil sobre la base de la responsabilidad objetiva, "sin que la mera afirmación de habérselo entregado en arrendamiento sea admisible como causa exculpatoria". Parecía que se trataba de un problema de probanza, vinculado a una presunción: la responsabilidad objetiva creaba una suerte de presunción de que quien manejaba el automóvil lo hacía bajo órdenes del propietario, salvo prueba en contrario; y esa prueba no se había producido en este caso. Pero la Corte Suprema va más lejos y sostiene que aunque se hubiera

427. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Setiembre-Octubre de 1946, Nos. 32-33, pp. 555-557.

probado la relación de alquiler, el propietario sería responsable porque existiría también responsabilidad subjetiva: habría *culpa in eligendo*. Y a todo ello, la Corte le agrega un elemento de la doctrina del riesgo: "que encontrándose ese vehículo motorizado en pública explotación, el dueño debe soportar el riesgo que ha creado en su propio beneficio"[428]. Ante este verdadero *cocktail* de fundamentos, es difícil encontrar una línea clara de interpretación de la norma.

La locación de servicios y la locación de obra también generan dudas respecto de la aplicación de la responsabilidad vicaria. Por ejemplo, cuando se contrata una locación de servicios para la prestación de un trabajo determinado, el locador no se encuentra subordinado *laboralmente* al comitente (art. 1764), pero indudablemente está sujeto *a las órdenes* del comitente: situación de quien contrata a un chofer específicamente para que lleve una carga de mercadería desde la fábrica hasta el domicilio de un cliente determinado, en forma eventual y sin vínculo laboral. También es el caso de la persona que contrata a otra para que realice una obra determinada bajo su control y siguiendo sus instrucciones: situación del propietario que encarga a un albañil independiente la construcción de una pared. Por último —y sin que ello signifique agotar la inmensa gama de circunstancias en las que la responsabilidad vicaria es discutible— cabe mencionar la posibilidad (apuntada por los MAZEAUD) de que exista subordinación funcional pero que no se presente vínculo laboral (siempre en el sentido técnico del Derecho del Trabajo) y ni siquiera vínculo económico: situación de aquél que actúa bajo las órdenes de otro en un acto determinado por razones de mera cortesía, sin percibir un emolumento.

En todos esos casos, la relación de subordinación no presenta una jerarquización marcada, al punto que ya no es fácil distinguir si todavía se trata de una relación vertical o si su inclinación es ya tan leve que podríamos considerarla como horizontal. Como ya se ha dicho, no se debe intentar encontrar una relación *de derecho* entre el responsable civil y el agente que coloque a este último en situación de subordinación. Basta el *hecho* de que éste se encuentre *bajo las órdenes* del otro. Por eso, más allá de las formas contractuales, es preciso examinar las circunstancias

428. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Noviembre-Diciembre de 1946, Nos. 34-35, pp. 718-720.

concretas en las que se presenta la relación entre uno y otro. No se trata de decidir qué tipos de contratos o de relaciones jurídicas dan nacimiento a la responsabilidad vicaria y qué tipo no lo dan. Mal puede decirse, *e.g.*, que el contrato de trabajo genera responsabilidad vicaria, mientras que la locación de obra no lo hace. También la locación de obra puede dar lugar a responsabilidad vicaria del locador, cuando de alguna manera el contratista se encuentra de hecho subordinado a las órdenes del locador. Pero, en la práctica, resulta difícil distinguir entre el contrato de locación de obra en el que el locador conserva la facultad de dar propiamente órdenes al ejecutante de la obra y aquél otro contrato de locación de obra en el que el contratista asume verdaderamente la empresa por su cuenta y, más allá del encargo global, no recibe orden alguna del locador.

Quizá el criterio clave debe consistir en la apreciación de la calidad de empresario de aquél que presta el servicio o ejercita el cargo. Si éste es efectivamente un empresario con autonomía profesional o con capitales y personal propio o, en general, con características de empresa propia, entonces no hay razón alguna para trasladar el peso del daño a quien contrató sus servicios; él mismo puede difundirlo por los mecanismos empresariales, ya sea a través del sistema de precios, ya sea contratando una póliza de seguros. En otras palabras, este empresario tiene suficiente iniciativa y autonomía como para que se considere que no está estrictamente "bajo las órdenes" de quien lo contrató. En cambio, la contratación de un servicio determinado con una persona que carece de esa autonomía empresarial obliga a quien lo contrata a asumir los riesgos propios del encargo o servicio; independientemente del hecho de que exista o no subordinación jurídica y económica: basta que preste un servicio (gratuito o remunerado de cualquier forma) en base a instrucciones u órdenes recibidas del comitente; o, si se quiere, dicho de manera inversa, que los actos realizados por el agente directo o causante del daño, no constituyan *ex facto* un verdadero trabajo independiente. Todo esto quiere decir que para liberar de responsabilidad al comitente del daño será preciso examinar, más allá de las formas jurídicas empleadas, la realidad de la independencia del agente directo, analizando la forma como ejerce el encargo (sometimiento o no a instrucciones, capacidad empresarial propia, instrumentos y financiación independientes, actividad como empresa de servicios, etc.).

Un razonamiento similar puede aplicarse a los casos de alquiler que antes hemos mencionado. Si el arrendatario es una verdadera empresa

(aunque sólo tenga un automóvil) de vehículos de plaza que actúa con autonomía económica y funcional, el propietario no responde por los daños que cause tal arrendatario. Pero si el propietario entrega el automóvil a un tercero para que lo trabaje como taxi y le cobra "merced conductiva" que sólo deja al taxista un ingreso que equivale a un sueldo mientras que el propietario se ocupa del automóvil, realiza los gastos de mantenimiento y percibe la mayor parte de la utilidad, ese propietario será responsable por los daños que cause el chofer; aun cuando, para efectos de burlar la ley laboral, se haya dado al contrato la forma de un alquiler.

Evidentemente, desde este punto de vista, las distinciones clásicas entre la locación de servicios (*locatio operarum*) y la locación de obra (*locatio operis*) y aun la comprobación de que pudiera existir una locación de cosa, son de escasa utilidad por su carácter fundamentalmente formal.

303. *Subordinación y parentesco.* El hecho de que exista parentesco entre el responsable civil y el agente del daño no inhibe la relación de subordinación; por el contrario, muchas veces el ambiente familiar es el marco dentro del que se imparten las órdenes.

Pero no basta que exista una relación íntima de parentesco para considerar automáticamente que una persona se encuentra bajo la subordinación de otra. "Así, la sola autoridad general que corresponde a un padre sobre su hijo o a un marido sobre su mujer, no le da la calidad de comitente. Para que se convierta en comitente, tiene que encargar al hijo o a la mujer el ejercicio de una función determinada"[429].

Puede, pues, considerarse en ciertas circunstancias que un hijo mayor de edad recibe órdenes de sus padres y que una esposa recibe órdenes de su marido o que una concubina está cumpliendo las órdenes del concubino. En todos estos casos, nos estamos refiriendo a "órdenes" en el sentido amplio del término, como "instrucciones" o "encargos". Por consiguiente, cuando un padre encarga a su hijo mayor de edad para que lle-

429. Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. T. I. 6a. ed. Editions Montchrestien, Paris, 1965. No. 890, p. 959.

ve el automóvil al taller y este último atropella en el camino a un peatón, podríamos sostener que el padre se encuentra obligado a hacer frente a la indemnización correspondiente sobre la base del artículo 1981[430]. (Nótese que la situación sería similar si no existiera la relación de parentesco: la comisión de un encargo por cuenta de otro, aunque no sea remunerado, implica colocarse en la situación prevista por la norma comentada).

Ya hemos mencionado antes el incidente en el que el chofer Johnny Encinas y su ayudante Tiburcio Anduviri abandonan malherido, durante la noche, en una carretera de Puno, al indígena Rufino Barrientos, quien aparece al día siguiente muerto y comido por los perros[431]. Dicho chofer era hijo de la propietaria del camión, doña Leocadia viuda de Encinas. Por consiguiente, no existía una relación laboral formal entre dicha señora y el mencionado chofer sino una relación de parentesco. Pero no cabe duda de que Johnny Encinas estaba operando el camión por cuenta de su madre.

Atendiendo a estas circunstancias, el Fiscal VELARDE ALVAREZ opinó que tal señora era solidariamente responsable con tal chofer por los daños y perjuicios causados por éste. En realidad, VELARDE ALVAREZ considera que "su responsabilidad radica en el concepto de la culpa *in eligendo*"; por tanto, si esa señora había escogido a ese chofer (aunque sea su hijo y no le pagara nada), había una responsabilidad por culpa, sin tener que hacer referencia a la responsabilidad vicaria del principal. Pero si admitimos el concepto amplio de "estar bajo sus órdenes" que nos proponen los hermanos MAZEAUD, independientemente de cualquier responsabilidad por *culpa in eligendo*, estamos frente a un caso de aplicación del artículo 1981: Johnny Encinas estaba realizando una comisión (que incluso reportaría un beneficio económico) por cuenta de la señora Leocadia de Encinas. En consecuencia, está bajo sus órdenes y tanto la comitente como el chofer responden solidariamente.

304. *La subordinación organizacional.* Una situación curiosa es la que se refiere a la relación de subordinación que no nace de un contrato con el subordinado sino de la posición de una persona dentro de una organi-

---

430. Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.*, No. 886, p. 957.

431. *Supra*, Nos. 61 y 281.

zación. El gerente de una empresa tiene a los empleados bajo sus órdenes: ¿significa esto que al amparo del artículo 1981 la víctima de un daño cometido por uno de los empleados puede demandar tanto a la empresa misma como al gerente? Nótese que la misma pregunta puede ser formulada respecto de cada uno de los niveles de la organización frente a los daños cometidos por quienes se encuentran en los niveles inferiores.

El tenor literal del artículo 1981 permitiría considerar que todo "aquél que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último"; lo que significa que, en aplicación estricta de esa norma, el capataz, el ingeniero de planta, el Gerente General y la empresa misma, serían todos responsables por los daños causados por los obreros de la fábrica.

Pero la interpretación literal es muchas veces la peor de las interpretaciones porque el peso formal de las palabras impide acceder al sentido real de la norma: un malentendido respeto por la ley lleva a que el aspecto exterior de las expresiones deslumbre la vista del intérprete y no le permita ver lo que la norma persigue. En nuestra opinión, no cabe duda de que con la frase "aquél que tenga a otro bajo sus órdenes" la ley quiere referirse a la persona o entidad que constituye la empresa: aun cuando literalmente esa expresión comprende cada una de las relaciones de subordinación, la norma quiere que sea el último de los niveles —aquél que tiene bajo sus órdenes a todos los demás— quien responda.

Esta interpretación es menos literal pero suena más "lógica"; y nótese cómo esta lógica lleva implícita la idea de que es sólo ese último nivel o primer dador de trabajo —la empresa— quien puede efectivamente distribuir socialmente el peso económico del daño. En consecuencia, esta interpretación coincide perfectamente con la justificación antes propuesta para este tipo de responsabilidad vicaria.

305. *El acto de servicio.* No basta que el comitente del daño se encuentre bajo las órdenes del presunto responsable civil; se requiere además, dice la norma, que el daño se haya realizado en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo.

Sin embargo, esta condición no es perfectamente cristalina; y existen múltiples situaciones de duda que no han sido resueltas uniformemente por la doctrina.

Parecería claro que el principal no responde cuando el daño ha sido producido por el que se encuentra bajo sus órdenes, en circunstancias que no tienen relación alguna con el encargo: si después del trabajo un obrero se dirige a una cantina, se emborracha, pelea con otro y lo mata de una cuchillada, manifiestamente su empleador no es responsable. En puridad, ese obrero no está en ese momento bajo las órdenes del empleador. Pero el problema se presenta cuando se trata de daños que si bien no han sido cometidos estrictamente en el ejercicio del cargo o en el cumplimiento del servicio, tienen una estrecha relación con éste. Tal es el caso de aquellos daños causados por el servidor abusando de sus funciones o simplemente con ocasión de ellas.

La firma Organizaciones Miraflores S.A. tiene un grifo en el que vende gasolina y realiza otros servicios automovilísticos. El grifero nocturno, a espaldas del propietario y contra sus instrucciones, recibe automóviles para guardar durante la noche y para lavar en la mañana siguiente. Una noche, a las tres y media de la madrugada, coge uno de los automóviles que ha aceptado guardar y lo conduce por la ciudad. Es así como tiene un accidente automovilístico, causando daños que son pagados a la víctima por El Pacífico Compañía de Seguros y Reaseguros. Es por ello que este asegurador demanda el reembolso de la firma que era empleadora de tal grifero. La Corte Suprema, en Ejecutoria de 16 de setiembre de 1975, declara que no hay responsabilidad del empleador porque, en tales actos, el grifero no estaba bajo las órdenes de su patrón[432].

La Corte de Casación de Francia ha considerado que los daños cometidos por los servidores en abuso de sus funciones, siguen siendo en ejercicio de ellas: puede ser un ejercicio abusivo, pero no deja de ser el ejercicio de un cargo o el cumplimiento de un servicio[433]. Sin embargo, los MAZEAUD no consideran que el principal es responsable por los actos de aquél que está bajo sus órdenes, realizados "con ocasión" del cargo o servicio. Por ejemplo, si un chofer utiliza el automóvil del patrón fuera de horas de servicio o por cuenta de otras personas: ha salido del marco de su servicio; pero si no hubiera tenido tal función a órdenes de

---

432. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Noviembre de 1975, No 382, pp. 1228-1229.

433. Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.*, No. 905, p. 978.

ese patrón, no habría tenido tampoco la oportunidad de utilizar tal automóvil. En este caso, los MAZEAUD opinan que no es de aplicación la responsabilidad vicaria[434]. Jorge BUSTAMANTE ALSINA distingue entre los daños cometidos "con ocasión" del ejercicio de función y aquellos cometidos contra la prohibición del principal o con abuso de las funciones: los primeros no son indemnizables por el principal, mientras que los segundos sí[435]. Sin embargo, es fácil advertir que estas distinciones no son precisas.

El Derecho norteamericano no ha encontrado tampoco principios generales seguros en este campo. Ha sido reconocido que el abuso o el mal cumplimiento por el empleado de su función, no libera de responsabilidad al empleador: el empleador no puede sostener que el empleado está fuera del marco de sus funciones (*beyond the scope of his employment*) sólo porque actúa en contra de una prohibición expresa del patrón. Dentro del mismo orden de ideas, un empleador no puede limitar su responsabilidad simplemente instruyendo a sus empleados en el sentido de que deben actuar cuidadosamente. Por otra parte, las desviaciones menores de los actos necesarios para cumplir con el encargo, usualmente no son consideradas ajenas al marco del encargo[436].

306. *Responsabilidad vicaria y relación laboral.* ¿Puede un trabajador invocar la responsabilidad vicaria contra su propio empleador por daños que le han sido causados por otro trabajador del mismo empleador?

Este tema preocupó a las Cortes norteamericanas del siglo pasado y ha sido inteligentemente estudiado por Henry J. STEINER[437]. El caso típico es el de un ingeniero de ferrocarriles apellidado Farwell que trabaja-

---

434. Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: *Op. cit.*, Nos. 910 y 912, pp. 983 y 985.

435. Jorge BUSTAMANTE ALSINA: *Teoría General de la Responsabilidad Civil.* 3a. ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1980. No. 952, p. 336.

436. Edward J. KIONKA: *Torts in a Nutshell. Injuries to Persons and Property.* West Publishing Co. St. Paul, Minn., 1977, p. 277.

437. Henry J. STEINER: *The Reshaping of American Law: Legal Expressions of Change in Social Structure and Theory.* Preliminary Draft. Capítulo *The Fading Spirit of Freedom of Contract.* Harvard Law School. Cambridge (USA), Octubre de 1974.

ba en 1840 en Massachussetts para la Boston & Worcester Rail Road Corp. Perdió su mano derecha a causa de un descarrilamiento de tren que tuvo su origen en un error negligente de un compañero de trabajo: otro empleado del ferrocarril que tenía a su cargo la aguja del cambio de vías. Farwell demandó a la Boston & Worcester Rail Road Corp. para el pago de una indemnización por los daños y perjuicios aduciendo la responsabilidad vicaria del principal, debido a que el acto del responsable de la aguja había sido ejecutado dentro del marco de su servicio a la Compañía del ferrocarril. La decisión de la Corte, sustentada en la opinión del Vocal Lemuel SHAW, fue en el sentido de que no procedía el pago de tal indemnización porque la responsabilidad vicaria sólo puede ser invocada por un tercero que no tiene relación contractual con el presunto responsable. El Vocal SHAW sostuvo que entre un servidor (Farwell) y su empleador, "todos los riesgos y peligros que tanto el empleador como el servidor deciden asumir, deben estar regulados de manera expresa por el contrato que existe entre ellos". Por consiguiente, en ausencia de estipulación contractual, el servidor "toma a su cargo los riesgos y peligros ordinarios" de su empleo, "y existe la presunción legal de que la remuneración ha sido pactada por las partes teniendo en cuenta tales riesgos". Los terceros que no tienen relación contractual con el empleador del agente del daño, pueden invocar la responsabilidad vicaria (*respondeat superior*); pero si un servidor quería gozar también de este tipo de protección, pudo haber negociado con el principal una cláusula de indemnización en su contrato de trabajo. El Vocal SHAW agrega que si se permite que los propios empleados invoquen la responsabilidad del superior, entonces no serán igualmente cuidadosos y atentos respecto de los actos de sus compañeros como lo son respecto de los actos de terceros; se estaría fomentando la negligencia y el descuido en las relaciones de trabajo[438].

La decisión de la Corte Suprema de Massachussetts muestra una metodología moderna, dentro de un contexto social y empresarial superado. En el fondo, el Vocal SHAW ve al servidor como el más barato *cost avoider*: si él mismo se cuida suficientemente, disminuirán los accidentes. Por otra parte, esta sentencia revela una ideología de mercado en su forma más simplista y primigenia, en virtud de la cual la sociedad es concebida fundamentalmente como un conjunto de acuerdos (contratos) entre

438. *Farwell v. The Boston and Worcester Rail Road Corp.*, 4 Metc. 49 (Mass. 1842).

personas privadas: el Derecho se limita a honrar estos acuerdos e intenta no perturbar su eficacia. En realidad, la Ejecutoria se sitúa dentro de un contexto de intenso desarrollo de un capitalismo incipiente, en el que se procura que las empresas se encuentren libres de toda carga legal no empresarial y que todo se solucione por la vía de la victoria del más fuerte —léase, del más eficiente— en la lucha económica cotidiana.

Nuestra época, después de haber pasado por el *welfare state* y por las influencias socialistas, así como por un revivalismo comunitario, no puede admitir un razonamiento semejante. Las empresas —sean éstas, compañías o personas individuales— responden por los actos de sus servidores frente a cualquier persona, ya sea que la víctima sea servidor a su vez o no. Ya superada la etapa histórica de la acumulación capitalista —que exigió numerosos atropellos en nombre del "bien común" del desarrollo del capitalismo— las empresas no pueden ser exoneradas de responsabilidad alguna y deben canalizar los fines sociales. Claro está que esta nueva doctrina, propia de sociedades de capitalismo avanzado, es aplicada hoy también en aquellas otras sociedades en las que todavía no se ha producido la acumulación que garantice su estabilidad. Sin embargo, en la actualidad se conocen mucho mejor los mecanismos de mercado que permiten a la empresa diluir sus costos de responsabilidad, ocasionándole un costo financiero menor.

Por tanto, dentro de la cultura jurídica predominante actualmente, no existe razón alguna para exonerar a la empresa de responsabilidad por los daños que uno de sus servidores cause a otro servidor: ya sea que la víctima se trate también de un servidor o no, la indemnización correspondiente será socialmente diluida a través del sistema de precios. Y el artículo 1981 del Código Civil Peruano no hace distinción alguna entre tipos de víctimas posibles.

Sección IV: La acción de repetición

307. *Crítica a la norma.* La última parte de la regla establece que el autor directo y el llamado autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria. Esto significa que la víctima puede accionar contra uno u otra indistintamente, exigiendo el pago del íntegro de la indemnización. Pero, ¿puede aquél que pagó la indemnización repetir contra el otro autor por una parte del monto de la misma?

Pensamos que la norma no debía haber establecido una responsabilidad doble sino que, dentro del criterio de difusión del costo económico del daño, simplemente debió haber cargado la obligación exclusivamente en el principal, sin necesidad de complicar las cosas con una solidaridad que en la práctica es inútil pues resulta evidente que el principal será siempre más solvente que el servidor y que, por tanto, la víctima preferirá accionar contra éste.

308. *La acción de repetición: dolo o culpa inexcusable del servidor.* La excepción a este principio —el principal es quien paga, sin derecho a repetir contra el servidor— debió consistir en los casos de daño producido por dolo o mediando culpa inexcusable del servidor.

En esta eventualidad, el principal debe tener el derecho de repetir contra el servidor ya que es importante trasladarle en este caso el costo del daño a aquél que efectivamente lo causó, como medida de prevención de conductas dolosas o manifiestamente negligentes (*deterrence*). En otras palabras, si se trata de un accidente rutinario que es el resultado estadísticamente inevitable de la actividad empresarial y que se produce aun cuando el servidor haya actuado con una diligencia razonable, el costo debe ser íntegramente asumido por el principal para que a su vez lo traslade a la sociedad mediante el sistema de precios o mediante la contratación por el principal de una póliza de seguro; por consiguiente, en este caso, el principal no tiene derecho a repetir contra el servidor. En cambio, si el accidente se produce por dolo o culpa inexcusable del servidor, el principal paga a la víctima (no hay solidaridad) pero debe estar en aptitud de repetir contra el servidor por el monto íntegro de la indemnización que tuvo que pagar.

Lamentablemente, el legislador no parece haber realizado a fondo el ejercicio de razonamiento sobre las diferentes circunstancias en que deben aplicarse coherentemente los principios de la responsabilidad extracontractual. En tal situación que venimos estudiando, el Proyecto de la Comisión Reformadora establecía expresamente que el empleador responde por el daño pero que puede repetir contra el servidor que lo causó, siempre que pruebe que este último actuó con dolo o culpa inexcusable. Esta norma fue conservada por la Comisión Revisora, tal como aparece en la versión que ésta publicó en el diario oficial "El Peruano". Sin embargo; en las modificaciones de última hora que se hicieron al articulado unas semanas antes de su promulgación, por razones que desconocemos

se sustituyó ese régimen por el de una solidaridad entre principal y servidor.

Ahora bien, estas ideas —planteadas en el seno de las Comisiones legisladoras del Código Civil por el autor de este trabajo— no se perdieron totalmente. Sólo que fueron cogidas por un vendaval legislativo que transformó las palabras, revolvió las ideas, levantó en el aire los diferentes elementos de un sistema que pretendía ser coherente y los dejó caer en forma dispersa por diferentes partes del Código. Es así como en el artículo 1762 encontramos parte de la norma que propusimos para la responsabilidad extracontractual y que ahora resulta elemento integrante de la responsabilidad contractual.

En efecto, esa regla establece que "si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable". Esto significa que, existiendo la condición de dificultad ahí señalada, el autor indirecto a que se refiere el artículo 1981 no puede exigir al autor directo la repetición del pago de la indemnización, salvo que hubiese mediado dolo o culpa inexcusable, *i.e.*, ese autor indirecto puede repetir contra el autor directo cuando el daño haya sido causado por éste con dolo o culpa inexcusable.

Esta norma se ajusta a la tesis planteada en el presente acápite. Sin embargo, la forma final de la norma tiene dos diferencias con la tesis original que pervierten radicalmente su sentido.

En primer lugar, la exoneración de responsabilidad del autor directo ha sido condicionada a que se trate de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad. En cambio, el autor directo que preste servicios ordinarios para otros, sigue obligado al pago de los daños y perjuicios de manera general, con las consecuencias que se describen en el numeral siguiente. Dado que prácticamente todo encargo profesional puede considerarse difícil desde un cierto punto de vista, este artículo presenta el odioso aspecto de un escudo creado por los profesionales para sí mismos, mientras que el hombre común —no profesional— es sometido a un régimen de responsabilidad diferente y más duro.

En segundo lugar, esa norma ya no se encuentra en la Sección sobre responsabilidad extracontractual sino en el Título de la prestación de servicios de la Sección sobre contratos nominados. Pero los contratos nominados de prestación de servicios no comprenden todos los casos en que una persona está "bajo las órdenes" de otra, sino un pequeño número de esos casos. Por lo pronto, por influencia de los laboristas que no admiten que el Derecho Civil siga siendo el derecho común con normas supletorias a falta de disposición en las legislaciones especiales, se suprimió el contrato de trabajo de la enumeración de contratos civiles nominados de prestación de servicios (art. 1756). De manera que la excepción a la responsabilidad que crea el artículo 1762 no puede beneficiar a los profesionales o técnicos que presten sus servicios como empleados, sujetos a un contrato de trabajo de acuerdo a las leyes laborales. De esta forma, los profesionales que se encuentran bajo las órdenes de otro dentro de regímenes no comprendidos en la ley laboral, están exentos de responsabilidad (salvo el caso de dolo o culpa inexcusable); por lo tanto, no son responsables solidariamente con aquél que ha contratado sus servicios ni puede consiguientemente este último repetir contra ellos por las sumas que se vea obligado a pagar por los daños que causen esos prestadores de servicios. En cambio, si el mismo tipo de profesionales es contratado para realizar el mismo tipo de labores a través de un contrato de trabajo, asume todos los riesgos que se deriven de su trabajo: no sólo responde por dolo o culpa inexcusable sino también por todos los accidentes comprendidos sea en el artículo 1969, sea en el artículo 1970 del Código Civil, sin excepción alguna. Esta diferencia de tratamiento no parece lógica.

Si se quiere encontrar una interpretación que uniformice los tratamientos de los profesionales sujetos a contrato de trabajo y de los profesionales que no lo están, cabría dos soluciones: una restrictiva y otra extensiva.

La solución restrictiva consistiría en interpretar que el artículo 1762,si bien excluye a los profesionales sometidos a un vínculo laboral, debe entenderse como una norma exclusivamente referida al ámbito contractual. En consecuencia, rige sólo las relaciones entre las partes contratantes y no puede ser utilizada para exonerar responsabilidades extracontractuales del profesional frente a terceros: las víctimas siempre podrían, conforma al artículo 1981, demandar solidariamente tanto al profesional como a quien "lo tiene bajo sus órdenes". Sin embargo, todavía podemos

preguntamos si, demandado el comitente y vencido en el juicio, puede repetir contra el profesional que presta los servicios y que causó el daño (suponiendo siempre que esté presente la condición de dificultad de la prestación). Aquí también es posible formular dos interpretaciones. Es posible decir que, en tal caso, estamos ya ante una de las consecuencias de la relación contractual entre el comitente y el profesional prestador de servicios; por consiguiente, se aplica el artículo 1762 y el comitente no puede accionar en repetición. Una segunda interpretación —dentro de un espíritu rigurosamente restrictivo— diría que la regla del artículo 1762 se aplica solamente a los daños que, en el cumplimiento de la prestación estipulada, pudiera causar el profesional al comitente; pero que no puede extenderse a los derechos que tenga el comitente para repetir contra el prestador de servicios conforme a las reglas de la responsabilidad extracontractual por daños causados a personas ajenas a la relación contractual.

La solución extensiva —más acorde con los principios y políticas de la responsabilidad que hemos planteado en este libro— consistiría en entender todavía el contrato de trabajo como una prestación de servicios que, si bien ya no está regulada en detalle por el Código Civil debido a que tiene una legislación específica (con principios y métodos propios), no deja por ello de tener la naturaleza jurídica de la prestación de servicios, a la que se aplican las reglas generales que sobre ella establece el Código Civil, en la medida en que no hayan sido modificadas por la legislación laboral. Esto significaría que, independientemente de que exista vínculo de carácter laboral o no, el profesional (que realiza una tarea "difícil") sólo responde en los casos del artículo 1981 cuando ha actuado con dolo o culpa inexcusable.

Esta última interpretación no responde plenamente a lo propuesto por ese autor en materia de la responsabilidad del servidor, porque beneficia exclusivamente al profesional o técnico. Sin embargo, cuando menos apunta hacia la solución que debió haberse dado a todos estos casos de responsabilidad.

309. *La solidaridad entre el principal y el servidor.* Este importante cambio —repetición por solidaridad— acarreó una serie de circunstancias, quizá no pensadas por el legislador; particularmente el hecho de que el principal y servidor quedaban así sujetos al régimen del artículo 1983.

Uno y otro son ahora responsables del daño; y aquél que pagó puede repetir contra el otro de acuerdo a las reglas del artículo mencionado.

Esto da lugar a situaciones bastante curiosas y difícilmente justificables.

Existe, en primer lugar, un problema de interpretación del artículo 1983, que trataremos en su oportunidad[439]: la palabra "falta" contenida en esa norma —que es la clave de la repartición de las responsabilidades entre los deudores solidarios— ¿debe entenderse como "culpa" (subjetiva-mente) o como mera "responsabilidad" (objetivamente)? De las diferentes respuestas a tal pregunta se siguen consecuencias diferentes para la relajación principal -autor directo.

Si el artículo 1983 debe interpretarse en términos de culpa y por tanto no prevé la responsabilidad objetiva, sólo el autor directo (el servidor, por ejemplo) —que es el único *culpable*— recibe en última instancia el peso económico del daño, ya que el principal podrá repetir contra él y el Juez tendrá que atribuir a ese servidor la obligación de reembolsar el monto íntegro debido a que es el único que tiene "falta". La única manera de evitar esta consecuencia sería recurrir nuevamente a las viejas ficciones y considerar que el principal también tiene falta basada en la *culpa in eligendo* o en la *culpa in vigilando*. Pero estas ficciones han sido ya descartadas por la doctrina, como antes se ha visto.

Si la palabra "falta" del artículo 1983 debe interpretarse en términos meramente de responsabilidad, sea ésta subjetiva (propiamente falta) u objetiva, entonces el peso económico del daño resulta siempre compartido entre el principal (que tiene una "falta" objetiva) y el servidor (que puede tener una "falta" objetiva o subjetiva). Pero será muy difícil para el Juez hacer una evaluación de la "gravedad" de cada una de estas interpretaciones basadas en principios distintos.

En el caso de dolo o culpa inexcusable del servidor, podríamos decir que la responsabilidad de éste es más grave que la del patrón. En consecuencia, este último podría recobrar del servidor una parte importante de la indemnización que pagó a la víctima, o quizá toda.

---

439. *Infra*, No. 337.

Pero en el caso de un accidente rutinario (donde no ha habido el dramatismo del dolo o de la culpa inexcusable), ¿qué es más grave: la responsabilidad objetiva del patrón o la negligencia del trabajador que causó el daño? El Juez puede estar tentado de declarar que, siendo factores incomparables, debe considerarse que la participación de ambos en el daño es igual; lo que conllevará que el empleador pueda siempre cobrarle al servidor el 50% de lo que pagó al tercero por concepto de indemnización.

Es posible discutir si ello es conveniente o no: se trata de un tema fascinante de política jurídica. Desde una perspectiva de *cost avoiding*, parecería que cargarle al trabajador con una parte del peso del daño puede conducir a una mayor diligencia de éste. Desde una perspectiva de difusión del riesgo, el empleador es quien se encuentra en mejor posición para realizarlo. Combinando ambos criterios podría quizá decirse que las consecuencias económicas de los daños causados por un trabajador con dolo o por culpa inexcusable es conveniente que reviertan en ese autor directo, a fin de desalentar su comisión. En cambio, el peso económico de los accidentes rutinarios, aquéllos en los cuales el control por el propio causante es mínimo, debe recaer fundamentalmente en el empleador a fin de que pueda ser transferido a la sociedad.

Sin embargo, es preciso compatibilizar tales propósitos asignados al Derecho (*policies*) con el texto de la norma. En cualquiera de esos casos, parece no cumplirse estrictamente el tenor de la primera parte del artículo 1981: aquél que tenga a otro bajo sus órdenes no responde verdaderamente por los daños que causa este último —sino sólo parcialmente— ya que siempre puede repetir contra él sobre la base de lo dispuesto en la frase final del mismo artículo. De esta manera, la segunda parte de la norma desfigura lo dispuesto por la primera.

Es posible que la jurisprudencia encuentre en el futuro un camino imaginativo para devolver al artículo 1981 el sentido de su primera frase, que fue desvirtuado —probablemente de manera inadvertida— en su última frase.

CAPITULO IV

DIFAMACION Y CALUMNIA

Sección I: La difamación

310. *Diferencias entre difamación y calumnia.* El Proyecto de la Comisión Reformadora contenía un artículo —que fue una iniciativa del autor de este trabajo, en la segunda versión de su Proyecto ante la Comisión Reformadora— en el que se contemplaban los casos de daños y perjuicios resultantes de la calumnia y de la difamación (art. 2038).

Como es perfectamente conocido, la calumnia es una denuncia ante una autoridad de un hecho punible que ha sido cometido por el denunciado, con el objeto de perjudicarlo. La difamación, en cambio, consiste en el atentado contra la reputación de una persona, mediante la difusión de una noticia que le atribuye un hecho, una cualidad o una conducta que puede perjudicar su honor o su reputación.

Dentro de la doctrina anglosajona, la responsabilidad extracontractual de la difamación está constituida a su vez por dos instituciones: el libelo (*libel*), que implica una difamación a través de un medio relativamente permanente (tal como un libro, un periódico, una película cinematográfica, un disco, etc.); y la murmuración (*slander*), que implica una difamación a través de un medio pasajero (como la palabra hablada, el gesto, etc.).

Es importante advertir que, a diferencia de la calumnia, la difamación no se limita a la difusión de afirmaciones que implican una falsedad respecto del sujeto difamado; lo que se difunde puede ser cierto, pero tiene el carácter de difamación cuando no existe ninguna razón justificada para dañar el honor o la reputación de una persona revelando circunstan-

cias hasta entonces ocultas. También debe tenerse en cuenta que, si bien generalmente la difamación se produce por la divulgación de una inmoralidad o tacha, no siempre es éste el caso. Así, por ejemplo, el hecho de que una mujer haya sido violada, no es una inmoralidad de la víctima ni un hecho moralmente reprobable de ella; pero la divulgación innecesaria de este hecho, cuando no era conocido, constituye difamación porque tiene un efecto probable dentro de nuestro medio —aunque sea injustificado— de disminuir la estimación de la gente común por la persona que ha sufrido esa vejación.

311. *Devaneos legislativos.* El Proyecto de la Comisión Reformadora, publicado en "El Peruano", en coordinación con la Comisión Revisora, en noviembre de 1982, era muy prudente en la formulación de esta responsabilidad.

En su artículo 2038 se establecía que la difamación sólo daba lugar al pago de daños y perjuicios cuando había sido realizada con intención de causar daño o mediando culpa inexcusable. Por consiguiente, la divulgación por razones bien intencionadas de noticias eventualmente dañinas sobre una persona, no daba lugar a indemnización. Además y concordantemente, se había precisado que el demandado podía liberarse de responsabilidad probando que la información era verdadera y que era necesario o conveniente divulgarla.

Curiosamente, en los cambios que se efectuaron en las semanas anteriores a la promulgación del Código, se suprimió toda referencia a la difamación; de manera que el artículo 1982 quedó limitado a los casos de calumnia. En consecuencia, la Sección del Código relativa a la responsabilidad extracontractual no contiene una disposición expresa y explícita —sin perjuicio de la norma genérica del artículo 1969— que proteja el honor y la reputación de las personas.

312. *Los derechos de la persona.* Para fundamentar de manera más precisa el pedido de una indemnización por haber sido objeto de difamación, es necesario acudir a otro lugar del Código: el título relativo a los Derechos de la Persona.

Es así como, concordando el artículo 5 (que, en realidad, tiene otro propósito, pero que encierra el principio del respeto del honor) con el artículo 1969, podríamos tratar de obtener una indemnización de quien

atenta contra nuestra reputación, ya sea mediante un libro u otra forma permanente, ya sea mediante un rumor o chisme. Y el artículo 17 —concordado con el artículo 1983— nos facilita la posibilidad de demandar a todos los responsables del libelo (escritor, editor, etc.) o de la murmuración (primer difusor y sucesivos transmisores), dado que establece una responsabilidad solidaria entre ellos.

Empero, es evidente que esta sistematización no es la más adecuada. Sin perjuicio de que los derechos de la persona sean establecidos en un Título especial, la reparación de los daños por cualquier tipo de derechos no contractuales debe ser reglada en la Sección correspondiente a la responsabilidad extracontractual. Es en ella que deben establecerse las condiciones específicas en que se considera que la violación de tales derechos ha causado daños reparables y es también en ella que han debido señalarse los criterios para su reparación.

313. *La jurisprudencia nacional.* Evidentemente, la norma propuesta para el Código —que no fue incorporada— no tenía por objeto *crear* tal responsabilidad de daños y perjuicios causados por difamación. Esa responsabilidad ha estado siempre contenida en el principio general de la indemnización por daños y perjuicios, cualquiera que sea su expresión legislativa. Por consiguiente, está presente el artículo 1969 del actual Código (concordado, como ya se ha dicho, con los derechos de la persona) y estaba presente en el artículo 1136 del Código anterior.

La jurisprudencia nacional ha reconocido la existencia de este tipo de daños en diferentes ejecutorias, tanto en los casos en que la difamación ha sido producida por un particular (utilizando eventualmente un medio de comunicación de masas) como cuando ha sido producida directamente por un medio de comunicación de masas (por acción directa de propalación de una noticia o por omisión en las precauciones razonables para acoger informaciones recibidas de terceros).

El señor Carlos A. Geldres seguía estudios en la ciudad de Trujillo y se le presentaron algunas dificultades en su examen de promoción con la nota del curso de Revisión de Matemáticas, enseñado por el ingeniero don Alfonso Chávez Cabrera. Este ingeniero era catedrático de la Universidad de Trujillo. En esas circunstancias, el padre de tal alumno, don Julio F. Geldres, denunció al profesor ante el Consejo de dicha Universidad, atribuyéndole incorrecciones e irregularidades. Por otra parte, el se-

ñor Julio F. Geldres hizo publicaciones en los diarios "El Liberal" y "La Nación" de Trujillo, atribuyendo al ingeniero Chávez "hechos y actitudes en agravio de" su hijo. Realizada la investigación correspondiente, el Consejo se pronunció en favor del mencionado catedrático y desechó las imputaciones del padre del alumno, determinando que el joven Geldres había sido desaprobado por deficiente rendimiento en el examen respectivo.

El Ingeniero Alfonso Chávez demandó judicialmente a don Julio F. Geldres por daños y perjuicios derivados de tales actos de difamación cometidos por este último, tanto a través de los procedimientos ante el Consejo de la Universidad como a través de los diarios. El Fiscal GARCIA ARRESE consideró fundada la demanda y la Corte Suprema, por resolución de 7 de julio de 1956, ordenó el pago de una indemnización[440].

Un caso de responsabilidad del propio medio de comunicación (aunque por omisión) se produjo cuando el diario "La Prensa" de Lima publicó una carta, aparentemente firmada por don Eduardo Bueno y Tizón, "en la que se hacían apreciaciones sumamente injuriosas para la dignidad del Poder Judicial". Dicho señor sostuvo que su firma había sido fraguada y demandó a la propietaria del diario, Empresa Periodística S.A., para que le abone una indemnización por los daños y perjuicios causados a su prestigio profesional como abogado, por el hecho de aparecer públicamente como autor de un texto oprobioso para quien lo había escrito.

Acreditado el hecho de que no se trataba de su firma, el Fiscal FEBRES opinó: "Evidentemente que se ha causado daño al actor, quien, en su condición de abogado, ha sufrido detrimento en su honorabilidad y dignidad al adjudicársele la paternidad y responsabilidad de dicha carta" y "Es evidente que Empresa Periodística S.A. ha procedido con ligereza al publicar dicha carta (...) que pone en boca del actor las expresiones que ella contiene". Por resolución de 2 de abril de 1962, la Corte Suprema ordenó el pago de la indemnización considerando "que el precepto contenido en el artículo 63 de la Constitución del Estado establece res-

---

440. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 153, año de 1956, pp. 1217-1218.

ponsabilidad del editor por las publicaciones que efectúa; y que aunque en el presente caso dicha responsabilidad deriva de no haber tomado aquél las precauciones necesarias para establecer previamente la autenticidad del documento y la identidad de su autor" y no de una difamación cuyo origen se encuentre en el mismo periódico, existe igualmente responsabilidad[440bis].

Por consiguiente, la responsabilidad extracontractual por daños derivados de difamación masiva o circunscrita a un determinado grupo de personas, no es una novedad en nuestro medio.

314. *Problemas derivados de la falta de regulación de la institución.* Lamentablemente, en la actualidad, debido a la supresión de la regla específica sobre daños por difamación propuesta para la Sección de responsabilidad extracontractual del Código, no existe criterio legal para ponderar tal responsabilidad cuando, en ejercicio de la función informativa, resulte conveniente divulgar una noticia aunque afecte la reputación de una persona.

Las posibilidades de exoneración de la responsabilidad que habían sido cuidadosamente estudiadas en el Proyecto de la Comisión Reformadora para proteger a quienes cumplen una misión de información pública —*i.e.*, el periodismo— contra aventureros judiciales e intimidadores de la libertad de expresión, no han sido recogidas por el Código. A falta de explicitación por el legislador, la jurisprudencia tendrá en este campo la delicada tarea de trazar los límites entre el libelo y la necesaria información pública. Para este efecto, podrá guiarse por las consideraciones que se encontraban en el Proyecto de la Comisión Reformadora y que recogen la doctrina comúnmente aceptada sobre esta materia.

Sección II: La calumnia

Artículo 1982.- *Corresponde exigir indemnización de daños y perjuicios contra quien, a sabiendas de la falsedad de la*

440bis.*Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 219, año de 1962, pp. 469-470.

imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncia ante autoridad competente a alguna persona, atribuyéndole la comisión de un hecho punible.

315. *El ejercicio del derecho de dañar y la defensa propia por la vía judicial.* El artículo del Código que comentamos rige los casos en que pudiera hablarse (metafóricamente) de un abuso del derecho de denunciar los delitos a la autoridad.

Hemos ya comentado la inmunidad que existe frente a los daños autorizados por la ley, una de cuyas hipótesis es el ejercicio legítimo del derecho de dañar[441]. El derecho de denunciar a quien creemos que ha causado un delito en nuestro perjuicio es sin duda un derecho de dañar. La denuncia representa siempre un daño, porque se persigue causarle un mal al denunciado: encerrarlo en la cárcel o aplicarle alguna otra pena. Pero es un daño que la ley nos autoriza a cometer en salvaguarda de otros derechos. En ese sentido, este derecho de dañar mediante una denuncia a la autoridad competente, es una forma de defensa propia. Hemos indicado también que la defensa propia en general es una variante del derecho de dañar: se nos autoriza a causar directamente un daño a otro para salvar nuestras vidas o nuestros bienes[442]. Ahora bien, ese daño puede ser físico (mediante una respuesta física a una agresión física inmediata) o jurídico (mediante una respuesta jurídica): la denuncia contra quien causa un delito en agravio nuestro es una defensa *ex iure*, orientada a buscar nuestra protección y la de la sociedad toda.

316. *El ejercicio irregular del derecho de denunciar.* Ahora bien, el derecho de dañar debe ser ejercitado regularmente; en caso contrario, se produce un abuso de derecho (o, más propiamente, una ausencia de derecho por haber excedido los límites autorizados). Es por ello que la defensa propia tiene que ser legítima, *i.e.*, sometida a ciertas condiciones que la hacen válida.

---

441. *Supra*, Nos. 92 y 93.

442. *Supra*, No. 98.

Las mismas consideraciones se aplican a las denuncias ante la autoridad competente: tenemos derecho a formularlas (aunque dañen a otro) siempre que se cumplan ciertas condiciones que las hagan legítimas. En otras palabras, siempre que ejercitemos *regularmente* nuestro derecho de denunciar. Cuando tales condiciones no se cumplen, nos encontramos frente a la figura de la calumnia y la víctima del daño (el denunciado) tiene derecho a exigir una indemnización.

317. *¿Cuándo es indemnizable la denuncia*? El problema estriba en determinar cuáles son las condiciones para que una denuncia se convierta en calumnia; o, dicho en otras palabras, cuando el ejercicio del derecho de denunciar se hace irregular.

La regla del artículo 1982 señala dos criterios (1) cuando la denuncia se hace a sabiendas de su falsedad; o (2) cuando no existía motivo razonable para denunciar.

El primero de estos criterios no ofrece dificultades, salvo las inherentes a la probanza del dolo. En cambio, el segundo criterio introduce una idea de razonabilidad que puede ser materia controvertible.

Alguna jurisprudencia anterior al actual Código ha pretendido que solo hay lugar a indemnización cuando la denuncia era intencionalmente falsa. Don Félix Eugenio Evaristo denunció ante la Corte Superior de Huánuco y Pasco al auxiliar de la Fiscalía, don Peñafort Ortega Inga, por delitos de corrupción y concusión, lo que dio lugar a la destitución de éste. Pero, no habiéndosele comprobado los hechos delictuales, el denunciado inició una acción de daños y perjuicios contra el denunciante. Sin embargo, el Fiscal FEBRES opina que no hay nexo de causalidad entre el daño y la denuncia: afirma que la destitución obedeció no sólo a esa denuncia sino "a múltiples quejas presentadas por litigantes del lugar". Pero agrega que únicamente puede atribuirse responsabilidad extracontractual a una denuncia intencionalmente maliciosa. En cambio, como "ni dolo ni culpa rodean el evento", esta denuncia constituye un ejercicio legal de un derecho y no da lugar a indemnización. La Corte Suprema, por resolución de 23 de abril de 1959, hace suya esta opinión del Fiscal, en contra de lo resuelto por el Juez de Primera Instancia[443]. Sin embargo,

443. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 184, año de 1959, pp. 554-555.

esta jurisprudencia es inaceptable en la actualidad porque no solamente la intención de dañar con la calumnia da lugar a responsabilidad sino también la ausencia de motivo razonable para denunciar. De manera que no sólo habría que probar que hubo dolo en la denuncia sino que bastaría que se estableciera que no hubo motivo razonable para denunciar, para declarar que hay responsabilidad del denunciante.

318. *La jurisprudencia peruana.* Los Tribunales peruanos han comenzado a establecer una línea de criterios sobre lo que es razonable —y, por consiguiente, no da lugar a responsabilidad— en materia de denuncias a la autoridad.

De primera intención, podríamos decir que los Tribunales han señalado que lo razonable es aquéllo que no fue un acto arbitrario del denunciante. Por ejemplo, la Sociedad Siderúrgica de Chimbote (SOGESA) denunció a don Antonio Bermúdez Martell y otros por delitos de apropiación ilícita y falsificación de documentos. Pero, en el proceso, estas personas fueron absueltas por tales delitos. Sin embargo, la resolución de la Corte Suprema de 12 de noviembre de 1973 establece que, si bien no hay contra estas personas "cargo probado y concreto de culpabilidad", "la investigación y denuncia correspondientes no constituyeron hechos arbitrarios de la demandada"[444].

Pero el carácter de arbitrario o no arbitrario de un acto no es evidente; de modo que se requiere una precisión jurisprudencial mayor de la decisión de denunciar.

Doña Pilar Villegas de Neira denunció a doña Julia Gutiérrez de Rosa por apropiación ilícita. Sin embargo, la denunciante no pudo probar en forma alguna la verosimilitud de su denuncia. Por ello, la denunciada demandó por daños y perjuicios a la denunciante, obteniendo el pago de una indemnización (incrementada en la Corte Suprema) por considerar la Corte que "las pruebas resultaban deleznables para acreditar la responsabilidad". La Ejecutoria declara que, si bien no dan lugar a indemnización las denuncias efectuadas de conformidad con el ejercicio regular de un derecho, no puede considerarse que éste es el caso (sino que, más bien, se trata de un abuso del derecho) cuando no hay pruebas que permitan

444. *Revista de Jurisprudencia Peruana.* No. 359, Diciembre de 1973, p. 1486.

establecer la razonabilidad de la acusación. La Corte indica que no se trata solamente de una falta de pruebas que acrediten la veracidad y el funcionamiento de los hechos denunciados[445].

En general, la Corte ha considerado que no existía responsabilidad cuando el denunciante se ha limitado a relatar el hecho y, quizá, a expresar una sospecha respecto de alguien; y es la autoridad policial o judicial la que ha incriminado a determinadas personas.

En la Hacienda Casa Grande se advirtieron diferencias de peso en el forraje entre las compras a los proveedores y el consumo, lo que indicaba que se estaba produciendo una pérdida irregular. En consecuencia, el Jefe de Vigilancia de dicha Hacienda se apersonó ante la autoridad policial y, sin señalar a persona determinada, denunció el hecho y solicitó una investigación. A consecuencia de ello, se abrió la instrucción contra varias personas y se decretó la detención provisional, entre otros, de Wilfredo Sánchez Campos, quien estuvo preso durante dos semanas. Sin embargo, terminada la instrucción, se declaró que no había mérito a juicio oral contra dicho señor. Casi dos años más tarde, Wilfredo Sánchez demandó a la Empresa Agrícola Chicama, propietaria de la Hacienda mencionada, para que le pague daños y perjuicios por tal denuncia que consideró injustificada.

Aun cuando el Juez de Primera Instancia declaró fundada dicha acción, el Fiscal GARCIA ARRESE opinó que "la Empresa se limitó a proporcionar los datos solicitados por la Policía" y que es la Policía, "ejercitando sus atribuciones", que decretó la detención provisional de Wilfredo Sánchez, entre otros. El Fiscal considera que no hay responsabilidad porque "al hacerse la denuncia no se sindicó a determinada persona"; y agrega que "Pretender derivar un provecho económico, a título de indemnización, importaría tener que aceptar la consumación de un hecho perjudicial para no exponerse a las contingencias de la investigación judicial o a los resultados del procedimiento judicial por la complacencia de testigos faltos de idoneidad o a pruebas dejadas de actuar oportunamente". La Corte Suprema, por resolución de 19 de mayo de 1958, acogió este planteamiento[446].

---

445. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 344, Setiembre de 1972, pp. 1157-1158.

446. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 174, año de 1958, pp. 748-751.

Un criterio similar utilizó la Corte en el juicio seguido por Alarcón contra Roncalla. Don Pascual Roncalla había sido víctima de robo de mercaderías en un establecimiento comercial de su propiedad, sito en la ciudad de Cotahuasi. Es por ello que su esposa, doña Zaragoza Fuentes de Roncalla, denunció este hecho a la Policía, participando sus sospechas respecto de don Alipio Alarcón, quien frecuentaba la casa. La Policía detuvo a Alarcón, pero posteriormente se estableció la inocencia de éste. Por ese motivo, Alarcón demandó a don Pascual Roncalla por daños y perjuicios.

El Fiscal PALACIOS opinó que el robo sufrido por Roncalla había quedado ampliamente acreditado, lo que constituye una base de razonabilidad de la denuncia. Por otra parte, la esposa de Roncalla formuló las denuncias "en ejercicio de un derecho de defensa de su patrimonio", pero la detención de Alarcón no había sido de su incumbencia. En razón de todo ello, el Fiscal era de parecer que no procedía indemnización; lo que fue asumido por la Corte Suprema por resolución de 23 de mayo de 1945[447].

La Sociedad Agrícola San Nicolás Ltda. era propietaria de ganado lanar en la Provincia de Chancay. El Ingeniero Agrónomo Juan Rutter Salazar, quien trabajaba para dicha Sociedad, denunció ante la Comandancia del Puesto de la Guardia Civil Rural de la Hacienda que estaban desapareciendo sistemáticamente los animales y que incluso se habían encontrado pieles de carneros beneficiados. Como consecuencia de ello, se procesa por delito de abigeato a don Marcelino Ramos Medina, encargado de cuidar el ganado. Sin embargo, en el correspondiente juicio penal, Ramos fue absuelto; y consiguientemente, demandó a la Sociedad Agrícola por daños y perjuicios.

El Fiscal GARCIA ARRESE dictaminó en el sentido de que, "comprobada la desaparición sistemática de ganado lanar, su silencio (el del Ingeniero Agrónomo que hizo la denuncia) lo hubiera constituido en responsable, por omisión, al no haber hecho la denuncia policial. Cumplió con su deber de función que no puede derivar contra él responsabilidad ni tampoco para la Sociedad, afectada en su patrimonio social". La Corte

447. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 23, Diciembre de 1945, pp. 589-591.

Suprema, por resolución de 16 de noviembre de 1979, acogió el dictamen del señor Fiscal[448].

La responsabilidad del denunciante queda exonerada también si varias autoridades creyeron en la procedencia de la denuncia, aunque finalmente se haya absuelto al denunciado.

La señora Teófila Cueva de Otárola, al ir al potrero "Aguene", distante dos kilómetros y medio de la ciudad de Canta, comprobó que había desaparecido un ternero de 17 días de nacido, producto de una vaca suiza, que pastaba con el resto de su ganado lechero. Preguntó por la suerte de ese ternero y esto dio origen a una cadena de referencias: la señora Teófila Montoya le dijo que don Alejandro Montoya le había dicho que había visto a don Víctor Hugo Igreda Cayetano rondando por la zona, con intenciones de apoderarse del ternero. Denunciada la desaparición del animal, fue encontrada la res descuartizada en una acequia, cerca del potrero donde pastaba. El Subprefecto de Canta ordenó la detención de Igreda. Más tarde, el Agente Fiscal de Lima, doctor Barco Martínez, formuló acusación contra el mencionado Igreda; y el Fiscal del Tribunal Correccional también lo considera culpable. Pero éste fue absuelto por el hecho de que, si bien estaba probado el delito con el hallazgo del animal, no estaba probado que el denunciado fuera realmente el autor. Por ello, el mencionado Hugo Igreda demanda a don Augusto Otárola, esposo de la denunciante, por daños y perjuicios en razón de haber sido denunciado por abigeato y de haber sufrido pena privativa de la libertad por seis meses.

El Fiscal GARCIA ARRESE dictamina que no ha lugar a responsabilidad porque no existe "un vínculo de causalidad" entre la denuncia efectuada por el demandado y la detención, porque ésta es resultado de la investigación policial. Además, dice el Fiscal "Los elementos de convicción reunidos dentro de la instrucción, sin ser suficientes, determinaron que el Agente Fiscal, el Juez Instructor, el Fiscal del Tercer Tribunal Correccional y el señor Fiscal de la Corte Suprema, doctor VELARDE ALVAREZ, opinaran por la responsabilidad (penal), amparando la denuncia". Esto permite pensar que la denuncia era razonable. La Corte Supre-

448. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 195, año de 1960, pp. 414-416.

ma, por resolución de 16 de setiembre de 1957, consideró igualmente que, en esas circunstancias, era razonable que pudiera pensarse que el denunciado era culpable[449].

De otro lado, la denuncia penal efectuada sobre la base de un error de derecho —porque se creía que una determinada conducta irregular era delito, cuando no lo era— tampoco ha sido considerada como no razonable, si el hecho era real y el denunciante obró de buena fe.

Don Luis A. Huaco importó un potro fino con el objeto de establecer una cría de caballos de raza en Arequipa. Enterado de ello don Juan Barreda Sanz, se arregló con el mayordomo de la hacienda y, mediante una gratificación, consiguió que el potro cubriera una yegua de su propiedad, sin consentimiento de Huaco. Cuando éste tuvo conocimiento de los hechos, formuló una denuncia penal por delito de estafa y el Juez procedió a abrir instrucción contra Barreda y contra el mayordomo. Sin embargo, la Corte Suprema declaró nulo todo lo actuado porque el hecho denunciado no constituía delito; y ordenó archivar el expediente.

Consecuentemente, don Juan Barreda Sanz demandó al denunciante, don Luis A. Huaco, por daños y perjuicios, aduciendo que había sido perjudicado materialmente por el embargo trabado sobre la yegua cubierta y que había sido perjudicado moralmente por la existencia de un proceso penal contra él. El Juez declaró fundada la demanda, la Corte Superior revocó tal sentencia. Interpuesto recurso de nulidad, el Fiscal SOTELO dictaminó en el sentido de que Barreda "realizó un verdadero acto ilícito, consiguiendo en forma clandestina, contra la voluntad del demandado, que el potro fino de propiedad de éste cubriera la yegua de aquél". Y, aunque la denuncia estuvo "evidentemente mal dirigida", no puede determinar responsabilidad alguna: "El demandado no ha cometido acto ilícito alguno. Fue más bien el demandante quien lo perpetró. La demanda, por consiguiente, es infundada". Esta opinión fue acogida por la Corte Suprema en resolución de 14 de noviembre de 1949[450].

---

449. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 158, Enero de 1958, pp. 57-61.

450. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 74, Marzo de 1950, pp. 312-313.

TITULO VI

RESPONSABILIDADES CONCURRENTES

CAPITULO I

INCITACION O AYUDA

> Artículo 1978.— *También es responsable del daño aquél que incita o ayuda a causarlo. El grado de responsabilidad será determinado por el juez de acuerdo a las circunstancias.*

319. *El tatbestand de la norma.* La norma fue introducida en la última redacción del articulado y, aun cuando ese redactor final se inspiró largamente en el Código Italiano, esta regla no fue tomada de ese cuerpo legal. Este artículo —que parece fuera de sitio, ya que lo lógico habría sido situarlo en proximidad al artículo 1983 (varios responsables del daño)— puede dar lugar a muchos problemas de interpretación y, si no se lo aplica con un razonamiento riguroso y fino, a no pocas arbitrariedades.

El *tatbestand* está constituido por dos situaciones: la incitación y la ayuda para causar un daño, que examinaremos separadamente.

320. *Primera hipótesis de hecho: la incitación.* La primera hipótesis de aplicación de la norma es la incitación a cometer el daño.

Esta situación es aparentamente clara. Pero como dice Gastón BACHELARD, el primer obstáculo epistemológico es la aparente claridad de la primera impresión[451]. En realidad, hay que distinguir entre incitar a

---

451. Gastón BACHELARD: *La Formación del Espíritu Científico.* Siglo Veintiuno Editores S.A.; 6ta. ed. México, 1978, p. 23.

cometer el daño e incitar a incurrir en negligencia o imprudencia. Por ejemplo, si *Antoninus* sube al automóvil de *Terentii* y le ofrece dinero para que atropelle a un determinado peatón, estamos frente a un caso de incitación a cometer el daño. Pero puede suceder que simplemente *Antoninus* suba en el taxi de *Terentiiy* le pida que lo lleve muy rápido al aeropuerto porque va a perder su avión; lamentablemente, *Terentii* atropella en el camino a un peatón. ¿Será *Antoninus* responsable en ambos casos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1978?

En nuestra opinión, el artículo 1978 se aplica fundamentalmente al primer caso y sólo en situaciones muy graves al segundo; en otras palabras, ese artículo se refiere básicamente al dolo y no a una eventual autoría remota por culpa.

El tenor literal del propio artículo 1978 nos lleva a pensar en tal sentido, ya que la norma establece: "También es responsable del daño aquel que incita ... a causarlo". Ese "lo" final se refiere al daño mismo, por lo que la norma debe leerse: "También es responsable del daño aquel que incita ... a causar el daño". Estamos, pues, frente a la situación en que alguien incita a cometer el daño mismo y no a aquélla en que alguien incita a realizar una conducta que, a través de una serie de otras causas y concausas, puede terminar en un daño. En este último caso, la acción sólo va a producir un resultado dañino si median otras circunstancias ajenas a aquél que propone la acción.

Pensamos que la responsabilidad por incitación podría aplicarse al estímulo a la negligencia o a la imprudencia, cuando el incitador —a través de mecanismos eficaces de persuasión que habría que acreditar y no de una simple sugerencia que pudo haber sido rechazada por el causante directo— promueve una conducta que casi inevitablemente terminará en accidente: en esta hipótesis, el incitador no pudo dejar de haber previsto la posibilidad de causar daño, pero asumió los riesgos. Por ejemplo, ésta es la situación cuando el incitador promueve la violación de una ley establecida precisamente para evitar accidentes. Así si *Antoninus* ofrece una suma adicional al taxista para conducir a mayor velocidad que la legalmente permitida o para penetrar en una calle en contra del sentido del tráfico para cortar camino, no cabe duda que *Antoninus* debe responder por los daños que se deriven de ello.

321. *Segunda hipótesis de hecho: la ayuda.* La segunda hipótesis se refiere a la ayuda para causar el daño.

En principio, el caso de la ayuda para cometer un daño se encuentra contemplado en el artículo 1983: el que ayuda es un co-autor y, consiguientemente, un co-responsable. Sin embargo, el artículo 1978 parece encarar una situación distinta de la prevista en el artículo 1983. Mientras que en este último artículo se supone que cada uno de los coautores es responsable del íntegro del daño, en el artículo 1978 parecería plantearse la hipótesis de que exista un responsable menor, un "ayudante", es decir, una persona cuya conducta por sí sola no hubiera producido el daño pero, unida a la conducta del causante directo, colabora con éste a generar el resultado dañino.

Es posible ver más clara tal distinción entre el artículo 1978 y el artículo 1983 con un ejemplo. Si dos automovilistas chocan entre si y atropellan conjuntamente a un peatón, estamos ante un caso de un daño con dos responsables: cada uno de ellos era suficiente para cometer todo el daño y, por tanto, ambos responder por el íntegro. En cambio, si un automovilista prende las luces altas cuando no debe y ciega a otro chofer y este último atropella a un peatón, estamos frente a un autor directo y a una persona que "ayudó" a la comisión del daño: el peatón no hubiera sido atropellado en ningún caso por el que prendió las luces; pero al prender las luces altas y cegar al otro chofer, colaboró para que este último causara el daño.

322. *Consecuencias jurídicas de la distinción.* Esta diferencia es muy importante en razón de sus consecuencias jurídicas y de las posibilidades de defensa del demandado.

Si el demandado puede lograr que su conducta sea calificada como ayuda (art. 1978), entonces el juez deberá determinar su grado de responsabilidad; y sólo pagará una indemnización acorde con tal determinación. Dado que se trata de una ayuda y no del acto dañino principal, por principio podemos decir que ese demandado será ordenado pagar una suma inferior al monto total del daño. En cambio, si el juez lo considera como co-responsable (art. 1983) y no como "ayudante", estará obligado a reparar el íntegro del daño a la víctima, en la medida de que es responsable solidario; sin perjuicio de que posteriormente pueda repetir contra los otros co-responsables en la proporción de las respectivas faltas.

Desde el punto de vista de la víctima, si se trata de co-responsable (art. 1983), puede dirigir su acción contra cualquiera de ellos o contra ambos, exigiendo a cada uno el íntegro de la indemnización, debido a la solidaridad creada por la ley. En cambio, si se trata de un responsable y un "ayudante" (art. 1978), tendrá que dividir su acción entre los diferentes autores del daño.

Como puede verse, los artículos 1983 y 1978 no tienen una relación telescópica; no es que el artículo 1978 entre dentro del caso genérico del artículo 1983. Estas dos normas contienen soluciones diferentes y, por ello, es preciso deslindar cuándo se aplica una o la otra.

323. *Bases para una crítica de la distinción: la jurisprudencia peruana.* La jurisprudencia nacional anterior al Código de 1984, no había planteado la distinción entre co-autores y meros "ayudantes" en la comisión del daño: los ayudantes fueron simplemente tratados como responsables.

Leonardo Jara Bardales, un "hombre casi analfabeto de 60 años de edad y sin atecedentes penales", sedujo a la menor Tomasa Nieto, de 17 años de edad, "con la que practicó el acto sexual, después de haberla requerido de amores". A ello lo ayudó doña María Quinto, quien "había facilitado el delito conduciendo a la menor en un viaje que la iba a traer a esta ciudad de Lima". Como es obvio, la participación de María Quinto era meramente auxiliar. De conformidad con el dictamen del Fiscal ASTETE VARGAS, la Corte Suprema, por resolución de 13 de octubre de 1947, consideró que esta mujer era cómplice del seductor y responsabilizó a ambos solidariamente para el pago de la reparación de S/. 100 en favor de la agraviada[452].

324. *Bases para una crítica de la distinción: la doctrina.* Henri y Léon MAZEAUD no admiten la distinción entre co-autor y "ayudante" del daño, pues consideran que, ya sea que el acto del co-responsable haya sido simultáneo, ya sea que haya sido sucesivo, nada altera la comprobación de que es la conducta unida de ambos que produce el daño; y consecuentemente, ambos deben ser responsables por el todo[453]. Para ellos, si

452. *Revista de Jurisprudencia Peruana.* Julio y Agosto de 1948. Nos. 54-55, pp. 555-556.

453. Henri y León MAZEAUD y Jean MAZEAUD: *Traité Théorique et Pratique de la*

dos maleantes dan muerte a una persona, tan responsable es el que le da la cuchillada mortal como el que lo sujeta para que el otro pueda aplicarle la puñalada: "Sin el cómplice que sujeta a la víctima, el asesino no hubiera podido asestarle el golpe mortal; y, sin aquél que dio el golpe, el cómplice no hubiera podido causar el daño". Por consiguiente, ambos deben ser obligados al pago de la reparación integral[454]. Citando a AUBRY y RAU, afirman que "cada una de las personas que han participado en el delito deben ser consideradas como autores individuales del daño y, en consecuencia, son igualmente responsables de la reparación integral. *Unus cuisque fraudis particeps autor est*" [455].

En otras palabras, estos tratadistas no habrían creado la distinción entre el artículo 1978 y el artículo 1983, considerando que la ayuda para cometer un daño es simplemente uno de los casos en que existen varios responsables, los que quedan todos obligados solidariamente frente a la víctima.

325. *Peligros de la distinción.* En nuestra opinión, la distinción es interesante pero peligrosa.

Es importante enfatizar la necesidad de que exista un nexo causal claro entre el "ayudante" y el daño, que el juez debe explicitar en su sentencia (y ponderar, conforme al mandato de la última frase del artículo 1978).

Si, por el contrario, la relación entre el "ayudante" y el daño fuera entendida en sentido extensivo, las consecuencias serían aberrantes: todos seríamos responsables de todo. Así el médico que presta a otro su instrumental quirúrgico sería responsable de los desaciertos en que ese segundo médico incurra con tal instrumental; los profesores de las academias de manejo serían responsables de los accidentes cometidos en el futuro por sus ex-alumnos; los bancos e instituciones de crédito serían responsables por los daños sufridos por los obreros en la construcción de un

---

Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle. T. II. 6ta. Ed. Editions Montchrestien. Paris, 1970. No. 1943, p. 1060.

454. Henri y Léon MAZEAUD y Jean MAZEAUD: *Op. cit.*, No. 1944, p. 1062.

455. *Ibidem*, p. 1063.

inmueble financiado por ellos; y así sucesivamente. Es para evitar una insensatez semejante que deviene indispensable que pueda establecerse un nexo causal *efectivo* entre la acción del que "ayuda" y el daño mismo.

Por consiguiente, un artículo probablemente concebido para atenuar la responsabilidad de algunos eventuales co-responsables —evitarles la responsabilidad solidaria del artículo 1983, cuando su participación en el acto productor del daño ha sido menor— podría convertirse en un instrumento para extender la responsabilidad extracontractual más allá de los límites aceptables dentro de nuestra sociedad.

326. *¿Existe la "ayuda objetiva"?* Si aceptamos la tipicidad de la ayuda —es decir, si la distinguimos jurídicamente de la co-participación— ésta puede ser relativamente inteligible cuando existió dolo o culpa en quien prestó tal ayuda, es decir, en el propio "ayudante". Pero, ¿puede el "ayudante" ser responsable objetivamente por el solo hecho *material* (sin culpa) de haber aportado algún elemento de la acción dañina, en los casos en que el daño se comete mediante una actividad o bien riesgoso? ¿Es de aplicación el artículo 1970 con relación al mero "ayudante objetivo"?

La respuesta dependerá de la solución que le dé la jurisprudencia a la responsabilidad de las cosas inanimadas y peligrosas, conforme lo hemos planteado antes[456]. En el caso de que la jurisprudencia opte por establecer la responsabilidad de las cosas inanimadas y peligrosas siempre que el propietario se hubiera encontrado en aptitud de difundir el riesgo (única justificación, a nuestro juicio, para este tipo de responsabilidad), sería necesario concordar el artículo 1970 con el artículo 1978. En esta forma, si *Sempronius* le presta un vehículo a *Hadriano* y éste atropella a una persona, tanto *Hadrianus* como *Sempronius* son responsables objetivamente: el primero por cometer un daño mediante una actividad y con un bien riesgosos y el segundo por ser propietario de un bien peligroso.

Sin embargo, notemos las dificultades para la coherencia del sistema de responsabilidad extracontractual por el hecho de haber introducido esta novedad en el Código, creando distinciones quizá innecesarias entre co-responsables. Ahora nos encontramos que el propietario de bienes pe-

456. *Cf. supra*, Parte Segunda, Tit. V, Cap. II.

ligrosos puede ser considerado como un co-responsable objetivo o como una ayuda objetiva en la producción del daño. Pero, mientras que el artículo 1983 (co-responsable) lo considera responsable solidario por el íntegro, el artículo 1978 lo refiere a grados de responsabilidad cuya determinación queda a cargo de la subjetividad del juez. ¿En qué quedamos por fin? ¿Ese propietario responderá solidariamente o atenuadamente? Creemos que la solución no puede ser dada desde ahora y que debemos esperar la inventiva y la originalidad de los hechos que siempre desconciertan a legisladores e intérpretes, para intentar clasificar las circunstancias entre el artículo 1978 y el artículo 1983.

327. *El artículo 1978 y la carga de la prueba.* En cualquiera de los dos casos examinados —la incitación a cometer un daño y la ayuda para cometerlo— no puede funcionar la inversión de la carga de la prueba para exonerar la probanza del nexo causal.

Es una regla general de aplicación de la responsabilidad extracontractual que el demandante debe probar que el hecho sucedió por *causa* del demandado; sin perjuicio de que la *culpa* del demandado se presuma. Pero, si bien la distinción entre la causa y la culpa puede ser relativamente clara en muchos casos, las situaciones contempladas en el artículo 1978 son aquellas en las que tal distinción no es obvia. Por consiguiente, el juez deberá ser particularmente riguroso en su razonamiento.

Cuando se trata de dolo —incitación a causar el daño mismo— no cabe duda de que a la víctima le corresponde probarlo: el dolo no se presume. Cuando se trata de incitación para realizar un acto particularmente peligroso (infringir las disposiciones del tránsito, etc.), será preciso probar que tal incitación efectivamente tuvo lugar y que el acto dañino no fue una mera iniciativa del causante directo: el nexo causal de incitación real debe ser demostrado. Y no es diferente la situación en el caso de "ayuda" para causar el daño: no se puede hacer responsable a un tercero por "ayuda" si no se demuestra que su conducta fue efectivamente determinante del daño.

328. *La intromisión de una mentalidad penalista dentro del Derecho Civil.* Como comentario general a este artículo, no podemos dejar de advertir que su concepción —y las dificultades de interpretación que conlleva— responden al hecho de que ha sido pensado por una mentalidad que todavía ve en la responsabilidad extracontractual un mecanismo de san-

ción de un "culpable" antes que un mecanismo de reparación de una víctima.

Las categorías conceptuales involucradas en este artículo parece que hubieran sido tomadas en préstamo del Derecho Penal: estamos frente al autor intelectual y a los cómplices, que no pueden escaparse del castigo. Sin embargo, estas categorías ubicadas dentro del Derecho Civil, en el seno de la responsabilidad extracontractual, crean un cierto malestar y se prestan para cualquier cosa debido a que no se ajustan a la coherencia del sistema. Es por ello que los jueces deben ser muy prudentes en la aplicación de esta norma.

Es importante notar que, desde la perspectiva de la víctima, ésta ya tiene a un responsable frente a sí: el causante directo. Por consiguiente, para ella la facilidad de inculpar a alguien más no es sino una posibilidad de darle doble vuelta a la llave: no es de ello que depende su reparación, sino que el "incitador" y/o el "ayudante" no son sino "blancos" adicionales sobre los cuales puede disparar la demanda de indemnización. De esta manera, la cautela de los jueces en aplicar este artículo no perjudicará a las víctimas, que son las verdaderas protagonistas de la responsabilidad extracontractual.

CAPITULO II

SOLIDARIDAD DE RESPONSABLES

Artículo 1983.— *Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente...*

Sección I: Responsabilidad solidaria o responsabilidad in solidum

329. *Interés de la distinción.* La doctrina y la jurisprudencia francesas han discutido largamente sobre si la responsabilidad de los varios participantes de un mismo daño es *in solidum* o es solidaria[456bis].

La distinción no carece de interés práctico pues, si se trata de una responsabilidad *in solidum* (cada uno responde por el todo) sin solidaridad, las consecuencias varían. En ambos casos, el acreedor —que en este caso es la víctima— puede dirigirse contra uno u otro o contra todos, reclamando a cada demandado el íntegro de la indemnización. Pero sólo cuando existe solidaridad, la novación, la compensación, la condonación y la transacción entre la víctima y uno de los responsables beneficia también a los demás responsables (art. 1188). También sólo en el caso de la solidaridad, los actos mediante los cuales la víctima interrumpe la prescripción contra uno de los responsables, surten efecto respecto de los de-

456bis.La distinción entre la responsabilidad *in solidum* y la responsabilidad solidaria —poco conocida en nuestro medio, donde habitualmente se las identifica— consiste en que, a diferencia de lo que sucede en la segunda, en la primera no existe ningún tipo de representación entre los codeudores (que no son propiamente "co-deudores" sino "deudores yuxtapuestos"). La responsabilidad *in solidum* —llamada también solidaridad imperfecta— obliga a cada deudor a responder por la deuda considerada como un todo sólido: cada deudor responde frente al acreedor por toda

más responsables (art. 1196). En el caso de la obligación *in solidum*, dado que no existe representación recíproca entre los deudores, estos actos no pueden beneficiar ni perjudicar a los demás; salvo en el aspecto del pago total o parcial de la deuda indemnizatoria, que elimina o reduce la obligación de los demás deudores. En consecuencia, la obligación *in solidum* presenta el carácter paradójico de ser una sola desde el punto de vista del acreedor (éste no puede cobrar sino una sola vez la indemnización) pero múltiple desde el punto de vista de los deudores.

330. *La jurisprudencia y la doctrina francesa.* En Francia, los juristas se han inclinado por la idea de que la responsabilidad de los diversos causantes de un mismo daño es *in solidum* y no solidaria.

Es así como sostienen que la idea de la solidaridad es eminentemente contractual, pues supone una vinculación intencional, querida y libremente aceptada, entre los deudores solidarios. En cambio, dicen, los diferentes responsables de un daño no tienen relación entre sí; simplemente cada uno de ellos es autor por sí mismo del daño y debe responder por el íntegro sin perjuicio de que aquél que pagó reclame su parte a los demás co-autores.

Esta es la tesis que claramente expone la resolución de la Corte de Douai del 25 de enero de 1897: "Dado que no existe ninguna solidaridad entre ellos (los co-autores), porque cada uno ha cometido una falta independiente e individual pero que, por otra parte, son uno y otro responsables de todo el daño, corresponde consecuentemente afirmar que todos son responsables, cada uno por el todo". Y la Corte de París precisa en

---

la deuda. Pero no crea una vinculación entre los deudores, de manera que las relaciones de uno de ellos con el acreedor no afectan las obligaciones de los otros. (*Confer* Henri y Léon MAZEAUD y Jean MAZEAUD: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Delictuelle et Contractuelle*, T. II, 6ta. ed. Editions Montchrestien. Paris, 1970. Nos. 1960-1964, pp. 1090-1096). En principio, la responsabilidad *in solidum* tampoco permite que aquél que paga pueda exigir un reembolso de los otros deudores, porque cada uno de ellos es responsable por el todo. Claro está que sin perjuicio de lo expuesto, siendo uno solo el monto adeudado, si no paga el íntegro de la deuda, las obligaciones de los demás desaparecen debido a que ya no hay deuda. Sin embargo, los MAZEAUD en el No. 1971 (p. 1110) de la obra citada, admiten la acción de repetición contra los otros deudores *in solidum*, lo que crea una situación poco inteligible desde el punto de vista de la coherencia teórica de la institución. Sobre nuestra opinión respecto de la responsabilidad *in solidum* en los casos de responsables de daños, *vide infra*, Nos. 330 y 331.

una resolución de 21 de junio de 1928 que sobre los co-autores pesa "una responsabilidad *in solidum*"[457].

La solución francesa no es satisfactoria porque tropieza con graves dificultades para explicar la repartición interna de la indemnización entre los diferentes co-autores. Si cada uno de ellos es deudor *in solidum*, esto significa que, por derecho propio, debe el íntegro de la indemnización a la víctima: es un autor de todo el daño y por eso responde por el todo. Pero, si ello es así, ¿cuál sería la razón para otorgarle acción contra los co-autores a fin de recuperar una parte de lo que pagó? Si cada uno debe el todo de manera individual e independiente, como sostiene la Ejecutoria mencionada, aquél que paga no hace sino pagar lo que debe. No hay, pues, razón para que pretenda un reembolso de otras personas con quienes no le liga una relación de solidaridad. Esta es la tesis —absolutamente injusta, pero absolutamente coherente— que sostuvo DEMOGUE. En cambio, los hermanos MAZEAUD parecen haber optado por una solución más equitativa, pero menos lógica (desde el punto de vista de la obligación *in solidum* sin solidaridad): en su opinión, aquél que paga se subroga a los derechos de la víctima y puede reclamar a los demás co-autores, salvo en la parte de la que es responsable[458].

331. *Naturaleza de la obligación.* En nuestra opinión, la naturaleza misma del problema no está bien encarada dentro de la perspectiva francesa.

No se trata de varias obligaciones yuxtapuestas (una completa por cada autor), sino de una sola obligación que consiste en la indemnización que corresponde a la víctima por un único daño. Esta única obligación puede compelerse que sea pagada en su integridad por uno cualquiera (no por cada uno sucesivamente) de los responsables, por razones de facilitar a la víctima la cobranza de la indemnización. Ahora bien, dado que es uno solo el daño causado por varios, es lógico que aquél que pagó repita contra los demás respecto de parte de la suma pagada a la víctima. Pero precisamente, ésta es la característica de la solidaridad: una sola obligación que el acreedor puede cobrar a varias personas, independientemente

---

457. Cit. p. Henri, Léon y Jean MAZEAUD: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. T. II. 6éme. ed. Editions Montchrestien, Paris, 1970. No. 1963, p. 1094.

458. *Op. cit.*., T. II, No. 1971, pp. 1110-1111.

o simultáneamente; pero siempre una sola obligación. No es una solidaridad establecida contractualmente sino legalmente; pero no por ello es menos solidaridad.

En el Derecho Anglosajón, los co-responsables de un daño (*joint o concurrent tortfeasors*) son responsables solidariamente: "Cada uno es responsable por el íntegro del daño y el demandante puede normalmente demandar a cualquiera de ellos, o a algunos o a todos, conjunta o separadamente, obtener tantas sentencias favorables como pueda por el íntegro del monto de los daños y cobrar el monto sentenciado a uno de los demandados o a una combinación de ellos, según escoja. Por cierto, la víctima tiene derecho a sólo una indemnización (*satisfaction*) por sus daños, pero una sentencia insatisfactoria contra uno de los responsables no cierra la posibilidad de plantear una nueva demanda contra otro"[459].

Sección II: El Código Civil Peruano

332. *Presencias y ausencias de la solidaridad.* El Código de 1984 ha hecho bien en repetir la regla del artículo 1147 del Código Civil de 1936, estableciendo directamente la solidaridad entre los co-autores por mandato de la ley. En esta forma, quedan eliminadas las bizantinas discusiones que nacen de la concepción francesa de la responsabilidad *in solidum* sin solidaridad. Por lo demás, este artículo del nuevo Código es muy semejante al artículo 2055 del Código Civil Italiano que también reconoce la solidaridad entre co-responsables.

Cabe advertir que, además de los casos en los que la solidaridad resulta de manera general de la aplicación de los artículos 1969 o 1970 cuando existen varios responsables, hay también otras situaciones en las que expresamente el Código ha establecido la responsabilidad solidaria. Así, el artículo 17 establece expresamente solidaridad respecto del pago de la indemnización por daños y perjuicios en razón de la violación de los derechos de la persona. También el artículo 1975 prescribe expresamente que el representante legal de la persona incapacitada que actúa con

459. Edward J. KIONKA: *Torts in a Nutshell. Injuries to person and property*, West Publishing Co. St. Paul, Minn. 1977, No. 9-4, p. 378.

discernimiento, es responsable solidariamente por los daños que ésta cause. Y el artículo 1981 dispone que el autor directo (dependiente) y el "autor" indirecto (principal) están sujetos a responsabilidad solidaria.

En cambio, el artículo 1978 no ha establecido expresamente la solidaridad entre el autor directo (causante del daño) y el autor indirecto (aquél que incita o ayuda a causarlo), como antes se ha visto[460]. En tal caso estamos ante una obligación individual de cada una de las partes; pero mientras la obligación del causante principal es por el monto íntegro del daño, la obligación de quien incita o ayuda a cometer el daño depende del grado de su participación en el acto dañino.

333. *Concausalidad y daños sucesivos.* Es importante distinguir los casos en los que varias personas han cometido un mismo daño de aquellos otros en que los diferentes participantes producen daños distintos, aunque acumulativos.

Para que haya solidaridad se requiere que existan varios responsables de *un mismo daño*, es decir, que las acciones de los diferentes participantes sean concausas del daño reclamado. Por consiguiente, si los responsables lo son por daños sucesivos —aunque sean muy próximos unos de otros— no existe solidaridad entre ellos.

Un ejemplo claro de daño sucesivo estaría constituido por el hecho de que *Trasus* es atropellado por el vehículo conducido por *Caio* y sufre como consecuencia la rotura de una pierna. Pero mientras llega la ambulancia, pasa *Tizius* y arrolla al herido causándole la muerte. No cabe duda de que *Caius* y *Tizius* no son responsables solidariamente por los daños sufridos por *Traso*: cada uno ha causado un daño distinto y cada uno responde exclusivamente por lo que hizo. Otro ejemplo puede ser el siguiente: *Trasus* asiste a una partida de caza y repentinamente es herido en el brazo y en la pierna por las balas de *Ulpiani* y de *Papiniani*, dos cazadores que dispararon simultánea pero independientemente contra lo que creyeron que era un venado oculto en la maleza; ambos son responsables, pero cada uno responde sólo por su respectivo daño: el brazo de *Trasi*, en el caso del primero, y la pierna en el caso del segundo.

---

460. *Supra*, No. 322.

Ante el Tribunal Correccional de Piura, se siguió el juicio penal contra Víctor Hugo Lizama Ayala por delito de robo cometido en agravio de Hugo Martín Rabines, habiendo sido encubierto por otros siete inculpados. El Tribunal ordenó pagar solidariamente la reparación civil al autor del robo y a los encubridores. Sin embargo, la Corte Suprema, por resolución de 4 de setiembre de 1973, revocó en esta parte tal sentencia, y considerando que "el delito de encubrimiento [es] distinto del robo" y que consecuentemente "la reparación civil no debe ser abonada mancomunadamente", fijó en una suma específica el monto que debía abonar cada uno de los encubridores[461]. La Corte utilizó la expresión "mancomunadamente" en el sentido de "solidariamente"[462]; y rechazó tal solidaridad porque consideró que el ladrón y los encubridores no son co-autores de un mismo daño sino autores de daños acumulativos, por lo que cada uno debe responder personalmente por el íntegro del daño por él cometido.

En cambio, cuando se trata de diferentes responsables de un mismo daño, existe solidaridad; y no puede establecerse indemnizaciones diferentes respecto de cada uno de los responsables, sin perjuicio de que posteriormente puedan repartirse de manera desigual el daño en virtud de la acción de repetición que trataremos más adelante.

---

461. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. Setiembre de 1973. No. 356, pp. 1432-1433.

462. La palabra "mancomunidad" ha tenido una evolución curiosa en la literatura jurídica peruana. Antiguamente, era posible hacer una distinción entre mancomunidad y solidaridad como el género y la especie: la mancomunidad podía ser simple (a prorrata) o solidaria (*Vid.* Exposición de Motivos del Proyecto preparado por la Comisión Reformadora que redactó el Código de 1936, en *Código Civil*, comentado por Juan José Calle, Librería e Imprenta Gil, Lima, 1928, p. 462, n.). Pero en la práctica, la palabra "mancomunidad" se usó como sinónimo de "solidaridad". El artículo 1283 del Código de 1852 definía la solidaridad activa de la siguiente manera: "Es solidario o *mancomunado* entre varios acreedores, el derecho de exigir el cumplimiento de una obligación, cuando cualquiera de ellos tiene la facultad de pedirlo"; y el artículo 1293 definía la solidaridad pasiva en los mismos términos: "Es solidaria o *mancomunada* una obligación entre deudores, cuando puede exigirse su cumplimiento de cualquiera de ellos". En cambio, la obligación que ahora llamamos mancomunada era, para ese Código, un caso de no mancomunidad: "Si dos o más se obligan juntamente sin mancomunidad expresa, y sin designar la parte de que cada uno se constituye responsable, quedan obligados por partes iguales" (art. 1300). Francisco GARCIA CALDERON (*Diccionario de la Legislación Peruana*. T. II, Imprenta del Estado, por Eusebio Aranda, Lima, 1862, p. 534) explica que la mancomunidad es "La calidad de un derecho que puede ser exigido íntegramente por cualquiera de los poseedores de él; y también la obligación que contraen dos o más personas, haciéndose responsable cada una de ellas por el todo:'

En la demanda de indemnización interpuesta por don Alfredo Alvarez Amaya contra don Angel Torrejón Mejía y la Administradora Para Municipal de Transporte de Lima, el Juez de Primera Instancia y la Corte Superior de Lima establecieron indemnizaciones diferentes a cargo de cada uno de los demandados: Don Angel Torrejón debía pagar S/. 90,000 y la Administradora Para Municipal de Transportes quedaba como solidariamente responsable de esta indemnización hasta por un monto de S/. 20,000. La Corte Suprema, por Ejecutoria de 6 de setiembre de 1971, declaró haber nulidad en tales resoluciones inferiores y estableció que ambos demandados eran responsables solidariamente por el pago de la indemnización fijada en S/. 90,000; "dejándose a salvo el derecho del que pague el íntegro de la indemnización para que pueda repetir contra su co-demandado en la forma prevista en la disposición legal antes citada" (art. 1147 del Código civil de 1936)[463].

334. *Solidaridad y daños remotos.* La solidaridad ha sido aplicada en ciertos casos no sólo por el hecho de que los responsables hubieran participado en el mismo daño sino también en relación con los responsables múltiples que surjen con motivo de una cadena de daños.

El día 22 de julio de 1947, a las tres de la tarde, se produjo un choque en el crucero formado por las calles Montero Rosas y Teodoro Cárdenas, de la ciudad de Lima, entre los vehículos de don Virgilio Vásquez y de don Alberto Revilla. Como consecuencia del impacto, el primero de ellos invadió la vereda y, después de recorrer la zona libre del ochavo destinada a jardín, fue a estrellarse contra la puerta de una casa. En esos momentos, transitaba por esa vereda doña Mercedes Rodríguez, quien fue atropellada por el automóvil de don Virgilio

---

en todos estos casos, "la obligación es mancomunada o solidaria". Modernamente se ha insistido otra vez en la falta del sinonimia entre estas expresiones. Sin embargo, paradójicamente, no se ha recuperado el sentido genérico primigenio sino que, después de haber sido la mancomunidad equivocadamente identificada como una de sus especies (la solidaridad), ahora resulta identificada con la otra (la mancomunidad simple o a prorrata), como que "cada codeudor de una obligación mancomunada está obligado únicamente a pagar su parte; lo mismo ocurre respecto a cada acreedor que sólo tiene derecho a exigir su parte" (*Vid.* Felipe OSTERLING PARODI, en 1 p. 351 del T. V de la edición comentada del Código Civil que publicó Delia REVOREDO de DEBAKEY, Lima, 1985). La redacción del actual Código opone también la mancomunidad a la solidaridad.

463. *Revista de Jurisprudencia Peruana*,Noviembre de 1971. No.334, pp. 1378-1379.

Vásquez. El accidene fue de tal magnitud que la pierna de dicha señora quedó destrozada y hubo que amputársela para salvarle la vida.

En realidad, el vehículo de Revilla no había tocado a la demandante. Sin embargo, el Fiscal SOTELO consideró que tanto Vásquez como Revilla eran responsables "en razón del consiguiente riesgo propio de la utilización y ventaja que a los dueños reporta este elemento de trabajo, comodidad y hasta de distracción". En otras palabras, haciendo uso de la teoría objetiva, el Fiscal remontó la cadena de daños y estableció que todos los eslabones de ella eran responsables del daño final. En consecuencia, siendo dos los responsables, éstos resultan solidarios en aplicación de la norma del Código. La Corte Suprema acogió esta tesis por resolución de 28 de octubre de 1949[464].

335. *Dificultades de la distinción entre co-autores y autores múltiples.* Ahora bien, la distinción entre co-autores de un daño y autores de daños sucesivos o simultáneos, a veces no es fácil de establecer en la práctica.

Don Emilio del Solar demandó a don Prudencio Emiliano Quintanilla para que le pague una indemnización por daños y perjuicios por los daños causados por el ganado del demandado en las sementeras de cebada del fundo Yaruca, ubicado en Ayacucho. Sin embargo, en el juicio se comprobó que, si bien en tales lomas se encontraba el ganado de Quintanilla, también había ganado de otros propietarios. En estas circunstancias, el Fiscal SOTELO sostiene que no es posible discriminar cuál ganado es el que efectivamente se comió las sementeras de propiedad del demandante. Esto no lo lleva a pensar que todo el ganado ahí presente comió tales sementeras y que, consecuentemente, todos los propietarios (incluyendo el demandado Quintanilla) son responsables solidariamente. Por el contrario, sostiene que, como no se ha probado la vinculación causal precisa entre el daño y el ganado de propiedad del demandado (lo que indudablemente es imposible de ser acreditado), debe declararse infundada la demanda. Y la Corte Suprema acoge esta interpretación restrictiva en Ejecutoria de 28 de abril de 1949[465].

---

464. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, año de 1949. Nos. 70-71, pp. 908-910.

465. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Setiembre-Octubre de 1949. Nos. 68-69, pp. 732.733.

Es posible que, en ese caso, la Corte haya querido ayudar a un pobre campesino indígena frente a la demanda de indemnización planteada por el hacendado vecino. Pero este tipo de concesiones sentimentales no solamente es muy discutible sino que además conllevan un costo de coherencia muy alto. Si aplicamos el mismo razonamiento a los casos de contaminación ambiental, podemos encontrarnos en una dificultad muy grave para establecer daños y perjuicios. Por ejemplo, si la vivienda de una persona resulta dañada por el humo que arrojan diversas fábricas en su vecindad (o si alguien enferma de los bronquios por el humo contaminante de las fábricas de harina de pescado), no es posible ciertamente determinar cuál de las fábricas vecinas fue la que arrojó en particular el humo que causó el daño. Por consiguiente, de acuerdo a la Ejecutoria reseñada, habría que concluir que ninguna es responsable.

Esa posición es absurda porque no hace sino asegurar la impunidad de los agentes contaminantes. Podría todavía sostenerse que todas esas fábricas son responsables, pero que entre ellas no existe solidaridad: cada una responde a prorrata por una parte del daño causado. Así, Adriano de CUPIS sostiene que en este caso no hay solidaridad entre las fábricas contaminantes porque cada una arrojó humo al ambiente; y el daño producido por el humo de una fábrica no está condicionado a la emisión del humo de la otra fábrica[466]. En contra de tal opinión, nosotros pensamos que tal caso debe ser comprendido dentro de la responsabilidad solidaria porque: (i) no se puede identificar la emisión de humo de cada fábrica y sus efectos sobre el bien dañado, debiendo suponerse que los humos de todas las fábricas vecinas han contribuido a causar el daño, salvo prueba en contrario; (ii) no parece ser el caso de varios daños, cada uno de los cuales tiene su propio responsable, sino más bien de un daño acumulativo, en el que los autores son propiamente "co-autores", *i.e.*, autores en conjunto[467].

---

466. Adriano de CUPIS: *Dei Fatti Illeciti*, 2a. ed. Nicola Zanichelli Editore, Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna, Milán, 1971, p. 108.

467. *Cf.* en materia de daños por contaminación, la discusión contenida en *infra*, Nos. 576-586, *et* Parte III, Tít. II, Cap. III, *passim*.

Sección III: Las relaciones intra responsables

> Artículo 1983.— ...*Empero, aquél que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales.*

336. *La justificación de la acción de repetición. Cuando* uno de los responsables ha sido obligado a pagar a su víctima ya sea el íntegro del daño, ya sea una parte del mismo mayor de la que le correspondía, parece justo que pueda plantear una acción de repetición contra los co-responsables.

Frente a la víctima, todos son responsables por igual, en base a la solidaridad. Desde esta perspectiva, prima el interés de la víctima; por eso, la ley la autoriza a perseguir su reparación de la mejor manera legal que puede y contra quien juzgue más fácil. Pero si ello lleva a uno de los responsables a pagar más de lo que era su parte en el daño, es razonable que puede cobrar la diferencia de los demás autores de dicho daño: una vez pagada, de manera preferente, la víctima, no existe razón alguna para que aquél que pagó no pueda resarcirse por el exceso.

Sin embargo, esta racionalidad de la acción de repetición no ha sido siempre aceptada. Por ejemplo, el antiguo Derecho Anglosajón sostenía que la acción de repetición no era admisible en los casos de dolo porque, aunque todos los responsables hubieran participado dolosamente y aparentemente aquél que pagó tiene un derecho para cobrar la diferencia a los demás, ese responsable está en una situación tan irregular frente al Derecho que no merece la protección judicial. Y un gran número de Tribunales norteamericanos ampliaron esta excepción a todos los casos, incluyendo los casos de culpa y de responsabilidad objetiva. Sin embargo, en la actualidad se reconoce nuevamente la acción de repetición en los Estados Unidos, salvo en una docena de Estados[468].

468. Edward J. KIONKA: *Op. cit.*, No. 9-4, p. 382.

337. *El criterio de repartición.* El artículo comentado dispone que el criterio de repartición de la indemnización entre los co-responsables, es "la gravedad de la falta" de cada uno de ellos.

Esta idea de una "comparación de faltas o culpas" —que debe ser practicada por el juez— nos hace pensar que la acción de repetición tiene necesariamente que ser planteada por el que pagó contra todos aquellos a quienes juzga co-responsables: si la acción fuera interpuesta sólo contra uno o algunos de tales co-responsables, el juez no estaría en aptitud de efectuar una comparación adecuada, ya que un cierto número de aquéllos entre quienes hay que distribuir el peso de la indemnización no estaría representado en autos y consecuentemente no podría sustentar su propia versión de los hechos. En otras palabras, el juez no puede establecer la parte si no define el conjunto; esto significa que el juez debe establecer quiénes son responsables y en qué medida la acción de cada uno de ellos ha contribuido al resultado dañino.

Por otra parte, es muy posible que la gravedad de cada falta sea muy difícil de establecer: estamos aquí frente a un problema de probanza. Sin embargo, la última frase del artículo resuelve esta dificultad por la vía de renunciar a determinar lo que en justicia le corresponde exactamente a cada uno: por razones prácticas, se considera que todos han tenido la misma culpa.

338. *La responsabilidad objetiva.* Pero, más allá de los problemas procesales reseñados en el numeral anterior, encontramos un problema sustantivo en la redacción de la norma: el criterio utilizado se basa en las *culpas* respectivas.

El texto del artículo se refiere a las respectivas "faltas". El Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española define "falta" como "defecto en el obrar, quebrantamiento de la obligación de cada uno"; y define "culpa" como "falta". en la literatura jurídica francesa, la forma de denominar la culpa es precisamente con la palabra "falta" (*faute*). Por consiguiente, "falta" y "culpa" pueden ser considerados como términos sinónimos.

Ahora bien, si el daño resulta de una combinación de faltas o culpas, la tarea del juez se reduce a establecer la dosis de cada una de ellas

dentro de tal combinación. Pero, ¿qué sucede cuando concurren responsabilidades objetivas?

Puede suceder que, paralelamente a las culpas, existan "responsables sin culpa" (objetivos); o, incluso, que el daño sea el producto de una concurrencia de responsabilidades puramente objetivas. En tales hipótesis, si uno de los responsables es obligado a pagar el íntegro a la víctima, ¿qué puede reclamar de los demás co-responsables por la vía de la repetición?

En realidad, el texto del artículo comentado ha sido pensado en función de un Código subjetivista. El legislador ha olvidado la introducción del principio objetivo del riesgo efectuada en el artículo 1970 y ha dado una solución que sólo toma en cuenta el principio de culpa del artículo 1969. Claro está que podría decirse que la responsabilidad por riesgo es una responsabilidad subjetiva con presunción absoluta de culpa. Pero ya hemos indicado las contradicciones teóricas que esta tesis implica y que la doctrina moderna ha denunciado. Por otra parte, una "culpa presumida" no puede ser evaluada ni comparada. No es una culpa que se basa en los hechos sino en la voluntad de la ley; por consiguiente, no podemos decir de ella que es grave o que es leve, que es de mayor o menor intensidad que tal otra culpa.

En estas circunstancias, ¿cómo podemos resolver los casos en los que concurre la responsabilidad objetiva?

Si tomamos la letra de la ley, podría decirse que solo puede repartirse la carga de la indemnización entre las "culpas". En consecuencia, si concurren responsables subjetivos y responsables objetivos en la producción del daño, estos últimos quedan al margen de toda acción de repetición; la indemnización tendría que repartirse sólo entre los responsables por culpa y atendiendo a la gravedad de su falta. De otro lado, si concurren únicamente responsables objetivos, el que pagó a la víctima no puede repetir contra los demás porque no hay faltas o culpas entre quienes distribuir el peso del daño.

Esta interpretación podría ser inteligible en los casos de concurrencia de responsables subjetivos y objetivos; podría sostenerse que los responsables objetivos no son verdaderos responsables sino meramente garantes ante la víctima; por consiguiente, no debe distribuirse entre ellos

el peso del daño y ellos a su vez lo pueden trasladar íntegramente (por la vía de la acción de repetición) a los "verdaderos culpables" que son los responsables subjetivos. Pero esta justificación —que podría ser muy discutible en ciertos casos— pierde toda base cuando nos encontramos frente a un daño producido exclusivamente por responsables objetivos. ¿Por qué, en ese caso, aquél que tuvo la desgracia de ser el primer blanco de las acciones judiciales de la víctima, no puede descargar parte del peso económico (que ha tenido que afrontar solo) en los otros causantes objetivos, que fueron tan responsables como él?

Hay otra forma de entender la norma. La última frase de ella se refiere ya no a la "falta" sino a la "responsabilidad". Podemos entonces atribuir al legislador una intención diferente y, de esta manera, salvar la dificultad que hemos encontrado. Con relación a la responsabilidad objetiva, no es posible determinar el grado de responsabilidad porque, como antes hemos dicho, no se basa en los hechos sino en la ley. En consecuencia, puede sostenerse que siempre que interviene la responsabilidad objetiva en la producción del daño, es de aplicación la regla de dicha última frase: la repartición se hace en partes iguales.

Notemos que esta forma de salvar la dificultad no es tampoco satisfactoria. Si han concurrido responsabilidades objetivas y subjetivas, puede ocurrir que entre estas últimas haya efectivamente diferencias en la gravedad de la falta. Pero éstas no podrían ser consideradas por el juez porque un reparto es una distribución atendiendo a una idea del todo; como la parte que corresponde a las responsabilidades objetivas concurrentes no podría ser evaluada, no habría manera de determinar cuánto corresponde a las subjetivas y todas —objetivas y subjetivas de diferentes grados— tendrían que ser consideradas por igual.

De otro lado, es posible también imaginar un reparto diferente entre responsabilidades objetivas. Dado que se trata de una obligación que nace de un vínculo causal, podríamos intentar una evaluación del grado de participación de cada causa en el resultado dañino. Y es así como sería posible discriminar entre causas más determinantes y causas menos determinantes. Sin embargo, la actual redacción del artículo —concebida para un sistema subjetivista— no permite este tipo de comparación: sólo pueden parangonarse las faltas y no las causas.

339. *La indemnización extrajudicial.* ¿Qué sucede si uno de los responsables solidarios paga todo o parte de la indemnización a la víctima, sin haber sido demandado en juicio? ¿Puede este responsable, que hizo frente de inmediato a su obligación, repetir contra los co-responsables para que le reembolsen la parte que corresponda a los otros?

Este problema no es teórico, sino que puede presentarse muy frecuentemente en la realidad. En un choque de varios vehículos, donde un peatón resulta atropellado, puede suceder que uno de los choferes participantes recoja al herido, lo lleve a un hospital e incluso pague su curación, antes de que sea obligado judicialmente a ello. ¿No puede este chofer humanitario repetir contra los otros choferes que participaron en el accidente?

Es usual que las diferentes legislaciones no otorguen acción de repetición en este caso a aquél que pagó la indemnización. La razón de esta negativa se basa en que la víctima y aquél que pagó pueden ponerse de acuerdo y establecer una indemnización muy alta, defraudando de esta manera a los co-responsables. Sin embargo, de otro lado, este rechazo a reconocer la parte pagada voluntariamente por uno de los responsables lleva a desalentar las actitudes humanitarias y la rápida atención del accidentado.

Aun cuando nuestro Código no contiene una norma expresa sobre esta situación, pensamos que pueden aplicarse con provecho las reglas contenidas en la Sección Primera del mismo Libro Sexto del Código. En realidad, aun cuando esas reglas se supone que son válidas para todas las obligaciones cualquiera que sea su fuente (Libro VII), han sido concebidas fundamentalmente en función de las obligaciones contractuales (sólo las Secciones I y II del Libro VII). Sin embargo, pensamos que es posible utilizar sus principios para regir por analogía a las obligaciones extracontractuales.

Dentro de este orden de ideas, el artículo 1188 del Código Civil establece que la novación, la compensación, la condonación o la transacción entre el acreedor y uno de los deudores solidarios sobre la totalidad de la obligación, libera a los co-deudores. Y que, en las relaciones entre el deudor que practicó tales actos y sus co-deudores, tratándose de novación o de transacción, los co-deudores responden ya sea por su parte en la obligación primitiva, ya sea por la proporción que les corresponde-

ría en la nueva obligación; tratándose de compensación los co-deudores responden por su parte y tratándose de condonación —¡el caso más simple!— se extingue la obligación para todos.

Estos principios no son directamente aplicables a la responsabilidad extracontractual, porque esta última presenta características incompatibles con las situaciones de hecho previstas en tales reglas.

En primer lugar, el artículo 1188 (y también el artículo 1189) no se pone en el caso de que uno de los deudores (responsables) haya convenido en pagar una suma *a cuenta* de la indemnización. Sin embargo, ésta es una situación usual en la responsabilidad extracontractual: el responsable que está más próximo del accidente paga de inmediato los primeros gastos para atender al accidentado, sin que ello signifique una transacción. En segundo lugar, incluso si uno de los responsables celebra una transacción con la víctima, no es posible aplicar *ad litteram* la regla del inciso 4to. del artículo 1188 porque no hay una "obligación original" previamente cuantificada: toda base de comparación será posterior, como consecuencia de una acción judicial.

Sin embargo, el principio contenido en tal artículo consiste en que los co-deudores (co-responsables) puedan optar entre lo que les hubiera correspondido pagar como parte sin transacción y lo que les corresponde de acuerdo a la transacción. Aun cuando en el caso de la responsabilidad extracontractual no hay obligación original, el juez puede establecer lo que hubiera fijado como indemnización en favor de la víctima si no hubiera habido transacción de uno de los co-responsables; en otras palabras, en el momento en que el responsable que pagó a la víctima plantea la acción de repetición, el juez puede revisar el íntegro de la situación y determinar lo que hubiera sido la "obligación original" (indemnización judicial) si no hubiera habido acuerdo de uno de los responsables con la víctima. Los demás corresponsables deberán reembolsar su parte a aquél que pagó, ya sea considerándola en razón del monto efectivo de la transacción, ya sea considerándola en razón de la suma que el juez determine como indemnización razonable en ese caso.

La responsabilidad extracontractual
(arts. 1969-1988), tomo I, de Fernando de Trazegnies,
volumen IV de la Biblioteca *Para leer el Código Civil*,
se terminó de imprimir en el mes de setiembre 2001
en los talleres de Servicio Copias Gráficas S.A. (RUC: 20100699126),
Jr. Jorge Chávez 1059, Telefax: 424-9693, Lima 5 - Perú

PRÓXIMOS TÍTULOS

DERECHO DE SUCESIONES. BIBLIOTECA PARA LEER EL CÓDIGO CIVIL. VOLUMEN XVII. TOMO III
Guillermo Lohman

DILUVIOS ANDINOS A TRAVÉS DE LAS FUENTES DOCUMENTALES (COLECCIÓN CLÁSICOS PERUANOS)
Lorenzo Huertas

IDENTIDADES REPRESENTADAS. EXPERIENCIA Y MEMORIA EN LOS ANDES
Gisela Cánepa Koch (Editora)

LAS TELENOVELAS, CÓMO SON Y CÓMO SE ESCRIBEN
Eduardo Adrianzén

LENGUA, DISCURSO E IDENTIDAD DE GÉNERO
Susana de los Heros

REFLEXIONES SOBRE EL PERÚ
Felipe Mac Gregor, SJ

SAN MARTÍN DE PORRES (MARTÍN PORRAS VELÁSQUEZ)
José Antonio del Busto

La responsabilidad extracontractual

La responsabilidad extracontractual es una de las áreas del Derecho Civil que ha planteado mayores desafíos a la capacidad creativa de los juristas en los últimos 80 años. El aumento cuantitativo y cualitativo de los accidentes en la vida moderna; la toma de consciencia de que, de alguna manera, la sociedad toda se beneficia con los nuevos riesgos, tales como la velocidad, la electricidad, el maquinismo, etc.; el desarrollo de nuevas formas de organización social y económica, como la expansión de los seguros, que permiten diseñar soluciones antes no imaginadas; la agudización de la percepción del principio de solidaridad humana; todo ello ha contribuido a replantear en forma muy radical las bases mismas de la responsabilidad.

Fernando de Trazegnies coloca al lector en esta problemática y lo invita a realizar un análisis minucioso, artículo por artículo, de las normas pertinentes en el Código Civil de 1984. Este examen abre las posibilidades de nuevas y diferentes lecturas de los textos vigentes en materia de responsabilidad extracontractual, con la idea de satisfacer mejor las necesidades del mundo contemporáneo. Pero, sin abandonar esta perspectiva eminentemente profesional, el autor asume una tarea teórica e insinúa una concepción novedosa de la responsabilidad civil en la que una teoría jurídica de los accidentes se independiza de las clásicas responsabilidad contractual y extracontractual para formar, conjuntamente con el acto ilícito y con el incumplimiento de contrato, las tres grandes provincias de una responsabilidad civil repensada.

Fernando de Trazegnies Granda

La responsabilidad extracontractual

Vol. IV
Tomo II

Biblioteca
PARA LEER
EL CÓDIGO CIVIL