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 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. del 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 Hispano-francesa. 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 contraprestación? ¿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. 127

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

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 intervenientem* 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 la 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.