TITULO IV

LA RELACION DE CAUSALIDAD

CAPITULO I

EL NEXO CAUSAL

Artículo 1969.- *Aquél que...causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo...*
Artículo 1970.- *Aquél que...causa un daño a otro está obligado a repararlo.*
Artículo 1985.- *...debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.*

153. *La causa como condición de ciudadanía dentro del territorio de la responsabilidad extracontractual.* hemos señalado que las inmunidades constituían fronteras que demarcaban el territorio de la responsabilidad extracontractual. Pero existe una condición fundamental —que parece subyacer a toda la problemática que venimos estudiando— para que una situación sea tratada en términos de responsabilidad extracontractual: el nexo causal.

Toda relación de responsabilidad extracontractual implica que una determinada persona (la víctima) puede exigir a otra (el responsable) el pago de una indemnización por daños *causados* por ésta última a la primera. Pero este poder exigir no se dirige arbitrariamente contra cualquier persona: no es posible cobrar una indemnización por un accidente de tránsito al primer transeúnte que asome por la esquina después de ocurrido el hecho. Tiene que haber una razón para que una determinada persona y no otra sea obligada a pagar; una razón que individualice un presunto responsable dentro del universo de personas. El primer hecho que utiliza el Derecho para estos efectos es la relación de causa a efecto; independientemente de que, una vez establecida ésta, el Derecho exija todavía otros elementos más para convertir al causante en efectivamente responsable (culpa, por ejemplo, en los casos de responsabilidad subjetiva).

La relación de responsabilidad extracontractual descansa, entonces, en una relación de causalidad. Por consiguiente, para que exista responsabilidad extracontractual se requiere que exista un nexo causal entre la víctima y el autor del hecho dañino.

154. *Causalidad natural y causalidad jurídica.* En algunos casos, este esquema se hace algo más complejo en razón de que la víctima puede exigir el pago también a una tercera persona (empleador, representante legal de la persona incapacitada, Compañía de Seguros, etc.) que, por alguna razón, responde conjuntamente con —o en vez de— el causante natural. Así, paralelamente al causante «físico», la ley crea un causante "jurídico".

Por tanto, el análisis causal de la responsabilidad no se basa en el orden natural de causas sino en la voluntad de la ley. Esta voluntad responde a finalidades antes que a mecanismos; es decir, mientras que la naturaleza está tramada por las causas eficientes (relación causa-efecto) que crean mecanismos automáticos o regularidades fácticas, el Derecho está tramado por propósitos sociales que establecen vinculaciones entre los hechos con miras a la realización de ciertos valores o fines sociales[244bis].

KELSEN distinguió muy claramente esta doble naturaleza de la causalidad —física y jurídica— reservando la palabra "causa" para el plano natural y la palabra "imputación" para el plano jurídico. Según KELSEN, las proposiciones jurídicas vinculan uno al otro dos elementos, exactamente como las leyes naturales; pero el tipo de vínculo es radicalmente diferente[245]. Por eso, nos dice, "Las leyes naturales formuladas por las ciencias de la naturaleza deben ser adaptadas a los hechos; por el contrario, son los hechos de acción y de abstención del hombre que de-

---

244*bis*. TRIMARCHI enfatiza que la causalidad en Derecho no es un concepto lógico sino el resultado de una reflexión propiamente jurídica y práctica, orientada a resolver un problema específico. Por eso, no siendo la causalidad jurídica un mero concepto lógico, tampoco tiene carácter universal; por lo que puede tener un sentido diverso en las diferentes áreas del Derecho (Pietro TRIMARCHI: *Causalità giuridica e danno*, en Giovanna VISINTINI, ed.: *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*. Dott. A. Giuffrè, editore. Milano, 1984. p. 1).

245. Hans KELSEN: *Théorie Pure du Droit*. Trad. francesa de la 2a. ed. de la *Reine Rechtslehre*. Dalloz. Paris, 1962, p. 106.

ben ser adaptados a las normas jurídicas que la ciencia del Derecho trata de describir"[246].

Aun cuando KELSEN otorga a esta distinción alcances mayores que los que nosotros pudiéramos estar dispuestos a admitir, lo importante en su tesis es la percepción de que la causalidad en Derecho se crea jurídicamente: es la ley —o el Derecho en general— lo que determina que A sea causa de B; no estamos ante una comprobación sino ante una imposición. Por consiguiente, aun en los casos en que el Derecho reconoce como causa de algo a aquello que constituye su causa "natural", esto no es causa porque sea natural sino porque *en ese caso particular* el Derecho ha conferido a la causa natural el carácter de causa jurídica.

En gran parte de los casos, las vinculaciones jurídicas siguen el mismo patrón del orden natural; pero en algunos casos, la vinculación causal natural y la vinculación causal jurídica no van por el mismo camino. Esto explica que pueda considerarse "causante" al empleador por los daños causados (en el orden natural) por su servidor, a pesar de que ese empleador no "hizo" nada, salvo el hecho de ser empleador al cual la ley le imputa ciertas consecuencias.

Por eso, la pregunta causal consiste siempre en "¿quién hizo qué?"; pero este "hacer" no debe ser entendido en sentido físico sino jurídico; es decir, el "hacer" del Derecho es el acto que el mismo Derecho señala como causa de otro. Es probable que muchas veces la norma legal no diga nada especial sobre la causa. En estas condiciones debe entenderse que está asumiendo la causa natural como causa jurídica. Pero, en otros casos, la norma establece, directa o implícitamente, una causa diferente.

Este problema se presenta muy netamente en los mecanismos de difusión del riesgo. En la responsabilidad subjetiva y en la responsabilidad objetiva, el Derecho no hace sino reconocer jurídicamente como causa aquello que ya es causa en el orden natural; sin perjuicio de ciertas precisiones que veremos a continuación. En cambio, cuando se trata de difusión del riesgo, la "causa" jurídica se aleja tanto del orden natural que quizá ya no deberíamos llamarla propiamente causa. Porque, ¿en qué sentido podemos calificar como "causante" del daño a la Compañía de Segu-

246. Hans KELSEN: *Op. cit.*, p. 121.

ros que, a pesar de no haber tenido participación en el hecho dañino, debe sin embargo responder en forma directa y exclusiva por el daño, como en los casos de seguro obligatorio? O también, ¿resulta propio hablar de "causante" de un daño para referirse al empleador del "verdadero" causante, empleador que sólo está obligado a responder en razón de una necesidad de distribuir el peso económico del daño a través de los mecanismos del mercado?

Todo ello nos arroja una duda sobre la omnipresencia de la causa en la relación de responsabilidad extracontractual. La teoría objetiva destruyó la tesis de que la *culpa* es requisito esencial de la responsabilidad; y ahora parecería que la teoría de la difusión del riesgo destruye la tesis de que la *causa* es requisito esencial de la responsabilidad. Este es un punto que nos limitamos a apuntar y que no profundizaremos, con la idea de que otros estudios puedan posteriormente aclarar la situación.

155. *Causalidad y autoría.* La causa jurídica tiene, en la mayor parte de los casos, una característica más personal que la causa natural: es una dimensión existencial del ser humano.

La causalidad natural, de carácter mecánico, apunta únicamente al "enlace material entre un hecho antecedente y un hecho consecuente", mientras que la autoría se refiere a la posibilidad de imputar un obrar a una persona determinada[247]. Esto significa que la persona participa en el hecho con un mínimo de voluntad presente. No queremos decir que la autoría suponga voluntad de dañar, lo que nos colocaría en el campo del dolo. Basta que tenga una voluntad de obrar, de realizar el acto que, quizá sin saberlo ni quererlo, producirá un daño. De todo lo que se trata es que la conducta sea aquélla propia de un ser humano y no una mera participación mecánica o física. Por ejemplo, en lo alto de un edificio, *Marcellus* empuja a *Caium*, quien tropieza con *Proculo*; éste último pierde el equilibrio, cae al pavimento y se mata. Es claro que *Caius* no ha «obrado» propiamente hablando, no es autor del daño de *Proculi*; su participación ha sido meramente mecánica, física. El autor es *Marcellus*. Esta distinción entre causa natural y autoría (causa jurídica) es importan-

247. Isidoro H. GOLDENBERG: *La relación de causalidad en la responsabilidad civil.* Astres. Buenos Aires, 1984. No. 14, p. 45.

te para analizar la defensa basada en que el daño fue cometido por hecho determinante de tercero (art. 1972), que estudiaremos posteriormente[248].

Sin embargo, aquí también tenemos problemas para generalizar conceptos, análogos a los que antes vimos al tratar de la causa jurídica. Aun cuando la autoría es una manifestación de la causa jurídica, no es la única posible: hay "causantes" que no son "autores", en el sentido propio del término; es decir, hay responsables que no puede decirse que participaron con voluntad en el hecho dañino y que, sin embargo, no dejan por ello de ser responsables. En los casos de responsabilidad vicaria con orientación objetiva y en los casos de la aplicación de mecanismos de difusión del riesgo, sólo mediante una ficción se puede hablar de una autoría de aquél que es obligado a responder aun cuando no ha participado directamente de los hechos (empleador, representante legal del incapaz, Compañía de Seguros, etc.). La expresión "autor indirecto" que emplea el Código en el artículo 1981, sólo puede ser entendida en sentido metafórico.

156. *Causalidad y culpabilidad.* De ninguna manera debe confundirse causa y culpa, a pesar de que a veces puede ser muy difícil realizar la distinción.

Como precisa GOLDENBERG, para saber si una persona es *culpable* debe demostrarse primero que es *autor* del hecho; recién después de que esto quede demostrado podrá indagarse si es culpable o no[249]. "Se trata de un planteamiento ajeno al problema de culpabilidad o inculpabilidad que supone un juicio de valor sobre una acción dada. Lo que aquí se juzga es la actuación del sujeto *en sí misma*, sin abrir opinión acerca de su contenido espiritual"[250].

La relación causal pertenece al plano factual y se establece mediante un juicio de ser que *describe* la conducta, mientras que la culpabilidad pertenece al plano del deber ser y se establece con un juicio de valor que

---

248. *Infra*, Nos. 178 y *ss.*

249. Isidoro H. GOLDENBERG: *La relación de causalidad en la responsabilidad civil.* Astrea. Buenos Aires, 1984. No. 14, p. 48.

250. *Ibidem*, No. 14, p. 47.

aprecia la conducta. Para entrar en el campo de la responsabilidad extracontractual se requerirá la existencia de un nexo causal que vincule a la víctima con el pretendido responsable (aun cuando tal nexo no corresponda necesariamente al orden natural sino al orden jurídico de cosas); en cambio, la culpabilidad no siempre estará presente en la obligación de responsabilidad extracontractual: en el caso de los daños cuya reparación está sometida a criterios objetivos de responsabilidad, hay nexo causal pero no hay culpa.

Notemos que esta distinción es importante para los efectos de la prueba en los juicios sobre responsabilidad extracontractual. De conformidad con el artículo 1969, *in fine*, "el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor". El demandante no tiene que probar la culpa del demandado sino que es éste quien debe demostrar su ausencia de culpa. Pero, en cambio, el demandante no está exonerado de probar la relación causal: si bien el descargo de culpa corresponde al autor del daño, primero hay que probar que ese demandado fue efectivamente el autor.

157. *La universalidad de causas*. El problema estriba en determinar las causas que producen una situación dañina, y su alcance.

De un lado, las causas que pueden estar en el origen de un determinado hecho son usualmente múltiples. La causa de un accidente no es solamente la maniobra específica del conductor del automóvil en un momento determinado sino también la invitación del amigo que lo hizo dirigirse hacia la casa de éste y en el camino tuvo el accidente, la suegra del otro automovilista que ese día lo había enervado lo suficiente como para reducir su capacidad de estar alerta, el hijo de este automovilista que le había pedido que le comprara una revista y para lo cual éste había tomado su automóvil, una hermosa mujer que pasaba en ese momento por la calle y que distrajo un instante a ambos automovilistas, etc.; todas éstas son causas del accidente porque si alguna de ellas no hubiera tenido lugar, el accidente no se habría producido. ¿Debemos, entonces, responsabilizar no sólo a los conductores de los vehículos sino también al amigo invitante, a la suegra, al hijo, a la bella transeúnte, etc.?

De otro lado, una misma causa puede dar lugar a innumerables efectos hasta el infinito. El incendio en una casa de la vecindad, originado por culpa de su descuidado propietario, no solamente destruye las casas colindantes. La confusión y el pánico del incendio provocan que la

esposa del vecino pierda el niño que esperaba. A su vez la madre de esta señora que había puesto gran ilusión en el futuro nieto, sufre un infarto como consecuencia de la infortunada noticia y fallece. Estos hechos no le permiten al esposo de la señora infartada atender adecuadamente sus negocios en esos días y consecuentemente sufre una pérdida importante de dinero. Y así podríamos seguir hasta el infinito. ¿Acaso responde el negligente vecino que causó el incendio de todas estas consecuencias que se suceden interminablemente?

Ambas hipótesis parecen absurdas. Si utilizamos un sentido lato de la palabra "causa", todo es causa de todo y cada causa tiene efectos infinitos. Sin embargo, durante mucho tiempo la doctrina y la jurisprudencia asumieron una visión muy cercana a este universalismo de causas. Fue en 1860 que el penalista Maximiliano von Buri expuso explícitamente esta teoría que se conoce bajo el nombre de *Aequivalenztheorie*. Para él, constituye causa de un evento todo aquello que de un modo u otro ha contribuido a su realización; es decir, todos los hechos sin los cuales no se hubiera dado el evento —*las conditiones sine quae non*— son causa del mismo; y todas son equivalentes pues la falta de cualquiera de ellas habría hecho inexistente el evento. Por consiguiente, nos preguntamos si el acto o la omisión de alguien es causa de un determinado daño, de la siguiente forma: ¿es cierto que sin la acción o la omisión de esa persona, el daño no se habría producido? Todo aquello que constituya respuesta afirmativa es causa del daño y nos hace entrar en la responsabilidad extracontractual[251].

158. *La individualización de las causas jurídicamente operativas.* Con la teoría de la equivalencia de las causas, llegamos a la conclusión de que todos los actos humanos son causa de todas las desgracias de los hombres. JIMENEZ de ASUA decía que ese enfoque era la exasperación del concepto de causa[252]. Llevada hasta sus últimas consecuencias esta teoría nos paraliza jurídicamente.

Es, pues, necesario reducir el campo de nuestro análisis causal de manera de poder individualizar la causa jurídica del daño y limitarla en

---

251. *Ibidem*, No. 6, pp. 19-21.

252. *Cit.* Isidoro H. GOLDENBERG: *Op. cit.*, 22, no. 39.

sus alcances hasta un determinado nivel de consecuencias. Pero, ¿cuáles son los criterios que deben guiarnos para estrechar válidamente nuestro campo de análisis causal?

159. *Teoría de la causa próxima.* Una alternativa interesante a la universalidad causal fue la teoría de la causa próxima, según la cual era preciso atender a las causas inmediatas y directas. Esta tesis influyó en nuestro Derecho y todavía esta terminología se mantiene en el campo contractual: el artículo 1321 del Código Civil de 1984 señala que se debe indemnización por los daños derivados del incumplimiento contractual, *en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.*

La teoría de la causa próxima presenta problemas porque tiende a echar una cortina de humo que hace invisible la responsabilidad de quienes se encuentran detrás del agente inmediato del daño. Por ejemplo, si un automovilista atropella a un peatón porque la reparación que le hicieron de sus frenos era defectuosa, ese peatón debería tener acción tanto contra el automovilista como contra el taller que hizo la reparación negligentemente; éste sería un caso de concurrencia de causantes a que se refiere el artículo 1983. Sin embargo, dentro de la teoría de la causa próxima, podría sostenerse que el peatón sólo tiene acción contra quien fue causa *directa e inmediata* de su daño, es decir, contra el automovilista (quien responde objetivamente por riesgo), mientras que el taller quedaría inaccesible. Este tipo de planteamientos haría imposible la responsabilidad por productos defectuosos y haría excesivamente estrecho —y muchas veces injusto— el campo de la causalidad.

La Sección sobre Responsabilidad Extracontractual en el nuevo Código ha sustituido esta terminología por la de la causalidad adecuada.

160. *Teoría de la causa preponderante.* Esta teoría —mal llamada también "teoría de la causa eficiente" (lo que desvirtúa el sentido clásico, de origen aristotélico, de esa expresión)— se opone a la indiferencia de causas planteada por el análisis de las *conditionum sine quae non* y trata de encontrar una causa de carácter preponderante.

Los autores han intentado operacionalizar el concepto de preponderancia de diversas maneras. Unos han hablado de la "causa más activa". Por ejemplo, dicen, si Juan le proporciona a Pedro los fósforos y es éste último quien incendia la casa, no puede negarse que tanto el acto de Juan

como el de Pedro son *conditiones sine quae non*; pero la causa del incendio no es el acto de Juan sino el de Pedro, porque el acto de éste último es la condición más activa[253].

Otros, como BINDING, hablan de «la causa que rompe el equilibrio» entre los factores conducentes a la producción del daño y los factores adversos a ella.

Sin embargo, estas teorías se aproximan mucho a la de la causa próxima a la que antes nos hemos referido y pueden ser objetadas con argumentos similares a los que cuestionan el análisis de la proximidad. En el ejemplo antes citado, por ejemplo, ¿no deberíamos considerar que tanto el acto de Juan como el de Pedro son causa del daño y dan origen a responsabilidad solidaria de estas personas frente a la víctima?

161. *Teoría de la causa adecuada.* Esta teoría, desarrollada en 1888 no por un jurista sino por un filósofo, J. von KRIES, parte de una observación empírica: se trata de saber qué causas *normalmente* producen un tal resultado[253bis].

De esta manera, frente a un daño, se trata de saber cuál es la causa, dentro de la universalidad de causas que encarna cada situación, que conduce usualmente al resultado dañino. Por ejemplo, que una persona le entregue inocentemente un martillo a otra, no conduce a un crimen; en cambio, que una persona golpee con un martillo la cabeza de otra, lleva a un homicidio o, cuando menos, a lesiones. Por consiguiente, si *Catilina* mata a *Ciceronem* con un martillo que le había entregado *Cato*, el acto de *Catilinae* es "causa" de la muerte de *Ciceronis*; pero la entrega inocente del martillo por *Catone* no es "causa"; porque tal acto no conduce usualmente al daño en cuestión: podría haber llevado sencillamente a que *Catilina* se construya una nueva mesa de trabajo.

---

253. Ejemplo citado por Isidoro H. GOLDENBERG: *Op. cit.*, p. 27, n. 49.

253bis TRIMARCHI recuerda que la teoría de la causalidad adecuada nació dentro del ámbito de la responsabilidad penal; y es por ello que su adaptación a la responsabilidad extracontractual ofrece problemas derivados de su aplicación a otras circunstancias (Pietro TRIMARCHI: *Causalità giuridica e danno*, en Giovanna VISINTINI, ed.: *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*. Dott. A. Giuffrè, editore. Milano, 1984, p. 1).

Por consiguiente, no todas las causas que necesariamente conducen a la producción de un daño pueden ser consideradas como causas propiamente dichas de tal daño: no todas estas causas obligan a su autor a participar como responsable en la reparación del daño. Desde el punto de vista de la responsabilidad, se requiere que la causa sea adecuada, es decir, que sea idónea.

Ahora bien, ¿qué es lo idóneo? ¿qué es lo adecuado en materia de causa? La respuesta es "lo normal".

Por ese motivo, quizá la teoría debió denominarse más propiamente como la de la "causa normal" de un hecho. El propio von KRIES decía que "puede considerarse que estamos ante una causa cuando la circunstancia bajo análisis tiene la naturaleza de producir normalmente el daño que ha condicionado"[254]. De esta manera la pregunta clave frente a la situación concreta es: "¿La acción u omisión del presunto responsable, era por sí misma capaz de ocasionar *normalmente* este daño? Si se responde afirmativamente, conforme a la experiencia de la vida, se declara que la acción u omisión era 'adecuada' para producir el daño, y entonces éste es objetivamente imputable al agente"[255].

Como dice GOLDENBERG, "A fin de establecer la vinculación de causa a efecto entre dos sucesos, es menester realizar un juicio retrospectivo de probabilidad, cuya formulación es la siguiente: ¿la acción u omisión que se juzga era *per se* apta o adecuada para provocar normalmente esa consecuencia?"[256]. Y la respuesta se encuentra en una comprobación de normalidad: "No es suficiente, por tanto, que un hecho aparezca como condición de un evento si *regularmente* no trae aparejado ese resultado"[257].

---

254. Cit. p. Henri y Léon MAZEAUD y Jean MAZEAUD: *Traité de Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*, 6a. ed. T. II. Editions Montchrestien. Paris, 1970, No. 1441, p. 531.

255. Alfredo ORGAZ: *El daño resarcible. Actos ilícitos*. 3a. ed. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1967. p. 47

256. Isidoro H. GOLDENBERG: *Op. cit.*, No. 10, p. 33.

257. *Loc. cit.*

La teoría de la causalidad adecuada, que ha sido acogida por la mayor parte de los autores alemanes, admite dos grandes variantes —una más subjetivista y otra más objetivista— y múltiples versiones de ellas.

El propio von KRIES le dio una tonalidad subjetivista cuando sostuvo que la "normalidad" de la causación debía apreciarse *in concreto*, es decir, teniendo en cuenta lo que el autor del hecho sabía de las consecuencias normales: si ignoraba que ciertos efectos se derivan usualmente de un cierto acto, entonces no podía decirse que su acción fuera causa de tal efecto.

Como puede apreciarse, desde esta perspectiva subjetivista, la idea de normalidad no es tan "normal": depende del sujeto involucrado. Y von KRIES sugería que el criterio de normalidad no fuera objetivado a través de un patrón *o standard* similar al del buen padre de familia o al del hombre razonable, sino que se evaluara en cada caso atendiendo a las circunstancias y posibilidades del sujeto en particular. De acuerdo con la línea alemana de apreciación de la situación *in concreto*, esta aproximación al problema se pregunta sobre lo que efectivamente pudo haber previsto el causante de acuerdo a sus conocimientos de la situación: será entonces "causante" solamente de eso que pudo haber previsto —él y sólo él— en esas circunstancias específicas. No se trata de preguntarse sobre lo que sería normalmente previsible en tal situación, sino que nos tenemos que interrogar sobre lo que *ese* hombre pudo prever en *esa* situación. En otras palabras, la idea de "normalidad" se encuentra teñida por la idea de "previsibilidad"; y la previsión se toma en cuenta a partir de las posibilidades efectivas de prever del agente del daño.

Notemos cómo este análisis causal subjetivista comienza a parecerse al análisis de la culpabilidad: no se está comprobando una relación objetiva entre hechos —nexo causal— sino una relación subjetiva entre una persona y un hecho.

La otra variante coloca el acento en la conexión fáctica antes que en el aspecto subjetivo del conocimiento que pudo tener o no tener el agente de tal conexión. En este caso, se trata de hacer un análisis regresivo de las causas y observar cuáles de ellas llevaban "normalmente" al resultado dañino, independientemente de que el actor lo supiera o no.

Este análisis retrospectivo de la "causa normal" fue llamado por von LISZT con un nombre pedante: "la prognosis objetiva póstuma" (*objektive nachträgliche Prognose*). Se trata de un análisis objetivo en el sentido de que la causa debe ser investigada *in abstracto* y no *in concreto*; es decir, el examen de la causa prescinde de la subjetividad implícita en la situación y se interroga sólo sobre lo que usualmente ocurre. RUMELIN piensa que deben tomarse en cuenta todas las circunstancias que regularmente llevan hacia el hecho en cuestión, sean o no sabidas por el agente e incluso aquellas que sólo con posterioridad al daño se conoce que estuvieron vinculadas a la producción del hecho dañino.

GOLDENBERG considera que esta posición extrema de RUMELIN lleva a incongruencias. Y cita, como ejemplo de ellas, un caso famoso ya mencionado por TRAEGER y por ENNECERUS. Los estibadores que cargaban el barco *Mosel* no advirtieron que un barril que estaba marcado como caviar y que se encontraba sobre cubierta a la hora de cargar, contenía en realidad explosivos. El barril había sido dejado disimuladamente cerca de la carga por el terrorista Thomas. El barril hizo explosión: murieron más de cien personas y quedaron seriamente averiados varios buques. "Si aceptamos que a los trabajadores se les podía tachar de negligentes por la circunstancia de habérseles escurrido el barril entre la carga, serían responsables... según la teoría de RUMELIN... de la muerte de los hombres y del daño de los buques"[258].

Sin embargo, esta objeción no es válida porque se basa una vez más en la confusión entre causa y culpa y entre nexo causal y responsabilidad. No se trata de establecer *negligentes*. Todo lo que se está planteando es la delimitación de la causa como presupuesto de la responsabilidad. Pero, como antes se ha dicho, no todo causante es responsable. La responsabilidad se determinará en un segundo paso, una vez establecida la relación causal, mediante el análisis de los factores de atribución: culpa o riesgo. Ahora bien, desde el punto de vista puramente causal, la acción de los estibadores no constituye propiamente causa no porque el hecho de cargar el barril de pólvora y colocarlo en la bodega no tuviera como consecuencia los daños al barco, sino porque no es la causa *adecuada*. Para esos estibadores, el barril contenía caviar: no podían saber

---

258. Isidro H. GOLDENBERG: *Op. cit.*, No. 10, pp. 35-36, n. 64.

que contenía pólvora. Por consiguiente, el efecto *regular* o *normal* de colocar un barril dentro de un barco no es una explosión.

Cuando RUMELIN se refiere incluso a las causas no sabidas por el agente, no puede pensarse en aquello que es oculto totalmente para éste: si fuera así, habríamos regresado por vía indirecta a la equivalencia de las causas y todo sería causa de todo. La teoría de RUMELIN sólo puede entenderse en el sentido de que no es preciso que el agente conozca hasta el detalle todas las consecuencias probables: basta que conozca que se trata de un acto que puede generar consecuencias nocivas, que conlleva una peligrosidad implícita. Si una persona deja una pistola cargada en un lugar abierto y accesible, no puede "saber" que pasará un niño por ese lugar, tomará la pistola y, al jugar con ella, matará a un amigo. Pero puede presumir que dejar una pistola a la mano conlleva *normalmente* o *regularmente* riesgos, de los cuales será "causante". Es evidente que la conexión causal precisa sólo será conocida póstumamente, cuando el daño se ha producido. Pero ello no impide que quienes han participado en dicha conexión de causas sean causantes —en forma "adecuada", es decir, causantes de los efectos normales de sus actos— en la medida en que hubieran sabido lo que estaban haciendo, aunque no conocieran todas las relaciones causa-efecto que se derivarían de sus actos.

Los estibadores del barco *Mosel* no cargaron un barril de pólvora (porque no sabían ni podían saber que contenía pólvora) sino un "barril de caviar"; consecuentemente, no son causantes —en sentido jurídico— de la explosión.

162. *La causa en la responsabilidad extracontractual dentro del Código Civil Peruano.* Nuestro Código enuncia la relación causal en los artículos 1969 y 1970, al referirse a "aquél que (de una manera o de otra) *causa* un daño a otro". Y luego califica el tipo de causa que tiene una función operativa en responsabilidad extracontractual en la última parte del artículo 1985 donde, un poco de paso, dice que la causa debe ser "*adecuada*".

En nuestra opinión, esta referencia del artículo 1985 está fuera de lugar. Esa norma reglamenta la naturaleza de la indemnización, lo que supone que ya ha quedado establecida la responsabilidad. En cambio, la mención a la causalidad adecuada trata sobre uno de los determinantes —o mejor, sobre uno de los presupuestos— de la responsabilidad misma;

por tanto, esa disposición sobre la causa es lógicamente anterior a todo lo que se dispone en el resto del artículo sobre la indemnización. En otras palabras, la calificación del tipo de nexo causal que da origen a una investigación de responsabilidad (para ver si se cumplen los factores de atribución, la culpa o el riesgo), es extraña en un artículo que regula fundamentalmente el *quantum respondeatur*.

Pensamos que la regla del artículo 1985, *in fine*, merecía un artículo independiente, que debía figurar entre los primeros de la Sección.

163. *Nuestra posición*. El Código Civil Peruano prescribe expresamente que la causalidad que debe ser analizada, desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual, es la "adecuada". Y, aun cuando este adjetivo pueda ser interpretado de múltiples maneras si se lo toma en su sentido profano, no cabe duda de que tiene una significación particular dentro de la comunidad jurídica contemporánea. Por consiguiente, podemos afirmar que el Código Civil Peruano ha acogido la teoría de la causalidad adecuada.

Claro está que, si bien esto implica un estrechamiento del campo semántico de aplicación del adjetivo "adecuado", no estamos de ninguna manera ante un concepto unívoco ni estático. Ya hemos visto que dentro de la teoría de la causalidad adecuada existen variantes y versiones. Por otra parte, esa teoría —como toda teoría— es un modelo conceptual dinámico, que tiende a irse transformando con el transcurso del tiempo en razón de las nuevas situaciones a las que se enfrenta o de las nuevas reflexiones que inciden sobre ella. Por consiguiente, aun cuando el Código se ha colocado legislativamente dentro de una determinada tendencia doctrinaria, ello no clausura herméticamente la discusión ni impide que se produzca una evolución conceptual movida por la doctrina o por la jurisprudencia.

Hecha esta advertencia, es imprescindible pronunciarse sobre la variante de la teoría de la causalidad adecuada que debe ser aplicada en la responsabilidad extracontractual peruana.

En nuestra opinión, si se quiere distinguir correctamente los conceptos y facilitar así una articulación coherente de ellos, la única variante aceptable es la objetiva. La variante subjetiva nos lleva a una noción de previsibilidad *in concreto* que, no solamente confunde la causa con la

culpa, sino que nos sumerge en las profundidas más subjetivistas de la culpa, con todas las dificultades que ellas encierran y que ya antes hemos señalado[259].

Sin por ello adherir al positivismo lógico, no podemos negar lo saludable desde el punto de vista epistemológico de la advertencia de WITTGENSTEIN: "En el lenguaje corriente, sucede frecuentemente que la misma palabra designe de manera diferente —por lo que corresponde a diferentes símbolos— o que dos palabras, que designan de manera diferente, sean utilizadas exteriormente de la misma manera dentro de la proposición. Es así como se producen fácilmente las confusiones fundamentales (de las cuales la filosofía está plagada). Para escapar a estos errores, debemos utilizar un lenguaje de signos que los excluya, no recurriendo al mismo signo para diferentes símbolos ni utilizando exteriormente de la misma manera los signos que designan de manera diferente"[260]. Por consiguiente, una tarea importante de la epistemología en cualquier área del conocimiento —y el Derecho no constituye una excepción— consiste en "la clarificación lógica del pensamiento", en "volver claros y en delimitar rigurosamente pensamientos que de otra manera, por así decirlo, son revueltos y difusos"[261].

Esto quiere decir que, en el campo que nos ocupa, es preciso distinguir claramente entre causa y culpa. Porque si no existe distinción entre estos términos, no vale la pena —e incluso es perjudicial— que conservemos ambos. Aquí una vez más se aplica la sabia norma de OCCAM: *Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem.* Y nos parece que la única forma de establecer la diferencia de manera neta es con la ayuda de la variante objetivista de la teoría de la causalidad adecuada.

Esta teoría debe complementarse con una teoría de las fracturas causales.

En realidad, la causalidad adecuada nos aparta de la confusión de la causalidad universal; pero requiere de ciertos afinamientos que, en al-

---

259. *Supra*. Nos. 11 y 52.

260. Ludwig WITTGENSTEIN: *Tractatus logico-philosophicus*. Gallimard. Paris, 1961. Nos. 3.313, 3.324 y 3.3.25.

261. *Ibidem*, No. 4.112.

gunos casos, son prolongaciones de sus propias tesis y, en otros, son complementos.

Las fracturas causales son aquellos hechos ajenos a la serie causal normal, que consecuentemente interrumpen la cadena de la causalidad adecuada. Es interesante notar que, si bien el Código no precisa el contenido de la expresión "adecuado" que califica la cadena causal jurídicamente operativa, en cambio señala taxativamente en su artículo 1972 los hechos que interrumpen la relación de causa a efecto entre el obrar del presunto causante y el daño. De ahí que sea de la mayor importancia revisar cuidadosamente estas formas de interrupción de la causalidad para entender más cabalmente la causalidad adecuada.

164. *La causa en acción.* Las teorías expuestas aparecen como muy especulativas para el abogado que está formado dentro de la disciplina de las realidades apremiantes de la acción. Por ese motivo, creemos que es importante analizar la idea de causa en operación, confrontada con los problemas de la vida social.

En realidad, la problemática de la causa surge fundamentalmente por contraste. Cuando no hay discusión en materia de causalidad, la causa parece no ofrecer dificultad jurídica alguna. El que demanda una indemnización por responsabilidad extracontractual tiene que probar que su demandado es "causante" de su daño. Pero esta prueba es bastante simple porque no va más allá de la comprobación directa: si se demuestra que el demandado conducía el vehículo con el cual el demandante fue atropellado, hay una prueba *prima facie* de que fue el causante. La simple presencia activa del demandado en la producción del daño, le atribuye el carácter de causante sin necesidad de entrar en mayores sutilezas.

La dificultad se presenta cuando el demandado se enfrenta a esta imputación de causalidad y sostiene que, aunque participó en el hecho generador del daño, no es el causante del mismo. Es entonces, cuando se quiere escapar de las cadenas de la causa, que se requiere afinar particularmente el análisis. Mientras nadie la discute, la noción de causa pasa casi desapercibida para el Derecho. Es sólo cuando alguien la objeta, que esta noción se pone de relieve y tiene que ser cuidadosamente construida.

Hay dos grandes grupos de defensas causales, que obligan a desarrollar la teoría de la causa: la alegación de una fractura del nexo causal

y la alegación de daño remoto. Veremos más tarde que estos dos tipos de defensas se acercan hasta confundirse.

Cuando el automovilista que conducía el vehículo que atropelló al demandante aduce que esa evidencia *prima facie* de ser el causante es un espejismo de causa porque ha mediado un caso fortuito, un hecho determinante de tercero o una imprudencia de la víctima, es entonces que la discusión sobre el concepto de causa se hace vital: es indispensable determinar si una *nova causa* ha intervenido, de manera que la relación causal entre el demandado y el daño quedó interrumpida. Igualmente, si el demandado sostiene que efectivamente fue el autor de un cierto hecho con consecuencias dañinas pero que ese hecho es remoto con relación al demandado porque se sitúa en una etapa muy anterior de la cadena de causas, es entonces que interesa establecer los alcances de la causa: hasta dónde se puede considerar causante al autor de un hecho, si se tiene en cuenta que cada acto humano produce una sucesión interminable de efectos.

En consecuencia, para entender mejor la forma como opera la causa jurídica en las situaciones que se presentan diariamente a jueces y litigantes, examinaremos a continuación estos dos grupos de defensas causales: la fractura del nexo y los daños remotos.

CAPITULO II

LAS FRACTURAS CAUSALES

Sección I: Generalidades

Artículo 1972.- *En los casos del artículo 1970...*

165. *La primera lectura del artículo 1972.* Esta norma contiene un encabezamiento que puede llevar a confusión.

En efecto, la regla comienza diciendo "En los casos del artículo 1970...", el autor no está obligado a la reparación si ha mediado tal o tal situación. Esto da la impresión en una primera lectura de que el artículo 1972 se aplica sólo a los casos del artículo 1970. Dicho de otra manera, la redacción parece llevar a pensar que, mientras el artículo 1971 tiene un alcance genérico —excluye tanto de la responsabilidad subjetiva como de la objetiva a daños cometidos en las circunstancias ahí descritas— el artículo que ahora comentamos está exclusivamente vinculado al artículo 1970; es decir, esta norma se aplicaría únicamente a los casos de la responsabilidad objetiva que aparece cuando los daños son ocasionados a causa de la realización de actividades o del uso de bienes riesgosos o peligrosos.

Sin embargo, veremos que esta lectura de la norma sería equivocada y que no se trata de exoneraciones de responsabilidad exclusivas del caso de riesgo, sino que están también presentes —en forma implícita— en los casos de aplicación de la responsabilidad por culpa.

166. *Alcance general de la fractura del nexo causal.* El artículo 1972 precisa tres casos en los cuales se rompe el vínculo causal entre el cau-

sante aparente y la víctima; por consiguiente, no existiendo nexo o continuidad causal, no hay tampoco responsabilidad.

Sin embargo, hemos señalado que —salvo ciertos casos especiales— la causalidad parece ser una condición esencial para atribuirle responsabilidad a una persona. Es sólo después de haber establecido la vinculación entre el demandado y el daño que nos preguntamos por los factores de atribución: se aplicará el artículo 1969 (que lleva a discutir sobre la culpabilidad o no culpabilidad de esa persona ya determinada como causante) o se aplicará el artículo 1970 (que le atribuye responsabilidad por el solo hecho de ser el causante). Pero en los dos casos posibles de atribución(culpa o riesgo), existe una relación de causalidad, previa en el análisis y subyacente a ambos tipos de responsabilidad.

Por consiguiente, una fractura del nexo causal afecta la responsabilidad cualquiera que sea el factor de atribución empleado: culpa o riesgo. No podemos, entonces, decir que estos casos de fractura causal mencionados en el artículo 1972 sólo eliminan la responsabilidad por riesgo (artículo 1970) pero no la responsabilidad por culpa (artículo 1969).

167. *Por una lectura correcta del artículo 1972.* En realidad, es obvio que toda fractura causal elimina la responsabilidad subjetiva: si ha mediado caso fortuito o hecho determinante de tercero o hecho determinante de la víctima, estamos ante una situación de ausencia de culpa por parte del causante aparente. En consecuencia, dado que en los casos del artículo 1969 sólo se responde si hay culpa, si el presunto autor prueba que han mediado las circunstancias antes mencionadas, no estará obligado a la reparación del daño.

Esto nos deja claro que el artículo 1972 no es solamente aplicable a los casos del artículo 1970 sino también a los casos del artículo 1969.

De acuerdo a lo expuesto, el sentido correcto de la primera fase de la norma no es el de "*Sólo* en los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando..." sino, más bien, "*Incluso* en los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando...". El Código da por sobreentendido que el caso fortuito, el hecho determinante de tercero y el hecho determinante de la víctima establecen una situación de ausencia de culpa y, por tanto, liberan al demandado de la responsabilidad del artículo 1969. Pero, como en la responsabilidad

objetiva del artículo 1970 la ausencia de culpa no libera al demandado de responsabilidad, el artículo 1972 ha querido destacar que aun en esa drástica responsabilidad objetiva, esos tres tipos dramáticos de fractura causal excluyen a ese demandado de toda responsabilidad.

De esta manera, tanto el artículo 1971 como el artículo 1972 tienen un alcance general y comprenden ambos la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva.

168. *Una lectura complementaria.* Paralelamente a la lectura propuesta, hay una segunda manera de ver las cosas, que no es alternativa sino complementaria de la anterior.

Ese encabezamiento del artículo 1972 nos quiere decir además que, tratándose de responsabilidad objetiva (los casos de riesgo del artículo 1970), la ausencia de culpa no excluye al agente de responsabilidad. En esos casos, solamente una fractura del nexo causal libera al presunto agente de responsabilidad. Y el artículo 1972 describe los tres únicos tipos de fracturas causales que el legislador admite: caso fortuito, hecho determinante de tercero y hecho determinante de la víctima.

De acuerdo con esta manera de ver las cosas —que parece la única coherente— podríamos leer también ese artículo de la siguiente manera: "En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación *sólo* cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño".

169. *Causante presunto y autor.* Aun cuando carece de importancia práctica, cabe destacar un error terminológico del artículo que estamos comentando.

La norma se refiere al "autor" del daño. Pero ya hemos señalado que la autoría implica no una mera relación mecánica sino una participación existencial en la sucesión de causas y efectos[262].

---

262. *Vid. supra.* No. 155.

Sin embargo, si han funcionado algunos de los mecanismos señalados en la propia norma como rupturas del nexo causal, ese "autor" ya no es autor. Si se demuestra que la causa del daño fue el caso fortuito, entonces no hay un autor; y si se demuestra la intervención determinante de un tercero o de la propia víctima, entonces el autor no es aquél a quien el artículo 1972 libera de responsabilidad sino el tercero o la víctima. Esto es claro cuando la regla dice que el autor no está obligado a la reparación; pero si no está obligado es precisamente porque no es autor.

Pensamos que hubiera sido más coherente que, en vez de usar la palabra "autor" en este caso, se hubiese utilizado una expresión más matizada que refleje mejor la situación de aquél que parece ser pero no es: el "presunto causante" o el "posible agente" u otra denominación similar.

Sección II: El caso fortuito y la fuerza mayor

> Artículo 1972.- *...el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor...".*

170. *Caso fortuito y responsabilidad objetiva.* Cuando pensamos en términos de responsabilidad subjetiva, el caso fortuito o la fuerza mayor no constituyen problema. Lo que está más allá de la culpa es *terra incógnita*, respecto de la cual no existe interés en trazar un mapa ni en distinguir regiones diversas: todo ello, por igual, queda fuera de la obligación de reparar. E incluso existe una tendencia a identificar en general lo que queda al margen de la culpa con el azar: si no hubo un culpable, el daño debe haberse producido por un caso fortuito.

Sin embargo, al considerar esta causal eximente de responsabilidad con relación a la responsabilidad objetiva es preciso ser muy cuidadosos, porque por este camino podemos regresar inadvertidamente a la idea de culpa: si pensamos que no solamente todo caso fortuito significa que no hay culpa sino que además cada vez que no encontramos culpa de alguien estamos ante un caso fortuito, entonces la objetividad se convierte en una mera ilusión. De esta manera habríamos regresado al campo de la culpa por la puerta falsa. Dado que el caso fortuito libera también de la responsabilidad objetiva (art. 1972), si cada vez que no encontramos cul-

pa de alguien estamos ante un caso fortuito, entonces sólo habrá responsabilidad cuando hay culpa; y la teoría del riesgo y demás conceptualizaciones objetivistas quedan así reducidas a un mero eufemismo jurídico.

En el fondo, la noción de caso fortuito o de fuerza mayor sólo tiene importancia en el campo de la responsabilidad objetiva; porque, tratándose de responsabilidad subjetiva, todas las situaciones comprendidas en el caso fortuito se hallan excluidas de tal responsabilidad por el simple hecho de que carecen de culpa. Por tanto, si la responsabilidad subjetiva sólo responsabiliza a quien tiene culpa, estos casos quedan exentos; y no es necesario complicarse la vida hablando de caso fortuito o de fuerza mayor, porque basta demostrar la simple ausencia de culpa para quedar libre de responsabilidad.

171. *Caso fortuito y fuerza mayor.* Esta necesidad de concentrar y precisar el campo del caso fortuito a fin de que la responsabilidad objetiva no se esfume, ha dado lugar a diversas construcciones doctrinarias orientadas a salvar el principio objetivo.

Theodor SÜS ha propuesto una distinción original entre el caso fortuito y la fuerza mayor, considerando que el caso fortuito no exonera de responsabilidad objetiva mientras que la fuerza mayor sí lo hace[263]. El artículo del Prof. Theodor SÜS se titula *La nueva regulación jurídica de la responsabilidad Civil y del seguro obligatorio de responsabilidad civil* y fue publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de Madrid, en el número correspondiente a Enero-Junio de 1941 (p. 47). SÜS distingue entre el caso fortuito y la fuerza mayor en razón de la tipicidad o atipicidad del riesgo. Es así como nos dice que el caso fortuito es el peligro típico de la actividad; mientras que la fuerza mayor es el peligro atípico. De esta manera, un descarrilamiento es un peligro típico de un ferrocarril, pero no lo es un rayo o un terremoto. De ello SÜS concluye que, tratándose de responsabilidad subjetiva, tanto el caso fortuito como la fuerza mayor exoneran de responsabilidad. Pero si se trata de respon-

263. Cit. p. Antonio BORRELL MACIA: *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil. Estudio del artículo 1902 del Código Civil y breves comentarios sobre los artículos 1903 a 1910 del propio Cuerpo legal.* 2a. ed. Bosch. Barcelona, 1958. No. 8, p. 18.

sabilidad objetiva, sólo la fuerza mayor tiene valor exoneratorio. Esto significa que la empresa del ferrocarril no podría liberarse de la responsabilidad derivada de un descarrilamiento, aun si prueba que no hubo negligencia de su parte y que el accidente se produjo por circunstancias imprevisibles que se encontraban fuera de su control (caso fortuito, dentro de la terminología adoptada por SÜS). En cambio, la empresa del ferrocarril no responde si el daño al tren y a sus pasajeros obedeció a un rayo o a un terremoto(fuerza mayor, dentro de la terminología de SÜS).

No cabe duda de que existe una intuición profunda y aprovechable en este planteamiento. Sin embargo, la forma como ha sido expuesto no se concilia con las corrientes doctrinarias prevalecientes en el Perú ni tampoco con los textos legales vigentes.

La Sección del Código Civil Peruano sobre responsabilidad extracontractual no aporta una definición propia del caso fortuito ni de la fuerza mayor. Por consiguiente, debemos pensar que, en términos generales, es aplicable la definición del artículo 1315: "Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible...".

Como puede verse, el Código Civil Peruano no distingue entre el caso fortuito y la fuerza mayor. Desde el punto de vista histórico-doctrinario es posible hablar del caso fortuito como de un hecho natural (acto de Dios) que impide el cumplimiento de la obligación o que, en el caso de la responsabilidad extracontractual, genera el daño; en cambio, la *force majeur* ha sido vinculada a una intervención irresistible de la autoridad o *factum principis* (acto del Príncipe). Otros sostienen, también históricamente, que en el Derecho Romano la *vis maior* acentuaba la irresistibilidad del evento: según Ulpiano, la fuerza mayor era *omnis vis cui resisti non potest*; en cambio, el caso fortuito romano habría puesto el énfasis en la imprevisibilidad: *casus quos nullum humanum consilium praevidere potest*[264]. Pero ni aun estas distinciones históricas —no recogidas por nuestro ordenamiento jurídico— corresponden a la propuesta hecha por SÜS.

---

264. *Cf.* sobre este punto, Alberto REY de CASTRO: *La Responsabilidad Civil Extracontractual. Estudio teórico-práctico del Derecho Nacional y Comparado.* Lima, 1972. No. 356, p. 379.

Dentro del orden jurídico peruano, en ambos casos lo esencial es lo mismo: se trata de una fuerza ajena extraordinaria, imprevisible e irresistible. Y para todo efecto práctico, nuestro Código Civil considera el caso fortuito y la fuerza mayor como conceptos análogos, que tienen consecuencias similares: la exoneración de la responsabilidad.

Por otra parte, no sería posible introducir una diferenciación como la propuesta por SÜS por la vía de la interpretación, ni aun forzando los textos del Código. El artículo 1972 que estamos analizando prescribe expresamente que tanto el caso fortuito como la fuerza mayor liberan al mal llamado "autor" del daño de pagar indemnización, en contra de la diferenciación planteada por el jurista alemán mencionado. Por tanto, aun dentro de la responsabilidad objetiva, la ley quiere exonerar de responsabilidad tanto a aquél a quien lo beneficia un caso fortuito como una causa de fuerza mayor. Cualquier otra interpretación que pretenda distinguir ahí donde la ley expresamente no distingue, sería *contra legem;* lo que no es admisible jurídicamente.

172. *La noción de caso fortuito repensada.* No cabe duda de que, si queremos salvar el principio de la responsabilidad objetiva, es indispensable afinar los conceptos a fin de no regresar a una responsabilidad por culpa por la vía del artículo 1972.

La situación es tan dramática que algunos juristas han llegado a la conclusión de que simplemente debía eliminarse la noción del caso fortuito en el campo de la responsabilidad objetiva. La incompatibilidad entre un sistema de responsabilidad por riesgo y la exoneración de responsabilidad por caso fortuito ha sido comprendida y advertida muy claramente por el Dr. LEON BARANDIARAN, quien nos dice: "Si se quiere proteger eficazmente a la víctima frente al daño que le ha sobrevenido, por razón de responsabilidad por riesgo (mediante cosa o actividad peligrosa), la presunción de culpa debe ser *iuris et de iure*; el lesionante no puede demostrar su excusabilidad por caso fortuito"[265].

Sin embargo, pensamos que es posible mantener la objetividad sin necesidad de recurrir a distinciones ajenas a nuestro Derecho positivo

---

265. José LEON BARANDIARAN: *Comentarios al Código Civil Peruano (Derecho de Obligaciones) T.I. Acto jurídico.* 2a. ed. Ediar. Buenos Aires, 1954, p. 409.

como la de SÜS, ni adherir necesariamente a la propuesta de eliminación de esta defensa, sino simplemente profundizando la noción de caso fortuito.

Lo importante es comprender la diferencia entre el caso fortuito y la ausencia de culpa. Ya hemos dicho que en el campo de la responsabilidad subjetiva todo lo que no es culpa tiende a ser considerado como caso fortuito, debido a que desde el momento en que no hay culpa deja de haber responsabilidad: no hay ningún interés práctico en diferenciar tipos de ausencia de culpa. Sin embargo, este tipo de análisis readquiere importancia en el plano de la responsabilidad objetiva porque el caso fortuito propiamente dicho está exonerado de responsabilidad objetiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1972; en cambio, la simple ausencia de culpa sólo exonera de responsabilidad subjetiva, pero no libera al causante de responsabilidad por el daño incluido en los términos del artículo 1970.

Para comprender mejor este planteamiento, podríamos decir que la expresión "ausencia de culpa" puede ser usada con sentido amplio o con sentido restringido. En el primer caso —sentido amplio— comprende todas las situaciones en las que no hay culpa de aquél a quien se exige el pago de una indemnización por daños y perjuicios. De esta forma, el caso fortuito es *una* de las situaciones posibles de ausencia de culpa. En el segundo caso —sentido estricto o particular— la expresión "ausencia de culpa" denota aquellas situaciones en las que, no existiendo culpa, tampoco se ha presentado un caso fortuito o de fuerza mayor, un hecho determinante de tercero o un hecho determinante de la víctima.

De lo expuesto podría pensarse que la ausencia de culpa (en sentido amplio) es el género, mientras que la ausencia de culpa (en sentido estricto) es la especie. Sin embargo, este planteamiento no es totalmente correcto.

Es verdad que todo caso fortuito constituye un caso de ausencia de culpa (en sentido amplio); y también es cierto que no todo caso de ausencia de culpa (en sentido amplio) constituye un caso fortuito. En esto parecen cumplirse las características de las relaciones entre el género y la especie. Pero lo fundamental estriba en que la noción de ausencia de culpa y la noción de caso fortuito pertenecen a órdenes conceptuales distintos; y que, aunque presentan relaciones entre sí, según se ha visto,

sólo pueden ser adecuadamente comprendidas si se las ubica dentro de sus respectivos órdenes.

La ausencia de culpa es una noción que juega dentro del orden de la culpabilidad, mientras que el caso fortuito es una noción que juega dentro del orden anterior de la causalidad. Y, si bien es verdad que si no hay relación causal tampoco puede haber culpa, ello no quita que se trate de planos diferentes. Los hermanos MAZEAUD ponen de manifiesto que el caso fortuito es una "*causa* ajena", es decir, es un acontecimiento que interrumpe la sucesión ordinaria de causa a efecto con la intervención de una causa nueva y extraña al demandado[266]. El caso fortuito no es, entonces, la mera ausencia de culpa porque en él interviene una *novam causam* que produce una interrupción de la continuidad causal. De esta manera, mientras que la ausencia de culpa es un factor que se define negativamente (por una ausencia), el caso fortuito se define positivamente (por un *evento*). Entonces, para que pueda hablarse de caso fortuito no basta que no exista culpa; tiene que haberse producido un evento de características excepcionales.

Esta tesis es sostenida por MESSINEO, quien distingue entre la "causa no imputable" (ausencia de culpa) y el caso fortuito: la primera situación, dice este autor, tiene una connotación negativa; en cambio la segunda está constituida por un hecho positivo. Por consiguiente, el caso fortuito tiene un significado diverso al de la causa no imputable. Aun más; dice MESSINEO que "probar el caso fortuito (o la fuerza mayor) no significa probar que aquel daño *no* se debe a la negligencia del llamado a responder (como imputable a él), sino que significa probar que se debe a un hecho *positivo* que se concrete en un evento, o en un hecho *extraño* al sujeto y *no-evitable*, como un terremoto o la propagación del incendio de una cosa próxima..."[267]. El mismo MESSINEO aclara que el caso fortuito "cuando concurre, tiene (...) el efecto de *interrumpir el nexo de causalidad* entre el acto del llamado a responder y el daño; y no

---

266. Henri y Léon MAZEAUD y Jean MAZEAUD: *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda. Vol. II. *La responsabilidad civil. Los cuasicontratos*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1978. No. 572, p. 318.

267. Francesco MESSINEO: *Manual de Derecho Civil y Comercial*. T. VI. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1979, p. 526. Los énfasis son del propio MESSINEO.

ya a eliminar una presunción de culpa"[268]. A su vez, TRIMARCHI declara enfáticamente que la prueba del caso fortuito no equivale a la prueba de la falta de culpa: "probar el caso fortuito significa probar un evento determinado..., y tal evento, imprevisible e irresistible, debe tener una característica de 'exterioridad'"[269].

En nuestro medio, usualmente se ha confundido el caso fortuito y la ausencia de culpa: se ha entendido que todo lo que no es culpa tiene que constituir caso fortuito o fuerza mayor. Sin embargo, Jorge Eugenio CASTAÑEDA percibe el problema y, en la edición de 1963 de su libro *El Derecho de las Obligaciones* (en la edición de 1955 todavía esta idea no está presente), señala que existe una distinción entre ambos conceptos: el caso fortuito no es una mera ausencia de culpa sino tal ausencia sumada a la inevitabilidad del evento[270].

Pero es Felipe OSTERLING quien asume la bandera de la distinción y difunde la idea. OSTERLING sostiene, dentro de la línea de MESSINEO, que "en la ausencia de culpa, el deudor no está obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o fuerza mayor"[271]. "La ausencia de culpa se prueba, pues, demostrando la conducta diligente del deudor; a diferencia de la prueba más severa del evento fortuito, que requiere identificar el acontecimiento y, otorgarle las características de imprevisible e irresistible"[272]. Hay, entonces, en OSTERLING una clara percepción del caso fortuito como un hecho positivo, que tiene que ser demostrado. Sin embargo, la concepción de OSTERLING todavía no distingue entre el plano causal (en el que se presenta el caso fortuito) y el plano de

---

268. Francesco MESSINEO: *op. cit.* T. VI, p. 486. El énfasis es del propio MESSINEO.

269. Pietro TRIMARCHI: *Rischio e Responsabilità Oggetiva.* A. Giuffrè. Milano, 1961, p. 184.

270. Jorge Eugenio CASTAÑEDA: *El derecho de las Obligaciones.* T. II. *Efectos de las Obligaciones.* Lima, 1963. No. 142, p. 117.

271. Felipe OSTERLING PARODI: *Inejecución de las Obligaciones Contractuales en el Código Civil Peruano de 1936: La Indemnización de Daños y Perjuicios.* Tesis Doctoral. Mimeografiado. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1967, p. 51.

272. *Ibidem*, p. 52.

la culpabilidad. OSTERLING se limita a oponerse a la Glosa (*intra levissimam culpam et casum fortuitum nihil est medium*) afirmando que "existe una zona intermedia entre el caso fortuito o fuerza mayor y la culpa, que sería, simplemente la ausencia de culpa"[273]. Pero no queda claro que el caso fortuito no es simplemente uno de los extremos de un *continuum* en cuyo otro extremo está la culpa, sino que es una circunstancia de orden distinto que afecta la cadena causal y que, por ese motivo (y sólo por ese motivo), constituye un factor eximente de la responsabilidad objetiva.

173. *Las características del caso fortuito extracontractual.* Con estas precisiones sobre la ubicación conceptual del caso fortuito y con la norma del artículo 1315 del Código Civil, podemos delinear una silueta más definida del caso fortuito (entiéndase también, de la fuerza mayor, dentro de la sinonimia que establece el Código Peruano).

Lo fundamental estriba en que el caso fortuito no es una simple ausencia de culpa sino una *nova causa interveniens* que interrumpe el nexo causal entre el presunto autor del daño y el daño mismo.

Es interesante advertir que cuando el caso fortuito se presenta de manera absolutamente pura, no hay controversia alguna ni necesidad de aducirlo, porque no hay tampoco presunto causante: si de pronto cae un rayo del cielo y fulmina a un campesino que cuidaba de sus borregos, no hay posibilidad de imputarle a nadie el hecho sino a Dios. En consecuencia, dado que la alegación de caso fortuito es una defensa y como nadie tiene que defenderse en ese caso, no hay necesidad de recurrir a la noción jurídica de caso fortuito. La situación es distinta cuando, de una manera o de otra, un acto humano se mezcla con el caso fortuito: mientras un automovilista conducía prudentemente su automóvil, se produce un terremoto que le hace perder el control del vehículo y este *caso fortuito* lo lleva a atropellar a un peatón. Normalmente, ese automovilista hubiera sido causante del daño sufrido por el peatón. Pero al alegar caso fortuito está planteando que su acción de conducir dejó de ser la causa determinante del daño para pasar a ser sólo una causa secundaria, en tanto que el hecho de la naturaleza pasó a ser la causa determinante del daño. Por

273. *Ibidem*, p. 40 *et passim*.

consiguiente, el caso fortuito jurídico es una causa decisiva y anónima que *media* entre un acto humano y una consecuencia dañina.

Pero sólo puede decirse que se trata de una nueva causa y que, consiguientemente, el hecho anónimo se sustituye al acto humano, cuando se reúnen las siguientes condiciones:

(a) *El hecho debe ser extraordinario; y por ello se entiende que no constituya un riesgo típico de la actividad o cosa generadora del daño.*

El artículo 1315 del Código Civil se refiere a un "evento *extraordinario*". Por consiguiente, se trata de un hecho que no es común, que no es usual[274]. Pero, ¿qué cosa es un hecho no común? ¿Cómo se califica algo de usual o de no usual?

Fue el jurista austriaco EXNER quien en 1883 propuso la "exterioridad" como característica esencial de la *vis maioris*: lo inusual es lo que es externo a la actividad generadora del daño. Esta tesis tuvo gran acogida por la doctrina y hasta ahora, cien años después de enunciada, constituye un hito insoslayable. TRIMARCHI explica la exterioridad con ejemplos tomados del propio EXNER. Nos dice que si un incendio destruye un almacén, el empresario podrá liberarse de la responsabilidad por el daño a las cosas que ahí se encontraban depositadas probando que el incendio tuvo un origen externo al almacén: en ese caso, es un hecho extraordinario. En cambio, cuando la causa se encuentra en el interior del círculo o campo de la empresa o actividad, tal causa no constituiría nunca fuerza mayor, a pesar de que pudiera demostrarse que no hubo culpa, porque no se trataría de un evento extraordinario: ni aun si el origen del incendio se encuentra en una bomba, con un mecanismo de relojería, colocada por un criminal[275]. En realidad, EXNER parece asignar una prioridad en la apreciación de lo externo a los aspectos espaciales (el lugar

---

274. Felipe OSTERLING, con la colaboración de Carlos CARDENAS QUIROS: *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil (Las Obligaciones)*, en Delia REVOREDO de DEBAKEY, compiladora: *Código civil Exposición de Motivos y Comentarios*. Lima, 1985, p. 440.

275. Pietro TRIMARCHI: *Rischio e Responsabilità Oggettiva*. A. Giuffrè, editor. Milano, 1961, pp. 202-203.

donde se produce el incendio) antes que propiamente causales, ya que el caso de la bomba parece más bien un hecho determinante de tercero; pero, más allá de estas observaciones (que son, de algún modo, discrepancias del autor de este libro con la tesis que venimos reseñando), no cabe duda de que EXNER había descubierto un aspecto importante del caso fortuito: tiene que ser extraordinario; y esto debe ser calificado de alguna forma. EXNER propone que el criterio para determinar si tiene ese carácter excepcional es el hecho de que se trata de una "causa externa".

Los hermanos MAZEAUD reconocen que, como lo dice el artículo 1148 del Código Francés, el caso fortuito tiene que ser una "causa ajena"; pero sostienen que esto no es sinónimo de "causa externa". Para ellos, la exterioridad no es un requisito esencial del caso fortuito cuando se trata de responsabilidad subjetiva; por eso afirman: "la necesidad de la exterioridad no se concibe sino dentro de los casos de responsabilidad por riesgo"[276]. Sin embargo, esta atingencia no parece muy fuerte. Como antes hemos visto, la defensa mediante la invocación de caso fortuito no tiene sentido sino dentro de la responsabilidad objetiva; en la responsabilidad subjetiva es inútil, porque el *casus* está comprendido en la simple ausencia de culpa. De esta manera, si la exterioridad es condición esencial en la teoría del riesgo, entonces parecería que es condición esencial del caso fortuito en la responsabilidad extracontractual.

Nosotros discrepamos con la tesis de la exterioridad (al menos, como la plantea EXNER) porque pensamos que no es un criterio que encaje perfectamente con la noción de "extraordinario": su connotación espacial la pierde. Para calificar de extraordinario un hecho creemos que es más interesante rescatar, en otra clave, la distinción propuesta por Theodor SÜS entre el riesgo típico y el riesgo atípico, que antes hemos mencionado[277]. En realidad, esas categorías no eran adecuadas —al menos dentro del orden jurídico peruano— para distinguir entre el caso fortuito y la fuerza mayor, como quería SÜS. Pero, en cambio, pueden re-

---

276. Henri y Léon MAZEAUD y Jean MAZEAUD: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. T. II. 6a. ed. Editions Montchrestien. Paris, 1970, No. 1566, p. 681.

277. *Supra*. No. 171.

sultar muy útiles para calificar el carácter extraordinario de un hecho que se presenta como caso fortuito; al punto que la diferenciación de SÜS resulta más interesante con este propósito que la clásica de EXNER.

Para EXNER, aun la bomba de tiempo colocada por un terrorista dentro de un cinema haría responsable a la empresa propietaria del cine por los daños resultantes. Esta conclusión era ineluctable porque la bomba generadora del daño se encontraba en el «interior» del local: la vinculación del adjetivo "exterior" con un espacio determinado, conduce a la teoría a resultados difícilmente aceptables. En cambio, si aplicamos las categorías de SÜS (riesgo típico y riesgo atípico) podríamos decir que los daños producidos por tal bomba son un caso fortuito (o, más propiamente, un hecho de tercero, como veremos después), porque el riesgo de terrorismo es atípico para una actividad de exhibición de películas. Pero si el incendio dentro del cine se hubiera producido porque la colilla arrojada por un espectador incendió las cortinas y convirtió al local en una hoguera, el empresario sería responsable aunque pudiera probar que ejercitó la mayor diligencia y que de ninguna manera existe culpa de su parte; porque en este caso estaríamos ante un riesgo típico de la exhibición cinematográfica. Dentro de este orden de ideas, la bomba en el cine sería un hecho extraordinario (atípico); por el contrario, un incendio originado por el descuido de un espectador (aun si se prueba la ausencia de culpa de la empresa exhibidora), no lo sería.

(b) *El hecho debe ser notorio o público y de magnitud.*

El mismo EXNER lo había ya señalado: un evento extraordinario no es simplemente uno que es externo a la actividad productora del daño sino que además tiene que tener un carácter y una violencia excepcional, hasta alcanzar una pública notoriedad[278]. GOLDENBERG dice que "el caso fortuito tiene que tratarse de un 'hecho exterior' de magnitud, ajeno a la explotación, a las actividades, a las cosas de propiedad del deudor, notorio o público y de carácter extraordinario"[279]. En realidad, tras esta "enumeración caótica" (como diría Leo Spitzer), encontramos una cierta

278. Pietro TRIMARCHI: *Op. cit.*, p. 203.

279. Isidoro H. GOLDENBERG: *La relación de causalidad en la responsabilidad civil.* Astrea. Buenos Aires, 1984. No. 47, p. 191.

estructura; todos los primeros adjetivos se resumen en el último: lo extraordinario (la última de las características mencionadas) supone que sea un hecho atípico, notorio, con alcance general.

La notoriedad implica que el carácter extraordinario de un hecho no puede ser apreciado subjetivamente (cuánto de extraordinario tiene para el sujeto involucrado) sino que tiene que ser apreciado objetivamente (en qué medida ese hecho es extraordinario para cualquiera). Cuando se trata de un hecho anónimo (caso fortuito) que, a diferencia del hecho de tercero o del hecho de la víctima, no tiene autor, la doctrina exige que su carácter extraordinario sea indiscutible: no hay caso fortuito cuando su apreciación depende de circunstancias que sólo se refieren al sujeto involucrado. Lo extraordinario (en el caso fortuito) no es algo fuera de lo común para el sujeto sino fuera de lo común para todo el mundo. Todo esto significa que no hay casos fortuitos «privados»: la intimidad no se concilia con la noción jurídica del caso fortuito. Para el Derecho, el caso fortuito es siempre un hecho manifiesto, de gran magnitud, de carácter general. Por eso, no es caso fortuito la simple rotura de la dirección del automóvil (como lo veremos después al analizar la jurisprudencia peruana); en cambio, son indudablemente casos fortuitos el terremoto, la invasión de langostas o el bombardeo[280].

De acuerdo a lo dicho, para considerar la notoriedad del hecho como elemento esencial del caso fortuito no se requiere que esta característica haya sido expresamente señalada en el artículo 1315: está implícita en la exigencia de que se trate de un hecho extraordinario.

(c) *El hecho debe ser imprevisible e irresistible.*

Para BUSTAMANTE ALSINA, estas dos características no son también sino elementos que configuran el carácter extraordinario del acontecimiento: "Que el hecho sea extraordinario o anormal no es un carácter distinto de la imprevisibilidad e inevitabilidad, sino que señala precisamente las circunstancias en que el hecho no puede preverse o evitarse"[281].

---

280. Pietro TRIMARCHI: *Op. cit.*, p. 203.

281. Jorge BUSTAMANTE ALSINA: *Teoría General de la Responsabilidad Civil.* 3a. ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1980. No. 713, p. 264.

En nuestra opinión, ésta es una aproximación equivocada al problema; o quizá mejor, es la aproximación exactamente opuesta a la correcta. No es porque algo sea imprevisible e irresistible que es extraordinario; es más bien porque un hecho es auténticamente extraordinario que resulta imprevisible e inevitable. Si reducimos lo extraordinario a la imprevisibilidad y la irresistibilidad, quizá estamos dejando de lado esas características de atipicidad y de notoriedad que antes hemos señalado; y, de esa manera, la noción de caso fortuito se acerca peligrosamente a la noción de ausencia de culpa. Nuestro Código no reduce el carácter extraordinario a la imprevisibilidad e irresistibilidad pues, si fuera esa la intención del texto, no habría mencionado expresamente la necesidad de que el evento sea ante todo —en primer lugar, dentro de la serie de adjetivos— extraordinario. Esta referencia privilegiada implica que lo extraordinario significa algo más que lo imprevisible e irresistible: implica además (y sobre todo) lo atípico y lo notorio o de alcance general (objetivamente extraordinario).

La irresistibilidad supone que el presunto causante no hubiera tenido oportunidad de actuar de otra manera. No basta con que la adopción de otro curso de acción hubiera sido simplemente muy difícil; se requiere que haya sido imposible.

Respecto tanto de la previsibilidad como de la irresistibilidad surge un problema de apreciación similar al que antes hemos visto con relación a la culpa: ¿deben ser consideradas *in abstracto o in concreto?*

En realidad, caben tres alternativas: (a) que se tome en cuenta sólo lo que el causante hubiera estado en posibilidad de predecir o de resistir por sí mismo; o (b) que se tome en cuenta lo que cualquier hombre razonable hubiese estado en posibilidad de prever o de resistir; y (c) que se tome en cuenta lo que un experto hubiera estado en posibilidad de predecir y un hombre excepcional hubiese estado en posibilidad de evitar.

La primera debe ser descartada por las mismas dificultades que señalamos con relación a la apreciación de la culpa *in concreto*[282]. Es por ello que la mayor parte de los autores se inclinan por la segunda alterna-

282. *Supra*, No. 11 y 50.

tiva: la previsión y la resistencia deben ser apreciadas en función de la capacidad de previsión y de resistencia de un hombre normal. Los MAZEAUD afirman: "La imprevisibilidad y la irresistibilidad se aprecian *in abstracto*. No se trata, pues, de averiguar si el mismo demandado podía prever el acontecimiento y resistir a él, sino de saber si un individuo cuidadoso, colocado en las mismas circunstancias, lo hubiera previsto o impedido. La fuerza mayor se aprecia, pues, como la culpa: por comparación, *in abstracto*; y no *in concreto*, por el análisis del estado espiritual del demandado"[283].

Sin embargo, aun cuando esa interpretación parece razonable, es posible preguntarse si éstas circunstancias no deben ser analizadas con criterios todavía más objetivos. Es verdad que a toda persona puede exigírsele que actúe cuando menos como una persona media: toda conducta *substandard* es, en principio, riesgosa y conlleva su propia responsabilidad. Pero si una persona tiene una capacidad superior a otros para evitar un daño y no lo hace, mal podríamos hablar de caso fortuito; en este caso, la causa interviniente anónima (caso fortuito) no sería determinante. Por otra parte, en lo que se refiere a la previsibilidad, la interrupción del nexo causal debe ser tan fáctica, objetiva, como lo es el mismo nexo causal. Por consiguiente, si consideramos que una cosa es causa de otra de acuerdo a lo que establece la ciencia, mal podríamos decir que un efecto determinado es un caso fortuito sólo porque "la mayor parte de las personas" no sabía que había tal relación de causa a efecto. En ese caso, estamos ante una relación causal conocida que no se interrumpe porque algunos (o muchos) no la conocieran. De manera que sólo habrá caso fortuito cuando nadie sabía todavía que tal causa producía tal efecto.

A este respecto, es preciso insistir en que el hecho de encontrar que existe un nexo causal no significa hacer automáticamente responsable al sujeto: puede existir tal nexo (es decir, no hay caso fortuito), pero el sujeto no será responsable cuando el factor de atribución es la culpa. Nos encontraríamos en esa hipótesis ante un nexo causal no culpable y, por consiguiente, que no obliga a una reparación. En los casos de responsabilidad objetiva, sin embargo, la inexistencia del caso fortuito (o de alguno

283. Henri y Léon MAZEAUD y Jean MAZEAUD: *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda. Vol. II. *La responsabilidad civil. Los cuasi-contratos*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1978. No. 576, p. 321.

de los otros casos de interrupción de la causalidad, a que se refiere el artículo 1972) conduce automáticamente a la responsabilidad.

174. *La jurisprudencia.* La Corte Suprema Peruana ha sido vacilante en materia de caso fortuito extracontractual y en muchos casos ha realizado un conceptualización imprecisa. Como ya hemos visto en lo relativo a otros aspectos de la responsabilidad extracontractual, la jurisprudencia no se ha sentido cómoda con la teoría de la culpa ni con la teoría del riesgo. Por ese motivo, muchos casos son resueltos mediante una combinación no muy bien articulada de ambas teorías.

Es interesante advertir que los jueces peruanos comprendieron de manera intuitiva que el caso fortuito no es simplemente una situación de ausencia de culpa: para que se reconozca el caso fortuito es indispensable que se trate de un hecho extraordinario, es decir, tiene que haberse producido un hecho positivo que genera un riesgo atípico; aun cuando a veces esta convicción haya sido expresada todavía —de manera forzada— en el lenguaje de la culpa.

In Re Víctor Valenzuela contra la Negociación Agrícola Chacaca, el primero demanda a la segunda por haber ocasionado la muerte de su menor hijo Maximiliano Valenzuela Lobatón con uno de los camiones de su propiedad conducido por el chofer Máximo Santos Coca. El accidente se produjo porque reventó una llanta del camión y este hecho hizo desprenderse a la rueda misma, la que fue a golpear violentamente al menor Valenzuela que se encontraba cerca de la carretera, hiriéndolo mortalmente. El Fiscal SOTELO señala que ha quedado demostrado que no hubo descuido o negligencia de parte del chofer del camión, debido a que el accidente ocurrió por un hecho ajeno a él. Sin embargo, no califica este hecho de caso fortuito sino que imputa responsabilidad a la Negociación dueña del camión sobre la base de que ésta «aprovechaba y usufructuaba de sus servicios (del camión)» y el accidente ocurrió cuando desarrollaba una "labor provechosa para sus conveniencias económicas"; por consiguiente, "los elementos constitutivos del vehículo ...han debido ser controlados con la mayor escrupulosidad y cuidado por los dueños". Notemos que el Fiscal adopta una justificación subjetivista para atribuirle responsabilidad a la empresa propietaria: hay culpa porque ha debido controlar mejor el estado de sus llantas. Pero las consideraciones que anteceden sobre el provecho económico obtenido y el uso del camión en su conveniencia, parecen describir una atmósfera de teoría de riesgo. Esta

contradicción de sentimientos en el ánimo del Fiscal, es patente cuando, unas líneas más abajo, declara que "la deficiencia en el vehículo...era previsible, (pero) no era manifiesta y por lo mismo la culpa de los encargados de atender esos servicios y cautelar su seguridad y corrección no revistió carácter de manifiesta indolencia en ellos...". Por eso solicita que se rebaje el monto de la indemnización establecida por la Corte Superior. La Resolución Suprema de 27 de setiembre de 1947 recoge la argumentación del Fiscal que sustenta la responsabilidad de la demandada, pero no reduce la indemnización[284].

Como puede apreciarse, el Fiscal tiene muchas dificultades para formular jurídicamente su convicción de que la empresa propietaria debe pagar algo de indemnización. Dado que carece de la distinción entre caso fortuito y ausencia de culpa, si opina porque no hay culpa, parecería que irremisiblemente cae en el caso fortuito y, entonces, la empresa queda liberada de responsabilidad. Por otra parte, si opina que hay culpa, siente en el fondo que está estirando este concepto más allá de lo razonable; porque es verdaderamente poco serio pensar en un deber de previsión que cuide de que no se revienten nunca las llantas de un vehículo. Por eso el Fiscal parece decirnos: "No hay culpa...pero sí, quizá hay alguna culpa, aunque esa culpa no es tan clara; en fin, optemos porque hay culpa, pero no mucha». Para nosotros —establecida ya la distinción entre el caso fortuito y la ausencia de culpa— el problema no se presenta con esa alternativa dramática: no hay culpa, pero tampoco es un caso fortuito; porque no se trata de un «evento extraordinario», ya que la explosión de una llanta es uno de los riesgos típicos de poseer y conducir vehículos.

Otro caso similar —pero que es resuelto dentro de una línea aún más subjetivista— es el del juicio seguido por Liborio Balazar S. contra la Empresa de Transportes Nor-Pacífico S.A. por la muerte de su hijo, Froilán Balazar Castro. Este joven de 27 años viajaba de Huacho a Lima en un ómnibus de la empresa de transportes demandada. A la altura del kilómetro 113 de la Carretera Panamericana Norte, el muelle izquierdo del ómnibus se rompió y esto ocasionó una desviación de su curso que lo hizo salirse de la pista y caer en un pozo de la pampa. Como consecuencia del accidente falleció el joven Balazar y quedaron heridas otras per-

284. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Nos. 58-59, Noviembre-Diciembre de 1948, pp. 800-801.

sonas. El demandante adujo que había mediado descuido inexcusable de la empresa por no haber revisado el ómnibus antes de ponerlo al servicio del público.

En autos, quedó demostrado que la pista se encontraba en reparación, lo que hace suponer que había numerosos huecos y que los muelles estaban sometidos a un esfuerzo especial. A pesar de ello, el Fiscal GARCIA ARRESE encuentra que el accidente obedeció a "la negligencia de la empresa por falta de revisión material de un ómnibus destinado al transporte de pasajeros, exponiendo al peligro a sus ocupantes". La Corte Suprema hizo suya la opinión del Fiscal en Ejecutoria de 14 de abril de 1953[285].

Es claro que la razón subyacente a esta imputación de culpa un poco forzada es que esa situación no era percibida como caso fortuito. Aquí también, las nuevas categorías existentes en la responsabilidad extracontractual —como la distinción entre lo típico y lo atípico para calificar lo extraordinario— solucionan el problema: el hecho de que una rotura de muelle sea un riesgo típico de la circulación automotriz hace que, si bien no existe culpa, tampoco hay caso fortuito; por lo que la responsabilidad objetiva no puede ser exonerada.

Así como hemos visto que algunos casos eran resueltos con una mayor tendencia al subjetivismo, encontramos otros que son resueltos con una mayor tendencia al objetivismo. Pero en todos ellos, detrás de la terminología subjetivista u objetivista, encontramos la convicción de que lo que ahora llamaríamos un "riesgo típico" no es extraordinario y, por consiguiente, no es caso fortuito.

---

285. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 112, año de 1953, pp. 606-608. *Vide etiam* la Ejecutoria Suprema de 29 de Abril de 1967 que ha sido citada antes (*Supra*, No. 143, n. 236*bis*), en la que se establece que la rotura de dirección no es caso fortuito; aunque se aduce también que la impericia del piloto no le permitió afrontar adecuadamente la situación y contribuyó a la volcadura del camión (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 281, año de 1967, pp. 733-735). Asimismo, *in Re* doña Juana Rosa Zuzunaga contra don David Olano, éste último fue responsabilizado por la muerte del hijo de la demandante en un accidente automovilístico, aun cuando la desgracia ocurrió porque se zafó una tuerca de la dirección que hizo perder al chofer el control de su vehículo (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, Nos. 34-35, Noviembre-Diciembre de 1946, pp. 722-723).

Isabel Marcos Toledo demanda a doña Gladys Huerta Mosquera y a la Compañía de Seguros "La Nacional" para que la indemnicen por los daños derivados de un atropello automovilístico. Al parecer, la señora Marcos caminaba por el borde derecho de la pista cuando la señorita Jesús Huerta —quien conducía el vehículo de propiedad de doña Gladys Huerta— perdió el control de su automóvil a causa de que se le reventó una llanta. La víctima del atropello sufrió "la fractura de ambos huesos de la pierna derecha".

El Fiscal GARCIA ARRESE reconoció que no había culpa en nadie; pero opinó que el daño tenía que ser reparado en razón de la teoría del riesgo. Dice: "Si bien es cierto que el accidente se produjo como consecuencia de la rotura de una llanta, sin que pueda atribuirse culpa a doña Jesús Huerta que manejaba el automóvil, no lo es menos que" los daños deben repararse por el "propietario del vehículo por el riesgo creado en su propio beneficio". La Corte Suprema falló en tal sentido[286].

Es importante notar que el Fiscal que razona en este juicio de manera objetivista es el mismo que en el juicio reseñado en los párrafos precedentes razonaba de manera subjetivista. Esto abona a favor de la tesis que venimos sosteniendo en el sentido de que se utiliza una u otra argumentación, a falta de un mayor afinamiento de los conceptos en juego, porque más allá de las formulaciones se tiene el presentimiento de que el riesgo típico no puede ser considerado caso fortuito y dar lugar a una exoneración de responsabilidad.

Confirmando esta opinión, encontramos una expresión más clara de esta idea en otro dictamen del mismo Fiscal GARCIA ARRESE. La señora Lucinda Albarracín viuda de Pereyra demanda a la Compañía de Servicios Urbanos S.A. para que le pague una indemnización por la muerte de su esposo causada por un ómnibus de propiedad de la demandada. La víctima, don Abel Pereyra, caminaba por la calle de San Marcelo cuando fue violentamente atropellado por un ómnibus cuyo chofer había perdido el control debido a que se había producido la rotura del eje de la dirección. En el juicio se acreditó que el ómnibus se encontraba en mal estado de conservación. Pero el Fiscal GARCIA ARRESE es ab-

---

286. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No 124, año 1954, pp. 589-590.

solutamente categórico al atribuir responsabilidad al propietario, independientemente del mal estado del vehículo: "La responsabilidad de la Compañía es indiscutible. *Aun en la hipótesis de que el suceso se hubiera producido por un hecho imprevisible*, siempre está obligada a la reparación del daño causado, ya que se trata de una empresa que utiliza para su negocio vehículos que representan un peligro, y de la que obtiene lucro". La Corte Suprema resolvió el caso de conformidad con el dictamen del Fiscal[287].

Sin embargo, existe alguna Ejecutoria que no distingue ni siquiera implícitamente entre riesgos típicos y riesgos atípicos; lo que resulta explicable si se tiene en cuenta la confusión existente durante la vigencia del Código anterior sobre la procedencia de la responsabilidad objetiva por riesgo.

Así, *in Re* José Cirilo Rafael Pichón contra Roberto Ferrer y otros encontramos la tesis extensiva del caso fortuito. Don José Cirilo Rafael Pichón viajaba al Sur en el camión de propiedad de don Celso y don Pedro Horna Rodríguez, piloteado por don Roberto Ferrer. A la altura del kilómetro 328, el camión volcó y el demandante sufrió fractura de la pierna izquierda y una herida en la región de la pelvis. Es por ello que demandó al chofer y a lo propietarios del camión para que le pagaran los daños y perjuicios, aduciendo que el camión había volcado por una mala maniobra del chofer, quien conducía a excesiva velocidad. Sin embargo, se demostró en el juicio que la causa verdadera del accidente había sido la rotura de la dirección.

Tanto el Juez de Primera Instancia como la Corte Superior desestimaron la demanda, considerando que el accidente se había producido por caso fortuito. El Fiscal PONCE SOBREVILLA opinó en el mismo sentido. La Corte Suprema debatió arduamente el pleito y finalmente, en discordia, se adhirió a la tesis de las sentencias anteriores en Ejecutoria de 26 de abril de 1968. Sin embargo, en un voto singular, emitido por lo magistrados CARRANZA, PORTOCARRERO y NUÑEZ VALDIVIA, se expresa la opinión de que "en el caso de autos no puede funcionar, para liberar de responsabilidad a los demandados, el caso fortuito o la fuerza

287. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 147, año 1956, pp. 438-440. El énfasis es nuestro.

mayor, por cuanto estos factores son eliminados en la teoría del riesgo creado"[288].

175. *El caso fortuito como defensa causal.* Ya hemos señalado que el caso fortuito adquiere actualidad cuando no se presenta puro sino combinado con otras causas originadas en el obrar humano[289]. Si el acontecimiento es absolutamente anónimo, no hay a quien reclamar; luego, nadie tiene necesidad de alegar el caso fortuito. Esta institución es una defensa, es decir, es una forma de rechazar la responsabilidad que alguien nos imputa. Pero si alguien nos imputa una presunta responsabilidad es porque nuestro actuar ha estado involucrado de alguna manera con su daño.

La causa ajena que configura el caso fortuito puede ser tan poderosa que aniquile la eficacia de cualquier otra causa que hubiéramos podido introducir en el hecho dañino. En esta hipótesis, la demostración del caso fortuito nos libera totalmente de responsabilidad. Pero bien puede suceder que el caso fortuito no sea tan contundente, sino que de alguna manera se combine con las causas introducidas por el demandado; y es esta combinación que produce el daño. Así, el caso fortuito no sería la causa determinante del daño sino que se sumaría a la secuela de causas, para agravarlas o complicarlas. Como dice MESSINEO, el caso fortuito constituye una interrupción del nexo causal sólo cuando es una causa «idónea por si sola para determinar, como causa única, el evento dañoso»: como consecuencia de ello, toda otra causa (el hecho del presunto causante o demandado) se convierte en un elemento indiferente[290].

Si la situación no es pura, el caso fortuito puede aparecer combinado activamente ya sea con una causa simple del demandado (suficiente para establecer responsabilidad en caso de aplicación del principio objetivo del riesgo), ya sea como una causa "culpable" (que genera responsabilidad incluso cuando sólo es de aplicación el principio subjetivo).

Por ejemplo, *Pomponius* deja una pesada maceta con su rosa preferida en un balcón, en posición manifiestamente inestable. Unas horas más

---

288. *Revista de Jurisprudencia Peruana.* No. 292, Mayo de 1968, p. 613.

289. *Cf. supra*, No. 173.

290. Francesco MESSINEO: *Op cit.*, p. 500.

tarde se produce un terremoto y la maceta cae precisamente cuando pasaba por ahí *Tullius*, a quien le rompe la cabeza. No cabe duda de que un terremoto es un caso fortuito. Pero, en la situación descrita, ¿fue acaso el terremoto la causa determinante o adecuada de que cayera la maceta o lo fue la posición inestable en que había sido colocada? Es evidente que hubo negligencia de *Pomponii* y que ésta tuvo participación en el hecho dañino. Ahora bien, para determinar la responsabilidad de *Pomponii*, será preciso contestar a la siguiente pregunta: si la maceta hubiera estado en una posición razonablemente más estable (es decir, si se hubieran adoptado las precauciones normales), ¿puede concluirse que ésta no hubiera caído a la calle ni aun con el terremoto? O, planteada la cuestión de otra manera, ¿estaba la maceta en una posición tan inestable que hubiera caído aun si no se hubiera producido un terremoto? Si la respuesta es afirmativa, existe responsabilidad de *Pomponii*. Tanto el terremoto como la negligencia de *Pomponii* son causas del daño. Estamos, pues, en presencia de concausas cuya idoneidad y carácter determinante para provocar el resultado dañino, tienen que ser evaluadas. Si la falta de precauciones de *Pomponii* en la colocación de la maceta es absolutamente decisiva, podría llegarse quizá incluso a la conclusión de que el terremoto fue un hecho irrelevante porque su intervención causal no fue significativa. En tal caso, *Pomponius* sería plenamente responsable a pesar de que aparentemente habría intervenido un caso fortuito clásico. Esta última hipótesis se presenta cuando el caso fortuito no es sino un hecho coexistente con el acto dañino, pero no tiene influencia causal. Por ejemplo, con motivo de graves desórdenes callejeros en los que se producen incidentes armados, una persona corre para alejarse del peligro. Pero lo hace de manera tan imprudente y poco considerada con los demás transeúntes, que en su carrera empuja a otra persona para poder pasar. Y la aparta de su camino con tal fuerza y torpeza que la hace caer al suelo, lo que le causa una fractura de cráneo a aquél que fue empujado. Difícilmente podría aducir el causante que el daño fue resultado del caso fortuito constituido por el tumulto, ya que tal situación extraordinaria sólo coexistió con el daño, pero no fue causa del mismo: la causa fue la imprudencia de quien empujó salvajemente a la víctima.

Hemos colocado ejemplos basados en la responsabilidad por culpa. Intentemos ahora otro basado en la responsabilidad por riesgo.

Como consecuencia de un terremoto, los recipientes de una fábrica que contienen ácido se vuelcan sobre el río y contaminan las aguas. Esto

ocasiona cuantiosas pérdidas a los campesinos de la zona (porque deteriora sus cultivos) y al Servicio de Agua Potable de una ciudad cercana (porque tiene que aplicar un costoso tratamiento especial al agua destinada al consumo urbano). ¿Puede decirse sin mayor análisis que se trata de un caso fortuito y que la fábrica no responde por estos daños? No. Si se determina que los soportes de los tanques estaban corroídos, que el diseño de éstos no era adecuado para soportar tal cantidad de ácido o cualquier otro hecho similar, tendríamos una causa imputable a la fábrica. Debemos hacer notar que en este caso no se trataría de la existencia de una "culpa" en la fábrica: ésta respondería aun cuando demostrara que no tenía culpa de esa situación, que la corrosión de los soportes no podía advertirse técnicamente, que el diseño de los tanques había sido encomendado a especialistas. Dado que el ácido es una materia riesgosa, la fábrica respondería objetivamente. Por tanto, los hechos antes mencionados sólo serían tomados en cuenta en tanto que "causas" del daño y no en tanto que "culpas"; de ahí que la prueba de la ausencia de culpa no liberaría a la fábrica: acreditado el nexo causal, la fábrica responde por los daños.

En la jurisprudencia encontramos algunos casos de combinación de causas entre un caso fortuito y un acto humano.

La Librería F. y E. Rosay —que tanto contribuyó a la cultura peruana— ocupaba un local en el Edificio Raffo, ubicado en la Avenida Nicolás de Piérola, en Lima. En el segundo piso, encima de la Librería, tenía su consultorio médico el doctor Alfredo Ruiz Espinoza. En la noche del 24 al 25 de enero de 1947, la enfermera al servicio del médico dejó abierta la llave del agua de un lavatorio, lo que causó un aniego en el consultorio. Dado que el agua corrió durante toda la noche, se produjeron filtraciones que causaron daños en los andamios de la librería y en una gran cantidad de libros, muchos de los cuales quedaron inutilizados. La Librería demandó tanto al doctor Ruiz Espinoza como al señor Juan Luis Raffo, propietario del Edificio.

En el juicio se acreditó que las filtraciones se produjeron por existir grietas como consecuencia del terremoto que afectó severamente a Lima en el año de 1940. El Fiscal SOTELO opinó que "Si bien es cierto que en el Edificio ocupado por la firma Rosay, a consecuencia del sismo de 1940 se produjeron grietas y deterioros por donde se filtró el agua al primer piso, no lo es menos que el origen de los daños sufridos por dicha

firma se encuentra en el hecho concreto producido por la enfermera al servicio del doctor Ruiz Espinoza, la que en forma imprudente dejó abierta la llave del agua de un lavatorio". En cambio, era de opinión que el propietario del Edificio no tenía responsabilidad por cuanto «el acto determinante del daño no fue producido por él ni por persona a sus órdenes». La Corte Suprema, en Resolución de 20 de Octubre de 1949, estableció la responsabilidad tanto del médico, cuya enfermera dejó abierto el caño, como del propietario, quien no cumplió con reparar los daños del inmueble causados por el terremoto[291].

Otro ejemplo interesante se presenta *in Re* María Faustina viuda de Martínez con la Compañía Nacional de Tranvías.

Don Eduardo Martínez Matto, de 70 años de edad, intentó atravesar la línea de tranvía a las 5 a.m. en el balneario de La Punta.Pero fue atropellado por el tranvía conducido por el motorista Raúl Sánchez Wasbortt, lo que le produjo casi instantáneamente la muerte. La viuda demandó a la Compañía Nacional de Tranvías para que le pagara una indemnización por la muerte de su marido, que era el sostén del hogar. Lo interesante es que en el juicio se demostró, conforme lo resume el Fiscal GARCIA ARRESE, que el daño era resultado de una combinación de hasta tres tipos diferentes de causas: caso fortuito, imprudencia de la víctima e imprudencia del motorista causante. De un lado, se señala que "La visibilidad era escasa o nula, por haberse apagado las luces del servicio público". De otro lado, se establece que la víctima atravesó los rieles por donde no debía. Y, finalmente, se acredita también que "el motorista, sin necesidad, imprimía una velocidad innecesaria en horas de madrugada". El Fiscal considera que ha lugar a indemnización, pero que su monto debe reducirse: "Atendidas las circunstancias imprevisibles que rodearon el hecho en el que no medió voluntad de causar daño, ni deseo de quitarse la vida; la oscuridad reinante; la obligación de extremar cuidado al conducir un tranvía, y la obligación natural de extremar precauciones al atravesar la línea, cerciorándose de la aproximación de un carro que discurre por vía rígida, observando el itinerario y tiempo prefijado». La Corte Suprema redujo el monto de la indemnización fijada por el Juez en la sentencia, de acuerdo a lo opinado por el fiscal[292].

---

291. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Nos. 68-69, Setiembre-Octubre de 1949, pp. 963-965.

292.. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 168, año 1958, pp. 55-56.

176. *Relatividad del caso fortuito.* El caso fortuito es, en el fondo, una noción plástica, que los jueces pueden modelar de acuerdo a las circunstancias.

No cabe duda de que el Juez debe considerar como caso fortuito únicamente aquellos hechos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles. Esto, por lo pronto, excluye toda confusión con la simple ausencia de culpa, según hemos visto. Pero, a partir de ahí, la aplicación efectiva del caso fortuito puede variar mucho.

Los conceptos de lo extraordinario, lo imprevisible y lo irresistible no son precisos ni absolutos. Por tanto, se requiere determinar en cada caso las circunstancias que pueden ser calificadas como extraordinarias: ¿Qué grado de "inusualidad" se requiere para considerar una situación como manifestamente inusual? Si admitimos el criterio de la tipicidad-atipicidad para establecer el carácter extraordinario, es evidente que la apreciación de lo típico puede dar lugar a varias interpretaciones de los hechos. Por otra parte, la previsibilidad —aun si la entendemos en sentido estrictamente causal y rígido— no es una verdad evidente. Si pensamos que lo imprevisible está constituido únicamente por el azar, tampoco habremos encontrado un criterio claro para determinar los casos fortuitos. Henri POINCARE, el matemático que ha sido considerado como el último de los grandes sabios universales, afirmaba que el azar no es sino una palabra con la que cubrimos todas nuestras ignorancias en materia de las relaciones entre los sucesos. Y aun el azar se calcula, se evalúan probabilidades, se establecen proyecciones, se puede llegar a ciertas regularidades estadísticas que permiten algún grado de previsión. Por tanto, la apreciación de este elemento esencial del caso fortuito admite también diversos criterios operativos. Y la irresistibilidad adolece de los mismos problemas de límites: ¿hasta cuándo se tiene obligación de resistir?

TRIMARCHI hace notar que el caso fortuito tiene una estrecha vinculación con el concepto de probabilidad: decimos que existe un caso fortuito cuando un hecho dañino es excepcional, extraordinario o, en otras palabras, muy improbable. Pero la idea de probabilidad depende de la amplitud del campo de sucesos que se tome en cuenta para apreciarlo[293].

293. Pietro TRIMARCHI: *Rischio e Responsabilità Oggettiva.* A. Giuffrè editore. Milano, 1961, pp. 170-174.

Parafraseando a TRIMARCHI, imaginemos que a las 5:30 de la tarde del 3 de mayo de 1959, un rayo derriba un poste de color rojo cerca del kilómetro 32 de la línea eléctrica de alta tensión. La caída del poste rompe el cable eléctrico, que a su vez cae a tierra y fulmina un rebaño de ovejas. ¿Se trata de un caso fortuito? Si el propietario de las ovejas demanda a la empresa de la electricidad, ¿puede ésta alegar con éxito la defensa del caso fortuito?

Para contestar a estas preguntas tenemos que pronunciarnos sobre el carácter extraordinario del hecho, es decir, necesitamos una convicción sobre su grado de probabilidad: si el hecho era improbable, estaríamos ante un caso fortuito. Pero no podemos establecer el grado de probabilidad sino dentro de un contexto en el que incluiremos más circunstancias o menos circunstancias, según el tipo de contexto que consideramos adecuado o "relevante"; y, a medida de que agregamos determinaciones o elementos a ese contexto que estamos dispuestos a tomar en cuenta, la situación se hace más excepcional, pero en la medida en que quitamos elementos la situación se hace más probable. Así, si nos preguntamos, en términos generales, si es probable que alguna vez caiga un rayo sobre algún poste que carga algún cable de alta tensión en algún lugar del país y que ésto produzca algunos daños, diremos que sí, que efectivamente es probable. Pero si agregamos una determinación a los hechos y nos preguntamos si es probable que esa rotura del cable eléctrico produzca una descarga precisamente sobre todo un rebaño de ovejas, contestaremos que esto es menos probable. Si todavía agregamos otra determinación y nos preguntamos si es probable que todo eso suceda en un lugar determinado y a una hora determinada, las probabilidades serán aún menores.

Por consiguiente, el grado de probabilidad —y de improbabilidad o caso fortuito— depende del número de determinaciones; a su vez éstas dependen de nuestro concepto de relevancia: incluiremos todas las determinaciones que nos parezcan relevantes y excluiremos las irrelevantes en función del daño. Por ejemplo, es mucho más improbable que el poste tocado por el rayo sea de color rojo, dado que la mayor parte de los postes son grises; pero el hecho de que fuera rojo o gris es irrelevante con relación a la producción del daño. Ahora bien, esta noción de relevancia no es tampoco un criterio irrefutable, sino que admite controversias y ambigüedades. Por consiguiente, el Juez tendrá que hacerse una opinión sobre la eventual excepcionalidad del hecho mediante un razonamiento que discurre por un terreno conceptual que no es —ni puede ser— firme e indiscutible.

Todavía es posible agregar otros elementos de reflexión que hacen aún más complicado —y más impreciso— el análisis, si combinamos el aparente caso fortuito con las conductas de las personas involucradas. Por ejemplo, podríamos pensar que si existe alguna vez alguna probabilidad de que en las zonas de tormenta caigan rayos sobre los postes, la compañía de la electricidad debió haber previsto esta situación colocando pararrayos en cada uno de ellos. ¿Hubo, entonces, culpa de la compañía de electricidad, en razón de su negligencia? Aquí nuevamente deberíamos preguntarnos si esa compañía tenía obligación de cuidar ese hecho; porque si no la hubiera tenido, no habría culpa. Si las tormentas son muy poco frecuentes en la zona y la instalación de pararrayos es muy costosa, ¿hasta dónde estaba obligada esa empresa a gastar en medios para evitar un riesgo previsible y evitable, pero poco probable? Quizá la "fórmula de Learned Hand"[294] nos sea útil es este caso, si la aplicamos *grosso modo*.

Pero hay otra variable que exige también un pronunciamiento a título de cuestión previa: el transporte de energía eléctrica de alta tensión, ¿es una actividad riesgosa o peligrosa? Si lo fuera, la culpa de la empresa de electricidad (y, consecuentemente, toda la discusión sobre los pararrayos) sería irrelevante. La apreciación de la previsibilidad tendría que ser muy severa y se realizaría únicamente en términos causales. Tal empresa respondería siempre que el riesgo hubiera sido «típico»; porque todo riesgo típico es por naturaleza previsible y deja de ser un hecho extraordinario, lo que excluiría a dicha empresa de la posibilidad de acogerse a la defensa del caso fortuito establecida por el artículo 1972.

177. *Los bienes y actividades ultrarriesgosos*. Este carácter moldeable del caso fortuito permite manejar mejor ciertas circunstancias especiales que, si bien son infrecuentes, pueden representar un peligro muy significativo. Nos referimos a los bienes y a las actividades ultrarriesgosas[294bis].

Marcial RUBIO acostumbra a poner en sus clases un ejemplo que nos puede servir como tema de un interesante ejercicio de reflexión. ¿Qué sucede si de un zoológico se escapan leones en circunstancias que

---

294. *Vid. supra*, No. 27.

294*bis*. Con relación al ultrarriesgo en los casos de hecho determinante de tercero, *vide infra*, No. 185; *etiam*, respecto del ultrarriesgo creado por animales, *vide infra*, No. 262.

normalmente hubieran sido caso fortuito y se comen a una niña? Imaginemos que ocurre un terremoto; y que en un zoológico perfectamente bien construido se desploman las paredes debido a la intensidad del sismo, lo que permite escaparse a las fieras, las que, en medio de la confusión producida por tal terremoto, se pasean por las calles y matan de cuando en cuando a alguna persona.

Esta situación no es tan exótica como pudiera pensarse. El 23 de julio de 1986, como motivo del Primer Festival de la Alegría y la Competencia, hubo una exhibición de doma en el Estadio Nacional. Sin embargo, en un momento dado, el león logró abrir la jaula en la que hacía su número con el domador y corrió libremente un buen rato por el césped, con gran susto de los espectadores que se encontraban en las tribunas[295]. El león no hirió a nadie, pero bien pudo haber saltado a las tribunas y causado graves daños. ¿Quién sería el responsable por ello? Aparentemente, en esa oportunidad hubo negligencia en la forma de asegurar las puertas de la jaula; pero lo mismo hubiera podido suceder si las puertas se abrían con motivo de un caso fortuito (terremoto, etc.). Los periódicos[296] trajeron hace algún tiempo la noticia de una fábrica de materiales de construcción ubicada en la localidad de Goiania, en Brasil, donde se tenía un león en el patio interior, durante las noches, como guardián, para evitar robos. Lamentablemente una mañana, cuando los dueños aún no habían ido a abrir la fábrica, el león saltó un muro de gran altura y atacó a la niña Susana Junqueira que se encontraba jugando con sus muñecas en la puerta del local. El león la tomó por la cabeza con sus fauces y la arrastró 20 metros, lo que produjo la muerte de la niña. Aparentemente, los dueños no eran culpables en sentido estricto: habían tomado las precauciones necesarias para que el león no escapara (los muros eran de altura conveniente, las puertas estaban debidamente cerradas, etc.). De lo único que se podía acusar a esas personas era de exotismo, por el hecho de utilizar un león como guardián.

¿Cómo resolver estos casos? Si el daño se produjo sin que hubiera mediado un hecho extraordinario, imprevisible ni irresistible, nos encon-

---

295. *El Comercio* de Lima, 24 de julio de 1986; también, *El Comercio*, editorial del 25 de julio de 1986.

296. *El Comercio* de Lima, 15 de julio de 1986.

tramos ante simples casos de responsabilidad objetiva en aplicación del artículo 1970. Pero, si el daño se produjo con motivo de un terremoto, ¿podemos decir que se trata de un caso fortuito y exonerar de responsabilidad a aquél que puso en acción el ultrarriesgo?

En nuestra opinión, aplicando la teoría que sostiene que la atipicidad del riesgo es esencial para configurar el evento extraordinario, los Tribunales deberían considerar que no existe caso fortuito. Cuando una persona o entidad tiene un bien o desarrolla una actividad tan riesgosa como las mencionadas, todo lo que pudiera suceder es parte del riesgo creado: el carácter ultrarriesgoso convierte en típico —es decir, probable— cualquier tipo de peligro. Quien tiene un león en su casa sabe que *cualquier* cosa puede pasar, incluyendo un terremoto, que ponga en acción el riesgo implícito. Por consiguiente, nada es extraordinario: nada es caso fortuito.

Esta interpretación restrictiva del caso fortuito lleva a que quienes desarrollan estas actividades ultrarriesgosas adopten dos tipos de medidas que tienden a erradicar el daño y a garantizar la indemnización de las víctimas: de un lado, sabiendo que están sometidas a responsabilidad estricta (sin caso fortuito), tratarán de adoptar las máximas precauciones; de otro lado, buscarán asegurarse contra todo riesgo derivado de su bien o actividad peligrosos.

Evidentemente, el problema sería resuelto de una manera más directa si se estableciera un sistema de seguro obligatorio para estas actividades ultrarriesgosas (circos, zoológicos, carreras de automóviles, etc.). Es cierto que los organizadores trasladarían el costo del seguro a los espectadores (o usuarios de la actividad, en general) recargando el precio del servicio (boleto de entrada al zoológico o circo, etc.). Pero ello no eliminaría el efecto *deterrence* por dos razones. En primer lugar, las primas del seguro —obligatorio o voluntario— pueden ser mayores o menores según el tipo de garantías y medidas preventivas que ofrezca el asegurado; por consiguiente, para conseguir una prima de seguro más baja, el productor del riesgo tendrá interés en crear ciertas seguridades a su actividad. De otro lado, el hecho de agregar el costo del seguro (o del riesgo, si no hay seguro) al precio de la entrada o del servicio lleva a que, de acuerdo a la ley del mercado, la gente rechace las actividades muy riesgosas porque son muy caras: la internalización de los costos de los accidentes generados por esas actividades de manera que formen parte

del precio de ellas, permite a las leyes del mercado operar de manera más eficiente.

Este mismo tipo de razonamiento es el que lleva a que ciertas actividades se ejerzan exclusivamente a su propio riesgo, debido a su carácter de extrema peligrosidad. Por ejemplo, los riesgos creados por las centrales nucleares no pueden ser exonerados por el caso fortuito: las entidades que las operan, responden en todos los casos. Una central nuclear debe estar dispuesta a pagar indemnización por todos los perjuicios que cause, aun si estos se producen con motivo de un terremoto, la explosión de una bomba terrorista u otra causa extraña. Los peligros son tales en estos casos, que pueden preverse que cualquier cosa que suceda tendrá repercusiones catastróficas; por consiguiente, la decisión de instalar la fábrica involucra la previsión de tales «casos fortuitos» y la voluntad de asumir todo tipo de riesgo.

Sección III: El hecho determinante de tercero

> Artículo 1972.- *....el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de...hecho determinante de tercero...*

178. *El hecho determinante de tercero como fractura causal.* La liberación de una eventual responsabilidad probando que el daño obedeció a hecho determinante de tercero es otro caso de fractura del nexo causal, que no puede ser tratado como un caso de ausencia de culpa.

Dicho de otra manera, no es que el presunto agente no tuviera culpa sino que era verdadero agente. El doctor LEON BARANDIARAN afirma que el demandado por daños y perjuicios puede exonerarse acreditando que no fue realmente agente, que la "causa" del accidente fue una tercera persona o la propia víctima y que no tuvo sino una participación circunstancial en los hechos[297]. Estamos, entonces, ante una interrupción de la relación de causalidad.

---

297. José LEON BARANDIARAN: *Comentarios al Código Civil Peruano (Derecho de Obligaciones)*. T.I. *Acto Jurídico*, 2a. ed. Ediar. Buenos Aires, 1954, p. 409.

179. *¿Qué es el hecho determinante de tercero?* Sin embargo, el problema no queda resuelto una vez que hemos establecido la naturaleza causal de la exclusión. Por el contrario, nos hemos simplemente limitado a plantearlo. Todavía tenemos que preguntarnos: ¿qué es un hecho determinante de tercero? ¿Qué tipo de participación se considera determinante? Estas no son preguntas que puedan ser respondidas en forma general; y la jurisprudencia tendrá que razonar mucho al respecto a fin de cumplir con su misión pedagógica y de desarrollo del Derecho. En estos comentarios sólo podemos presentar algunas indicaciones de los caminos que podrá adoptar tal razonamiento judicial.

La regla contenida en el artículo 1972 ha querido exonerar de responsabilidad a quien no fue *autor* de un daño, es decir, liberar al presunto agente cuando el verdadero productor del daño fue un tercero. Pero esto no significa que cualquier hecho de un tercero exime de responsabilidad; porque si fuera así, no habría responsabilidad objetiva.

Esta situación es bastante similar a la antes examinada del caso fortuito. Tanto el caso fortuito como el hecho determinante de tercero tienen importancia —como conceptos autónomos— dentro de la responsabilidad objetiva; en el caso de la responsabilidad subjetiva, ambos conceptos desaparecen dentro de la categoría más amplia de la ausencia de culpa.

En realidad, tanto el caso fortuito como el hecho determinante de tercero —y también el hecho determinante de la víctima, que estudiaremos a continuación— son todos casos de *vis maioris*. La diferencia estriba en que el caso fortuito es una fuerza mayor anónima, mientras que el hecho de tercero y el hecho de la víctima se imponen como una fuerza mayor con autor. Es este carácter de "hecho de autor" que da lugar a que el hecho determinante de tercero no cancele la responsabilidad extracontractual, no haga inaplicable esta institución frente a un determinado daño; simplemente la desplaza del presunto causante al verdadero causante. El hecho determinante exonera de responsabilidad a una persona en particular a quien se la creía causante, pero no establece que no hay responsabilidad en absoluto, como las inmunidades a las que antes hemos hecho mención[298]: otra persona es identificada como propiamente "el au-

298. *Cf.* Parte Segunda, Título III.

tor del daño"; y es contra ella que se vuelve la institución de la responsabilidad extracontractual.

180. *Hecho de tercero y autoría.* Hemos dicho que el acto determinante de tercero implica una ruptura causal: aquél que parecía ser el causante, no lo es, sino que es otro quien contribuyó con la causa adecuada.

Sin embargo, para entender debidamente esta nueva causa es preciso recordar los comentarios que hemos formulado sobre las diferencias entre la causa física y la causa jurídica y sobre el concepto de autoría[299].

Entonces, más precisamente, la ruptura causal implica que un presunto "autor",no es el autor; y que, más bien, otro es el verdadero autor.

Quizá el ejemplo del barco *Mosel*, volado por el terrorista Thomas, nos puede ayudar a ilustrar este concepto[300]. Los estibadores que cargaron el barril de pólvora sin saber lo que contenía y lo colocaron en la bodega del barco, son causantes —físicamente hablando, de la explosión— pero no son autores. La participación que tuvieron en la sucesión de causas que llevaron a la explosión fue determinante (si no hubieran puesto el barril en la bodega no se hubiera producido el atentado), pero no tuvo el carácter de autoría porque su acción fue meramente mecánica; levantaron el barril de un sitio y lo colocaron en otro, exactamente como lo hubiera podido haber hecho una grúa automática: no estaban obligados a más y no hicieron tampoco más. En ese sentido, el único que *obró* humanamente —aunque parezca paradójico— fue el terrorista. Por consiguiente, no hubo causa *adecuada* (porque colocar un barril dentro de la bodega de un barco no supone *normalmente* la consecuencia de que vuele el barco en pedazos). Pero podemos ir aún más lejos y decir que quizá ni siquiera hubo *causa en sentido jurídico*. Por ello, si alguien hubiera demandado a tales estibadores por los daños y perjuicios ocasionados por la explosión aduciendo una responsabilidad objetiva (suponiendo que ésta fuera aplicable), éstos hubieran podido exceptuarse aduciendo hecho determinante de tercero porque no hubo propiamente "hecho" de ellos (en sentido existencial): no eran "autores" del daño sino meras fuerzas físicas puestas en acción.

---

299. *Vid. supra*, Nos. 154-155.

300. *Cf. supra*, No. 161.

Evidentemente, si hubiera existido cualquier elemento de culpa en los estibadores, la causalidad jurídica reaparece. Si los estibadores pudieron advertir que se trataba de un barril extraño aplicando la atención razonable en estos casos y no lo hicieron por negligencia, ellos devienen en co-autores de la explosión; porque su negligencia habría agregado un elemento humano a la acción puramente mecánica de cargar. Esto no significa que la causa se defina en función de la existencia de culpa: sólo que el dolo y la culpa pueden ser algunas de las expresiones de la autoría; no las únicas. Así, puede haber autoría (plano de la causalidad) sin culpa (plano de la culpabilidad); este es el caso de la responsabilidad objetiva derivada de la conducción de un automóvil. Pero no puede haber culpa sin autoría: toda culpa implica necesariamente un nexo causal jurídico, es decir, una autoría. No se puede hablar de culpa fuera de la dimensión de lo humano. Pero se puede hablar de relación causal jurídica —es decir, con sentido humano— sin hablar de culpa.

181. *Características esenciales del hecho determinante de tercero.* En la medida de que el hecho determinante de tercero es una *vis maior* para el presunto causante, ese hecho tiene que revestir características similares a las que hemos mencionado con relación al caso fortuito: ese hecho debe imponerse sobre el presunto causante con una fuerza que aniquile su propia capacidad de acción.

El carácter extraordinario del hecho está constituido por tratarse de una causa extraña al sujeto que pretende liberarse con esta defensa. En este sentido, es útil retomar el criterio de la tipicidad-atipicidad para determinar si la causa era extraña.

Imaginemos que un ómnibus tiene un accidente en la carretera, viajando de noche: se sale de la pista y atropella a un ciclista que circulaba por la berma lateral. Al hacerse las investigaciones, se comprueba que el chofer del camión fue cegado por las luces extremadamente potentes de un vehículo que venía en dirección contraria. La empresa no podría exonerarse de la responsabilidad objetiva aduciendo que la ceguera fue un hecho determinante de tercero: el riesgo de ser cegado por las luces contrarias es propio de manejar en carretera, constituye un riesgo típico del transporte terrestre. Por consiguiente, la intervención del tercero no reviste en este caso ese carácter extraordinario sin el cual no hay fuerza mayor y, consiguientemente, no funciona el artículo 1972. El ómnibus es responsable frente al ciclista, sin perjuicio de que la empresa de transpor-

te a su vez pueda demandar a quien cegó a su chofer, para reclamarle los daños que ha sufrido por ese hecho, constituidos por la indemnización que tuvo que pagar al ciclista.

Otro ejemplo. Por los aires de una estación de gasolina pasa un cable de la empresa de electricidad. Un día se rompe el cable eléctrico y las chispas ocasionan un incendio del grifo, que explota causando serios daños en las propiedades vecinas. El propietario de la estación de gasolina no podría eximirse de responsabilidad aduciendo que el incendio que originó el daño se produjo por defecto de conservación por parte de la empresa de electricidad: ese propietario debe responder por el daño porque una estación de gasolina es un bien riesgoso (que además realiza una actividad riesgosa, como es el expendio de combustibles); y entre los riesgos inherentes a ese negocio peligroso está la posibilidad de negligencia de terceros que desencadenen el evento dañino. Evidentemente, una vez pagados los terceros, esa estación de gasolina podría demandar a la empresa de electricidad para que ésta la indemnice por los daños sufridos, que incluyen los daños propios al local del grifo como también las sumas pagadas a los vecinos.

Por otra parte, ese hecho de tercero, para que tenga un efecto exoneratorio, tiene que revestir también las características de imprevisibilidad e irresistibilidad. En cambio, tratándose de un "daño de autor" y no de un daño anónimo, la notoriedad o alcance general del hecho que actúa como nueva causa no sería necesario: ese hecho de tercero puede tener un carácter "privado" (es decir, afectar únicamente la relación entre el tercero actuante y el presunto causante), en la medida en que sea demostrable.

182. *La jurisprudencia peruana.* La jurisprudencia peruana es escasa sobre el tema. Sin embargo, es interesante destacar que una de las Ejecutorias existentes se asemeja mucho a uno de los ejemplos propuestos y coincide con la solución planteada, aun cuando el fundamento de sus conclusiones no es claro y distinto.

Doña Mencia Margarita Francia viuda de Areas demanda a la Empresa de Transportes San Bartolo por la muerte de su esposo, don Manuel Inocente Areas, causada en un accidente de tránsito por un ómnibus de dicha empresa. La demandada se defiende aduciendo que el chofer fue cegado por las luces de un tanque militar que estaba en maniobras, lo

que se acredita en autos. Sin embargo, el Fiscal FEBRES opina que "sirviendo como fuente de responsabilidad el criterio objetivo del daño causado, según considerando del juez y doctrina reiterada de esta Corte Suprema, la responsabilidad es manifiesta y debe recaer sobre el dueño del vehículo que causa la desgracia". La Corte acoge esta argumentación en su Ejecutoria de 3 de mayo de 1960, aunque considerando "las circunstancias en que se ha producido el accidente" (y otras), reduce el monto de la indemnización fijada por el juez[301].

Esta Ejecutoria nos merece varios comentarios. Como es usual en los dictámenes fiscales de orientación objetiva, las conclusiones pretenden apoyarse también en un razonamiento subjetivo, como si la fundamentación objetiva no bastara por sí sola para producir convencimiento. En este caso, el Fiscal agrega a su declaración objetivista que "el chofer del ómnibus no tomó las precauciones del caso para evitar el accidente" porque, si bien es verdad que fue cegado por un tercero, "no procuró detener la marcha o disminuir la velocidad que traía". Como se puede ver, esto parece llevarnos a la idea de que en el fondo no hubo hecho *determinante* de tercero, sino también culpa del chofer; a pesar de que, a renglón seguido, realiza una confesión de fe objetivista. Un segundo comentario importante consiste en que, en la situación descrita, nos encontramos en el límite de la interpretación de la *vis maioris* para uso objetivista, aunque ni el Fiscal ni la Corte parecen haberlo advertido. En efecto, hemos dicho que el hecho de tercero tiene que formar parte de riesgos atípicos de la actividad, para tener mérito exoneratorio. Ahora bien, ¿encontrarse con un tanque militar en la carretera, es un riesgo típico o atípico de la circulación automotriz? Si el ómnibus hubiera sido cegado por otro vehículo del tipo que habitualmente transita por la carretera, no cabría duda de que nos encontraríamos frente a un riesgo típico; y, por tanto, no sería un "hecho determinante de tercero" en el sentido del artículo 1972. Pero que se haya tratado de un tanque, podría cambiar las cosas. Es verdad que también podría decirse que manejar en carretera de noche conlleva siempre el riesgo —típico— de ser cegado, cualquiera que sea el vehículo que venga en sentido contrario; por consiguiente, el hecho de ser cegado por otro vehículo no exonera de responsabilidad objetiva. En realidad, es posible argumentar en uno y otro sentido. Pero la

301. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 200, año 1960, pp. 1073-1075.

Ejecutoria no nos ilustra sobre el criterio empleado por el Fiscal ni por la Corte para distinguir entre el hecho determinante de tercero y el hecho de tercero que no tiene valor liberatorio.

Otro caso interesante lo encontramos *in Re* doña Enriqueta Alferi de Cortanova y otros contra doña Bertha Rodríguez y la Compañía Nacional de Tranvías.

El 18 de octubre de 1953, don Roberto Antonio Alferi B. se encontraba manejando una motocicleta de su propiedad. De pronto, el automóvil conducido por su propietaria, doña Bertha Rodríguez, que circulaba en dirección contraria por la misma calle, cruzó intempestivamente al otro lado de la pista y chocó contra el mencionado motociclista. Este fue arrojado por el impacto sobre los rieles del tranvía; y ahí fue arrollado y muerto por el tranvía No. 257 que pasaba en ese momento. Quedó perfectamente establecido que el accidente "se produjo por negligencia exclusiva de doña Bertha Rodríguez, por haber invadido la zona reservada al tráfico en sentido contrario, sin haberse asegurado previamente que la pista se encontraba libre y que pasaba en esos momentos el nombrado motociclista".

El Fiscal GARCIA ARRESE consideró que, a pesar de que no existía culpa del motorista del tranvía, la Compañía Nacional de Tranvías debía responder como empleadora de tal motorista. Sin embargo, la Corte Suprema en Ejecutoria de 21 de diciembre de 1957 exonera a esa Compañía de responsabilidad; pero no lo hace en base a una ausencia de culpa sino aduciendo falta de nexo causal. La Corte establece que la responsabilidad del empleador "se vincula a la participación en el hecho causante del daño"; y que, en este caso, "el accidente se produjo por *acto exclusivo* de doña Bertha Rodríguez que, al colisionar con el vehículo que conducía a don Roberto Alferi, *determinó* el desplazamiento de éste hacia la vía férrea, interponiéndolo en la línea de marcha del tranvía, por lo que el hecho producido en las circunstancias anotadas no puede derivar responsabilidad alguna contra la empresa demandada"[302].

183. *El hecho de tercero en la práctica.* De la misma manera como el caso fortuito carece de interés práctico cuando se presenta puro, el hecho

302. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 171, Abril de 1958, pp. 429-431. El énfasis es nuestro.

tercero "puro" tampoco ofrece dificultades: si *Proculus* no tiene nada que ver —causalmente hablando— con un accidente sufrido por *Quinto* porque se limitaba a pasar por la calle cuando lo atropelló *Marcus*, es indudable que no será demandado por ello: el demandado normalmente será *Marcus*.

La situación cambia cuando *Proculus* y *Marcus* tuvieron ambos participación causal; pero *Proculus* aduce que "el hecho determinante" fue de *Marcii*, mientras que su propia participación sólo fue mecánica y secundaria. Es recién entonces, argumentada como defensa, que la noción de hecho de tercero adquiere importancia jurídica.

Ahora bien, esto implica que tanto el demandado o presunto causante como el tercero han participado de alguna manera en el hecho dañino. Y de lo que se trata es de establecer las responsabilidades que se derivan para uno y para otro de tal circunstancia.

Dentro de este orden de ideas, la acción del tercero puede ser de tal naturaleza que invalide toda acción del presunto causante: éste último no es sino un mero instrumento físico del daño, pero no tiene la autoría del acto. En este caso, el tercero se sustituye íntegramente a tal presunto causante como responsable, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1972. Pero bien puede suceder que la intervención causal del tercero no cancele la intervención causal del presunto causante sino que solamente se agregue a ella. En tal caso, no estamos en la situación prevista en el artículo 1972 sino que nos encontramos con una co-acusación: ambos son responsables; y esta responsabilidad es solidaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1983.

Es por ello que el artículo 1972 habla de hecho *determinante*, es decir, con valor causal cancelatorio; en cualquier otro caso, la situación no estaría regida por el artículo 1972 sino por el artículo 1983.

Debe advertirse también que, si bien el "hecho determinante de tercero" implica propiamente una autoría (para diferenciarlo de la intervención causal mecánica), esto no significa que el autor intelectual de un daño es el único responsable del mismo. Tanto el que planea un daño como el que lo ejecuta son autores —intelectual y material— del hecho dañino. Por consiguiente, el descubrimiento de un autor intelectual detrás del causante material no constituye el hecho determinante de tercero a

que se refiere el artículo 1972: estamos simplemente ante concausas de diverso orden; pero ninguna tiene un valor determinante que lleve a cancelar la responsabilidad de la otra.

184. *Dificultades en la apreciación del carácter determinante de una acción.* Lo expuesto da una idea de las dificultades que pueden surgir en la práctica para determinar si la acción de un tercero ha sido efectivamente determinante. Quisiéramos agregar algunos ejemplos que muestren las sutilezas del razonamiento en este campo.

Comencemos por el caso más simple. Una persona va conduciendo un automóvil y lleva a un pasajero a su lado. De pronto este pasajero, ya sea en una actitud dolosa (intención de matar) o simplemente por negligencia o por imprudencia (jugando o bromeando) o porque se vuelve loco súbitamente, desvía el timón y lleva el automóvil a atropellar a un peatón. La situación del chofer y del pasajero *vis-a-vis* de la responsabilidad frente al peatón atropellado parece obvia: el daño ha sido causado por un acto determinante del pasajero que fue imprevisible e irresistible (dado su carácter repentino). El chofer no tendría la autoría del daño debido a que sólo participó mecánicamente, empujado físicamente por el pasajero que iba a su lado. Por tanto, el chofer, si fuera demandado por el peatón, podría acogerse a la excepción contemplada en el artículo 1972.

Aun cuando esta solución parece irrefutable, notemos que no sería absurdo el planteamiento que responsabiliza también al chofer. Podría sostenerse que el chofer es responsable por todos los accidentes que se produzcan durante su conducción porque se trata de riesgos propios de colocar en marcha un automóvil. Es verdad que ese chofer no tiene "culpa"; pero estamos ante un bien y una actividad riesgosos, por lo que el chofer responde objetivamente. Y su participación causal (el hecho de poner en marcha y utilizar el automóvil) es tan importante que no llega a ser cancelada con la intervención del tercero. Además, de acuerdo a la teoría de la difusión del riesgo, es el chofer (al que consideramos propietario del vehículo, para simplificar el ejemplo) quien mejor puede asegurarse por todos los riesgos derivados de su actividad de conducir. Sin embargo, esta tesis —que no es disparatada— haría inaplicable la defensa del hecho determinante de tercero (y posiblemente también la del caso fortuito) en todas las situaciones donde rige la responsabilidad objetiva;

lo que sería contrario a lo expresamente previsto por el artículo 1972, que venimos comentando.

Pasemos ahora a una intervención de tercero más sutil, que hace más difícil apreciar su carácter determinante. En el primer ejemplo, había una fuerza física de un tercero que se sobreponía al presunto causante y lo convertía en un mero instrumento mecánico de una intención o de una negligencia o imprudencia ajenas. Pero pensemos en una conexión entre el tercero y el presunto causante que no sea física: *Torquatus* amenaza a *Marium* con matarlo —o con matar a su mujer o a sus hijos— si a su vez no hiere o mata a *Hortensium*. Se supone que el peligro que constituye el contenido de la intimidación es real e inminente. Ante tal coacción, *Marius* le clava una puñalada a *Hortensio*. ¿Se trataría en ese caso de un hecho determinante de tercero que liberaría de responsabilidad a *Mario*? ¿Podemos decir que el verdadero causante o autor del daño es *Torquatus* y que *Marius* no es sino un ejecutor mecánico, un instrumento como lo es el puñal? Parece que una conclusión de este tipo desconocería la libertad inalienable del ser humano, el que nunca puede ser equiparado a una mera cosa inerte. ¿Entonces, por el contrario, debemos pensar que el acto de *Marii* —bajo intimidación o no— es siempre un acto humano sujeto a responsabilidad? Esto significaría que *Marius* tiene la obligación de ser héroe y de resistir a la intimidación aunque en ello le vaya la vida o la de sus familiares; lo que parece demasiado fuerte porque, en la práctica, estaría salvando a un extraño y condenando a su hijo: siempre se enfrentaría a una muerte como consecuencia de su decisión entre resistir o no resistir.

Este caso puede ser también analizado desde otra perspectiva. El acto de Marii, en tanto que acto humano que conlleva una cierta decisión (aunque sea tomada bajo coacción), configura una causa, cuya intervención no puede ser soslayada. Por consiguiente, no podemos hablar de un hecho determinante de tercero, porque este concepto implica una ruptura del nexo causal que aquí no existe: Marius es causa del daño de Hortensii a pesar de existir la intimidación de Torquati. Tampoco podríamos decir que Marius se encuentra en estado de necesidad y que causa un daño a otro para salvarse a sí mismo o a su familia de un daño. Ya hemos visto que el inciso 3o. del artículo 1971 excluye del sistema de responsabilidad extracontractual a quien destruye un bien de otro en estado de necesidad; pero se trata siempre de un bien que puede ser objeto

de un derecho real y no de bienes como la vida, la salud o la integridad corporal[303].

Sin embargo, podríamos sostener que, sin bien el acto de *Marii* es causa y no se encuentra enmarcado en el estado de necesidad (al menos según nuestro Código), en cambio no hay culpa: *Marius* no actúa dolosamente ni negligentemente ni imprudentemente. Esto lo libraría de responsabilidad en los casos comprendidos en el artículo 1969. Pero si el daño, como es de suponer, se produce con un bien riesgoso (una pistola), la culpa es irrelevante (art. 1970). ¿Estaría obligado al pago de una indemnización a la víctima? Pensamos que no. La responsabilidad objetiva opera por el uso de un bien riesgoso o por el ejercicio de una actividad peligrosa. En consecuencia, presupone una voluntad de usar un bien o de realizar una actividad porque de ello se deriva una cierta satisfacción o beneficio para el agente. En cambio, si una persona actúa obligada, esa actuación misma —aunque sea riesgosa— no lo beneficia; en consecuencia, la teoría del riesgo no sería aplicable. Claro está que podría decirse que *Marius* recibe un beneficio por matar a *Hortensium*: salvar su propia vida, la de su mujer o la de su hijo. Sin embargo, parecería que ello sería una extensión difícilmente admisible del sentido de beneficio.

Hay un último caso complicado en este tema de las fracturas del nexo causal. Supongamos que un chofer realiza una maniobra manifiestamente imprudente y atropella a un transeúnte. Ese daño tendría que ser reparado por el chofer, cualquiera que sea el factor de atribución que adoptemos para tratar los accidentes de automóviles (la culpa de la responsabilidad subjetiva o la simple causa de la responsabilidad objetiva). Sin embargo, al efectuarle la autopsia al transeúnte muerto se descubre que no murió del impacto sino que unos segundos antes tuvo un infarto que lo mató; de manera que cuando lo atropelló el automóvil, estaba desplomándose sin vida.

En tal situación, se habría producido una *novam causam interveníentem* que se introduce como una cuña causal entre la negligencia o imprudencia del chofer y el daño del transeúnte: el chofer no sería responsable. Esto nos muestra cómo la indemnización que establece el siste-

303. *Cf. supra*, No. 110.

ma de responsabilidad extracontractual en la práctica depende en gran medida del azar, antes que de la culpa: aquí ha habido culpa del chofer; pero no debe pagar indemnización porque el azar ha aportado una nueva causa que libera de responsabilidad su culpa. No hay duda de que cometió una falta; pero esa falta no lo obliga a nada porque no hubo daño. Por consiguiente, lo que cuenta en la responsabilidad extracontractual es antes la reparación del daño que la sanción de la falta[304].

185. *El ultrarriesgo.* Al tratar del caso fortuito, nos hemos referido a los daños causados mediante bienes o en la ejecución de actividades ultrarriesgosas. Y señalamos que en estos casos, todos los riesgos derivados de tales actividades o bienes son típicos. Por consiguiente, no existe caso fortuito porque ninguna circunstancia resulta extraordinaria cuando se ha creado un peligro de tal magnitud[305].

Las mismas reflexiones son aplicables al hecho determinante de tercero. Si el bien o la actividad en cuestión crean un riesgo absolutamente anormal, todo daño que resulte de ello da lugar a indemnización por aquél a quien la ley atribuye responsabilidad. Y entre ello está incluida la posibilidad de que el daño sea desencadenado no por un hecho anónimo, producto de la naturaleza misma, sino por un hecho humano de un tercero; aun cuando tal hecho, como sucedía con el caso fortuito, hubiera sido imprevisible en particular e inevitable una vez que se presenta. Porque el hecho no sería extraordinario, atendiendo a la magnitud del riesgo latente creado. Tampoco habría sido imprevisible en sentido lato, porque se sabía que el riesgo era tal que cualquier cosa podía liberar su potencialidad dañina, aun aquellas cosas que todavía no se conocen en detalle. Y tampoco era inevitable (siempre en sentido lato), porque el daño no se hubiera producido si no se hubiera creado un riesgo de tal naturaleza.

En realidad, la sociedad hubiera podido proscribir el uso de ese bien o el ejercicio de esa actividad extraordinariamente peligrosos. Lo admitió porque de alguna manera lo consideró socialmente útil: una central nuclear, una fábrica de explosivos, un circo o un zoológico, tienen

---

304. *Vid. supra*, No. 16.

305. *Supra*, No. 177. Con relación al ultrarriesgo creado por animales, *vide infra*, No. 262.

un valor social. Pero, en ese caso, la actividad se realiza a su propio riesgo; sin perjuicio de que se puedan aplicar los mecanismos de difusión a los que nos hemos referido varias veces en este trabajo, debido a que, si la sociedad toda se beneficia de alguna manera, la sociedad toda debe en última instancia compartir el riesgo de alguna manera. Pero la víctima de ese riesgo tiene que ser indemnizada; y no se puede argüir hecho determinante de tercero para liberarse.

Regresemos al ejemplo de zoológico que expusimos al tratar del caso ultrarriesgoso en relación con el caso fortuito. Bien podría haber sucedido que en vez de que las paredes que encerraban a los leones se desplomen a consecuencia de un terremoto, simplemente un loco o un maniático asesino abra la puerta de la jaula, a pesar de todas las precauciones razonables adoptadas por la administración del zoológico. En circunstancias normales, habría sido un clásico hecho determinante de tercero. Pero tratándose de una actividad ultrarriesgosa en la que todos sus riesgos son típicos (es decir, probables), la empresa del zoológico no podría exonerarse de responsabilidad acogiéndose al artículo 1972.

Evidentemente, la empresa del zoológico podría repetir contra el loco o maniático que abrió la puerta; porque negar que dicha empresa puede exonerarse aduciendo hecho de tercero no quiere decir liberar de responsabilidad a tal tercero. Pero el zoológico no podría rehusarse a pagar indemnización a las víctimas de los leones.

Notemos cómo este tipo de casos pueden ser tratados también desde la perspectiva de la culpa, con resultados similares. Dado que la actividad es ultrarriesgosa, puede hacerse muy difícil la prueba liberatoria de culpa, atribuyendo una presunción prácticamente *iuris et de iure* de *culpae in custodiendo*. De esta manera, el zoológico sería responsable porque siempre se le encontraría que no adoptó suficientes precauciones para evitar que un tercero pudiera llegar a causar el daño.

Sin embargo, creemos que ésta no es la perspectiva adecuada para tratar el problema. Desde el momento en que existe en el Código un artículo que establece la responsabilidad objetiva por riesgo (artículo 1970), el razonamiento sobre la base de la culpa está fuera de lugar en la hipótesis que venimos tratando. Por otra parte, recurrir a la culpa nos lleva por esos caminos que antes hemos descrito por los que se intenta dar un

contenido objetivo a la responsabilidad subjetiva[306]. Pero esos caminos son conceptualmente desorientadores y pierden a los viajeros ingenuos que se aventuran por ellos. Antes de darnos cuenta de la dirección en que hemos andado, nos encontramos súbitamente dentro de una *contradictione in adiecto*: nos encontramos frente a una culpa que no puede ser descargada ...aunque demostremos que no tenemos culpa.

Por todo ello, pensamos que el tratamiento correcto de estos casos está más bien dentro de la línea del análisis profundo de la naturaleza de la *vis maioris* (ya sea caso fortuito o hecho de tercero) y de la naturaleza misma de la responsabilidad objetiva.

186. *Hechos de tercero que no son eximentes en virtud de la ley.* Antes de terminar este comentario, es importante recordar que no todo hecho determinante de tercero exonera de responsabilidad.

El Código contempla ciertos casos en los que estamos obligados a pagar la indemnización aun cuando el daño se ha producido por hecho de tercero. Este es el caso del representante legal de la persona incapacitada, del que incita a otro para que cometa un daño, del que tiene a otro bajo sus órdenes y otras variantes que examinaremos al comentar los artículos siguientes.

Sección IV: La imprudencia de la víctima

> Artículo 1972.- *...el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia...imprudencia de quien padece el daño.*
>
> Artículo 1973.- *Si la imprudencia sólo hubiese ocurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias.*

306. *Supra*, Nos. 14 y 64-66.

187. *El hecho de la víctima.* La última causal exoneratoria de responsabilidad contemplada en el artículo 1972 —que, como antes se ha dicho, es taxativa en el caso de la responsabilidad objetiva, mientras que constituye una de las variantes (no todas especificadas) de la ausencia de culpa en la responsabilidad subjetiva— consiste en la imprudencia de quien padece el daño.

En realidad, estamos ante un caso similar a los de las dos causales de exoneración que ya hemos reseñado: aquí también se trata de un daño que no ha sido producido por el presunto agente; un daño del cual el demandado no es autor. Pero, a diferencia del caso fortuito en que el daño es atribuible a un suceso anónimo y del hecho determinante de tercero que es imputable a una tercera persona, aquí la causa del daño se encuentra —total o parcialmente— en el hecho de la propia víctima.

Dentro de una relación de responsabilidad, el "primero" es quien aparece como presunto responsable, el "segundo" es la víctima y el "tercero" es la persona ajena a esta relación *prima facie* agente-víctima. Por consiguiente, la regla ahora comentada libera de responsabilidad al presunto agente cuando se trata de un "hecho de segundo" por las mismas razones que la frase anterior de la norma lo ha liberado de responsabilidad cuando se trata de un "hecho de tercero".

188. *Causa e imprudencia.* Sin embargo, en la redacción de esta parte de la regla que comentamos existe una novedad que puede desorientar: no se dice que se libera al presunto agente cuando ha mediado un "hecho determinante" de la víctima sino una "imprudencia" de ella.

Varias interrogantes surgen a este respecto. En primer lugar, ¿qué significa "imprudencia"? ¿Es acaso lo mismo que "negligencia"? Parecería que la negligencia es algo más pasivo que la imprudencia; está más vinculada con una omisión, con un descuido; es una culpa por defecto. La imprudencia parecería que está más vinculada con una acción, con la creación de un riesgo injustificado; es una culpa por exceso. René SAVATIER dice que "la imprudencia es el acto positivo del cual normalmente debe preverse que puede tener consecuencias ilícitas"[307]. En cam-

307. René SAVATIER: *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français civil, administratif, professionnel, procédural*, T.I. *Les sources de la responsabilité*

bio, define la negligencia como "la omisión de precauciones requeridas para la salvaguarda del deber que incumbe al agente"[308]. Sin embargo, acto seguido agrega que la negligencia se asocia generalmente a una imprudencia[309]. En la práctica, estos dos conceptos son muy difíciles de distinguir: el peatón que atraviesa una pista conversando con otro sin adoptar las precauciones indispensables, ¿incurre en negligencia o comete una imprudencia? Ha habido una omisión o descuido, que puede ser calificado de negligencia; pero también hay una acción temeraria —cruzar la pista sin fijarse si vienen automóviles— lo que parecería ser una imprudencia.

Estas dificultades hacen que, para algunos autores, estas dos palabras sean prácticamente sinónimas. Francisco GARCIA CALDERON, en su *Diccionario de la Legislación Peruana*[310], define la negligencia como "la omisión del cuidado que se debe poner en los negocios"; y de la imprudencia dice que es «el defecto de la advertencia o previsión que debía haberse puesto en alguna cosa"[311]. Ciertamente, la diferencia no es clara, si existe.

En la norma equivalente del Código de 1936 se hablaba del "hecho de la víctima", que es una expresión que revela más claramente la naturaleza causal y objetiva de la intervención de quien padece el daño. ¿Puede pensarse que, porque el legislador de 1984 se ha referido más bien a la imprudencia, hay una sustitución de principios operativos y que ahora hay que juzgar el hecho de la víctima desde la perspectiva de la culpa? Y si fuera válida la interpretación subjetivista, ¿debe decirse que no cualquier culpa de la víctima exonera al presunto causante sino sólo la imprudencia, mas no la negligencia?

---

civile. 2a. ed. Libraire, Generale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1951, No. 169, p. 211.

308. René SAVATIER: *Op. cit.* No. 173, p. 216.

309. *Loc. cit.*

310. Francisco GARCIA CALDERON: *Diccionario de la Legislación Peruana*. T. II. Imprenta del Estado, por Eusebio Aranda. Lima, 1862, p. 694.

311. *Ibidem*, p. 288.

Pensamos que la interpretación correcta es distinta y debe buscarse en los fundamentos de las exoneraciones de responsabilidad planteadas en conjunto en el artículo 1972.

Hemos visto que todas ellas se refieren a fracturas causales y no a ausencias de culpa, puesto que el propio encabezamiento del artículo las vincula a la responsabilidad objetiva del artículo 1970. La llamada "imprudencia" de la víctima no puede ser diferente: si se tratara de una exoneración que se aplica sólo cuando existe culpa (por negligencia o por imprudencia) de la víctima, el esquema de la responsabilidad por riesgo se vería seriamente afectado: sorpresivamente aparecería la culpa en el seno de la relación fundada en el riesgo. El presunto agente responde objetivamente por riesgo, pero puede exonerarse si prueba que hubo culpa en la víctima. Esto no parece razonable: lo lógico sería que el presunto causante responda por riesgo, salvo que pruebe que el riesgo fue creado por la propia víctima.

189. *La prueba de la imprudencia.* Una interpretación subjetivista del término "imprudencia" nos conduciría a múltiples problemas, en razón de que se estarían cruzando dos órdenes diferentes de responsabilidades, cada uno basado en sus propios principios.

Por ejemplo, ¿quién tiene que probar la imprudencia? De conformidad con la regla del artículo 1969, *in fine*, la culpa se presume *iuris tantum*. Si bien esta regla está concebida en función del causante, podría suponerse que también es de aplicación a la culpa de la víctima. ¿Basta entonces que el presunto causante demuestre que la víctima tuvo participación en el daño para que ésta sea la que deba probar que no tuvo culpa en tal participación? Este artificio podría usarse en casi todos los juicios de responsabilidad extracontractual y de esta manera se habría anulado la inversión de la carga de la prueba que es una pieza fundamental del artículo 1969.

En el juicio seguido por doña Celia Vera Gabriel contra don Efraín Chiang Cabrera sobre indemnización por daños sufridos por el hijo de la demandada en un accidente de tránsito, el demandado Chiang alegó que la víctima había sido la culpable de su propio daño. La Corte Suprema, en Ejecutoria de 7 de noviembre de 1974, tomó en cuenta esta alegación y, si bien no exoneró al demandado de responsabilidad, cuando menos redujo el pago de la indemnización, aduciendo que "la demandante *tam-*

poco ha desvirtuado la aseveración del demandado, en el sentido de que el menor agraviado contribuyó con su imprudencia a causar el accidente"[312]. Este criterio probatorio de la Corte da lugar a una situación muy complicada. Si la carga de la prueba de la imprudencia o culpa de la víctima se encuentra también invertida, entonces regresamos a un sistema en el que el demandante y demandado, ambos, tienen que actuar prueba sobre la culpa del accidente...pero bajo la forma de "ausencia de": cada uno tiene que probar que no tuvo la culpa. En todos los juicios, el demandado alegará imprudencia de la víctima; y le corresponderá a la víctima demandante probar que ella no tuvo la culpa pues, si no lo hace, por el mérito de la presunción *iuris tantum* (inversión de la carga probatoria de la culpa) se reputará que también fue culpable y se producirá una situación cuando menos de concurrencia de culpas.

De esta manera, la obligación de la víctima de tener que probar la culpa —que se quería evitar mediante el sistema de la inversión de la carga probatoria— regresa a ella por otro camino. Por consiguiente, la última parte del artículo 1969 pierde toda eficacia práctica y vuelve a instaurarse un sistema absolutamente tradicional de responsabilidad subjetiva con la obligación de quien la alega de probar que ella no tuvo la culpa.

Dadas estas dificultades —y siempre dentro de la interpretación subjetivista de la imprudencia—, ¿debemos pensar que si el presunto agente se está defendiendo, tiene que ser éste quien pruebe los presupuestos completos del artículo 1972, es decir, que hubo participación de la víctima en la producción del daño y que tal participación fue culpable? De esta otra manera tendríamos un caso de culpa sin inversión de la carga de la prueba, a pesar de lo dispuesto por el artículo 1969, *in fine*: el demandado considera que el demandante es el verdadero "culpable" del daño; pero tiene que probar su culpa. Por otra parte, en un mismo juicio, mientras el demandante razona respecto de la responsabilidad del demandado en términos de causa (principio objetivo del artículo 1970), el demandado razona respecto de una eventual responsabilidad del demandante en términos de culpa (principio subjetivo del artículo 1969). No cabe duda de que las argumentaciones cruzadas de las partes pueden resultar

312. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 372. Enero de 1975, pp. 75-76. El énfasis es nuestro.

sumamente confusas y embrolladas. Evidentemente, nos encontramos en un callejón sin salida por todos lados. Y así se pueden presentar infinitas dificultades originadas en la superposición de dos sistemas diferentes de responsabilidad.

En nuestra opinión, por todas las razones que hemos dado al tratar sobre el caso fortuito y sobre el hecho determinante de tercero, estamos aquí también ante una fractura del nexo causal y no ante un caso de ausencia de culpa. Por consiguiente, el demandado tiene que probar que ha habido *causa* —y no *culpa*— de la víctima en la producción del daño para exceptuarse de la reparación: si prueba que la causa colocada por la víctima fue determinante, la exoneración será total (artículo 1972); si sólo alcanza a probar que la causa colocada por la víctima simplemente se agrega a su causa propia, la excepción será parcial (artículo 1973).

190. *El uso de la palabra «imprudencia»*. La razón para haber utilizado el término "imprudencia" en la norma del artículo 1973 (basada en el principio objetivo de responsabilidad). Parece ser que esta palabra constituye un mero resabio semántico del hábito de razonar en términos de culpa. Sin embargo, la decisión de utilizar la expresión "imprudencia" en forma aislada —sin mencionar también la negligencia o el vocablo más genérico de "culpa"— precisamente revela que la idea era enfatizar una *acción* de la víctima, es decir, la interposición de una nueva causa.

Dentro de este orden de ideas, si se quiere utilizar el vocabulario de la culpa para referirse a la causa, puede decirse que en estos casos la mera negligencia usual de la víctima no da lugar a una liberación de responsabilidad: se requiere una "acción" imprudente o una negligencia inexcusable que en la práctica se asimila a la imprudencia temeraria y que, de esta manera, constituye una *novam causam*. Esta interpretación sería coincidente con el principio formulado por el ponente del Proyecto de la Comisión Reformadora en el sentido de que los daños rutinarios son propios de la vida social y tienen que ser indemnizados por quien se encuentre en mejor aptitud para difundir —y diluir— su efecto económico en la sociedad a través del sistema del seguro. Por consiguiente, normalmente responde por ellos el causante que es quien mejor puede contratar un seguro sobre sus propios riesgos. Es solamente cuando la víctima ha sido la propia *causante* de su riesgo que debe, ella misma, asumir el peso de su propia conducta anormalmente irregular. De esta manera, si una persona atraviesa distraídamente una pista y resulta atropellada, el

automovilista responde porque se trata de una negligencia o descuido ordinario del peatón que no llega a ser una *causa* determinante del daño; en cambio, el automovilista es responsable por los riesgos que crea (es decir, por los riesgos de los cuales es *causa* por el hecho de poner un automóvil en circulación), conforme al artículo 1970. Pero cuando el peatón cruza la pista en estado de embriaguez o con los ojos cerrados para demostrarle a un amigo lo valiente que es o cuando intencionalmente se arroja bajo las ruedas con el deseo de suicidarse, el automovilista se encuentra liberado de la responsabilidad objetiva porque, en estos casos, la *causa* determinante —no la culpa— ha sido puesta por ese peatón.

Este sentido de la "imprudencia" como "causa ajena" se encuentra refrendado por la jurisprudencia.

Doña Amanda Cárdenas viuda de Gálvez demandó a la Empresa Nacional de Tranvías S.A. para que le pagara una indemnización por la muerte de su esposo, don César Gálvez Vásquez, ocurrida a consecuencia de un atropello por un tranvía de propiedad de la demandada. En el juicio se acreditó que no hubo culpa del motorista del tranvía sino que el daño "fue el resultado de un acto de aquél", es decir, de la propia víctima imprudente. El Fiscal PALACIOS opina que "sólo hay responsabilidad, aunque no haya culpa, cuando el daño ha sido causado por otro, pero no cuando es la consecuencia de acto propio aunque intervenga un extraño". La Corte Suprema, por Resolución de 30 de junio de 1945, manifiesta su acuerdo con la tesis expuesta por el Fiscal[313]. Como puede apreciarse, lo que importa para la Corte Suprema no son las culpas de una y otra parte (que en este caso no han existido) sino la identificación del "autor del daño", es decir, de aquél que pone la causa determinante; y si éste es la víctima, es ella la que asume su propio daño "aunque intervenga un extraño" circunstancialmente.

Una situación similar puede advertirse en el juicio seguido por doña Catalina R. viuda de Escobedo contra la Compañía Molinera Santa Rosa para que le pague una indemnización por las lesiones sufridas con motivo de ser atropellada por uno de los carros de propiedad de la demandada.

---

313. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. Nos. 30-31. Julio-Agosto de 1946, pp. 426-427.

La demandante, a pesar de su avanzada edad, se puso a recoger el trigo que caía del vagón de la Molinera. Este vagón estaba unido a otros y listo para ser puesto en movimiento sin necesidad de previo aviso. Es así como, al ponerse en marcha el pequeño convoy, resultó atropellada la señora que recogía las desbordes del trigo. El Fiscal PALACIOS hace presente que la Molinera no puede ser responsabilizada "por estar probado que las lesiones que sufrió la demandante fueron resultado de su propio acto, notoriamente imprudente". La Corte Suprema, en Ejecutoria de 17 de Abril de 1945, declaró sin responsabilidad a la demandada[314]. Por consiguiente, la Corte resuelve el caso atendiendo a la autoría del acto dañino, la que atribuye a la propia víctima.

La misma tesis, aunque con alguna vacilación, puede encontrarse en el juicio seguido por don Andrés Cuenca García con don Gerardo Bast Valdez. El demandante era padre de doña Erlina Cuenca Salas, quien era llevada en la parte posterior de su motocicleta por don Ernesto Asencio Díaz. Al atravesar una calle, se produjo una colisión entre la motocicleta mencionada y el automóvil conducido por el señor Bast, resultando lesionada la señorita Cuenca. La Ejecutoria Suprema de 13 de junio de 1972 estableció que el piloto de la motocicleta había sido el verdadero causante del accidente o, para decirlo en los términos de la Corte, "el sujeto activo" del daño[315]. En estas condiciones, asimilando la situación de la pasajera de la motocicleta a la de su piloto, la Corte consideró que el daño había sido realmente producido por la propia víctima. Evidentemente, este razonamiento es bastante discutible, porque doña Erlina Cuenca era llevada por la motocicleta, pero no conducía ese vehículo y, por tanto, no era sujeto activo como lo plantea la Ejecutoria. Es posible que hubieran otras razones por las que la Corte debía liberar al chofer del automóvil con el que se produjo el choque y orientar más bien la reclamación de la pasajera de la motocicleta contra el piloto de la misma. Pero la expuesta no era una razón adecuada, puesto que doña Erlina Cuenca era un sujeto pasivo y no activo del accidente.

Por otra parte, la Ejecutoria vacila entre el análisis causal y el análisis de la culpa. Y, como para que no se le escape nada, añade a la idea

---

314. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. Nos. 30-31, Julio-Agosto de 1946, pp. 427-428.

315. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 341. Junio de 1972, p. 334.

del sujeto activo del daño (causa) un razonamiento basado en la culpa. Es así como en el último de sus Considerandos, la Ejecutoria agrega que "se desprende de autos que no existe culpa en el piloto del automóvil y sí en el conductor de la motocicleta, por lo que no procede ordenar que aquél pague indemnización alguna". En esta forma, todo parece que pasara en términos de culpa: todo lo que se hace es una comparación de culpas.

Una Ejecutoria más coherente y fundamentada en la teoría del riesgo es la recaída en el juicio seguido por María Zapata de Bustamante contra la Compañía Nacional de Tranvías S.A. por la muerte de su hijo, Alfonso Bustamante Zapata. La noche del 19 de agosto de 1941, a las 9:30 p.m. fue atropellado don Alfonso Bustamante en el lugar denominado "La Chacarilla" ubicado entre Lima y Chorrillos, a cien metros de distancia del poste No. 909. El señor Bustamante falleció instantáneamente.

En autos se acreditó que «el tranvía marchaba en forma normal, o sea que no existía velocidad excesiva imputable al motorista». Asimismo, se estableció que "la visibilidad era deficiente, pues la noche era lluviosa" y que "el lugar del accidente queda en sitio no urbanizado, que carece de alumbrado público". Por todo ello y atendiendo a otras pruebas, el Fiscal CALLE opinó que "el accidente se debió a acto voluntario del accidentado —suicidio— o a hecho fortuito imprevisible, debido a la temeridad e imprudencia de la víctima". El Fiscal sostuvo que "La teoría del riesgo en que se apoya lá sentencia de la Corte Superior para declarar fundada en parte la demanda, es inoperante en el presente caso, pues aquélla se aplica a los actos previsibles y ajenos a toda voluntad, activa o pasiva, y no a los actos derivados de la temeridad o imprudencia de la persona que sufre sus consecuencias". La Corte Suprema hizo suyo este razonamiento en Ejecutoria de 14 de julio de 1945[316].

Es importante destacar cómo el Fiscal vincula el hecho de la víctima a lo que él denomina caso fortuito, pero que más propiamente debió haber llamado fuerza mayor: la existencia de una acción de la víctima, determinante, imprevisible e irresistible. Por otra parte, es también interesante que el Fiscal CALLE haya comprendido que la teoría del riesgo no

315. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 34-35, año 1946, pp. 713-714.

significa que, sin necesidad de mayor examen, se obliga siempre a pagar al presunto causante. Por el contrario, en el presente caso le hace ver a la Corte Superior que la teoría del riesgo no se aplica si ha mediado una fuerza mayor que interrumpe el nexo causal, adelantándose de esta forma a la norma incorporada, recién en el año 1984, en el artículo 1972 del nuevo Código.

Por consiguiente, en razón de todo lo expuesto y para mantener la coherencia interna de los dos sistemas de responsabilidad establecidos por el Código (culpa y riesgo), somos de opinión que la palabra "imprudencia" contenida en el artículo 1972 debe leerse como "hecho determinante" o "imprudencia causante" de la víctima: lo que cuenta no es una *culpa* de la víctima sino su intervención *causal* de manera tal que interrumpa el posible nexo entre el presunto causante (demandado y el daño).

191. *Imprudencia y el volens.* Este sentido de la imprudencia —como hecho causal, antes que como una culpa de la víctima— nos evoca la asunción del riesgo a la que antes nos hemos referido[317].

La llamada doctrina del *volentis*, cuando no ha habido pacto entre causante y supuesta víctima, se asemeja más a esta "imprudencia" que a un convenio de irresponsabilidad. Dado que no puede hablarse de contrato porque no existe vínculo previo entre el dañado y el dañante, la aceptación tácita del daño constituye más bien una imprudencia de la víctima: aquél que ingresa a una propiedad ajena –con la mejor intención— a pesar del cartel que le señala que hay perro bravo, no es que está celebrando un "contrato" de irresponsabilidad por mordedura de perro con el dueño de la casa (a quien no conoce, siquiera) sino que está simplemente cometiendo una imprudencia; es decir, colocando una causa propia a un posible daño.

Por este motivo, hemos sido de opinión que, a falta de convenio, toda asunción de riesgo debe ser procesada dentro del régimen de los artículos 1972 y 1973, en vez de tratarse de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1986.

---

317. *Vid supra*, Nos. 126 y *ss.*

192. *La vis maior.* Hemos señalado que, en todos los casos del artículo 1972, aquéllo que les otorga un carácter especial de nueva causa interviniente es la *vis maior* que los afecta: el presunto causante no pudo hacer nada ante esa fuerza mayor que interviene sea desde el Cielo, sea por la acción de un tercero, sea por la acción de la propia víctima. Esa fuerza externa deviene en causa irrefutable del daño.

Por consiguiente, para que el hecho de la víctima —o la "imprudencia", como lo llama el Código— tenga carácter exoneratorio, se requiere que sea decisivo y determinante: ése que hubiera sido el causante en otras circunstancias, se vio avasallado por los hechos de la víctima y no pudo evitar el daño al que físicamente estuvo vinculado. El motorista del tren a quien un sujeto se le tiró intempestivamente ante las ruedas sin darle tiempo de frenar porque quería suicidarse, fue quien físicamente mató al suicida; pero no cabe duda de que la causa determinante del daño fue la acción del propio suicida. Para ese motorista, el acto del suicida fue una fuerza mayor, irresistible e inevitable.

Esto significa que son aplicables al hecho de la víctima todas las reflexiones que hicimos antes con relación a la imprevisibilidad y a la irresistibilidad, cuando tratamos del caso fortuito y del hecho de tercero[318].

193. *El hecho determinante de la víctima en la jurisprudencia peruana.* Los Tribunales peruanos han tenido la tendencia de interpretar la situación en que interviene como causa el hecho de la víctima de manera restrictiva; de modo que, en la práctica, muy pocos hechos de la víctima han sido considerados determinantes. En consecuencia, cada vez que se presentaba una intervención causal de la víctima, se le atribuía un valor concurrente; por lo que el presunto causante estaba siempre obligado a pagar alguna indemnización, aunque ésta fuera reducida.

Así, por ejemplo, *in Re* don Carlos Balarezo Risco con la Compañía Nacional de Tranvías S.A., el primero de los nombrados demanda a la segunda por la muerte de su padre, don José Balarezo Vásquez, ocurrida el 2 de mayo de 1948 como consecuencia de un atropello por un tran-

---

318. *Supra*, Nos. 173 y 181-182.

vía de la línea Lima-San Miguel. Pero en el juicio se acreditó que la víctima pretendió atravesar los rieles en forma intempestiva. A pesar de que ello parecía una causa determinante, el Fiscal GARCIA ARRESE sostiene en su dictamen: "Pero de aquí no se puede establecer, conforme al principio que norma nuestro Código Civil, que la empresa propietaria del vehículo causante del accidente esté exenta de responsabilidad por el daño causado, conforme se ha resuelto ya en múltiples casos por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Lo que cabe es reducir a una suma prudencial esa responsabilidad, con arreglo al artículo 1141 del acotado [Cuando el hecho de la víctima ha contribuido a causar el daño, la obligación de repararlo se disminuye en los límites en que la víctima contribuyó a causarlo]". La Corte Suprema en Ejecutoria de 9 de julio de 1952 acoge esta tesis, aunque reduce la indemnización aun más de lo que ya lo había hecho la sentencia recurrida[319].

El Fiscal no explica cuál es "el principio que norma nuestro Código Civil". Sin embargo, revisando otras Ejecutorias encontramos que se refieren a la responsabilidad objetiva aplicada de manera radical, sin permitir que el causante se libere totalmente por razón alguna.

Mateo Quinpe demandó a la Compañía Nacional de Tranvías para que le abonara una indemnización por el accidente que sufrió su hijo Nicolás, vendedor de periódicos, al caer del tranvía en Barranco, supuestamente empujado por el motorista. A dicho menor tuvo que amputársele toda la pierna derecha. El Fiscal FEBRES señala que "No hay prueba satisfactoria sobre la acción que se imputa al conductor del tranvía sobre que golpeó al menor para que éste abandonara el carro acoplado al que había subido sin pagar pasaje, para vender periódicos"; en cambio, "lo único que existe al respecto es que el accidente se produjo imputable al menor que bajó y subió al tranvía [*sic*] sin tomar las precauciones del caso". Pero agrega: "Sin embargo, es procedente la indemnización por la teoría del riesgo". Por ello, propone que no se exonere la responsabilidad de la Compañía Nacional de Tranvías sino que simplemente se le reduzca la indemnización; lo que hace la Corte Suprema en Ejecutoria de 24 de mayo de 1960[320].

---

319. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 104. Setiembre de 1952, pp. 2708-2709.

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

Sin embargo, existen algunas Ejecutorias que han opinado por la exoneración total del presunto causante cuando el daño se había producido por hecho determinante de la víctima, aunque se tratara de Casos de aplicación de la responsabilidad objetiva.

Hugo Guevara Reinoso, hijo menor del demandado, don Washington Guevara, "se atrevió a manejar el automóvil de propiedad de la demandante [Alicia Murillo viuda de Guerra], sin tener brevete, dando lugar por su inexperiencia y falta de conocimientos a la colisión que le causó graves desperfectos [al propio auto]". En estas circunstancias, la propietaria del automóvil, doña Alicia Murillo viuda de Guerra, demanda al padre del menor para que abone la reparación de los daños. El Fiscal FEBRES opina que el pedido es procedente. Sin embargo, la Corte Suprema, en Ejecutoria de 5 de setiembre de 1960, declara infundada la demanda porque encuentra que fue a su vez el hijo de la demandante quien le prestó el vehículo a su amigo, el hijo del demandado. Por consiguiente, dice la Resolución de la Corte, "la reparación que se reclama en la presente demanda no proviene de daño de tercero sino que se ha debido al acto de la misma demandante, consistente en haberle entregado el uso del carro a su propio hijo, quien a su vez lo cedió al menor de diecisiete años Hugo Guevara Reinoso, causante del accidente, que carecía de licencia para manejar"[321]. La interpretación del hecho de la víctima es muy discutible, pero lo importante es que nos encontramos ante un caso en que ese hecho es considerado de naturaleza tan decisiva que exonera de toda responsabilidad al causante directo (representado por su padre).

En el mismo sentido se pronuncia la Ejecutoria Suprema de 29 de agosto de 1972 en el juicio seguido por don Marcelino Quispe León contra don Jorge Euribe Sanabria[322]. Lamentablemente, como poco antes había sido suprimido el requisito de dictamen fiscal y las ejecutorias no se dan el trabajo de resumir los hechos, no es posible conocer los detalles de la situación involucrada. Pero es importante uno de los Considerandos que afirma "que el artículo 1141 del Código Civil [que se refería a la reducción de la indemnización] sólo es de aplicación cuando existe concurrencia de culpas en la producción del daño, lo que no ocurre en el caso

---

321. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 204, año 1961, pp. 74-75.

322. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 345, Octubre de 1972, p. 1270.

de autos, en el cual —como queda dicho— la responsabilidad recae exclusivamente sobre la víctima del accidente".

Esta discusión sobre los alcances del artículo 1141 del antiguo Código —si sólo permite una reducción de la indemnización o también la exoneración de la responsabilidad cuando el hecho de la víctima ha sido determinante— ha quedado superada en el Código de 1984. Como hemos visto, el artículo 1972, *in fine*, de este cuerpo legal exonera totalmente de responsabilidad al presunto causante cuando se demuestra que el daño fue consecuencia —léase, exclusiva— del hecho (imprudencia) de la víctima, aun en los casos de la responsabilidad objetiva, fundada en el riesgo, a que se refiere el artículo 1970.

194. *El hecho concurrente de la víctima.* En todos los casos comprendidos en el artículo 1972, puede presentarse la situación de que la causa extraña no se imponga determinantemente, como *vi maiore*. Así, tratándose de caso fortuito concurrente pero no determinante, el causante no queda exonerado de manera total; pero su responsabilidad se encuentra atenuada en la medida en que no sea totalmente causante. De igual forma, tratándose de hecho de tercero concurrente pero no determinante, nos encontramos frente a una situación de co-causación: ambos autores —el directo y el concurrente— son causantes y, por consiguiente, responsables.

El artículo 1973 regula este tipo de situaciones cuando interviene como concausa el hecho de la víctima. Si este hecho no es determinante sino concurrente, la responsabilidad del daño recae en parte en el causante y en parte en la propia víctima (que también es causante). Por consiguiente, como en el caso de la víctima quedan confundidos los derechos y las obligaciones de acreedor y deudor respectivamente, en la parte que le corresponde de responsabilidad, sólo queda en pie la responsabilidad del "causante no-víctima". Y dado que éste sólo responde por una parte del daño (porque puso sólo una parte de la causa), es lógico que pague una indemnización reducida si se la compara con la que hubiera correspondido pagar si hubiera sido el causante exclusivo.

En consecuencia, este artículo no constituye sino una variante de la última regla contenida en el artículo anterior; al punto que podría pensarse si, desde el punto de vista sistemático, no hubiera sido más lógico colocar ambas reglas en un solo artículo, de manera que el artículo 1973 fuera el segundo párrafo del artículo 1972.

195. *Las situaciones mixtas.* En realidad, estas situaciones en las que se presenta una concurrencia de causas pueden ser muy variadas y complejas.

Hasta el momento nos hemos referido para fines expositivos a cada una de las causales de exoneración contempladas en el artículo 1972 con sus respectivas variantes según el grado de participación de la causa extraña (hecho determinante y hecho concurrente), tratadas separadamente. Pero la realidad no suele presentarse con el mismo orden ni con la misma simplicidad que se intenta en una exposición: en la vida del Derecho, las combinaciones son bastante más atrevidas y dan lugar a situaciones muy complicadas.

Es así como podemos encontrar actos de demandados que son causa del daño pero que aparecen mezclados no sólo con casos fortuitos sino quizá también con la intervención de un hecho de tercero y hasta con la participación de un hecho o causa (imprudencia) de la víctima. Estas tres causas extrañas al presunto causante —con sus variantes según el grado de participación en el resultado dañino— pueden combinarse de la forma más exótica. El Juez tendrá que desenredar esta madeja de causas y concausas, para atribuirle a cada una de ellas su peso específico y así determinar finalmente la responsabilidad del presunto causante (demandado).

Además, dado que existen dos principios de responsabilidad en el Código (culpa y riesgo), las combinaciones pueden hacerse aun más entreveradas por la intervención de estos criterios: el causante directo puede ser que responda por riesgo, mientras que el tercero responde por culpa o *vice versa*. Y a todo ello cabe agregar los casos de daños por ambas partes —en los que ambos son causantes y víctimas a la vez— donde todavía puede intervenir un tercero o mediar un caso fortuito; y cada uno de estos daños recíprocos puede regirse por principios de responsabilidad distintos (culpa o riesgo, según las circunstancias).

196. *Algunos casos tipificados como hecho de la víctima en los que éste constituye causa concurrente del daño.* La jurisprudencia es bastante amplia en esta materia, aunque los casos presentan muchas similitudes entre sí: se trata de "hechos de la víctima" del mismo tipo, en la mayoría de las circunstancias.

Nos limitaremos a dar sólo algunos ejemplos a fin de evitar incurrir en repetición innecesaria. No incluimos aquellos casos en los cuales existen daños recíprocos (que trataremos más adelante) sino únicamente aquéllos en los que la acción dañina se ha producido en un solo sentido: el hecho de la víctima ha contribuido a su propio daño, pero no ha causado a su vez daño en el agente.

Una actividad que frecuentemente da lugar a este tipo de situaciones es el transporte urbano de pasajeros. La inobservancia generalizada de los reglamentos correspondientes, la ausencia de portezuelas en los ómnibuses que se cierran durante la marcha y el apiñamiento que resulta de las deficiencias de este servicio público, han dado lugar a numerosos accidentes del tipo de los que se mencionan a continuación.

El día 19 de febrero de 1948, a las tres y media de la tarde, la señora Susana Santona Sulca viajaba en un ómnibus de la línea Breña-Limoncillo, de propiedad de la Empresa de Omnibus San Miguel S.A., manejado por el chofer Julio Barrenechea Verástegui. Al llegar a la mitad de la tercera cuadra del Paseo Colón, la señora Santona, quien se encontraba de pie cerca de la puerta, fue violentamente despedida del ómnibus y arrojada contra la vereda, por lo que falleció poco después. En los autos seguidos por el hijo de la víctima, don Modesto Barrios Sulca, contra la empresa propietaria del ómnibus y empleadora del chofer, se acreditó que el accidente se había debido a una maniobra brusca del piloto y al exceso de pasajeros que llevaba dicho vehículo. Por ello, el Fiscal GARCIA ARRESE fue de opinión de que procedía la indemnización acordada por la sentencia de vista. Sin embargo, la Corte Suprema en Ejecutoria de 6 de agosto de 1952 resolvió que, atendiendo a que «la accidentada viajaba cerca de la puerta sin haber tomado las más elementales precauciones de seguridad», debía considerarse que el hecho de la víctima era una causa contribuyente del daño; y, por tanto, debía reducirse la indemnización[323]. Obsérvese cómo en este caso tanto la conducta de la demandada como la de la víctima son causa del accidente: la empresa de transporte por tener ómnibus sin puertas y permitir que viaje la gente en mayor número del que permite la seguridad, así como por ser empleadora del chofer que hizo una mala maniobra; y la víctima por arriesgar su vida al subir a un ómnibus manifiestamente lleno.

---

323. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 104, Setiembre de 1952, pp. 2705-2707.

Otro caso similar —aunque con algún elemento diferente— es el de Héctor Zavaleta Rodríguez, quien sufrió daños corporales al no lograr subir a un ómnibus y caer sobre la calzada; por lo que demandó a la Corporación Municipal de Transportes que operaba esa línea. El accidente se produjo cuando el ómnibus se encontraba detenido ante un semáforo, en un lugar que no era paradero oficial. El señor Zavaleta intentó aprovechar para subir al vehículo; pero en ese momento cambió la luz y el chofer puso en marcha el ómnibus, lo que ocasionó la caída del pretendido pasajero. El Fiscal SOTELO opina que "si es verdad que Zavaleta procedió en forma imprudente, no lo es menos que el chofer Tasso, infringiendo con su indicada actitud [poner en marcha el ómnibus sin tomar las precauciones debidas] la obligación que como tal le imponen no sólo los reglamentos de tráfico, sino también los más elementales principios de prudencia y humanidad, fue el causante y el autor principal de los daños ocasionados". La Corte Suprema hace suya esta opinión[324]. En este caso, parecería que la causa principal del accidente se encuentra en el hecho de la víctima, ya que infringió todas las normas al intentar subir a un ómnibus fuera de paradero y cuando cambiaba la luz. Sin embargo, se atribuye la causa principal al piloto con el objeto de responsabilizarlo porque se teme que la redacción del texto legal pertinente (el artículo 1141 del antiguo Código) pueda ser interpretada en el sentido de que se refiere sólo al hecho concurrente de la víctima (cuando el demandado puso la causa más importante) pero no al hecho concurrente del presunto causante (cuando fue la víctima quien puso la causa más importante), aunque ésta no fuera determinante o única causa del accidente sino que el demandado también contribuyó causalmente a la producción del daño).

Las infracciones de tránsito de las víctimas han sido habitualmente consideradas como causas concurrentes del daño, que dan lugar a una reducción de la indemnización. Así, por ejemplo, la Ejecutoria de la Corte Suprema de 8 de setiembre de 1959 reduce la indemnización que había sido ordenada pagar por la Compañía Vinícola Toche Chávez a don Benigno León Ruiz Cornejo por el accidente sufrido por su hijo, porque "en la realización del accidente ha concurrido la culpa del menor quien, acompañado de otro, transitaba en una bicicleta en sentido contrario al tráfico"[325].

---

324. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 94, Noviembre de 1951, pp. 1302-1303.

325. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 194, Marzo de 1960, pp. 297-298.

También son muy frecuentes las imprudencias de peatones al momento de cruzar la calle o los rieles del tranvía.

En ejemplos anteriores ya hemos visto algunos de estos casos. Es interesante recordar aquél que fuera dictaminado por el doctor Félix NAVARRO IRVINE en el que éste encuentra que es causa concurrente del atropello el descuido de los padres de la menor, por enviar sola al colegio a una niña de seis años de edad[326]. Otros casos aluden a intentos de atravesar la calle por lugares de gran peligro, tales como rieles de tranvía o sitios de intenso tráfico vehicular.

Doña Enriqueta Rodríguez viuda de Castillo demanda a la Compañía Nacional de Tranvías el pago de una indemnización por la muerte de su esposo, don Nacianceno Castillo, atropellado cuando pretendía cruzar los rieles. El Fiscal FEBRES sostiene que, de un lado, hubo imprudencia de la víctima porque intentó atravesar la línea cuando estaba en marcha un carro; pero, de otro lado, el motorista imprimía demasiada velocidad al tranvía, a pesar de encontrarse próximo a un paradero. Por consiguiente, es de opinión que se considere que hay responsabilidad compartida; como efectivamente lo hace la Corte Suprema por Ejecutoria de 26 de octubre de 1959[327].

El 23 de octubre de 1947, en la esquina formada por el Paseo de la República con la calle Mapiri, murió atropellado por un automóvil el señor Buenaventura Santillán. Sus hijas, doña Betsabé Santillán de Pastor y otra, demandaron a la Fábrica de Aceites San Jacinto, propietaria del automóvil y empleadora del chofer, para obtener una indemnización por el daño resultante de la muerte de su padre. El Fiscal SOTELO opinó que el accidente "fue debido principalmente a imprudencia del propio Santillán, que a pesar de su avanzada edad de 82 años, se aventuró a la pista estando el tráfico en marcha". Sin embargo, afirma que "esta obligación [de indemnizar] a cargo de la empresa demandada es ineludible" y que lo que procede no es la exoneración de la responsabilidad sino la reducción del monto de la indemnización. La Corte Suprema, en Ejecutoria de 2 de abril de 1952, acoge esta tesis y aun la lleva más lejos, pues disminuye la indemnización por debajo de lo opinado por el Fiscal[328].

---

326. *Supra*, No. 35, no. 94.

327. *Revista de Jurisprudencia Peruana*. No. 195, año 1960, pp. 415-417.

328. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 99, Abril de 1952, pp. 1984-1985.

Don Carlos Minaya Herrera demanda a don Juan Puppo Piaggio para que le pague los daños y perjuicios y el daño moral sufrido como consecuencia de un atropello. El Fiscal GARCIA ARRESE considera que quien comete un daño con un vehículo está obligado a indemnizar, pero que, «habiéndose probado que el agraviado trató de cruzar imprudentemente la calzada en un lugar de gran peligro», procede la reducción de la indemnización; opinión que acepta la Corte Suprema en Ejecutoria de 14 de julio de 1955[329].

Cabe advertir que la aplicación de la responsabilidad concurrente en la jurisprudencia peruana muchas veces parece un artilugio para responsabilizar de todas maneras a un presunto causante, por considerar que su actividad debe dar lugar a responsabilidad objetiva. Esto es muy frecuente en los casos de daños ocasionados con vehículos en los que, cuando es claro que la causa del daño fue puesta por la propia víctima, la Corte declara que existe siempre una responsabilidad del propietario y/o conductor del vehículo (en razón de un sentimiento objetivista implícito), pero que procede reducir la indemnización.

197. *Los daños recíprocos.* En una inmensa variedad de situaciones, los papeles de agente y de víctima pueden corresponder simultáneamente y recíprocamente a las dos partes involucradas en un accidente. Por ejemplo, en las colisiones entre dos vehículos: ambos conductores sufren daños en sus vehículos, ambos son agentes de una actividad peligrosa y en la mayoría de los casos será difícil establecer una imprudencia notoria en alguno de ellos que sea el elemento decisivo en la producción del daño (salvo que se demuestre que uno de los dos conducía bajo los efectos del alcohol o circulaba a mayor velocidad que la permitida u otro caso grave similar).

En realidad, los daño recíprocos consisten en dos daños simultáneos, de los cuales cada una de las partes es agente y víctima alternativamente: *Antoninus* es causante de los daños sufridos por *Terentio* en la colisión; y *Terentius* es causante de los daños sufridos por *Antonino*. Ahora bien, el problema se presenta si uno de ellos o ambos (como suele suceder) han incurrido en imprudencia, no determinante sino concurrente, en la producción del daño (*tatbestand* del art. 1973).

---

329. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 145, año 1956, pp. 189-191.

Dada la importancia práctica de este tipo de situaciones, vale la pena realizar el ejercicio de examinar sus diferentes variantes y los resultados correspondientes para cada uno de los causantes-víctimas.

198. *Los daños recíprocos en una relación de responsabilidad objetiva.* Adoptemos como hipótesis que la actividad de conducir un vehículo es riesgosa y que los vehículos son cosas peligrosas. Esto significa que, si se produce un choque entre dos vehículos, la indemnización que corresponda a las víctimas (consideremos sólo los daños materiales sufridos por cada uno de los automóviles, para simplificar) se regirá por los principios de la responsabilidad objetiva conforme a la regla del artículo 1970.

199. *La neutralización de las responsabilidades recíprocas.* Hemos visto que, de acuerdo a tal principio, no procede analizar las culpas de los agentes sino únicamente la puesta en acción de causas de daño: aquél que ha puesto en acción una causa que ha originado un daño, está obligado a repararlo. Pero en el caso que nos ocupa, ambos han contribuido con una causa (la realización de una actividad riesgosa) a la producción del daño.

Hay quienes han planteado que las dos causas concurrentes se neutralizan entre si y que, en consecuencia, no hay responsabilidad de ninguno: cada uno asume sus propios daños.

El día 7 de mayo de 1947, a las ocho de la noche, en la Avenida República de Panamá, a la altura del cruce con la Avenida Javier Prado, se produjo un accidente de tránsito entre una camioneta de propiedad de la Compañía de Aviación Panagra y un ómnibus interprovincial de la Empresa de Transportes Roggero. Además de los daños materiales a los vehículos, se produjeron daños personales a terceros que eran ocupantes de ambos vehículos. El Fiscal GARCIA ARRESE opinó que sólo debían abonarse los daños causados a terceros, mientras que cada una de las empresas tenía que soportar sus propios daños materiales: "Tratándose de un evento en que existe responsabilidad en ambas partes, porque los chaufferes a sus servicios procedieron con notoria negligencia, no cabe indemnización por los daños propios que han sufrido; estando así obligados a pagar por partes iguales los que han sufrido terceras personas". La Corte Suprema hizo suya esta opinión por Ejecutoria de 17 de setiembre

de 1952[330]. Aun cuando este caso fue resuelto sobre la base de la responsabilidad subjetiva, la solución se orienta a la neutralización recíproca de la responsabilidad cuando existe por igual en ambas partes.

Esta tesis, dicen los hermanos MAZEAUD, es injusta[331]. Nosotros pensamos que una interpretación de esta naturaleza es incluso ilegal en el Perú; los jueces no pueden cancelar el derecho a la reparación que establece el Código Civil y tener por no aplicable la responsabilidad extracontractual en este tipo de situaciones.

200. *La responsabilidad de ambas partes.* Una tesis diferente —y contraria a la anterior— abona por el pago recíproco de los daños recíprocos. Suponiendo que ambos causantes-víctimas hayan reclamado una indemnización (a través de una demanda y reconvención, por ejemplo), en estricta aplicación del artículo 1970, el Juez tendría que declarar fundados ambos reclamos. En estas circunstancias, cada uno paga los daños del otro.

De esta manera, aquél que ha sufrido más daño recibe también más del otro. Esto parece razonable porque, atendiendo a que se paga por causar objetivamente un daño, ese causante ha causado objetivamente un daño mayor. Ese daño mayor puede ser el resultado de que su vehículo sea más dañino (peligroso), como es el caso si se trata de un camión o un ómnibus que choca contra un automóvil. O puede que resulte de haber causado el daño en una parte más delicada o costosa del vehículo del otro chofer. O porque el otro chofer tiene un vehículo en general más costoso.

Ahora bien, aplicando este principio de que cada uno paga los daños que causó al otro, si los daños son relativamente equivalentes (como suele suceder), cada uno recibirá una suma similar a la que tiene que pagar; y eso después de un juicio largo y costoso. Como es evidente, ninguno tendrá interés en demandar y cada uno asumirá los costos de reparación de su propio vehículo, exactamente como si no existiera la responsabilidad extracontractual.

---

330. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 105, Octubre de 1952, pp. 2836-2838.

231. Henri, Léon y Jean MAZEAUD: *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda, Vol. II, *La responsabilidad civil. Los cuasicontratos*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1978. No. 599, p. 346.

Sólo habrá suficiente motivación para demandar si alguno de ellos ha sufrido daños por un valor *muy superior* al del otro, que justifiquen el juicio a pesar de la indemnización que tendrá que pagar al otro —porque el otro conductor ciertamente planteará una reconvención— y a pesar de los costos del propio juicio. Si la diferencia entre la suma que recibirá y la suma que estará obligado a pagar es mayor que el costo del juicio, entonces demandará. En caso contrario, no tomará la iniciativa y sólo reclamará sus daños como medio de defensa (en vía de reconvención) si el otro a su vez le intenta cobrar los suyos. Pero si los daños del otro eran menores que los suyos, obviamente ése otro no iniciará una acción judicial porque se enfrentaría inmediatamente a la reconvención mencionada por una cantidad incluso mayor que la demandada.

201. *Evaluación de causas.* Sin embargo, el hecho de que el accidente ha producido daños recíprocos no significa necesariamente que ambos causantes-víctimas han intervenido en su producción con causas de importancia equivalente.

Los Tribunales han intentado a veces categorizar las causas de producción de riesgos en función de su mayor o menor peligrosidad.

Por ejemplo, en la Ejecutoria Suprema de 18 de setiembre de 1975, al resolver un caso de daños y perjuicios en el que estaba involucrado un automóvil y una motocicleta, se establece que el automóvil "por su naturaleza constituye un peligro más intenso"[332].

Igualmente, en la Ejecutoria referida a un dramático accidente ocurrido en 1947, la Corte Suprema atribuye mayor peligrosidad al tranvía que a una camioneta. Al mediodía del 14 de setiembre de 1947, don Eduardo Grellaud Fraserd, conduciendo una camioneta, intentó cruzar los rieles del tranvía a la altura de las Avenidas Recavarren y Primavera, en Miraflores. En esas circunstancias, fue chocado por un tranvía que se dirigía de Lima a Chorrillos. En el accidente murieron los menores Eduardo y Carlos Behl Grellaud y el menor Ernesto Luis Higueras y quedaron lesionados los menores Santiago y Gabriela Higueras Carrera, por lo que se

---

332. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 382, Noviembre de 1975, pp. 1215-1216.

interpusieron las acciones respectivas contra la Compañía de Tranvías, que luego fueron acumuladas en un solo juicio.

El Fiscal GARCIA ARRESE opinó que el accidente "se debió a la culpa del piloto y del motorista del tranvía, habiéndose producido la colisión por la concurrencia de culpa de ambos conductores". Y sustentó esta afirmación haciendo presente que "de las citadas pruebas consta que ambos conductores el día del accidente tenían amplia visibilidad, que en el paso a nivel transpuesto por Grellaud existían carteles anunciadores del peligro y que no obstante que advirtió la presencia del tranvía, no paró la camioneta, lo que demuestra su negligencia; pero el motorista Luyo también incurrió en negligencia al distraer su atención sobre el lado derecho de la línea de viaje, lo que le impidió ver oportunamente la camioneta". Por todo ello y considerando "que el tranvía es de propiedad de la demandada y que el motorista Luyo estaba a su servicio [era del parecer que] es evidente la obligación de la Compañía Nacional de Tranvías S.A. de indemnizar los daños y perjuicios", con la reducción debida a que el hecho de la víctima contribuyó a su propio daño. La Corte Suprema, por Resolución Suprema de 6 de abril de 1954 y de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, declara no haber nulidad en las sentencias inferiores que otorgan indemnización a todos los demandantes[333]. Notemos que la responsabilidad de la Compañía Nacional de Tranvías no resulta tan evidente, cuando menos a juzgar sólo por lo que el mismo Fiscal afirma. Todo el razonamiento parecería basarse en la aplicación de la culpa. Pero mientras que describe una serie de circunstancias que configuran la culpa de la víctima, apenas si esboza una circunstancia bastante débil sobre la culpa del motorista del tranvía; que se distrajo en ese momento y miraba para el lado derecho de la vía en vez de ver para ambos lados. La falta de solidez de esta objeción que pretende basarse en la culpa nos hace pensar que, en realidad, subyaciendo a este razonamiento de la culpa, hay un razonamiento objetivista que atribuye responsabilidad a todo el que cause un daño con motivo de haber puesto en acción una actividad riesgosa. Y este razonamiento se encuentra complementado con la idea de que el tranvía es un elemento más riesgoso que el automóvil o la camioneta; de ahí que al Fiscal GARCIA ARRESE le parezca *evidente* que la Compañía Nacional de Tranvías deba indemnizar.

---

333. Revista de Jurisprudencia Peruana, No. 124, año 1954, pp. 591-593.

En otros casos donde no podía distinguirse entre actividades de mayor o menor riesgo, los Tribunales han intentado determinar cuál de los causantes en particular colocó la "causa más adecuada" (para hablar con la terminología del artículo 1985), sin que ello signifique que el otro no tuviera también participación causal.

Podemos imaginar que *Sixtus* es causante del accidente porque puso en circulación un automóvil; pero *Marcellus* no sólo puso en circulación también un automóvil —actividad de riesgo similar a la de *Sixtus*— sino que además lo lanzó como un bólido a través de una avenida principal sin importarle quién venía. En estas circunstancias, no cabe duda de que *Marcellus* es más *causante* —no más *culpable*, lo que no interesa para el caso de la responsabilidad objetiva— que *Sixtus*. En tal caso, es *Marcellus* quien debe soportar en mayor grado el peso económico del daño, pagando más reparación o asumiendo en mayor medida su propio daño.

Si en el ejemplo propuesto, *Sixtus* conducía un automóvil muy modesto mientras que *Marcellus* conducía un automóvil de lujo, puede suceder que *Sixtus* sufra muy poco daño debido a que, al atravesarse intempestivamente *Marcellus*, apenas si lo tocó lateralmente. Pero el automóvil de lujo de *Marcellus*, dada la velocidad con que venía, fue lanzado lateralmente y dio tres vueltas de campana. No parece razonable que cada uno pague el íntegro de los daños al otro, porque entonces *Sixtus*, que era el menos "autor" del daño (porque puso una causa menor) tendrá que pagar una suma enorme a *Marcellus*, mientras que éste último —que colocó la "causa adecuada" debido a la alta velocidad que llevaba— casi no tendrá que pagarle nada a *Sixtus*.

Para evitar esas situaciones absurdas, resulta indispensable que se evalúe el grado de participación causal de cada uno de los participantes en el daño recíproco. Es preciso saber cuál causa ha tenido un mayor peso en la producción del daño y atribuir consecuentemente a ese causante un mayor peso económico del daño de ambos. El grado de causa se mide por su "adecuación" (art. 1985) al resultado; y, como antes se ha dicho, la adecuación puede entenderse en términos de normalidad[334]. Así,

334. *Vid, spra*, No.161.

es normal que conducir un automóvil conlleve el riesgo de un choque; pero también es normal que conducir a velocidades temerarias o bajo la influencia del alcohol conlleve con más frecuencia el riesgo de choque. Por consiguiente, si se produce una colisión entre dos vehículos, uno de cuyos choferes estaba manifiestamente alcoholizado, los dos serán causantes del accidente; pero aquél que estaba alcoholizado es más causante que el otro.

Un ejemplo jurisprudencial de esta técnica de evaluación de la adecuación de las causas, lo encontramos *in Re* Gloria Mujica Cabeza contra María Antonieta Dancuart Accinelli y otra, sobre indemnización, con motivo de un accidente automovilístico. La demandante, conforme a los principios de la responsabilidad objetiva, probó simplemente el hecho del accidente (es decir, el nexo causal entre la demandada y el daño) y el monto de los daños. Pero la demandada demostró que la camioneta de propiedad de la demandante, en la que viajaba ésta, "efectuó una maniobra imprevista al tratar de sobrepasar a otro vehículo que se hallaba estacionado en la carretera, contribuyendo así a causar el accidente". En consecuencia, por Resolución Suprema de 27 de marzo de 1974, la Corte redujo la indemnización que debía pagar la demandada a la demandante porque "tratándose de actos ilícitos, cuando el hecho de la víctima contribuye a causar el daño, la obligación de repararlo se disminuye en los límites de esa *participación*"[335]. Ambos vehículos eran objetivamente responsables porque, al haber creado riesgos de circulación, resultaban causantes de los daños ocasionados con tal actividad. Pero uno de los vehículos —el de la demandante— había creado un riesgo adicional al realizar una maniobra fuera de lo normal. Por consiguiente, esta causa debía ser restada del derecho que le otorgaba la causa de la otra parte.

202. *La indeterminación y la equivalencia de causas.* Lamentablemente, en un gran número de los casos (particularmente en accidentes automovilísticos) no será posible distinguir entre las causas que produjeron el accidente.

En la mayoría de los accidentes de tránsito, donde el daño afecta habitualmente a ambas partes, es prácticamente imposible establecer que

335. Revista de Jurisprudencia Peruana, No. 363, Abril de 1974, pp. 397-198. El énfasis es nuestro.

uno ha sido más causante que otro. Lo más probable es que consideremos que los hechos de ambos por igual han llevado al daño; y que el accidente —que produjo daños en los dos vehículos— no es el resultado de una causa fundamental colocada por uno solo de los conductores sino de pequeñas causas colocadas por ambos: además de poner un vehículo en circulación, uno no se fijó bien si venía un automóvil por la otra calle, el otro estaba distraído pensando en sus problemas personales, uno creyó que la luz roja ya había cambiado cuando en realidad recién estaba cambiando, el otro venía a una velocidad ligeramente superior a la reglamentaria, etc.

En estos casos, los Tribunales se han encontrado muchas veces en medio de una gran perplejidad. Todos los jueces que han tenido casos de indemnización por colisiones entre dos vehículos han pasado por esta experiencia incómoda de la dificultad de tomar partido por ausencia de criterios definidos para hacerlo. En algunos casos, han confesado su incertidumbre mediante el recurso a la equidad que, utilizado sin ninguna explicitación del problema ni de los criterios para pronunciarse ante él, no es otra cosa que un manto que cubre nuestras ignorancias en materia de Derecho y nuestras dudas no resueltas.

El 22 de noviembre de 1952, un ómnibus del Servicio Municipal de Transportes que transitaba de Sur a Norte ingresó a la Avenida Wilson desde la calle que queda a la espalda del entonces Ministerio de Fomento y Obras Públicas. Es así que fue chocado por un automóvil que era conducido por el ingeniero Ricardo Espinoza Fernández. Ambos vehículos resultaron con serios desperfectos. El Servicio Municipal de Transportes demandó al ingeniero Espinoza para el pago de los daños sufridos por el ómnibus y el ingeniero Espinoza reconvino contra el Servicio Municipal de Transportes por el daño sufrido por su automóvil. El Fiscal GARCIA ARRESE, como probablemente los magistrados que habían conocido el caso en las instancias inferiores, se encuentra en un dilema porque la responsabilidad recae "por partes iguales en ambos pilotos que, sin disminuir la velocidad que llevaban, se encontraron bruscamente, chocando por sus partes delanteras, por no haber tomado los pilotos las precauciones de reglamento". En razón de ello, opina que debe resolverse el caso "con criterio de equidad" acordando una indemnización mayor al propietario del automóvil que al Servicio propietario del ómnibus. La Corte Suprema

acoge esta opinión en Ejecutoria de 26 de abril de 1958[336]. Lamentablemente, ni el dictamen fiscal ni la Ejecutoria indican si la mayor indemnización en favor del propietario del automóvil obedece a que éste había sufrido mayores daños o a que se consideraba más peligroso el ómnibus que el automóvil.

Cuando las causas no son claramente atribuibles a uno u otro participante del hecho dañino —ya sea porque son múltiples y equivalentes o porque son indeterminadas— la responsabilidad extracontractual funciona muy ineficientemente.

Coloquemos un ejemplo para verlo más claro. *Antoninus* y *Terentius* son dos choferes (propietarios de sus vehículos, para hacer más fácil el ejemplo) que, en un mismo accidente automovilístico en el que son partes, han sufrido cada uno daños valorizados en 100. Cualquiera de los dos podría tomar la iniciativa judicial y demandar al otro. Supongamos que es *Antoninus* quien demanda a *Terentius* para que le pague 100, aduciendo que éste responde objetivamente por el hecho de haber puesto un vehículo en movimiento (actividad y bien riesgosos) pero que, sin perjuicio de ello, ha sido también quien concurrió al hecho dañino con la causa "más adecuada" porque conducía a velocidad superior a la reglamentaria. *Terentius* contesta la demanda negándola en todos sus extremos y además reconvie-ne para que *Antoninus* le pague 100 por los daños que él ha recibido y alega igualmente que *Antoninus* responde objetivamente por haber puesto un vehículo en movimiento y que, además, la causa "más adecuada" del hecho dañino fue puesta por *Antoninus* porque era él quien manejaba a velocidad superior a la reglamentaria.

Cabe advertir que en estos casos de daños recíprocos, la estrategia de cada litigante será siempre alegar responsabilidad objetiva derivada de la circulación automovilística y además alguna otra causa de la otra parte: de esta manera no sólo se fundamenta el pedido de reparación sino que también se tiende a neutralizar una posible defensa del demandado que pudiera buscar el escudo del artículo 1972 o, en el peor de los casos, el del artículo 1973.

---

336. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 180, año 1958, pp. 1355-1357.

El juez considerará que cada uno le ha causado el daño al otro en virtud de una actividad peligrosa de acuerdo al artículo 1970; pero, para los efectos de apreciar la aplicación del artículo 1973 en uno y en otro chofer se encuentra con dificultades; porque comprobará que efectivamente (como suele suceder en estos casos) tanto *Terentius* como *Antoninus* manejaban a una velocidad ligeramente superior a la reglamentaria: ¿cuál es la causa más adecuada en este caso? Ante la imposibilidad de pronunciarse, decidirá que ambos son responsables, el uno respecto de los daños del otro, pero también que cada víctima ha contribuido a su propio daño debido a su imprudencia. Por ese motivo, declarará fundadas en parte tanto la demanda como la reconversión y, reduciendo la indemnización de ambos de conformidad con el artículo 1973, asignará a cada uno la suma de 50 como indemnización (la mitad de lo solicitado en la demanda). Como puede apreciarse, los dos reciben la misma cantidad y ninguno obtiene beneficio con el juicio; los únicos que ganan son los abogados.

Imaginemos ahora que *Antoninus* sufrió daños por 150, mientras que *Terentius* recibió daños sólo por 100. En este caso, *Antoninus* es el que definitivamente toma la iniciativa y demanda a *Terentius*. Pero éste reconviene a su vez contra *Antoninus* por el monto de sus propios daños. El juez, siguiendo el mismo razonamiento antes reseñado, considera que ambos son responsables y que, como ha habido imprudencia de los dos, deben reducirse equitativamente las indemnizaciones en 50%. De esta manera, la sentencia condena que *Terentius* pague a *Antoninus* la suma de 75; pero que a su vez *Antoninus* pague a *Terentius* la suma de 50 (el 50% de la reconvención). ¿Cuánto ha recuperado efectivamente *Antoninus*? Escasamente 25 (la diferencia entre los 75 que recibe y los 50 que tiene que pagar). ¿Qué representa esto sobre sus daños? Un 17%. La siguiente pregunta es obvia: ¿se justifica soportar los gastos y las preocupaciones de un juicio ordinario por el 17% de los daños? La respuesta es también casi obvia: no.

203. *Otras alternativas al principio objetivo de responsabilidad.* Como puede apreciarse, la responsabilidad objetiva se enfrenta a numerosos problemas cuando se trata de daños recíprocos: en la práctica, muchas veces la víctima no tiene el amparo de la responsabilidad extracontractual y se encuentra obligada a correr con el costo de sus propios daños. Es como si, para estos casos, la responsabilidad extracontractual hubiera quedado derogada.

Estas son las dificultades propias del principio objetivo de responsabilidad —o principio del riesgo, como se prefiera llamarlo— las que resultan magnificadas y enrevesadas por el hecho de que ese principio ha sido acogido por un Código que ha sido redactado desde la perspectiva de la culpa.

Pero no se crea que el principio de la culpa resuelve más eficazmente este tipo de problemas. Ante las paradojas descritas a que nos conduce la teoría del riesgo, algunos Derechos han retrocedido frente a los daños recíprocos hasta la teoría de la culpa. Es así como se ha sostenido en la jurisprudencia de algunos países que cuando dos vehículos (bienes riesgosos) chocan, las responsabilidades objetivas se neutralizan entre sí y, en vez de aplicarse la responsabilidad por riesgo, debe examinarse el caso conforme a las reglas de la culpa; de esta manera, con la inversión de la carga de la prueba que establece el Código Peruano, el conductor que no logra probar su ausencia de culpa paga al otro. Esta es la solución de la jurisprudencia argentina; con el agravante de que, no operando dentro de ese ordenamiento jurídico la inversión de la prueba, es únicamente el conductor que prueba la culpa del otro quien recibe indemnización por sus daños[337].

Pero este planteamiento conduce a situaciones tan absurdas e inoperantes como la aplicación de la teoría del riesgo. Si partimos del principio de que en los accidentes de automóviles existe normalmente culpa compartida, llegaremos a la misma situación antes reseñada en la que uno y otro se deben daños; con todos los problemas señalados en nuestro análisis económico de la teoría del riesgo. Hemos visto la perplejidad de nuestra jurisprudencia nacional, a pesar de que se ha tratado de encontrar las negligencias o culpas respectivas; en la práctica, se ha encontrado culpa en ambas partes. Aplicando la responsabilidad subjetiva a los casos en que se discuten daños automovilísticos recíprocos, sólo si aparece la culpa irrefutable de uno de los conductores se justificaría la acción; o cuando los daños de uno son considerablemente mayores que los del otro. En los demás casos, por una vía o por otra, cada una de las partes involucradas como causante-víctima terminará recibiendo lo mismo que tiene que pagar, igual como sucedía dentro de la teoría objetiva.

---

337. Aída KEMELMAJER de CARLUCCI: *Responsabilidad en las colisiones entre dos o más vehículos*, en *Temas de Responsabilidad Civil en honor al Dr. Augusto M. Morello*. Librería Editora Platense S.R.L. La Plata, 1981, p. 221.

Además este regreso a la teoría de la culpa genera una multitud de variantes que sólo pueden encararse —ineficientemente— de manera casuística. Por ejemplo, algunas Ejecutorias argentinas han sostenido que la neutralización de la responsabilidad por riesgo y la consecuente aplicación del principio general de la culpa sólo funciona si ambos vehículos se encontraban en movimiento; en cambio, si uno se encontraba reglamentariamente detenido, la responsabilidad por riesgo es de aplicación, pero sólo respecto del embistiente[338]. Y otras todavía sostienen que la neutralización sólo se produce si ambos vehículos presentan daños; pero que si solo uno de los vehículos ha sido dañado, opera la responsabilidad por riesgo[339].

Para nosotros, carece de todo sentido lógico —y no sería defendible sobre la base de los textos legales peruanos— sostener que si se producen daños recíprocos con dos bienes riesgosos o mediante dos actividades riesgosas, el riesgo de ambos desaparece y regresamos al principio general de la culpa; la existencia de dos riesgos no produce sino un doble riesgo, pero en ningún caso la eliminación del carácter riesgoso intrínseco de los bienes o actividades involucrados: la suma no puede dar nunca como resultado una substracción. En el fondo, dentro de la teoría más clásica de la culpa (sin inversión de la carga de la prueba), el único que gana con la tesis de la neutralización de la teoría del riesgo es el asegurador por seguro de responsabilidad civil; como difícilmente cada chofer podrá probar la culpa del otro, los aseguradores de ambos no pagarán a ninguno[340].

204. *El seguro obligatorio como solución racional.* Las consideraciones que anteceden son graves porque muestran que, en las circunstancias en que más frecuentemente se producen daños en la vida contemporánea (conducción de automóviles), la responsabilidad extracontractual resulta ineficaz, ya sea que adoptemos la teoría del riesgo o la de la culpa. Por consiguiente, si la ley no acudiera a rectificar en el futuro esta situación o si la jurisprudencia no encontrara una forma de remediar esta deficien-

338. Aída KEMELMAJER de CARLUCCI: *Oc. cit.* p. 222.

339. *Loc. cit.*

340. Aída KEMELMAJER de CARLUCCI: *Op. cit.* p. 223.

cia de la ley actual, resultaría que la responsabilidad extracontractual ha pasado a ser una institución obsoleta, casi como la dote o los esponsales, pues sólo se aplicaría a situaciones en su mayor parte extraordinarias: la vida diaria, con los accidentes que le son propios, habría quedado al margen de ella.

Algunos Códigos modernos han reconocido el hecho en el que venimos insistiendo de que, en la generalidad de los accidentes automovilísticos ordinarios, hay culpa de ambos; lo que equivale a culpa de ninguno. Así, el segundo párrafo del artículo 2054 del Código Civil Italiano establece que "en el caso de choque de vehículos se presume, salvo prueba en contrario, que cada uno de los conductores han concurrido por igual en la producción del daño sufrido por cada vehículo". Y el artículo 506-2 del Código civil de Portugal establece que, en caso de duda, se considera que es igual la medida en que cada vehículo ha contribuido al daño (nexo causal) y la medida de la culpa de uno y otro conductor (culpabilidad). Pero este tipo de normas no hace sino reconocer la existencia del problema; no lo resuelve.

En realidad, estos problemas sólo pueden ser razonablemente encarados si se adopta el principio de la difusión social del costo del daño y, utilizando el camino franqueado por el artículo 1988, se establece un seguro obligatorio del tipo *no-fault* cuyas características explicaremos al comentar dicho artículo. Aún más; el sistema del seguro resulta un medio tan lógico para tratar este tipo de situaciones que, ante la falta de una legislación sobre responsabilidad extracontractual o ante la inoperancia de ésta (como en el caso reseñado), lo normal es que las posibles víctimas (todos los automovilistas, en el caso que estamos comentando) piensen espontáneamente en contratar un seguro voluntario para prevenir pérdidas futuras por este concepto: la idea de no solucionar todo el peso de la pérdida sino de compartirlo con una comunidad de asegurados es una inclinación natural en el hombre moderno (siempre que por "moderno" entendamos no sólo una circunstancia histórica sino también un estado de espíritu que involucra un cierto conocimiento de las posibilidades que ofrece la actual organización social). Cada persona asegura su persona y sus bienes y así se encuentra cubierto si le sobreviene un accidente.

Claro está que llegar a la difusión del riesgo por el camino del seguro voluntario debido a que en la práctica el sistema de responsabilidad extracontractual no funciona, no es precisamente el método más eficiente

desde el punto de vista social. Todo seguro reposa sobre la existencia de una comunidad de riesgos y de primas. Pero el seguro obligatorio tiene la ventaja de agrupar a un gran número de asegurados (todos los automovilistas de un país, por ejemplo); lo que reduce notablemente el costo de las primas. En cambio, el seguro voluntario es normalmente caro. Además, en el seguro obligatorio, desde el momento en que todo un sector de riesgos está incorporado legislativamente en el sistema, existe un mejor control legal de la relación "asegurador-asegurado" y una mayor garantía para el asegurado.

Y es así como, quizá a pesar del legislador de 1984, hemos llegado hasta el seguro como medio privilegiado para organizar el campo de la responsabilidad extracontractual. Es una lástima solamente que no hayamos llegado por el camino más indicado.

CAPITULO III

LOS DAÑOS REMOTOS

205. *Resonancias causales.* ¿Hasta dónde subsiste el nexo causal, cuando se produce una cadena de daños? En otras palabras, ¿hasta dónde paga el causante? El causante responde por todos los efectos del daño (*restitutio in integrum*). Pero cuando el daño va produciendo resonancias dañinas que se expanden hasta un número muy grande de sujetos como las ondas que produce una piedra al caer en el agua mansa, ¿cuál es el límite del alcance del daño resarcible?

Una vieja canción inglesa[341], que ironiza sobre la derrota de Napoleón en Waterloo, ilustra simpáticamente esta percepción de la cadena de daños:

A causa de un clavo
la herradura se perdió,

a causa de la herradura
el caballo se perdió,

a causa del caballo
el jinete se perdió,

a causa del jinete
el mensaje se perdió,

a causa del mensaje
la batalla se perdió,

a causa de la batalla
la guerra se perdió,

a causa de la guerra
el Imperio se perdió.

A causa de un clavo
el Imperio se perdió.

341. Citada como epígrafe por Isidora H. GOLDENBERG: La relación de causalidad en la responsabilidad civil. Astrea. Buenos Aires, 1984.

En principio, no existen nunca hechos aislados. Todo lo que hacemos tiene, de una u otra forma, repercusiones insospechadas e infinitas.

206. *La cadena de daños.* Estas resonancias causales crean un problema jurídico bastante complejo.

La cuestión, que el Derecho anglo-sajón conoce como el problema de *remoteness of damage*, puede ser más fácilmente planteada con un ejemplo.

Supongamos que *Papinianus*, quien conduce un camión, realiza una mala maniobra y choca con el automóvil de *Ulpiani*, el cual se desvía de su curso y s estrella contra la casa de *Pauli* penetrando por el muro hasta una de las habitaciones frontales. El fuego hace explosionar el tanque de gasolina del motor del automóvil de *Ulpiani*, lo que difunde e incrementa el incendio. La casa vecina de *Gaii* arde igualmente en llamas y, mientras llegan los bomberos, el incendio alcanza el vecino depósito que *Publius* alquilaba a *Neronii* para que guarde su combustible. Ese depósito explosiona y extiende el fuego a la siguiente casa de *Tullii*, de la cual continua a la casa de *Marcelli* y de ésta a la de *Arcadii*;' luego se quema la de *Sempronii* y, finalmente, el incendio alcanza la última casa de la manzana, la de *Hadriani*, quien pierde, entre otras cosas, una valiosísima e insustituible colección de muebles antiguos. El inventario de los daños causados por la mala maniobra de *Papiniani* manejando su camión son los siguientes:

(a) El camión de *Papiniani* tiene el tapabarro abollado.

(b) *Ulpianus* murió en la explosión de su auto, luego de haber perdido las dos piernas y un ojo al atravesar el muro. Su automóvil no existe más.

(c) La mujer de *Pauli*, quien se encontraba cocinando en su casa, falleció con el impacto.

(d) La casa de *Pauli* está totalmente destruida, así como todos sus enseres (que consistían simplemente en el menaje ordinario de casa).

(e) *Gaius* muere ahogado por el humo, mientras se encontraba en el baño. Era el único sostén de su madre viuda y de un hermano inválido que, afortunadamente, habían salido ese día a pasear al parque.

(f) La casa de *Gaii* y todo lo que se encontraba en ella —menaje sin mayor valor y unos oscuros apuntes jurídicos— ha desaparecido entre las llamas.

(g) El depósito de *Publius* se ha hecho añicos, un vigilante ha muerto con la explosión y *Publius* perderá sus ganancias de alquiler del local hasta que éste pueda ser reconstruido.

(h) El combustible de *Neronis*, que estaba destinado a fines de trascendencia nacional, ha sido consumido por las llamas.

(i) La casa de *Tullii*, que se encontraba por el momento deshabitada porque su propietario estaba ofreciéndola en arrendamiento, ha sido íntegramente destruida.

(j) En casa de *Marcelli* se encontraban almacenados en el garage, con carácter extraordinario debido a que el depósito de su empresa estaba en reparación, una gran cantidad de panetones para la próxima campaña de Navidad, los que se han hecho literalmente humo. Además, aun cuando la casa misma no presenta serios daños estructurales, se han perdido por el fuego equipos valiosos, como un transreceptor de radioaficionado, varias armas costosas y una lencería fina que tiene el carácter de insustituible porque era de la época de la abuela.

(k) Donde *Arcadio* las cosas han sido más graves: uno de los hijos quedará tullido para siempre debido a las quemaduras y una niña de meses ha perdido la vista. Los daños materiales se limitan a las cortinas y a los muebles de madera de la cocina a través de los cuales se propagó el fuego, así como a la cuna donde se encontraba la bebe.

(l) En casa de *Sempronii*, tanto éste como un importante invitado con el que trataba un negocio cuantioso han resultado con quemaduras de tercer grado y se teme por sus vidas. El hijo

menor ha sufrido daño psíquico por el hecho de ver a su padre y a su invitado convertidos en antorchas humanas. Los muebles de la sala y parte de los dormitorios están hechos cenizas. Toda la casa esá negra de humo.

(m) Ni *Hadrianus* ni su señora se encontraban en casa, pero el fuego produjo grandes daños materiales; particularmente, porque arruinó la colección de muebles antiguos y fundió una colección de piezas precolombinas de oro (cuyo peso en oro es muy pobre, pero cuyo valor histórico-artístico es muy rico) que ahora no son sino una pequeña cantidad de metal retorcido.

Todas éstas son consecuencias, sin lugar a dudas, de la mala maniobra de *Papinianus*. Nada de esto hubiera sucedido si *Papinianus* no hubiera tomado unas copas en exceso para festejar su aniversario de bodas, antes de conducir el camión con el que produjo el accidente. La relación de causa a efecto entre la mala maniobra y el incendio de la última casa de la manzana puede acreditarse perfectamente a través de una rigurosa cadena de consecuencias.

Pero, ¿hasta dónde paga *Papinianus*? ¿Es que debe indemnización a todas las personas perjudicadas por las "ondas de daño" qu produjo su primer impacto? ¿O su responsabilidad está limitada a los daños que le causó a *Ulpianum*?

La pregunta es bastante delicada pues afecta la posibilidad de obtener reparación de un gran número de las personas involucradas en el accidente. Y afecta también —obviamente— al causante original, a ese *Papinianus* que puede quedar endeudado por el resto de su vida por un momento desafortunado de descuido en que no puso atención en el pequeño vehículo de *Ulpiani*.

Notemos que si consideramos que *Papinianus* tiene una responsabilidad limitada a los daños inmediatos, entonces la situación de los demás damnificados es difícil: si no pueden reclamarle al causante original (*Papinianus*), ¿podrá cuando menos cada uno de ellos exigir indemnización al sujeto anterior de la cadena de daños, a pesar de que no hubo acción ni omisión culpable de parte de este último? ¿O es que esos otros damnificados deben considerar su suerte —¡su "mala suerte"!— como un

caso fortuito, como un "hecho de Dios" (y no de *Papiniani*) frente al cual no tienen reclamo ni reparación (cuando menos judicial)? En este último caso, la garantía de reparación de los daños que otorga el sistema jurídico de responsabilidad extracontractual, queda bastante limitada.

207. *El daño remoto y el daño indirecto.* Es importante señalar que en la situación que ahora comentamos no se trata de determinar la naturaleza y el alcance de los daños sufridos por la víctima directa, sino de aquellos sufridos por *otras* personas, en una cascada de daños. Si se tratara del primer caso (los daños futuros de la víctima directa), el problema se transforma en uno de apreciación del daño futuro y del lucro cesante. Pero en el presente caso nos encontramos que no sólo hay una sucesión de daños sino que éstos corresponden a una sucesión de víctimas[341bis].

208. *La cadena de daños dolosos.* Evidentemente, cuando todos los daños de la cadena han sido causados deliberadamente por el actor, el problema no existe: el causante doloso responde por todos los daños que tuvo intención de cometer.

Imaginemos que, premunido de una rigurosa y calculadora mentalidad criminal y con el deseo de frustrar un importante contrato, *Caesar* corta las tuberías de los frenos del automóvil de *Petronii* para que fallen en un curva en descenso, situada en el camino usual de éste a su oficina. Y lo hace porque a la hora en que acostumbra a pasar *Petronius*, suele *Emilianus* sentarse a tomar sol en la entrada de su casa, ubicada sobre esa carretera, frente a la curva. De esta forma, al no poder frenar, *Petronius* se estrellará contra la casa y matará y/o herirá a *Emilianus*. Finalmente, al resultar herido o muerto *Emilianus*, éste no podrá cumplir con entregar a tiempo el diseño de unos planos a *Pompeio* (que era realmente el blanco final de la acción delictiva), quien pierde un importante contrato por este motivo. Como resultado exitoso de tal maquinación dolosa, resulta herido *Petronius*, muere *Emilianus* y *Pompeius* pierde su contrato.

No cabe duda de que *Caesar* —independientemente de su responsabilidad penal— tiene que pagar indemnización a *Petronio* por las heridas

---

341*bis*. Respecto de las diferentes acepciones de la expresión "daño indirecto", *vide infra*, No. 345.

sufridas y por los daños a su vehículo, a los deudos de *Emiliani* por la muerte de éste y a *Pompeio* por los daños que para él se deriven del incumplimiento de contrato en que lo ha hecho incurrir premeditadamente *Caesar*.

209. *La culpa y el riesgo.* La dificultad se presenta cuando los daños no han sido dolosamente premeditados sino que la responsabilidad surge ya sea por culpa, ya sea por riesgo. Este es el caso de la mala maniobra de *Papiniani* al manejar su camión en estado de ebriedad[342].

En principio, en la medida en que las consecuencias se alejan de ese primer acto del demandado que es la fuente generadora del daño, es más difícil decir que ese acto primigenio es la causa única, o al menos eficiente, de los daños posteriores: las concausas aumentan, los efectos del acto dañino se unen a múltiples circunstancias que amplifican —y a veces sustituyen— el efecto original, los destinos del acto inicial se ramifican exuberantemente, las ondas concéntricas de consecuencias s expanden hasta el infinito adelgazándose conforme se distancian del acto del demandado. ¿Hasta dónde la causa inicial es todavía determinante de esos efectos dañinos que aparecen en la lejanía, a veces más allá del horizonte de toda previsibilidad razonable?

210. *Formas de encarar el problema.* Distintas soluciones han sido propuestas por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia modernas.

211. *El prudente arbitrio del juez: Suiza.* La solución aparentemente más simple ha sido la de dejar todo en manos del juez, sin proporcionarle siquiera el criterio que debe guiar su análisis del caso *sub-iudice*: ésta es la fórmula del Código Suizo de las Obligaciones que establece simplemente que todos los causantes (pero no dice hasta qué distancia del daño se es siempre "causante") son responsables solidariamente y que el "derecho de

342. *Supra*, No. 206. En la jurisprudencia peruana encontramos pocos casos de daños remotos. Uno bastante típico puede leerse *in Re* Herminia García viuda de Mora con la Compañía Nacional de Tranvías S.A. El 20 de setiembre de 1947, a las 6:20 a.m., el obrero Bernardo Mora Martínez se encontraba parado en la vereda de la esquina de los Jirones Cañete y Huancavelica, leyendo un diario. De pronto, un tranvía embistió a un automóvil "Al producirse la colisión", dice el Fiscal GARCIA ARRESE, "el tranvía, de mucho mayor peso y que discurría por línea rígida, lanzó materialmente al automóvil, causándole serios daños, yendo a chocar el coche contra el peatón". La Ejecutoria Suprema de 26 de abril de 1954 obligó a la Compañía Nacional de Tranvías a indemnizar a la viuda del peatón, víctima del "daño remoto" (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, No. 130, año de 1954, pp. 1349-1352).

regreso" —la posibilidad de responsabilizar al causante anterior, remontando la cadena de daños— queda "al prudente criterio del juez" (art. 50, segundo párrafo).

Sin embargo, aun cuando el código otorgue tal libertad al juez, no cabe duda de que el análisis no puede detenerse en este punto: el juez necesita criterios racionales para tratar este problema si no queremos reducir el método a un mero intuicionismo emotivo. De manera que este planteamiento legislativo no resuelve el problema sino que simplemente lo pospone.

212. *Las consecuencias inmediatas y directas: Italia y Francia.* En Italia, todo lo relativo a la indemnización del daño derivado de la responsabilidad extracontractual está expresamente referido por la ley misma a las reglas de la responsabilidad contractual. Es así como, por aplicación del artículo 1223, se considera que sólo se es responsable por los daños que son "consecuencia inmediata y directa" del hecho del actor.

Pero la interpretación de estos dos criterios ha sido bastante complicada porque no hay duda de que se indemniza no sólo el daño instantáneo sino también las consecuencias futuras ciertas: por lo que la inmediatez resulta afectada. De otro lado, la expresión "*consecuencia directa*" es equívoca porque muchas veces el lucro cesante es considerado como un "daño indirecto"; y, sin embargo, es indemnizable.

En Francia, la situación es similar a la de Italia con una ligera variante: no hay nada en las normas de responsabilidad extracontractual ni tampoco una remisión legislativa expresa a las reglas sobre responsabilidad contractual; pero la doctrina y la jurisprudencia han considerado de aplicación el artículo 1151 de la responsabilidad contractual, en el que se establece que sólo se responde —como en Italia— por los daños inmediatos y directos.

Los hermanos MAZEAUD consideran que, para aplicar correctamente esos criterios, el juez debe atender fundamentalmente a la relación de causalidad[343]. Pero aclaran que la expresión "daño directo" no es bue-

343. Henri, Jean y Léon MAZEAUD: *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. T. II. 6a. ed. Editions Montchrestien. Paris, 1970. No. 1670, pp. 785 y ss.

na y, en todo caso, debe ser entendida como "daño necesario" o "consecuencia necesaria"; porque no se trata de reparar sólo el primer perjuicio sino también el segundo y el tercero y el cuarto y todos los demás, siempre que exista relación de causalidad. Y tal relación se caracteriza por la vinculación *necesaria* de causa a efecto entre el acto del demandado y el daño de la última víctima[344]. Lo fundamental estriba entonces en analizar si el hecho del demandado ha sido una verdadera *causa* y no una mera *ocasión* de que se produzca el daño[345].

Atendiendo a estos criterios, la jurisprudencia francesa reconoce que el dueño de un inmueble cuya fachada ha sido destruida por el impacto de un vehículo que previamente había colisionado con otro automóvil, tiene derecho a reclamar indemnización del primer vehículo causante del accidente; también el transeúnte que se ha herido al tratar de ayudar a levantar el automóvil bajo el cual se encuentra atrapada la víctima de un atropello, tiene derecho a reclamar una indemnización de aquél que causó el atropello. Pero, en cambio, la misma jurisprudencia francesa ha negado indemnización a la compañía que ha sufrido perjuicios por el hecho de que su gerente ha quedado inhabilitado para conducir los negocios de la empresa a causa de un accidente de tránsito; y tampoco ha dado indemnización al empresario teatral contra el conductor de vehículo que atropelló al actor principal, impidiendo que la obra pudierara presentarse en las fechas previstas[346].

213. *El campo de protección de la responsabilidad extracontractual.* Es interesante señalar, a título de digresión, que el rechazo de una indemnización a la compañía o a la empresa teatral que sufrieron perjuicios comerciales por el daño personal sufrido por uno de sus miembros tiene su origen en la función histórica de la responsabilidad extracontractual.

En efecto, desde que esta institución fue recreada en la época moderna conforme se ha señalado en páginas anteriores[347], su función funda-

344. *Op. cit.* No. 1673, p. 789.

345. *Op. cit.* No. 1673-2, p. 781.

346. *Op. cit.* No. 1676, pp. 794-6.

347. *Supra*, No. 7.

mental ha sido la de colaborar en la defensa de los dos valores que, conjuntamente con el respeto de la palabra dada, son los más importantes dentro de la sociedad individualista liberal: la integridad física de la persona y la integridad física de las propiedades. Los daños al ser humano y los daños a su bienes fueron protegidos con un conjunto de disposiciones civiles y penales (normas sobre la propiedad, delitos contra la vida y el patrimonio, etc.). Pero la vida ofrece mayores posibilidades de riesgo para tales valores que las que el legislador pueda imaginar. Por eso, adoptando como préstamo una expresión de André-Jean ARNAUD (aunque con un sentido diferente al utilizado por ese autor), podríamos decir que el Derecho moderno intentó la domesticación del acontecimiento para someterlo a los valores individualistas, aun en aquello que se encontraba más allá de la previsión específica del legislador[348].

Así, para cubrir los intersticios del sistema legal, para cautelar todo lo que no podía ser materia de una ley específica de protección en materia de integridad física y patrimonial del individuo, se usó la responsabilidad extracontractual que envuelve de manera global (no mediante reglas específicas) al individuo y a sus bienes con una obligación general de respeto que se impone sobre los demás. Con el desarrollo de las personas jurídicas o morales, se reconoció que éstas tienen tanto derecho como los individuos a reclamar por sus daños y perjuicios en la medida en que tengan personalidad legal.

A pesar de ello, la doctrina y la jurisprudencia han sido muy parcas en reconocer derechos indemnizatorios extracontractuales en materia comercial a las personas jurídicas, por la vía de considerar de manera muy restrictiva el nexo causal entre el acto del demandado y el daño: usualmente, sólo han otorgado indemnización cuando el daño era una consecuencia *directa* y no solamente *necesaria* del acto del demandado. Es por ello que, dentro de esta concepción centrada en el individuo, la demanda de una compañía por daños indubitables, derivados de la ausencia de un funcionario importante a causa de un accidente, no podía ser amparada aunque se reconociera la vinculación necesaria entre el daño y el acto.

---

348. *Confer* André-Jean ARNAUD: *Essai d'analyse structurale du Code Civil français. La régle du jeu dans la paix bourgeoise*. Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1973.

Sin embargo, en algunos países la jurisprudencia ha comenzado a evolucionar en la misma medida en que, un poco tardíamente, se está produciendo una toma de consciencia de los cambios de la sociedad: ya no estamos frente a una organización social individualista y artesanal, sino frente a una complicada trama de relaciones y vinculaciones que estructuran el mundo capitalista, todas las cuales aspiran a ser protegidas. En Italia se ha reconocido indemnización a un club de fútbol por el hecho de que gran parte de su equipo de jugadores "estrellas", cuyo pase había sido muy costoso, muriera en un accidente ferroviario. En el Perú, curiosamente, el hecho de que una persona accidentada hubiera sido muy valiosa para su empresa o para la sociedad peruana ha sido utilizado como argumento por los deudos para intentar obtener mayor indemnización; y se ha tenido a veces un resultado judicial exitoso. Sin embargo, aun cuando la reparación del daño sufrido en estos casos por la empresa o por el Estado —si alguna de estas instituciones reclamara— no parece todavía elucidada desde el punto de vista teórico, ciertamente no encontramos razón para que este tipo de consideraciones basadas en un perjuicio de tercero (la empresa, la sociedad nacional), permita engrosar la suma que le corresponde al deudo[349].

214. *La evolución del Derecho Inglés.* En materia de daño remoto, el Derecho Inglés ha tenido una evolución (sin que esta palabra implique un contenido valorativo) ilustrativa.

El llamado viejo criterio es el de la consecuencia directa[350]. Pero este concepto no debe entenderse como sinónimo de inmediatez sino simplemente como que, en la cadena de daños, no debe haber intervenido el acto responsable de otro sujeto o un caso fortuito. La cadena puede ser muy larga y la responsabilidad puede llegar hasta daños muy distantes, siempre que cada daño sea consecuencia inevitable del daño anterior y causa eficiente del daño siguiente. Sin embargo, si en alguno de sus eslabones interviene la culpa (o la responsabilidad extracontractual, de mane-

349. Este tema ha sido tratado en este punto, exclusivamente en la medida en que se vincula con los daños remotos (daños en cadena a terceras personas); sobre los daños indirectos (consecuencias dañinas de segundo grado que afectan a la víctima originaria), *vide infra*, No. 345.

350. *Polemis rule; Re Polemis and Furness.* Withy & Co Ltd. (1921) 3 KB 560, (1921) All ER Rep. 40.

ra general) de otra persona, tendremos una variación de responsabilidades: a partir de ahí habrán dos responsables (si el segundo ha proporcionado una causa concomitante del daño) o una sustitución de responsables (si sólo el acto de esta última persona constituye causa decisiva de los demás daños sucesivos). De la misma manera, si ha mediado un caso fortuito en la cadena de daños, éste podría ser concomitante o decisivo: en el primer caso, la responsabilidad del autor resulta atenuada a partir de ese daño en adelante; en el segundo caso, la responsabilidad del autor desaparece respecto de los daños siguientes de la cadena.

Pongamos algunos ejemplos para facilitar la comprensión del criterio que estamos explicando. En el caso de la sucesión de accidentes producidos por la mala maniobra de *Papiniani* con su camión, éste debe responder por todos los daños de la cadena si cada uno de ellos se deriva necesariamente y exclusivamente de su acto. Pero si *Publius* o *Nero* no habían adoptado las precauciones de seguridad indispensables para proteger su depósito de combustibles, serían *Publius* y/o *Nero* quienes responderían por los daños causados a partir de la explosión del almacén. De la misma manera, si las casas de los damnificados estaban separadas entre sí y normalmente el incendio no se habría extendido en esas condiciones, pero sobrevino un viento excepcional que alargó las lenguas de fuego de manera imprevisible e inevitable, nos encontramos frente a un caso fortuito como nueva causa interviniente en los daños de *Tullii*, *Marcelli*, *Arcadii*, *Sempronii* y *Hadriani*: *Papinianus* sólo tendría que pagar por el primer incendio.

En otras palabras, la idea dentro del antiguo criterio del Derecho Inglés es que si existe otra causa *independiente* qu interviene en alguno de los eslabones de la cadena, la responsabilidad del primer agente puede resultar compartida, atenuada o desaparecer, según la incidencia de esta nueva causa.

El nuevo criterio del Derecho Inglés se basa en la idea de la *previsión razonable* : el agente original responde solamente hasta donde pudo haber previsto de manera razonable[351]. Notemos que este cambio implica

---

351. *The Wagon Mound rule: overseas Tankship (U.K.) Ltd v. Morts Dock and Engineering Co. Ltd., The Wagon Mound (No. 1)* (1961) AC 388, (1961) 1 All ER 404.

de alguna manera una evolución hacia el subjetivismo: la preocupación fundamental del Derecho no está ya en la más completa reparación de las víctimas sino en la limitación de la responsabilidad del sujeto hasta el límite de su "culpa". Por otra parte, la apreciación de las bases reales de aplicación del criterio es también más subjetiva: en vez de examinar los nexos objetivos de necesidad entre las causas y efectos que conforman la cadena, el juez tiene que preguntarse por las posibilidades de previsión del sujeto; aun cuando este sujeto sea considerado *in abstracto* y no *in concreto*, es decir, de acuerdo a un patrón de hombre normalmente previsor y no de acuerdo a la capacidad de previsión de esa persona en especial frente a ese acto en particular. De esta manera, posiblemente *Papinianus* habría tenido que pagar los daños causados al automóvil de *Ulpiani* y a la fachada de las casas de *Pauli* y de *Gaii*; pero no respondería por el incendio de la casa de éste ni el de las demás casas de la manzana, porque nadie puede presuponer que detrás de una determinada pared se encuentra precisamente una cocina a gas y cortinaje de material inflamable.

Algunos autores ingleses sugieren que el criterio de la previsión razonable sea aplicado a los casos de responsabilidad por culpa y que el criterio de la consecuencia directa sea aplicado a los casos de responsabilidad por riesgo u objetiva[352]. Pero también señalan que, en la práctica, los dos criterios conducen a resultados similares porque: (a) "lo que es previsible" es en última instancia una determinación de la Corte; y, "en materia de responsabilidad extracontractual, se espera muchas veces de la gente que, en base a una ficción técnica, posea poderes de anticipación cercanos a los proféticos" que alcanzan consecuencia improbables; y (b) sentencias posteriores han debilitado el principio de la pura previsión, retomando —muy tímidamente— el camino de la objetivación. Estas sentencias han establecido que la previsión no debe ser apreciada con relación a las últimas consecuencias del daño sino al tipo de daño. Así, si al demandado se le reclama daños y perjuicios causados por un cáncer que fuera activado a causa de una quemadura con metal fundido que ese demandado infirió al demandante, tal demandado no puede defenderse con el argumento de que no podía saber que el demandante tenía cáncer en la piel y que la quemadura activaría la enfermedad: lo que se espera

352. Philip S. JAMES y D.J.L. BROWN: *General Principles of the Law of Torts*. 4a. ed. Butterworths. London, 1978, p. 37.

del demandado es simplemente que prevea que había posibilidad de quemadura, cualquiera que fueran las consecuencias de ésta[353].

Sin embargo, a pesar de estos intentos de regresar a una apreciación más objetiva, no cabe duda de que el principio de la previsión razonable permite restringir el alcance de los daños y obedece a una filosofía subjetivista distinta de la que informa el principio de la consecuencia directa o necesaria.

215. *El Código Civil Peruano.* El Código Peruano de 1984, al igual que los Códigos Francés e Italiano, limita el alcance de los daños por incumplimiento contractual a las consecuencias inmediatas y directas (art. 1321). Pero tiene una norma específica para la responsabilidad extracontractual que adopta el criterio de la "causalidad adecuada" para precisar el alcance de tal responsabilidad (art. 1985, *in fine*). Sin embargo, como antes se ha dicho, esta expresión no es el fin del camino de la elucidación del problema sino la puerta de entrada a un nuevo laberinto con numerosas ramificaciones[354].

Dentro de la versión de la causalidad adecuada que hemos acogido, la apreciación de la normalidad implica una referencia objetiva y general: no se trata de establecer lo que es normal en el caso particular (ya que ello identificaría la causa adecuada con la causa necesaria) sino lo que, en términos generales, puede considerarse normal. En ese sentido, dentro de nuestro ejemplo del camión de *Papiniani*, éste sería responsable del incendio (cuando menos del primero) en la medida en que es normal (normal no significa que sea la regla general sino que no sea anormal o extraordinario) que la cocina de la casa se encuentre en una habitación cercana a la fachada; y es normal también que se cocine a gas y que en la cocina exista material inflamable como cortinas, muebles de madera, etc. Pero *Papinianus* no respondería del incendio si éste se produce porque del otro lado de la fachada había un depósito de explosivos en razón de que se trataba de la casa de un terrorista: esto es un hecho anormal que incide sobre la causalidad y hace que el simple impacto del vehículo

353. *Op. cit.* pp. 38-43.

354. Esta doctrina de la causalidad adecuada ha sido expuesta *supra*, No. 161; *vide etiam*, No. 163.

no haya sido la causa normal del incendio sino que tal causa obedezca a una circunstancia a todas luces extraordinaria (la existencia de un arsenal clandestino) que se ha interpuesto entre la acción de *Papiniani* y las demás consecuencias sucesivas: estamos ante una *nova causa interveniente.*

216. Dificultades en la apreciación de lo normal. Aun si adoptamos la versión objetivista de la teoría de la causalidad adecuada —la versión subjetivista nos lleva a una confusión entre la culpa y causa[355]— las preguntas que se tiene que hacer el juez sobre lo que es "normal" son muy complicadas. Por ejemplo, ¿es normal que detrás de la pared de una casa exista una cocina a gas, de manera que si se estrella un automóvil y derrumba la pared será también responsable por el incendio que origine? ¿Es normal que detrás de una pared exista una cuna de niño y que consecuentemente el automovilista responda también por la muerte de ese menor? ¿Es normal que detrás de tal pared se encuentre colgado un valioso cuadro cuya destrucción pasa también a ser de cargo del automovilista? En verdad, se puede discutir mucho en uno y otro sentido sobre la "normalidad" de estas situaciones.

Incluso, existen actualmente tendencias que agregan una dimensión adicional al problema de la normalidad hasta hacerlo todavía más complejo, con la idea de encontrar nuevas formas de organizar el alivio de los accidentes en el mundo contemporáneo.

Es así como alguna jurisprudencia norteamericana —que no puede considerarse como reciente ni hipermoderna ya que es de 1866— ha hecho jugar un elemento culturalmente nuevo y ha re-examinado la idea de normalidad dentro de una sociedad en la que existen los seguros. En *Ryan v. New York Central R.R.*[356], la compañía ferrocarrilera demandada había causado un incendio por negligencia en un cobertizo de madera, que se propagó hasta las casas vecinas. El demandante tenía una casa situada a 135 pies (44 mts. aprox.) del cobertizo, la que fue hecha cenizas por el fuego. La Corte resumió el problema en los siguientes términos: "La cuestión puede ser planteada así: una casa ubicada en una populosa

355. *Supra*, Nos. 161 y 163.

356. Court of Appeals of New York, 1866, 35 N.Y. 210.