TITULO V CASOS ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD

CAPITULO I EL DAÑO INCONSCIENTE

Sección I: El estado de pérdida de consciencia

Artículo 1974.- Si una persona se halla, sin culpa, en estado de pérdida de consciencia, no es responsable por el daño que causa. Si la pérdida de consciencia es por obra de otra persona, esta última es responsable por el daño que cause aquélla.

217. La inconsciencia temporal. La primera de las disposiciones contenidas en este texto legal se inspira presumiblemente en el artículo 2046 del Código Civil Italiano que establece que "no responde de la consecuencia del hecho dañino aquél que no tenía capacidad de entender o de querer en el momento en que lo cometió, a menos que el estado de incapacidad derive de su propia culpa".

La regla no figuraba en el Código Civil anterior que sólo preveía los daños cometidos por los incapaces —en el sentido técnico de la palabra— sin considerar que en ciertos casos las personas pueden encontrarse en estado de incapacidad sin ser incapaces. Por consiguiente, la innovación que aporta el artículo 1974 consiste fundamentalmente en la idea de temporalidad: su antecedente italiano se refiere al momento de cometer el daño; y la norma peruana se refiere al estado de inconsciencia: el agente no es incapaz sino que está incapacitado. Esta interpretación se encuentra reforzada por el verbo que ubica el estado de pérdida de consciencia. Dice la norma: si el autor se halla en tal estado... Por consiguiente, se

que el Código Civil Italiano llama "capacidad de querer" sino exclusivamente la pérdida de la "capacidad de entender".

En efecto, nuestro Código no repite la fórmula italiana —capacidad de entender o de querer— sino que utiliza un vocablo —"consciencia"— que parece apuntar a las capacidades intelectivas antes que a las capacidades volitivas. De esta manera, estrictamente hablando, una persona que estaba en perfecta consciencia de lo que hacía pero que, por razones de enfermedad o de tratamiento mediante drogas o cualquier otra razón, no puede obrar de manera distinta a como lo hizo, no estaría comprendida en el artículo 1974 y por consiguiente no estaría automáticamente exonerada de responsabilidad. A ella tendría que aplicársele el artículo 1969 o el artículo 1970, según las circunstancias.

Si le es aplicable el artículo 1969, es preciso realizar una toma de posición, previa al juzgamiento del caso. En principio, el autor de un daño —causado con bienes o en el ejercicio de actividades no riesgosas— no responde si demuestra su ausencia de culpa. Pero, ¿una persona en estado de incapacidad de obrar de manera razonable, queda libre de culpa (apreciación in concreto)? ¿O esa persona es culpable siempre que, cualquiera que sea su condición personal, no haya obrado de acuerdo al standard del hombre razonable (apreciación in abstracto)?

En nuestra opinión, de acuerdo a la posición que hemos adoptado de los MAZEAUD, el planteamiento adecuado es el segundo: esa persona, aun incapacitada (en el obrar), es culpable si su conducta no corresponde a la que habría realizado una persona normal y razonable. Y ésta parece haber sido también la opinión de los Tribunales peruanos al responsabilizar a un chofer que adolecía de incapacidad física de la mano izquierda, lo cual no le permitió realizar la maniobra adecuada, es decir, la maniobra que hubiera hecho cualquier persona normal, conduciendo razonablemente³⁵⁷.

Si, en cambio, a ese sujeto con capacidad de entender pero sin capacidad de obrar, le es aplicable el artículo 1970 (por tratarse de un daño cometido en situación de riesgo), no cabe duda de que respondería siem-

Vide supra, No. 53: in Re Concejo Distrital de Magdalena del Mar con Juan Machiavello González.

pre, con la única condición de que se demuestre su relación causal con el daño.

221. Pérdida de consciencia y responsabilidad objetiva. La distinción que hemos formulado en el acápite anterior entre los casos de responsabilidad subjetiva y los casos de responsabilidad objetiva, nos lleva a profundizar la cuestión de la responsabilidad objetiva, para los efectos de la aplicación del artículo que venimos comentando.

Este es un segundo problema tan grave o más que el anterior: en términos generales, ¿es aplicable la exoneración que contiene la primera parte de este artículo también a la responsabilidad objetiva normada por el artículo 1970? En otras palabras, tratándose de responsabilidad objetiva, ¿es aplicable la exoneración del artículo 1974 a los casos de falta de "capacidad de entender" teniendo en cuenta que no es aplicable a los casos de falta de "capacidad de obrar", según hemos visto?

Si la razón de liberar al que se encuentra en estado de pérdida de la consciencia es porque no es culpable, entonces esta exoneración sólo puede funcionar ahí donde la culpa es requerida. Por consiguiente, cuando se trata de daños causados mediante actividades o bienes riesgosos o peligrosos, la pérdida de consciencia no sería causal de exoneración y el agente tendría objetivamente que pagar a la víctima por el daño causado.

222. La "meta-culpa". La regla señala también que la persona debe encontrarse en estado de incapacidad sin culpa. Esto significa que no solamente debemos examinar el acto dañino mismo (acto No. 1) para saber si ahí existía culpa sino que, si encontramos una pérdida de consciencia, debemos también analizar el acto que colocó al sujeto en estado de incapacidad (acto No. 2) para saber si ese "acto-detrás-del-acto" era culpable o no.

Notemos que aquí la culpa se usa en un sentido distinto al habitual, pues generalmente no hay culpa si no hay daño; y cuando el sujeto se coloca en estado de pérdida de consciencia, el daño aún no se ha cometido: en el momento en que *Bacchus*, reunido con sus amigos en el Bar Olimpo, ingiere bebidas alcohólicas hasta embriagarse, todavía no es culpable de nada desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual.

Lo que el Código quiere significar es que se responde por los daños que son consecuencia de actionum liberarum in causa, aunque al momento de cometer el daño no hubiera consciencia: la persona que libremente se embriaga y luego conduce su automóvil, tiene que asumir todas las responsabilidades que surjan del hecho de conducir embriagado; porque el embriagarse fue un acto libre —y, por tanto, responsable— en su causa u origen. La culpa es retrospectiva pues, en el momento en que se produce el daño, éste es evaluado desde su origen o causa (antes de la pérdida de consciencia); y, en virtud del daño, tal acto original es tenido como culpable.

En última instancia, este procedimiento retrospectivo aparece en todo análisis de culpa dado que, como hemos dicho antes, siempre la negligencia o imprudencia sólo son tomadas en cuenta y dan lugar a responsabilidad extracontractual cuando se presenta el daño. Sin la presencia del daño, la imprudencia y la negligencia pasan desapercibidas para la responsabilidad extracontractual.

223. El hecho determinante de tercero. De lo expuesto aparece que los daños causados en estado de pérdida de consciencia pueden ser resultado de una actionis liberae in causa (en cuyo caso siguen las reglas generales de la responsabilidad) o resultado de hechos fuera de control de la persona que cae en estado de pérdida de consciencia.

Ahora bien, en este último caso, se presentan a su vez dos hipótesis. La primera consiste en que no sea posible identificar a persona alguna que haya colocado al causante material del daño en estado de pérdida de consciencia; caso en el cual el causante no es responsable, tampoco se puede encontrar otro responsable y, consecuentemente, el daño tiene para la víctima el carácter de caso fortuito que debe ser asumido por ella exclusivamente. La segunda consiste en que se demuestre que otra persona colocó al causante en estado de pérdida de consciencia; caso en el cual, en aplicación de la última regla del artículo 1974, es esta otra la que responde por el daño.

Esta problemática de alguna manera nos remite al "hecho determinante de tercero" como fractura causal, que analizamos al comentar el artículo 1972. Pero aquí se presenta esta causa ajena con algunas características particulares: el tercero no realiza acto alguno que directamente produzca el daño (como aquél que con una pistola asusta de tal manera

al chofer de un ómnibus que lo lleva a estrellarse contra otro vehículo); más bien, ese tercero realiza otros actos que indirectamente pueden hacer que un sujeto diferente cause un daño (embriaga a otra persona, que a su vez puede causar daños a otras). Este tipo de conexión en cascada presenta problemas a cada nivel o peldaño de responsabilidades, tanto desde el punto de vista de la causa como del factor atributivo de responsabilidad para el causante (culpa o riesgo).

224. Carácter determinante de la intervención del tercero. En primer lugar, la jurisprudencia deberá esclarecer en qué consiste "la obra de otra persona" capaz de colocar al causante en estado de pérdida de consciencia.

Hay indudablemente casos que parecen claros (cuando menos en su formulación abstracta), tales como la administración de una droga o un golpe. Pero es menos claro si, pro ejemplo, la comunicación de una noticia dramática que hace perder momentáneamente la razón al causante, puede dar lugar a considerar que la pérdida de consciencia fue causada por quien le informó tal noticia; o si el hecho de que una persona recrimine injustamente a otra, al punto de causarle una profunda perturbación, puede considerarse que la hace responsable por los daños que el perturbado cometa al realizar actos en estado de absoluta distracción debido a la intensa y obsesiva preocupación que lo agobia como producto de tal recriminación. En otras palabras, el problema consiste en decidir si la expresión "por obra de otra persona" debe entenderse circunscrita a una causalidad física o puede también extenderse a una causalidad psíquica; y en este último caso, habrá que precisar cuáles medios psíquicos y qué circunstancias configuran el tatbestand de la regla de la última parte del artículo 1974.

En la práctica, puede resultar muy difícil emitir un juicio sobre si tal tercero efectivamente "colocó" al causante directo en estado de pérdida de consciencia, es decir, si es propiamente la causa del estado de pérdida de consciencia del causante directo del daño. Otro ejemplo puede aclarar esta segunda dificultad. Si dos amigos están tomando alcohol juntos, ¿puede decirse que uno embriagó al otro? Es posible que uno de ellos haya tenido más iniciativa en la "fiesta" y que haya continuamente incitado al otro a seguir bebiendo. Pero, ¿esto es acaso ser la causa de la pérdida de consciencia de ese otro? Podría decirse que ese otro tomó libremente y pudo haberse negado a las invitaciones compulsivas del ami-

go; por lo que ya no sería una pérdida de consciencia sin culpa y ese agente del daño no estaría comprendido en la situación del artículo 1974. Desde tal perspectiva, el amigo que lo empujó a beber sería quizá a lo sumo un co-autor del daño y respondería solidariamente en base al artículo 1983 (en ningún caso por el artículo 1978 porque esa regla se refiere al que incita a causar el daño y no al que incita a entrar en un estado de pérdida de consciencia que eventualmente puede terminar en un daño). Ahora bien, si entendemos de una manera tan estricta la noción de causalidad cuando se aplica al tercero al que se refiere el artículo 1974—y no parece haber otra forma de entenderla—, entonces ese tercero sólo responderá en casos rarísimos.

225. La exigencia de culpa. En seguida, aclarada la naturaleza de la relación de causalidad, hay que definir el problema del principio de responsabilidad: tiene que establecerse si la responsabilidad por el hecho de tercero, de la que estamos tratando, se basa en el principio de la culpa o si puede determinarse objetivamente.

Desde el punto de vista de la culpa, caben varias hipótesis: (a) que se requiera la "culpa" del causante directo, mientras que la responsabilidad del tercero es objetiva por mandato de la ley; (b) que se requiera la culpa del tercero, frente al hecho objetivo del daño causado por el agente directo; (c) que se requiera culpa tanto en el causante directo como en el tercero para que este último pueda ser responsabilizado por el daño; y (d) que no se requiera culpa de ninguno, sino que la responsabilidad opera objetivamente en ambos peldaños.

La primera hipótesis supone que el tercero no es responsable por el mero hecho de que la persona a la que colocó en estado de pérdida de consciencia produjo un daño, sino que tiene que tratarse de un daño por un acto de ésta que, en circunstancias normales, habría sido considerado culpable. Así, imaginemos que una persona emborracha a otra; esta última, posteriormente, bromeando con un tercero, lo hace tropezar accidentalmente y tal tercero sufre una lesión. De acuerdo a la primera hipótesis que venimos desarrollando, no sería responsable ni ese causante directo embriagado (por aplicación de la primera parte del artículo 1974) ni tampoco ese tercero que lo colocó en estado de embriaguez porque la falta de "culpa" del causante hace que el tercero no tenga nada de qué responder (no funciona la segunda parte del artículo 1974). La conducta del embriagado fue razonable y, por consiguiente, no hubiera habido culpa ni

aun si hubiese estado sobrio; luego, como el tercero sólo tiene responsabilidad por sustitución del "culpable" directo, tampoco tiene responsabilidad porque no existe un hecho culpable cuyas consecuencias tendría que asumir. Por consiguiente, esta primera hipótesis equivale a la aplicación de la teoría de la culpa respecto de la relación "causante directo-víctima", mientras que aplicamos la teoría objetiva (o una presunción de culpa iuris et de iure, que es lo mismo) para establecer la responsabilidad del tercero.

Notemos que, dentro de este contexto, nunca es posible hablar de culpa in concreto —absolutamente subjetiva— en el causante directo, dado que éste no se encuentra en condiciones de lucidez al momento de la producción del daño. Pero cabe considerar la "culpa objetiva" de dicho causante, es decir, la verificación sobre si su conducta efectiva está ajustada o no a la que habría tenido un hombre razonable y en pleno uso de sus facultades. Sin embargo, aún así la situación resulta un tanto contradictoria: excusamos al causante directo porque no tiene culpa pero responsabilizamos al que lo colocó en estado de pérdida de consciencia por una pretendida culpa de aquél a quien hemos excusado de ella.

La segunda hipótesis supone que la responsabilidad existe cualquiera que haya sido la conducta efectiva del causante: por el solo hecho de encontrarse en condiciones anormales de consciencia se presume iuris et de iure que su conducta fue anormal. Pero, en cambio, la responsabilidad del tercero solamente aparece si culpablemente colocó al causante en estado de pérdida de consciencia. Esto significaría que no se requiere investigación alguna sobre la conducta del causante, a diferencia de lo que sucedía dentro de la primera hipótesis. Pero el tercero que lo colocó en estado de pérdida de consciencia sólo responde si obró con dolo, descuido o imprudencia. De esta manera, el médico que receta al paciente un medicamento de efecto hipnótico y le advierte que no realice actividades físicas por el riesgo que existe, no sería responsable por los daños que esa persona cause a terceros en tal estado: al colocarlo en estado hipnótico, habría obrado de buena fe y sin culpa. Pero el que emborracha a un amigo y luego le presta su revôlver con el que éste mata accidentalmente a otro, sería un imprudente y responde como tal. Aquí estaríamos aplicando el principio objetivo (o la presunción de culpa iuris et de iure) respecto del causante directo y el principio de la culpa respecto de la responsabilidad del tercero.

Observemos que el establecimiento de la culpa en tal tercero que aparentemente colocó al causante en estado de pérdida de consciencia, puede ser en la práctica muy complicado: los casos de frontera serán los más comunes en la vida real. Por ejemplo, puede darse la situación en que una persona manifiestamente induce a otra a perder la consciencia incitándola a embriagarse o a intoxicarse con drogas. Sin embargo, este tercero dejó al sujeto en su casa a altas horas de la noche, convencido de que ahí no constituía peligro alguno para nadie. Pero el sujeto abandona poco después su casa, toma su automóvil y atropella a una persona. ¿Puede decirse que hay culpa en el tercero que lo colocó en estado de pérdida de consciencia, a pesar de que actuó diligente y prudentemente, acompañándolo hasta su casa y dejándolo en condiciones inofensivas? ¿Podía este tercero prever que el sujeto saldría nuevamente de su domicilio a pesar de que ello no era lo normal? ¿Debe ese tercero pagar una indemnización al atropellado, aun cuando el atropello se produjo varias horas después de haberlo dejado prudentemente en su casa? En estos casos es difícil decidir si hay culpa en este tercero.

La tercera hipótesis supone que la responsabilidad de quien colocó al causante directo en estado de pérdida de consciencia, existe sólo si ese causante directo obró de manera no razonable (con culpa objetiva) y a su vez quien lo colocó en tal estado lo hizo en forma no razonable (con culpa). En consecuencia, la responsabilidad de esa tercera persona que colocó al causante en estado de pérdida de consciencia sólo opera cuando existe culpa tanto del causante directo como de ella misma. En esta hipótesis, las dificultades anotadas para las dos hipótesis anteriores se suman. Esta es la vía más angosta de la responsabilidad de quien colocó a otro en estado de pérdida de consciencia.

La cuarta hipótesis a contemplar es aquella en la que la aplicación de la última regla del artículo 1974 no suponga culpa en ninguno de los dos sujetos aludidos: por el solo hecho de que una persona causó un daño en estado de pérdida de consciencia (sin preguntarse sobre la razonabilidad o irrazonabilidad de su conducta efectiva) y de que ese estado había sido provocado por un tercero (sin preguntarse si lo provocó con culpa o sin ella), el tercero responde ante la víctima. Esta sería una lectura literal del artículo 1974. Además, pretende basarse en la idea de que todo lo que haga una persona con consciencia disminuida (estado de pérdida de consciencia) se convierte en actividad riesgosa, en razón del estado del agente; y colocar a una persona en esa situación de generador de

riesgos es a su vez una actividad riesgosa. En esta forma, estaríamos aplicando el principio de la responsabilidad objetiva (o la presunción iuris et de iure de culpa) a ambos, causante directo y tercero que lo colocó en estado de pérdida de consciencia. El tercero no podría exonerarse de la responsabilidad aduciendo que, a pesar de la pérdida de consciencia, la conducta del causante directo no fue irregular; ni que, independientemente de la conducta efectiva de tal causante directo, él personalmente —el tercero que lo colocó en tal estado— no tuvo culpa.

Hemos construido así un modelo de análisis de la norma que consta de cuatro alternativas de interpretación, según se exija la presencia de culpa a nivel del causante directo, del tercero que lo colocó en estado de pérdida de consciencia, de ambos o de ninguno. Sin embargo, para tener una visión completa del cuadro nos falta aún agregarle dos variables más: la inversión de la carga de la prueba y los daños producidos con bienes o actividades riesgosos.

226. La carga de la prueba. Tratándose de los casos de las alternativas anteriores en los que se exige culpa (del causante directo y/o del tercero que lo colocó en estado de pérdida de consciencia), es preciso saber si la carga de la prueba de la culpa queda invertida o si el demandante tiene que acreditar la culpa del demandado (el tercero que hizo perder la consciencia al causante) y/o del causante directo.

En otras palabras, se trata de determinar si el análisis de la culpa está regido por la presunción iuris tantum del artículo 1969, in fine. Si así lo fuera, la víctima-demandante estaría exonerada de probar este extremo; sin perjuicio de que, dado que sin culpa no habría responsabilidad, el tercero demandado pueda liberarse probando que no tuvo culpa al colocar al causante en estado de pérdida de consciencia y/o que el causante directo no obró anormalmente y, por consiguiente, no incurrió en "culpa objetiva".

227. Daños con cosas y/o actividades peligrosas. Al tratar la cuarta hipótesis antes reseñada, mencionamos la posibilidad de que, por principio, la actividad de aquél que se encuentra en estado de pérdida de consciencia fuera considerada riesgosa; independientemente del tipo de actividad efectiva realizado ni de la cosa con que causó el daño. Pero podemos preguntarnos también si la presencia de una actividad en sí misma riesgosa (manejar automóvil, por ejemplo) o de un bien riesgoso (una es-

copeta de cacería, por ejemplo) en la producción del daño, no obligan a un reexamen de las tres hipótesis precedentes.

Dado el tenor del artículo 1970 que crea una responsabilidad objetiva (o por riesgo), la intervención de ese factor ¿cambia de alguna manera el planteamiento de todas o de algunas de las alternativas o hipótesis de interpretación?

Pensamos que definitivamente la intervención de una actividad o de una cosa riesgosas en la producción del daño, nos coloca dentro del tatbestand del artículo 1970. Por consiguiente, la responsabilidad se vuelve objetiva ahí donde el riesgo es un elemento del daño. En este sentido, la hipótesis primera y tercera —que exigían la presencia de una conducta similar a la culpa en el agente para que el causante indirecto sea responsable— no podrían mantenerse: el causante indirecto no podría defenderse aduciendo que aquél que estaba en estado de pérdida de consciencia obró razonablemente a pesar de su estado. En la hipótesis tercera todavía podría defenderse alegando que no existía culpa de su parte; pero la discusión sobre la conducta del agente directo del daño queda ya fuera de lugar, una vez que se ha acreditado simplemente el nexo causal.

228. Análisis de las alternativas: no hay participación de una actividad o cosa riesgosas en la producción del daño. ¿Cómo debe ser interpretado el artículo con relación a los factores de atribución de la responsabilidad? ¿Cuál es la respuesta "legal" a este problema dentro del Código Civil de 1984? ¿Cómo optar entre las cuatro alternativas reseñadas y sus respectivas variaciones? La solución de este enigma es sumamente difícil y quizá no existe: el texto literal del artículo 1974 permite diferentes interpretaciones.

En nuestra opinión —y sin que ello signifique más que una mera opinión— podríamos decir que, si no ha mediado un bien o una actividad peligrosos, es más coherente con el sistema la interpretación que sostiene que, para que pague el tercero que colocó al causante en estado de pérdida de consciencia, se requiere tanto una conducta no razonable (apreciada in abstracto) de dicho causante como una culpa (también apreciada in abstracto) de tal tercero.

Esto significa, en primer lugar, que si la conducta de quien estaba en estado de pérdida de consciencia hubiera sido razonable para un hombre en estado normal, no hay responsabilidad del tercero que lo colocó en tal estado. En segundo lugar, ésto significa también que si no hubo culpa en quien colocó al causante en estado de pérdida de consciencia (por ejemplo, el médico que administró un medicamento adecuado, advirtiendo al paciente-causante que no realizara actividades que exigen precisión física), dicho tercero no responde por el daño. El tercero responde sólo cuando ha habido culpa propia y además la conducta del causante directo no fue razonable debido al estado de pérdida de consciencia en que se encontraba.

La alegación de que toda actividad realizada en estado de pérdida de consciencia se convierte en peligrosa y de que colocar a una persona en tal estado (por muy buenas razones que se tenga) es una actividad peligrosa, conduce a resultados exagerados. Si se aplicara tal tesis, los médicos que recetan hipnóticos serían siempre responsables de todos los daños que causen sus pacientes en tal estado.

Es de advertir que el legislador subjetivista del Código de 1984 no ha empleado, sin embargo, la palabra "culpa" para calificar la intervención responsable del tercero; se limita a hablar del "obrar" de éste, como si se tratara sólo de una relación causal. Sin embargo, pensamos que, dentro del contexto del artículo y como única manera de evitar consecuencias paradójicas, debe suponerse que ese "obrar" conlleva implícitamente la idea de "culpa".

Ahora bien, en aplicación de la última parte del artículo 1969, la carga de la prueba de la culpa se invierte: la víctima demuestra el daño, demuestra que le fue inferido por una persona en estado de pérdida de consciencia y demuestra la relación de causalidad del tercero (el acto de ese tercero que le hizo perder la consciencia al causante directo); y luego invoca la presunción iuris tantum de culpa tanto contra el causante directo como contra el tercero, al amparo de la última parte del artículo 1969. Para liberarse, el causante directo tiene que probar que se encontraba en estado de pérdida de consciencia sin culpa de su parte. El tercero demandado, para liberarse, tiene que probar en contrario frente a la presunción de culpa, es decir, demostrando que el causante directo obró como cualquier persona razonable en estado normal lo habría hecho y/o que él mismo no tuvo culpa en el estado de pérdida de consciencia del causante directo.

Evidentemente, el tercero que colocó al causante directo en estado de pérdida de consciencia también quedaría liberado de responsabilidad si prueba una fractura del nexo causal: el daño no se produjo a causa del estado del causante directo sino por caso fortuito o fuerza mayor, hecho determinante del tercero o culpa de la víctima.

229. Análisis de las alternativas: hay participación de una actividad o cosa riesgosa en la producción del daño. La situación es algo más complicada cuando interviene un bien o una actividad riesgosos o peligrosos. De conformidad con el artículo 1970, en estos casos no cabe análisis de la culpa: el que causó el daño, responde; y como en el caso de la última parte del artículo 1974 la autoría ha sido retrotraída al que colocó al causante en estado de pérdida de consciencia, será éste a quien se le considerará verdadero causante y, por tanto, responsable sin mayor cuestionamiento sobre las culpas de ninguno (el causante recibe el tratamiento de mero instrumento material del tercero, que resulta el verdadero autor del daño por haber colocado al otro en tal estado).

Sin embargo, esta solución no es satisfactoria porque no tiene consistencia con la ratione de la responsabilidad objetiva (al menos, como la hemos planteado en estos comentarios). En efecto, si la responsabilidad objetiva se justifica porque es una forma indirecta de llegar a la distribución social del riesgo en cuanto promueve la contratación de seguros (voluntarios) como respuesta razonable del hombre prudente, en el caso que comentamos esta finalidad no se cumpliría. Mal podría ese tercero contratar un seguro para los casos en que ponga a otros en estado de pérdida de consciencia. Lo lógico es que sea el propietario de un bien riesgoso o quien realiza una actividad peligrosa quienes contraten los seguros correspondientes. Por eso, atribuirle al tercero una responsabilidad objetiva ciega y sin mayor fundamento, no cumpliría función social alguna y sería un elemento distorsionante del mecanismo de la responsabilidad extracontractual.

Imaginemos un caso concreto. Si admitimos que el automóvil es un bien peligroso y que conducir vehículos es una actividad peligrosa, pensemos cómo podría encararse la situación de un atropello causado por una persona con la consciencia profundamente alterada debido al hecho de haber ingerido una medicina. Si tal persona fue advertida por su médico y si conservaba capacidad de juicio (pero no de coordinación de movimientos) y a pesar de todo condujo su automóvil, esa persona sería res-

ponsable: el daño sería el resultado de una actionis liberae in causa porque, aunque en el momento preciso no pudo evitar el accidente por su falta de coordinación, había decidido manejar el coche a pesar del riesgo.

Pero cabe la posibilidad de que la medicina fuera de tal naturaleza que no sólo le privó de las facultades de coordinación sino también de la capacidad de distinguir las consecuencias de sus acciones: a pesar de que fue previamente advertido por su médico, ya bajo el influjo de la droga el individuo olvidó la advertencia y, dentro de su estado ilusorio, pensó que no tenía dificultad alguna para conducir. En este caso, no hay una actio libera in causa porque la decisión de conducir fue adoptada bajo el influjo de la droga y ya en estado de pérdida de sentido de realidad (consciencia). Por otra parte, su acción hay que considerarla objetivamente porque fue realizada mediante un bien riesgoso y en el ejercicio de una actividad riesgosa. ¿Trasladaremos acaso esa objetividad al médico que le recetó el medicamento y lo haremos pagar los daños a la víctima del atropello?

Nótese que ese médico no tenía culpa porque no cometió negligencia ni imprudencia alguna: advirtió debidamente al paciente que el remedio podía tener tales consecuencias. Por otra parte, no es lógico pedirle a ese médico que se asegure contra ese tipo de "riesgos" que escapan a su control. (En todo caso, más lógico sería que se asegurara el automóvil contra los daños que cause; y, aun cuando la mayor parte de las pólizas no cubren el caso en que el asegurado se encontraba en estado de consciencia limitada, podría revisarse más bien esta política contractual y plantearse que los seguros respondan frente a terceros aun por los daños causados en estado de embriaguez o de consciencia disminuida; sin perjuicio de repetir contra el propio asegurado si se acredita que el estado de pérdida de consciencia se produjo por culpa del asegurado o, aun si fue sin culpa, cuando el acto dañino resulta una actio libera in causa).

De todo ello se deduce que, aun tratándose de daños incursos en el artículo 1970, consideramos que debe examinarse la culpa del tercero para los efectos de responsabilizar a éste por el daño: no hay justificación alguna para introducir un criterio de responsabilidad objetiva respecto de la intervención de un tercero. En esta forma, ante un daño producido mediante un bien o actividad riesgosos por quien se encontraba sin culpa y por obra de otro en estado de pérdida de consciencia, el tercero puede eventualmente responder aun cuando la conducta del causante di-

recto hubiera sido razonable en una persona en estado normal (responsabilidad objetiva en la relación causante-víctima); pero sólo sería realmente responsable si ha existido culpa o dolo de su parte al colocar al causante en estado de pérdida de consciencia (responsabilidad por culpa en la relación tercero-causante).

Ahora bien, si el daño fue causado mediante actividad riesgosa o con una cosa peligrosa y consiguientemente está sujeto a responsabilidad objetiva, ¿puede decirse que no sólo el causante indirecto sino también el agente directo responden ante la víctima? En otras palabras, ¿puede obligarse a aquél que estaba en estado de pérdida de consciencia a pagar también la indemnización, conjuntamente con quien lo colocó en tal estado?

Los argumentos en favor de una respuesta positiva estarían basados en el hecho de que la exoneración de responsabilidad del agente en estado de pérdida de consciencia se fundamenta en su falta de culpa; pero cuando la culpa no es necesaria para configurar la responsabilidad, no cabe tampoco una exoneración basada en tal ausencia de culpa. Abona esta tesis la referencia a la culpa en el texto mismo del artículo en cuestión: la persona queda libre de responsabilidad si se halla, sin culpa, en estado de pérdida de consciencia; lo que significa que el legislador ha tenido en mente el sistema de la culpa -más precisamente, la noción de ausencia de culpa- cuando ha pensado en la exoneración de responsabilidad del que se halla en estado de pérdida de consciencia.

Sección II: La incapacidad

Artículo 1975.- La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable.

Artículo 1976.- No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal.

Artículo 1977.- Si la víctima no ha podido obtener reparación en el supuesto anterior, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo.

230. El subsistema de la falta de discernimiento. Comentaremos los artículos 1975 a 1977 en conjunto porque se trata de variaciones de un mismo tema, que no pueden ser entendidas sino desde una perspectiva integral: en todos estos casos se trata de los daños cometidos por incapaces y de los sujetos obligados a repararlos (también llamados "responsables civiles".

En realidad, el artículo precedentemente comentado -artículo 1974-debería formar también parte de este subsistema normativo. Si examinamos la redacción de todas estas normas (arts. 1974 a 1977), observaremos que el hecho importante que condicionará la responsabilidad del autor directo es la posibilidad de discernimiento. Hay personas privadas de discernimiento que causan daños y que previamente habían sido declaradas incapaces (caso en el cual se aplican los artículos 1975 a 1977) y personas privadas de discernimiento que causan daños y que no han sido previamente declaradas incapaces (caso en el cual se aplica el artículo 1974). Pero en uno u otro caso, estas personas no responden si no tenían discernimiento.

La declaración de incapacidad no es importante para evaluar la responsabilidad del autor directo sino para determinar si la víctima tiene frente a sí a alguna otra persona contra quien pueda dirigir sus ataques en busca de una reparación.

231. Incapacidad y discernimiento. La observación precedente es relevante para determinar el tipo de incapacidad de ejercicio al que se refiere la ley.

Si de lo que se trata es de saber si existe un curador, tutor o representante legal en general, poco importa que ese representante haya sido nombrado en razón de una incapacidad absoluta o relativa: en cualquiera de los dos casos, hay un representante y éste puede ser eventualmente considerado responsable del daño. De ahí que el tipo de incapacidad no tenga repercusión sobre la responsabilidad extracontractual: lo que cuenta es si existía discernimiento. Y puede darse el caso de personas no declaradas incapaces que carecen de discernimiento (art. 1974) como también de personas declaradas relativamente (art. 44) e incluso absolutamente (art. 43) incapaces que sí tienen discernimiento y, por tanto, son responsables.

Es así como la concordancia del artículo 1975 con el inciso 20. del artículo 43 resulta una redundancia. Pero, en cambio, no hay razón alguna para que los pródigos o los que incurren en mala gestión (incisos 4 y 5 del art. 44), no sean responsables por los daños que causen. Tampoco vemos por qué un sordomudo, por el solo hecho de que no puede expresarse, tiene patente de corso para actuar imprudentemente repartiendo daños a diestra y siniestra. Resulta claro que un sordomudo que carezca de medios para dar a conocer su voluntad de manera indubitable, no puede celebrar un contrato; pero no existe la misma claridad con relación a la responsabilidad extracontractual en donde habrá que analizar su posibilidad de discernimiento.

La cuestión se muestra algo más complicada en lo que se refiere a los menores de edad. No parece tampoco haber razón alguna para exonerar de responsabilidad a un joven de 17 años (incapacidad relativa). Pero, ¿qué decir de un menor de 16 o de un menor de 10 años o de 5 años (incapacidad absoluta)? La solución es obvia: si no es la incapacidad sino el discernimiento lo que determina su responsabilidad o irresponsabilidad, el menor será responsable, cualquiera que sea su edad, si tiene discernimiento. Y en esta opinión coinciden los autores³⁵⁸.

232. Discernimiento y culpa in concreto. Sin embargo, esta precisión sobre el fundamento de la responsabilidad de los incapaces nos adentra peligrosamente en el terreno de la culpa absolutamente subjetiva, de esa culpa in concreto rechazada por la mayor parte de la doctrina contemporánea.

^{358.} Vid. por ejemplo, MAZEAUD, Henri y Léon y TUNC, André: Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle, 6a. ed. Editions Montchrestien. Paris, 1965. T.I, No. 451, p. 517.

El análisis del discernimiento se confunde muy fácilmente con un análisis individualizado y ad-hoc de la culpa del incapaz. Es así como Henri y León MAZEAUD y André TUNC sostienen que la única forma de determinar si existe discernimiento en la persona que causó un daño es examinar el caso partícular; no hay fórmulas ni respuestas genéricas a este respecto. El juez no puede utilizar como respuesta a la pregunta sobre el discernimiento ni aun siquiera la convicción popular de que el niño alcanza la edad de razón a los 7 años. El único método válido de establecer el discernimiento consiste en examinar al niño causante del daño y determinar si ese niño en particular tiene un grado de desarrollo físico e intelectual que le permite discernir los efectos dañinos de sus actos³⁵⁹. Pero notemos que este tipo de análisis se confunde con el de esa culpae in concreto o absolutamente subjetiva que los MAZEAUD consideran que "está condenada por la razón y por el derecho positivo" que, "por tanto, se puede rechazar sin vacilación" 361.

233. El caso de furiosi. Es igualmente complicada la apreciación de la responsabilidad del demente.

Para ULPIANO, el daño producido por un furioso era un caso fortuito que no daba lugar a indemnización; de la misma manera como si a la víctima le hubiera caído una teja desprendida del techo (sic). Dado que se consideraba que, por definición, el furiosus no tiene capacidad de discernimiento, no era diferente de una simple cosa: su participación en el acto dañino era entendida como inerte, al igual que el objeto que produce un daño.

Notemos que esta concepción partía de una cierta objetivación de la apreciación de la conducta. Los romanos, con un genio eminentemente práctico, establecieron una categoría de personas (los dementes) y consideraron que esa categoría como tal —objetivamente hablando— carece de discernimiento; independientemente de lo que suceda con cada loco en particular. En otras palabras (modernas), constituyeron un "standard" de no responsabilidad.

^{359.} MAZEAUD, Henri y Léon y TUNC, André: Op. cit., T.I., No. 451, p. 517.

^{360.} Op. cit., T. I., No. 420, p. 491.

^{361.} Op. cit. T. I., No. 423, p. 494.

Lamentablemente, este "standard" del furiosi fue utilizado para privar de reparación a las víctimas al considerar objetivamente todos los daños de este tipo como casos fortuitos. Esta situación fue sentida como injusta en el Derecho Romano. Por ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia modernas se han orientado a reducir el campo de la irresponsabilidad de los dementes. Pero el camino empleado no fue el más afortunado.

Como un recurso para extraer ciertas situaciones del marco del caso fortuito, la doctrina y la jurisprudencia inventaron la distinción entre los dementes con discernimiento y los dementes privados de discernimiento. Sin embargo, por este camino entraron en contradicción con el principio fundamental de la apreciación de la culpa in abstracto, conforme lo señalan cáusticamente Henri y León MAZEAUD y André TUNC³⁶². Además, leios de simplificar las cosas, el criterio de la falta de discernimiento (presente en nuestro Código tanto en el artículo 1975 como también en el artículo 1974), las hace aún más complicadas. Son también Henri v León MAZEAUD quienes nos advierten que el mundo no está dividido entre "locos" y "sanos de espíritu": la mayor parte de los individuos está entre los dos extremos. Por eso -v dentro de una intención de reducir los límites del caso fortuito- los Tribunales franceses sólo excluyen de la responsabilidad a los completamente alienados, mientras que todos los demás enfermos mentales responden por sus actos. Sin embargo, esta distinción entre "completamente" alienados y "parcialmente" alienados no corresponde a ninguna realidad clínica³⁶³. La psiquiatría contemporánea nos muestra ahora a personas aparentemente sanas que, sin embargo, en ciertas circunstancias están literalmente "privadas de discernimiento"364. En consecuencia, la teoría de la falta de discernimiento nos lleva a impasses teóricos (atenta con la apreciación de la culpa in abstracto) y a distinciones poco rigurosas desde el punto de vista científico.

234. La doctrina de la responsabilidad del demente. Por todo ello, Henri y León MAZEAUD y André TUNC piensan que, en vez de tomar el ca-

^{362.} Op. cit., T.I., Nos. 459-460, pp. 521-522.

^{363.} Op. cit., T. I., No. 463-2, p. 526.

^{364.} Vid, por ejemplo, la teoría de los actos edípicos de Albert A. EHRENZWEIG: Psychoanalytic Jurisprudence, A.W. Sijthoff/Oceana, Leyden/Dobbs Ferry, New York, 1971.

mino de la apreciación del discernimiento que nos conduce a la *culpa in concreto*, es preciso simplemente ser consecuentes hasta sus últimas circunstancias con la *culpa in abstracto*. Si tomamos como patrón de medida el modelo objetivo del hombre razonable —o del "buen padre de familia", si se es amante de los anacronismos— para juzgar objetivamente a quien ha incurrido en culpa, no cabe duda de que los dementes son culpables: actúan de manera distinta al patrón o "standard". Según RIPERT, "el demente no incurre en culpa (moral), pero ya es una culpa (jurídica) ser demente, como lo es ser torpe... Lo que crea la responsabilidad de una persona es el hecho de no actuar como todo el mundo"365.

Esto no es inteligible si no logramos distinguir entre la culpa moral que califica la conducta íntima de la persona y la culpa jurídica que tiene una naturaleza puramente social y sirve sólo para reparar los aspectos económicos de los daños. Como dicen los autores cuyas ideas nos guían en estas reflexiones, la jurisprudencia condena al nervioso, al torpe, al excitado; con mayor razón debe condenar al privado de discernimiento que puede causar aún mayores daños y que, si lo declaráramos irresponsable, no haríamos sino perjudicar a muchas víctimas: "razonando a partir de una concepción exacta de la culpa (aquélla que se basa en su apreciación in abstracto), no hay ninguna razón para hacer una distinción" 366.

Por consiguiente, aun la teoría de la culpa tiene que responsabilizar al infantem y al furiosum, si quiere ser consecuente con sus formas modernas. "La solución contraria reposa sobre una confusión, bien comprensible por otra parte, entre la culpa social y la culpa moral. No se quisiera condenar civilmente sino a quien se puede condenar moralmente. Es una ilusión", concluyen los hermanos MAZEAUD y TUNC³⁶⁷. Si la responsabilidad extracontractual "no tuviera otra finalidad que obligar a los hombres a conducirse de una cierta manera, se comprendería que carezca de objeto cuando se la dirige contra individuos totalmente desprovistos de razón"³⁶⁸. Pero la responsabilidad extracontractual pretende ante

^{365.} Cit. p. Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: Op. cit., No. 461, p. 523.

^{366.} Op. cit., T. I., No. 461, p. 523.

^{367.} Op. cit., T. I., No. 464, p. 528.

^{368.} Op. cit., T. I., No. 461-2, p. 523.

todo reparar a las víctimas y repugna a la consciencia jurídica (que es distinta de la consciencia moral, ya que esta última está orientada más bien hacia la sanción antes que a la reparación) que una víctima no sea auxiliada sólo porque quien le infligió el daño estaba privado de discernimiento; aun cuando este sujeto pudiera tener un patrimonio suficiente para responder por los daños que causa.

235. La posición del Código Peruano. Pues bien, a pesar de los abrumadores argumentos de esta doctrina —que en el presente trabajo expresamente no ha sido expuesta con ayuda de las ideas de juristas heterodoxos como SALEILLES, JOSSERRAND o SAVATIER, sino de juristas clásicos partidarios de la teoría de la culpa— nuestro Código ha recogido la tendencia criticada por los MAZEAUD y por TUNC, entre otros, y ha incorporado como novedad una regla que se acerca a la concepción de ULPIANO. Es así como todo daño cometido por persona privada de discernimiento (o de consciencia, como lo expresa el artículo 1974), se convierte para la víctima en un caso fortuito que evade toda idea de reparación; salvo que la persona privada de discernimiento hubiese sido oficialmente declarada incapaz y tuviera un representante legal, hipótesis que veremos más adelante.

Sin embargo, dado que esta línea de política jurídica resulta retrógrada y teniendo en cuenta que no se ha definido lo que se entiende por falta de discernimiento, es posible que los Tribunales peruanos tiendan a interpretar esta expresión en forma muy restrictiva. Siguiendo el mismo difícil camino de los Tribunales franceses una vez que se vieron internados en la vía de la distinción en base al discernimiento, nuestros jueces probablemente considerarán irresponsable sólo a quien se encuentre "completamente loco", con el objeto de reducir el ámbito del caso fortuito. Sin embargo, esto llevará a la realización de peritajes psiquiátricos y a la necesidad de que éstos, abandonando en cierta forma el rigor científico, adapten sus opiniones profesionales sobre el paciente a las categorías más gruesas del derecho respecto de esta materia. Evidentemente, tal simplificación del peritaje para llegar a la sola conclusión de saber si el "demandado-causante" está "completamente" loco, "parcialmente" loco o cuerdo, no es lo ideal. Pero peor sería entrar en una casuística científica, constituida por innumerables matices difíciles de evaluar por el juez, que sólo produciría en las víctimas desorientación e inseguridad respecto de sus derechos indemnizatorios.

Es claro que todo lo dicho se refiere a los casos de accidentes regidos por el artículo 1969 (principio de culpa), ya que toda la discusión sobre la responsabilidad de las personas privadas de discernimiento se basa en su incapacidad de incurrir en culpa. Por consiguiente, los artículos 1975 a 1977 no tienen ninguna aplicación ahí donde la culpa no es necesaria para configurar la responsabilidad (art. 1970): cuando un daño se produce mediante un bien o una actividad riesgosos, poco importa que el sujeto se encuentre privado de discernimiento o no para hacerlo responsable del daño. En este caso, no responde por culpa sino objetivamente o, si se prefiere, en razón de la teoría del riesgo. Por consiguiente, las alteraciones en la formación de la culpa no afectan su obligación de reparar el daño.

Estas últimas reflexiones nos conducen nuevamente a los impasses y —¿por qué no decirlo?— a las injusticias hasta donde es posible llegar por el camino de la culpa. Observemos la situación con los ojos de la víctima: si un furiosus, aún no declarado incapaz, coge un automóvil y creyéndose Juan Manuel Fangio atropella a un pobre peatón, debe pagarle los huesos rotos (art. 1970); en cambio, si el mismo furiosus se dedica entusiastamente a golpear a un transeúnte con un bastón hasta no dejarle hueso sano, la víctima se queda sin reparación (art. 1974). El simple cambio del medio de causar el daño entre un bien riesgoso y otro que no lo es en sí mismo (cambio que obviamente no depende de la víctima sino del azar), modifica enteramente los derechos de la víctima y la deja en la calle a su propia suerte.

Las contradicciones e inconsistencias en las que nos coloca la intervención de un bien o de una actividad riesgosos en el caso de daños cometidos por personas privadas de discernimiento, nos confirman una vez más lo adecuado de la solución planteada por los hermanos MAZEAUD y por TUNC: responsabilizar a la persona privada de discernimiento por los daños que causa, tanto en los casos en que funciona la responsabilidad por riesgo como cuando funciona la responsabilidad por culpa; salvo que hubiera mediado hecho determinante de tercero, caso fortuito o hecho de la víctima.

236. La responsabilidad del representante legal del incapaz. Examinemos ahora la responsabilidad del representante legal del incapaz.

Los artículos 1975 y 1976 señalan dos casos de responsabilidad del representante aparentemente distintos, pero que quizá se fundamentan en un mismo principio: el primero establece una responsabilidad solidaria del representante cuando el incapaz obró con discernimiento; el segundo establece una responsabilidad exclusiva del representante, cuando el incapaz obró sin discernimiento. Por consiguiente, cuando se trata del daño cometido por un incapaz de cualquier tipo, el representante siempre es responsable, ya sea que el incapaz haya obrado con discernimiento o sin él.

Pero, ¿de qué responsabilidad se trata? ¿Cuál es el fundamento de la responsabilidad del representante? ¿Estamos ante una responsabilidad subjetiva u objetiva?

237. La culpa in vigilando. Tradicionalmente se ha considerado que el representante (padre, tutor o curador) responde por culpa in vigilando.

En esta forma, el representante del incapaz que obró con discernimiento responde solidariamente no por hecho de tercero (el incapaz) sino por el hecho propio de no haber prestado la vigilancia adecuada a tal incapaz. En otras palabras, es un co-autor del daño; es decir, el artículo 1975, in fine, no es sino una variante del artículo 1983. De otro lado, si el incapaz obró sin discernimiento, el representante responde también en forma personal por falta de vigilancia; pero, en este caso, el incapaz está exento de responsabilidad por falta de posibilidad de tener culpa y el representante resulta ser el autor único del daño.

Sin embargo, salvo casos muy notorios, es en general difícil decir que existe culpa in vigilando porque nadie puede ser exigido de vigilar al incapaz bajo su custodia durante todo el tiempo y en todo lugar. El padre puede razonablemente controlar que su hijo menor de edad no use el automóvil, haciéndole las amonestaciones y advertencias necesarias, no dejando las llaves a la mano y tomando otras medidas similares. Pero si pese a ello el hijo encuentra las llaves que estaban razonablemente guardadas y saca el automóvil sin permiso mientras el padre está descansando, no puede decirse seriamente que ese padre tiene "culpa" y que es responsable porque tuvo un descuido o una imprudencia.

El doctor Ernesto de la JARA y URETA dictamina como Fiscal un caso de esta naturaleza y, a través de su análisis, podemos ver cómo la

aplicación estricta de la culpae in vigilando resulta prácticamente imposible en la mayoría de las situaciones.

En el departamento de la familia Barriga se encontraban solo tres menores: dos de ellos de 10 años y uno de 4 años y 10 meses. Mientras los niños de 10 conversaban entre sí —uno, hijo del dueño de casa y el otro, un amigo— el niño de 4 años, también hijo del dueño de casa, comía un pedazo de carne de cordero. Sorpresivamente, este niño le lanzó a la cara, al amigo de su hermano, el hueso de la carne que comía, ocasionándole la pérdida de un ojo.

El padre del menor accidentado, don Juan Eduardo Tavera, demandó al padre de quien arrojó el hueso, don José Barriga, para que le pagara una indemnización por los daños causados por el hijo del segundo al hijo del primero. El doctor de la JARA fue de opinión de que tal indemnización no era procedente porque "Por más esfuerzos que se hagan, no hay cómo aplicar en este caso la figura de la culpa in vigilando, porque dadas las circunstancias, nadie habría podido prever ni impedir el hecho, ya que aunque no se hubiera tratado de familias de modesta situación económica y social de la ciudad de Puno, es difícil imaginar qué clase de cuidados y vigilancia serían necesarios para evitar que un menor de 5 años arrojara sorpresivamente un objeto que tenía en la mano. Si el hecho se hubiera realizado fuera del domicilio del menor a quien se imputa el daño, podría decirse que hubo falta de cuidado al dejar salir sin la vigilancia de una persona mayor a un menor sin discernimiento. Si el objeto que se dice lanzado hubiera sido un arma o por lo menos un instrumento cualquiera, de aquellos que se consideran capaces de causar daños, la falta de vigilancia habría consistido en dejar en poder de un menor sin discernimiento, instrumentos capaces de causar daños. Pero el menor se e no salió de su casa, ni tenía en sus manos otra cosa que el trozo de carne que estaba comiendo, se limitó a presenciar la conversación de su hermano con otro menor de la misma edad de 10 años". Por todo ello, después de citar abundantemente a BAUDRY-LACANTINERIE, a AUBRY y RAUL y a PLANIOL y RIPERT, opina que "resulta una desgracia, obra de la fatalidad, de la que la víctima y sus padres nunca se lamentarán bastante, pero en la que no es posible (...) descubrir una culpa y hacer efectiva como consecuencia de ella una responsabilidad". La Corte Suprema en Ejecutoria de 22 de setiembre de 1944, acogió esta tesis y declaró infundada la demanda que ya había sido declarada fundada en las dos instancias inferiores³⁶⁹.

238. La responsabilidad objetiva del representante legal. Las consecuencias de este planteamiento dejan desamparadas a todas las víctimas de un daño causado por menor o por incapaz, salvo raras excepciones. Por ello, tal enfoque resulta insatisfactorio para muchos.

En el mismo caso comentado en el acápite anterior de Tavera con Barriga, el Vocal BALLON emite un voto singular en el sentido de que si bien es cierto que la responsabilidad de los guardadores cesa cuando acreditan que no pueden impedir el hecho que causó el daño —ausencia de culpa—, ese principio "no puede tener un sentido absoluto, puesto que nada justificaría que las consecuencias de ese hecho las soporte exclusivamente la víctima y no las comparta, siquiera en su aspecto económico, el causante del daño o quien por este causante deba responder". Y el propio Fiscal de la JARA señala que está apreciando ese caso con los principios del Código de 1852 porque los hechos ocurrieron durante la vigencia de ese cuerpo legal, pero que "La teoría del riesgo, la de la guarda de las cosas y otras muchas surgidas ante las exigencias de la vida moderna han producido la variación de nuestra legislación"; por consiguiente, piensa que, dentro del Código de 1936, el representante legal del menor (el padre) debe pagar aun si no tiene culpam in vigilando.

Esto significa, entonces, que el padre debe responder por los daños que cause su hijo, pero no porque sea culpable sino, más bien, porque es el padre.

In Re Alicia Murillo de Guerra contra Washington Guevara —que ya hemos citado¹⁷⁰— el padre es responsabilizado por el hecho de que su hijo "se atrevió a manejar" el automóvil de un tercero; por consiguiente, dado que el padre no podía cuidar razonablemente incluso la propiedad de terceros, no cabe duda de que responde no porque hubiese tenido una falta de vigilancia sino simplemente porque es padre³⁷¹. También in Re

^{369.} Revista de Jurisprudencia Peruana, No. 10, año 1944, pp. 57-62.

^{370.} Supra, No. 191, n. 321.

^{371.} Revista de Jurisprudencia Peruana, año 1961, No. 204, pp. 74.75.

Calendario Arroyo Leyten contra Pedro Guzmán, el fiscal GARCIA ARRESE opina que el demandado Pedro Guzmán responde "por su condición de padre del menor Ulises Guzmán Hidalgo, responsable directo del accidente". Y así lo entiende la Corte Suprema en Ejecutoria de 13 de junio de 1956³⁷².

En 1948 se resuelve un caso bastante similar al de Tavera con Barriga, dictaminado por don Ernesto de la JARA y URETA. Pero esta vez el Fiscal SOTELO asume la línea objetivista esbozada en el voto singular del Vocal BALLON en el caso anterior.

A las 11 de la mañana del día 12 de julio de 1941 estaban jugando en la calle 28 de Julio del Distrito de Miraflores el menor Ernesto A. Román López de Castilla de la Flor, de 14 años, y el menor Germán Cillóniz Garfias, de 13 años. Sin que se sepa muy bien cómo sucedió, Cillóniz arrojó una lata hacia López de Castilla, "de manera ocasional y sin intención de hacer daño". Lamentablemente, tal lata "fue a caerle en el ojo izquierdo, lesionándolo gravemente, y que sin embargo de los auxilios médicos y solícitos cuidados que se prodigaron al menor lesionado, tanto por su madre doña Raquel de la Flor de López de Castilla como por el padre del heridor don Julio Cillóniz, fue preciso extraerle dicho ojo, quedando así privado de la visión por él". El Fiscal SOTELO opinó que procedía la indemnización a cargo del padre del menor que actuó como agente directo; y, sobre el principio que rige la responsabilidad del padre, aclara que "le habría correspondido afrontar [esa responsabilidadl aun cuando los hechos hubieran constituido caso meramente fortuito u ocasional: basta que el daño se haya producido por acto practicado por el menor Cillóniz, para que proceda la reparación de él por el padre de dicho menor en razón de la minoría de edad de éste"373. En consecuencia, el Fiscal SOTELO era de opinión que no solamente la responsabilidad del padre no se justifica siempre en una culpa in vigilando (que habría admitido la exoneración, demostrando la ausencia de culpa) sino que, además, el hecho dañino del incapaz no requería ser de una naturaleza tal que hubiera sido considerado poco razonable en una persona normal. En otras palabras, el padre responde objetivamente por todos los daños que

^{372.} Revista de Jurisprudencia Peruana, No. 153, año 1956, pp. 1215-1216.

^{373.} Revista de Jurisprudencia Peruana, Nos. 56-7, Setiembre-Octubre de 1948, p. 656.

objetivamente causen sus hijos, aun cuando éstos no hubieran procedido de manera que hubiera sido tenida por culpable en un mayor de edad.

Esta responsabilidad del padre ha sido hecha efectiva no solamente en casos de accidente sino también cuando el daño se ha producido en circunstancias que no son accidentes sino propiamente actos ilícitos. Por ejemplo, don Fidencio Chávez demanda a don Julio Alberto Arrieta y a doña Leonor Pacheco de Arrieta para que le paguen una indemnización por el daño moral causado por el hijo de éstos, Edmundo Arrieta Pacheco, a la hija del demandante, Irene Chávez Velásquez, al haberla hecho "sufrir el acto sexual", "la que resultó grávida y madre a los 14 años de edad". El Fiscal GARCIA ARRESE considera que, como el violador "tenía 17 años y se encontraba bajo la patria potestad de los demandados", carece de fundamento la excepción de inoficiosidad de la demanda deducida por los padres y procede que éstos le paguen una indemnización a la menor. La Corte Suprema acoge este planteamiento en Resolución de 6 de abril de 1954³⁷⁴. Esta misma tesis ha sido aceptada por los Tribunales en el mismo tipo de casos cuando el menor se encontraba bajo la patria potestad exclusivamente de la madre; de manera que es la madre quien termina siendo responsable de la violación. Así, por ejemplo, don César Encomenderos demanda a doña Evelina Pereda viuda de Armas porque el hijo menor de edad de esta última, Domingo Armas Pereda, hizo víctima de delito contra el honor sexual a la hija del primero, la menor Zoila María Encomenderos Chang, la que sufrió daños materiales y morales. La Corte Suprema en Ejecutoria de 18 de setiembre de 1954 y de conformidad con el dictamen del Fiscal GARCIA ARRESE, ordenó que doña Evelina viuda de Armas pagara la indemnización correspondiente³⁷⁵.

Notemos que la culpa in vigilando es difícilmente de aplicación en estos casos porque no se concibe la forma cómo el padre o la madre habrían tenido que vigilar a un muchacho para que éste no realice algo tan íntimo como el acto sexual.

Hay quienes, tratando de mantenerse dentro del marco de la culpae in vigilando, han sostenido que, respecto de los representantes legales,

^{374.} Revista de Jurisprudencia Peruana, No127, año 1954, pp. 971-972.

^{375.} Revista de Jurisprudencia Peruana, No133, año 1955, pp. 1704-1705.

funciona una presunción iuris et de iure de culpa; por lo que debe considerárseles siempre como culpables. Pero esto es una ficción que quiebra todo el sistema de la culpa y simplemente disfraza una tentación objetivista que no quiere confesarse. Decir que todo representante legal de un incapaz es culpable por defecto de vigilancia sin posibilidad de probar lo contrario es simplemente decir que es responsable objetivamente.

239. Las nuevas dificultades teóricas. Conforme se ha visto, la tendencia moderna se orienta a responsabilizar objetivamente a los representantes legales, en razón de que la aplicación rigurosa de la culpae in vigilando privaría a muchas víctimas de reparación: la mayor parte de los representantes legales no estarían incursos en dicha culpa. Sobre la base de la culpa, los daños cometidos por menores y dementes no serían en la práctica indemnizables.

La responsabilidad objetiva del representante del incapaz permite que las víctimas puedan obtener de los representantes legales una indemnización por sus daños, sin necesidad de que éstos hayan incurrido en culpa: el padre paga por los daños del hijo porque es padre; no porque tenga culpa. Pero este tipo de responsabilidad objetiva nos sume a su vez en otras dificultades debido a que la regla de la última frase del artículo 1975 no ha hecho ciertos distingos importantes, como se verá a continuación.

240. Diferencias en la representación legal. Advirtamos que no parece ser igual la situación de todos los representantes en estos casos.

Si el daño al menor López de Castilla no hubiese sido producido por un hijo de don Julio Cillóniz sino por un pródigo de quien este último era curador, no parece posible atribuir a dicho señor Cillóniz, en su calidad de curador, una "responsabilidad" propiamente del accidente causado por el incapaz. Porque, ¿es posible decir en esta hipótesis que ese curador (representante legal) debe responder por los daños del incapaz (pródigo) por el solo hecho de que es curador? No parece haber la misma relación entre el padre y el hijo que entre el curador y el pródigo objeto de su curatela. En realidad, ignoramos la razón por la que el curador del pródigo debe responder por los accidentes de automóvil ocasionados por éste.

Lamentablemente, el Código no se ha planteado estas cuestiones que, no obstante, son reales y fundamentales; particularmente si la tendencia moderna adopta una perspectiva objetivista. Las normas de los artículos 1975 y 1976 no distinguen ahí donde deberían haber distinguido entre distintas situaciones con diferente estructura de lazos humanos, lealtades y garantías: que un padre responda por los daños cometidos por el hijo, parece normal; en cambio, que un curador —que a veces es el abogado de la familia o un funcionario— responda solidariamente por todos los daños automovilísticos cometidos por el pródigo o por el que incurre en mala gestión o aun por el sordomudo, la cosa no parece tan clara.

Si aplicáramos un criterio subjetivista, el problema podría ser solucionado de manera más simple: podríamos decir casi por principio que el representante del pródigo o del que incurre en mala gestión no responde nunca por los daños automovilísticos porque razonablemente no tiene que adoptar ninguna precaución respecto de la eventualidad de que estos señores conduzcan vehículos, dado que su incapacidad no tiene vinculación con esta facultad; por consiguiente, no existiendo posibilidad de que los representantes de estos incapaces incurran en culpa a este respecto, no hay posibilidad de que respondan por tales daños.

Pero como la jurisprudencia se ha inclinado por el principio objetivo antes que por el principio subjetivo debido a que este último liberaría injustamente a la mayoría de los padres de menores que han producido daños, nos encontramos que no tenemos forma de distinguir entre las eventuales responsabilidades de los diferentes tipos de representantes legales. Así, para evitar el escollo de Scyllae (el desamparo de muchas víctimas de daños cometidos por incapaces), tomamos un rumbo que nos lleva a estrellar nuestro barco contra el escollo de Caribdis (la responsabilidad indiscriminada de todos los representantes legales de incapaces).

La doctrina y la jurisprudencia tendrán que trabajar acusiosamente este tema para llegar a una solución coherente: no es posible utilizar la responsabilidad objetiva en unos casos y la culpam in vigilando en otros, según convenga a nuestras intuiciones o a nuestros prejuicios; es preciso construir un sistema racional que ubique cada situación dentro de una explicación general y consistente.

Otro problema que la doctrina y la jurisprudencia deberán precisar es el referente a la conducta del incapaz: ¿surge una obligación de pagar

daños (sea por el propio incapaz cuando obró con discernimiento, sea por el representante legal en todos los casos) cuando el incapaz cometió un daño en cualquier circunstancia o sólo cuando obró irregularmente?

Pensamos que la doctrina admite hablar de culpa cuando se trata de un incapaz que no está privado de discernimiento. Por consiguiente, en esta hipótesis, si el daño no se cometió mediante cosa o actividad riesgosa, el incapaz responde cuando ha obrado con culpa, de conformidad con el artículo 1969. Si no ha obrado con culpa, no responde ese incapaz ni tampoco el representante legal porque no hay daño indemnizable. En cambio, si el daño se produjo mediante cosa o actividad riesgosa, en aplicación del artículo 1970 ese incapaz responde objetivamente; y la existencia de un daño objetivo indemnizable genera la responsabilidad del representante legal (sin perjuicio de que todavía puede discutirse — como antes se ha dicho— que ésta a su vez sea evaluada en términos de culpa o de responsabilidad objetiva).

Si se trata de un menor privado de discernimiento, no hay responsabilidad del incapaz, según el artículo 1976. Sin embargo, parecería que el legislador ha considerado a un incapaz sin discernimiento como una fuente productora de riesgos; por consiguiente, la responsabilidad del representante legal que lo tiene a su cargo es objetiva en todos los casos.

Ahora bien, ese representante legal que responde objetivamente —ya sea porque el incapaz con discernimiento causó el daño con cosa o actividad riesgosa, ya sea porque el daño fue causado por incapaz privado de discernimiento— todavía puede exonerarse de responsabilidad probando una fractura causal: el caso fortuito, el hecho determinante de tercero y el hecho determinante de la víctima, conforme a lo establecido en el artículo 1972.

241. La responsabilidad del incapaz mismo. El artículo 1977 es el campo de la pura contradicción, que nos pone de manifiesto las debilidades de la culpa como principio de responsabilidad, particularmente bajo sus formas más subjetivistas.

El legislador no ha querido establecer, en los artículos 1974 a 1976, la responsabilidad de quien se encuentra privado de discernimiento porque, subjetivamente hablando, el que no tiene discernimiento tampoco tiene culpa.

Ya hemos visto que autores subjetivistas como los MAZEAUD, sostienen que aun las personas privadas de discernimiento deben ser responsabilizadas porque tienen "culpa objetiva" o in abstracto por comparación con el patrón de la conducta razonable o adecuada. Pero nuestro Código ha preferido en este caso acercarse a la culpa in concreto y considerar que los incapaces al estar privados de razón y/o de voluntad, no pueden escoger entre el bien y el mal. Nótese el resabio de idea de pecado que informa un concepto de "pecador-civil" a quien hay que condenar, subyacente a la idea de responsabilidad extracontractual: no pudiendo haber pecado si no hay discernimiento, no puede haber pecador; luego, no hay nadie a quien "condenar" y la víctima no puede reclamar indemnización al propio incapaz.

Muy bien. Pero si ésta es la teoría aceptada y la fuente principista del artículo 1976, ¿cómo se puede disponer en el artículo 1977 que, si al representante no le alcanza la fortuna para pagar a la víctima, deberá pagar ese causante privado de discernimiento y, por tanto, libre de toda culpa? La persona privada de discernimiento es responsable o no lo es; pero no se puede decir que lo es sólo cuando su representante legal no tiene dinero: hay aquí una cuestión de principio y no de fondos. No se puede considerar a nadie "un poco" culpable, como no se puede considerar a una mujer "un poco" virgen: o lo es o no lo es. Si es culpable, como cree el Código de 1984, entonces no debe responder nunca.

242. La disparidad de fortunas. Esta confusión proviene de la eventual disparidad de fortunas entre el incapaz y su víctima.

BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE decían en el más puro estilo melodramático, pero con la suficiente perspicacia para advertir que el problema estaba en declarar irresponsables a los dementes: "El sistema de la irresponsabilidad de los locos puede, en la práctica, conducir a resultados que repugnan a la consciencia, por ser contrarios a la equidad; un loco millonario mata a un obrero, padre de familia, cuyo trabajo es el único recurso del hogar. Apliquemos el principio antes enunciado —el loco no debe reparación alguna— y la familia del obrero se encontrará en adelante sin pan"376.

^{376.} Cit. p. Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: Traité Théorique et Pratique de la Responsabilite Civile Délictuelle et Contractuelle. 6a. ed. T.I. Editions Montchrestien. Paris, 1965. No. 467, p. 531.

No cabe duda de que aquí hay algo que funciona mal. Hay aquí consciencia de una desadaptación entre la teoría (que tiene sus propias exigencias lógicas) y los sentimientos predominantes de justicia y equidad. Es por ello que tanto la doctrina como la jurisprudencia han intentado múltiples formas de conciliar estos dos extremos.

243. El Código Civil Peruano de 1984. Mientras nos mantengamos dentro de una apreciación in concreto de la culpa, parecería que el problema teórico no tiene solución.

Pero, aun sin necesidad de optar por la teoría de la responsabilidad objetiva, el problema no se plantearía si se adopta una apreciación in abstracto de la culpa: en este caso, se atribuirá responsabilidad a las personas privadas de discernimiento porque, independientemente de su situación particular, han incurrido en una conducta que no se ajusta a los patrones del "hombre razonable". Lamentablemente, nuestro legislador tomó el camino equivocado porque quiso adherirse en este punto a la concepción más subjetivista de la culpa aunque ello conlleve una contradicción teórica.

244. La indemnización "equitativa". Una expresión que merece especial comentario en el artículo 1977 es aquella que otorga una "indemnización equitativa".

¿Qué significa indemnización equitativa? En principio, toda indemnización que fije el Juez debe ser equitativa, es decir, ni poca ni mucha, sino la justa para reparar los daños y perjuicios sufridos. El artículo 1585 establece cuáles son los elementos que componen esta indemnización. Pero, ¿por qué el artículo 1977 se refiere a la equidad cuando ella está sobreentendida? ¿Será, acaso, que nos quiere decir que cuando le corresponde reparar al propio causante sin discernimiento, éste no debe ser obligado a pagar una indemnización normal sino algo menos? No vemos la razón. Una vez más tenemos que repetir que ese causante o es culpable o no lo es, pero no lo puede ser "un poco". Por consiguiente, o paga una indemnización como cualquier culpable o no paga nada: no se le puede hacer pagar "un poco".

Aparentemente, esta redacción curiosa proviene del artículo 76 del Proyecto de Código Franco-Italiano, que a su vez dio origen al artículo 2047 del Código Italiano; de donde probablemente ha sido tomada por nuestro legislador. Pero todo hace suponer que la idea original de la equidad no era adjetivar la indemnización de manera de alterar su quantum, sino más bien proporcionar una justificación a la obligación de reparar del incapaz.

En efecto, hay quienes creen que, ante tan contradictoria situación, no queda otro remedio que acudir directamente a la idea de equidad: PALMERO sostiene que "la única justificación científica del instituto debe hallarse en la equidad" Sin embargo, la equidad es lo menos científico del Derecho (sin que esta afirmación implique menosprecio alguno): la equidad es el recurso al sentimiento —llámesele clementiam o benignitatem o caritatem o pietatem o moderationem o humanitatem—para enfrentarlo a las exigencias de la lógica. Ahora bien, antes de renunciar a la razón, hay que agotar todas sus posibilidades.

La invocación a la equidad parece una evasión teórica; pero la consciencia del problema social subyacente tampoco debe llevarnos a la teoría que los autores americanos denominan deep-pocket liability o responsabilidad por el solo hecho de tener dinero (tener un bolsillo grande). Como lo hemos dicho anteriormente³⁷⁸, la situación de fortuna de las partes involucradas no tiene nada que ver con la apreciación de la culpae del causante.

En todo caso, si la norma quiso referirse a la equidad como principio justificativo de la obligación del incapaz de pagar una indemnización, debió haber rezado así: "Si la parte no ha podido obtener reparación del representante legal, puede el Juez, por razones de equidad y en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización a cargo del autor directo".

Todavía esta fundamentación legislativa de tal indemnización habría sido ilógica dentro de un sistema subjetivista in concreto, por la pretendida irresponsabilidad del incapaz que el mismo sistema propone; pero cuando menos esta falta de ilación en el discurso no habría llegado hasta

^{377.} Juan Carlos PALMERO: El daño involuntario, Indemnización de equidad. Astrea. Buenos Aires, 1973, p. 150.

^{378.} Supra. No. 26.

el extremo de afectar el quantum de la indemnización sin motivo lógico alguno. Lamentablemente, el legislador no previó que cuando un complemento circunstancial de justificación se transforma en adjetivo del complemento directo, todo el sentido de la frase resulta alterado y las consecuencias pueden ser radicalmente diferentes.

245. La equidad y los daños cometidos por incapaces no declarados. Por último, notemos que el artículo 1977 sólo se refiere a las situaciones previstas en el artículo 1976 que no pueden ser resueltas satisfactoriamente. Esto quiere decir que es posible obligar al autor directo a pagar cuando es un incapaz declarado y tiene un representante legal, pero no ha sido posible obtener de éste el pago de la reparación.

Ahora bien, si el autor directo carecía de discernimiento pero no había sido declarado incapaz y no tenía todavía un representante legal, podría sostenerse que nadie paga a la víctima: el autor directo no paga en virtud del artículo 1974; el representante legal no paga porque no existe, ya que la persona no ha sido todavía declarada incapaz; la persona que tiene el candidato a incapaz bajo su cuidado no paga indemnización porque no es su representante legal; y el artículo 1977 no funciona porque no se cumplen sus supuestos. ¿Es esto coherente? ¿Y la equidad no funciona en este caso?

En realidad, la solución a esta falta de equidad que dejaría a la víctima en el abandono puede suplirse por la vía de considerar que el artículo 1974 no se refiere a una pérdida de consciencia permanente sino a un estado temporal, conforme se ha señalado antes. Por consiguiente, si se trata de una persona con una incapacidad de hecho que lo priva de discernimiento de manera permanente, no podría invocarse ese artículo para exceptuar al autor directo y obligar a la víctima a que asuma su propio daño como si se hubiera derivado de hecho de ella misma o de un caso fortuito: el autor directo pagaría indemnización porque, no siendo un caso de pérdida temporal de consciencia ni habiendo sido declarado incapaz, no estaría comprendido en ninguno de los supuestos de los artículos 1974 a 1977 que reglamentan situaciones especiales y específicas; ese autor directo estaría sometido al régimen general de responsabilidad.

Sin embargo, aplicando los principios generales de responsabilidad, tal autor podría exonerarse aduciendo ausencia de culpa. Ante este planteamiento, surgen nuevos problemas. Si optamos por una culpa totalmente subjetiva (in concreto), ese autor directo probará que no tuvo culpa en la medida en que no tuvo discernimiento y, por consiguiente, quedará exonerado de responsabilidad; salvo en los casos en que el daño hubiera sido cometido mediante un bien riesgoso o en el ejercicio de una actividad peligrosa, porque en tal circunstancia el autor directo estaría sujeto a la responsabilidad objetiva del artículo 1970, tenga o no tenga culpa. Pero si optamos por el criterio objetivo de la culpa (in abstracto), podría sostenerse que aun una persona privada de discernimiento tiene culpa en la medida en que su conducta no se ajusta a un patrón de razonabilidad; en este caso, ese incapaz no declarado judicialmente responde por los daños que cometa tanto por el artículo 1970 como por el artículo 1969.

CAPITULO II LOS DAÑOS CAUSADOS POR LAS COSAS



246. De las cosas. La mayor parte de los daños causados por el ser humano tienen como intermediario a las cosas. Estas sirven como instrumentos dañinos en las manos de quienes dolosamente, negligentemente u objetivamente causan un daño a otro.

Sin embargo, hay ciertos casos en los que las cosas parecen obrar de una manera relativamente independiente: el daño se produce casi por una "iniciativa" de las cosas.

Evidentemente, hablar de iniciativa de las cosas es emplear un lenguaje figurado; porque, si por iniciativa queremos referirnos a autoría, sólo el ser humano puede ser propiamente autor de un daño. Pero los casos de daños de las cosas son aquéllos en los que el carácter riesgoso de la cosa misma juega un papel tan importante que parece asumir el papel de causa propia del daño.

Por consiguiente, la responsabilidad de las cosas está presidida por la idea del riesgo implícito, que llega a ser tan alto que se presenta como independiente del acto humano.

247. La perspectiva tradicional y la perspectiva contemporánea. Ya en Roma se había advertido la peligrosidad de las cosas animadas, es decir, de aquellas que, teniendo vida, eran capaces de actividad propia, sin ser sujetos de derecho.

Evidentemente, la cosa —no persona— animada que representa un riesgo indudable por su capacidad de actuar "por su cuenta" (si así puede decirse), es el animal. Ya un cuerpo de leyes tan temprano como las XII

Tablas otorga contra el propietario del animal que causa daño una acción especial, denominada actio pauperiei. El dueño del animal que había causado daño era responsable del mismo; pero podía entregar esa "cosa animada" (con la que se había producido el daño) a la víctima, para liberarse de su responsabilidad³⁷⁹. Esta regla era aplicable igualmente al dueño del esclavo que hubiera causado daño pues, para estos efectos (no necesariamente para todo efecto), el esclavo era considerado como una cosa animada. Este tipo de responsabilidades, que llevan anexas el remedio extraordinario del abandono del bien en favor de la víctima (noxae deditio) daban lugar a las denominadas "acciones noxales". En el fondo, se trata de una "responsabilidad limitada", pues el propietario del animal o del esclavo responde sólo hasta por el límite del valor de estos bienes desde el momento en que puede liberarse de responsabilidad entregando la cosa animada que causó el daño.

Pero también las cosas inanimadas han atraído la atención del jurista desde tiempos muy antiguos por su capacidad de causar daños, sin la intervención directa de una persona.

Las Instituta de Justiniano preveían el caso de que fueran arrojadas cosas desde un inmueble y causaran daño a un pasante (de effusis et deiectis), por lo que se atribuía responsabilidad al propietario del inmueble. Igualmente, existía responsabilidad del propietario si el daño era causado por cosas colgadas o peligrosamente colocadas (de periculose positis et suspensis)³⁸⁰. El Código Civil Peruano de 1852 conserva todavía normas sobre este tipo de daños en sus artículos 2197 y 2198, inciso lo.

En la Francia del S. XVII, la preocupación por la caída del edificio mismo —cuya posibilidad había sido materia de una medida precautoria en el Derecho Romano (la cautio damni infecti)— se agudiza y DOMAT y BOURJON insisten sobre el tema. Los redactores del Code Napoléon,

Eugène PETIT: Tratado elemental de Derecho Romano. Editorial Albatros, Buenos Aires, No. 488, p. 626; también Paul JORS y Wolfgang KUNKEL: Derecho Privado Romano, Editorial Labor S.A. Barcelona, 1937, No. 170-4, p. 384.

ORTOLAN: Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justitiano.
 T. II. Establecimiento Tipográfico de D. Ramón Rodríguez de Rivera, Editor. Madrid, 1847. L. IV, Tit. V, I, P. 526.

siguiendo las opiniones de estos juristas, la incorporan como daño específicamente indemnizable en este cuerpo de leyes³⁸¹. A partir de ahí, esta regla pasará a los diferentes Códigos Civiles posteriores, incluyendo el Código Civil Peruano de 1852 (art. 2196), el Código Civil Peruano de 1936 (art. 1140) y el Código Civil Peruano de 1984 (art. 1980).

En los últimos 50 años, la responsabilidad por "los hechos de las cosas" ha adquirido una importancia como nunca tuvo antes, particularmente por los desarrollos de la jurisprudencia francesa en materia de accidentes automovilísticos. De otro lado, tanto en los países de tradición romanista como en los países de tradición anglosajona, está en proceso de creación jurisprudencial una teoría de la responsabilidad del fabricante—y/o del vendedor— por los daños que causen los productos manufacturados.

248. Plan de este capítulo. En el presente capítulo trataremos de la responsabilidad de las cosas animadas (animales) y de las cosas inanimadas (edificios, cosas peligrosas), en respectivas secciones.

Sin embargo, la nueva teoría de la responsabilidad de los productos elaborados será discutida en la Tercera Parte de este libro, en la que se tratan algunos temas que, aun cuando estuvieron en el Proyecto de la Comisión Reformadora, no fueron recogidos expresamente por el legislador de 1984. En esa parte demostraremos que, si bien el Código Civil no contiene un tratamiento legislativo específico del problema, los Tribunales peruanos tienen elementos legales suficientes para sumarse a los esfuerzos de conceptualización teórica de los jueces de los países que se encuentran a la vanguardia de este tipo de construcción jurídica.

^{381.} Henri y Léon MAZEAUD y Jean MAZEAUD: Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle. T. II. 6a. ed. Editions Montchrestien. Paris, 1970, Nos. 1019 y 1020, pp. 14 y 15.

Sección I: De las cosas animadas

Artículo 1979.- El dueño de un animal o aquél que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que éste cause, aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero.

249. Una responsabilidad precursora. La responsabilidad por los daños producidos por animales es una variante de la responsabilidad de las cosas riesgosas o peligrosas: el animal es indudablemente una cosa peligrosa porque, en vez de ser un elemento inerte que requiere una acción humana para entrar en acción, puede causar daños "por propia iniciativa", por así decirlo. El animal es una cosa con vida; y, consecuentemente, tiene un dinamismo interno que lo hace particularmente riesgoso.

En el fondo, la antigua responsabilidad por los daños causados por animales es un antecedente —todavía meramente a nivel de esbozo y dentro de un contexto bastante diferente— de la responsabilidad por daños causados con cosas peligrosas o en razón de actividades imbuidas de este mismo carácter. Los hermanos MAZEAUD indican que ya "El Derecho Romano parecía admitirla [esa responsabilidad sin culpa] con relación a los animales"382.

250. Una responsabilidad obsoleta. La responsabilidad por daños causados por animales fue importante en otras épocas de la historia; ahora estos daños sólo se producen fundamentalmente en las zonas rurales y en forma limitada.

Evidentemente, cuando la distinción entre la ciudad y el campo no era tan clara y los hombres vivían en promiscuidad con ciertos animales domésticos, éstos causaban frecuentemente daños: los chanchos se comían a los niños, los toros pegaban cornadas a los transeúntes.

Un animal sumamente importante como productor de daños fue el caballo, debido a su uso difundido con fines de transporte: los accidentes

^{382.} Henri y Léon MAZEAUD y Jean MAZEAUD: Op. cit., No. 1011, T. II, p. 3.

de circulación causados por caballos o por vehículos tirados por caballos fueron frecuentes hasta comienzos de este siglo. De otro lado, esta promiscuidad de hombres y caballos, nacida de la utilidad de éstos para los fines antes indicados, generaba accidentes de alguna manera independientes de la voluntad humana, tales como fracturas de huesos causadas por coces, mordiscos, etc. En la época actual, los accidentes de circulación son causados fundamentalmente por máquinas; y dentro de las ciudades casi los únicos animales peligrosos que quedan son los perros bravos.

Por ese motivo, nos llama la atención que el legislador del Código de 1984 se haya seguido preocupando de manera destacada por los daños causados por animales (al punto de no remitir estos accidentes a los principios generales de la responsabilidad extracontractual sino establecer un artículo expreso y explícito); y, en cambio, el mismo legislador no ha previsto nada especial para el caso de los daños causados por automóviles y otros vehículos similares (como lo hace el Código Civil Italiano en su artículo 2054).

251. ¿De qué animales se trata? Ante todo, cabe señalar que los animales a los que se refiere el Código son todos aquéllos que son objeto de propiedad y que están bajo el cuidado de alguien.

Por consiguiente, esta norma no es aplicable, por ejemplo, en las regiones selváticas del país, a las víboras que pudieran encontrarse en el jardín de la persona a la que se visita: la mordedura de este animal en casa ajena no da lugar a responsabilidad del dueño de la casa en base al artículo 1979; sin perjuicio de que la víctima pueda intentar una acción en base al artículo 1969, aduciendo negligencia del dueño de casa en la limpieza del jardín. Tampoco podría utilizarse el artículo 1979 para amparar una demanda por contagio microbiano: los microbios no "pertenecen" al enfermo ni están bajo su cuidado (ni siquiera en el sentido más lato del término). Sin embargo, el contagiado podría demandar al contagiante fundándose en el artículo 1969, si aduce que el contagio se produjo por dolo o culpa.

252. Carácter objetivo de esta responsabilidad. Ya hemos indicado que, desde su origen romano, esta responsabilidad es concebida con visos de objetividad; aun cuando las tendencias individualistas modernas y, en

particular, las ideas jurídicas del siglo pasado, han teñido esta responsabilidad de un cierto subjetivismo.

En verdad, quien quisiera permanecer fiel a las categorías subjetivistas, podría decir que este artículo establece una presunción de culpa iuris et de iure contra el dueño del animal o aquél que lo tiene a su cuidado. Pero una culpa que no admite refutación, una presunción de culpa que no puede ser rebatida aunque se demuestre que no hubo culpa, es verdaderamente una responsabilidad objetiva; el resto es un juego de palabras.

253. El Derecho Comparado. Esta opción por la objetividad es compartida por buena parte de la doctrina, de una manera o de otra.

254. El common law: Inglaterra. En Inglaterra, un importante caso sobre este tema es el del juicio seguido por May contra Burdett en 1846. Ahí, en esta época tan temprana, se establece ya que el dueño de animales (al menos, cuando se trata de fieras salvajes) es "un asegurador" del daño que éstos causen y debe considerársele responsable en todas las circunstancias, con responsabilidad absoluta³⁸³. Recientemente, la materia ha sido tratada legislativamente por el Animals Act de 1971 que establece una distinción entre especies peligrosas y no peligrosas.

La categoría de especies peligrosas incluye todo tipo de animales "que no son usualmente domésticos en las Islas Británicas". En consecuencia, un elefante de la India perfectamente domesticado y de uso familiar en la India, es un animal peligroso en Inglaterra. El que tiene a su cargo (keeper) este tipo de animal es responsable objetivamente por todos los daños que cause no sólo de manera directa sino también por el hecho de contagiar una enfermedad o producir un trastorno psíquico: como dicen JAMES y BROWN, el que tiene un tigre, aunque sea el más dócil del mundo, incurre en responsabilidad por el ataque al corazón que le ocurra a una persona al ver que se le acerca este animal en la calle, sin importar que el animal se estuviera acercando con la mejor de las intenciones, simplemente para que le hagan cariño³⁸⁴. Esta responsabilidad ob-

^{383.} May v. Burdett, 9 Q.B. 101, 115 E.R. 1213 (1846).

^{384.} Philip S. JAMES y D.J. Latham BROWN: General Principles of the Law of the Law of Torts. 4a. ed. Butterworths, Londres, 1978, p. 226.

jetiva es tan estricta que el que tiene a su cargo el animal no puede liberarse ni aun alegando caso fortuito o hecho determinante de tercero; sus únicas defensas admisibles son la aceptación del riesgo por la víctima, la culpa de ella y el hecho de que el daño se hubiera producido cuando la víctima había entrado ilegalmente en propiedad ajena.

Cuando se trata de daños causados por animales pertenecientes a especies no peligrosas, quien los tiene a su cargo no es *necesariamente* responsable por ellos, sino que está sujeto a la regla de la culpa; salvo que se trate de un animal inusualmente bravo

255. El common law: Estados Unidos. La tradición jurisprudencial norteamericana ha dudado entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva. Pero, en la actualidad, la solución es muy similar a la inglesa.

Es interesante revisar algunos de los casos más importantes porque demuestran la adaptación que los jueces norteamericanos vienen realizando de los principios jurídicos tradicionales a nuevas circunstancias sociales e incluso geográficas, así como a nuevas maneras de pensar.

En 1856, la Corte Suprema de Iowa conoce un caso reivindicación de ganado, vinculado a la responsabilidad extracontractual. De acuerdo con el common law, el ganado que penetra en un predio vecino y que causa daños puede ser apropiado por la víctima de los daños en reparación de ellos. Este derecho es, de alguna forma, análogo a la acción noxal romana, que antes hemos mencionado 385. En el caso que nos ocupa, el ganado de una persona denominada Wagner había penetrado en los campos de otra persona denominada Bissell, causando daños. Por consiguiente, Bissell se había quedado con ese ganado; y Wagner reclamaba su devolución (action of replevin).

El problema tenía que discutirse en términos de responsabilidad por daños causados por animales, a fin de determinar si Bissell tenía derecho a quedarse con el ganado a título de reparación por daños y perjuicios. La regla del common law inglés consistía en que cada persona está obligada a

^{385.} Vid. supra. No. 247.

mantener su ganado dentro de su terreno; no es que cada propietario de tierras tenga obligación de proteger sus dominios sino, por el contrario, que cada propietario de ganado tiene obligación de impedir que salga de sus dominios: la carga de la prevención del daño está puesta en el propietario del animal. En otras palabras, cada propietario de animales debe cercar sus tierras para que no salgan sus animales. En cambio, no existe obligación similar de los demás propietarios de tierras para que no entren los animales ajenos. Dentro de este orden de ideas, Wagner era responsable de los daños debido a que no había cercado sus terrenos; y Bissel tenía derecho a quedarse con su ganado.

Sin embargo, la Corte declara fundada la reivindicación de Wagner—lo que implica que no acepta una responsabilidad automática del propietario del ganado invasor— aduciendo que esa antigua regla del common law no era aplicable en las circunstancias de Iowa El Vocal C.J. WRIGHT se pregunta: "¿es esta regla del common law (...) aplicable a nuestra situación, condición y usos, como pueblo?. Y el Vocal J. TRUMBULL contesta: "A pesar de lo adecuado de esta regla del common law para un país tan densamente poblado como Inglaterra, es indudablemente inadecuada para un nuevo país como el nuestro". Explica que las extensiones de terreno en el Estado de Iowa son muy grandes y que no hay recursos suficientes de madera en la región para cercar las propiedades 386.

Por otra parte, en el juicio seguido por Vaughan contra un circo, la Corte de West Virginia exoneró de responsabilidad al circo por los daños causados a un espectador, considerando que no se había producido negligencia alguna por parte del dueño del circo. Vaughan había concurrido a la exhibición de animales salvajes y había sido mordido por un mono en la mano, tan gravemente que le arrancó el dedo. La Corte sostuvo que la simple posesión de animales salvajes (ferae naturae) no es ilegal y que, por consiguiente, el solo hecho de ser dueño no era un acto ilícito ni implicaba culpa alguna. En el razonamiento del Tribunal se reconoce que los animales salvajes tienden a escaparse y que, sin control, se convierten en una amenaza para el ser humano. Pero agrega que el tigre suelto no es más peligroso que el fuego, el agua, la electricidad o el gas incon-

^{386.} Supreme Court of Iowa, 1856, 3 Iowa 396.

trolados. Por eso opina que a los circos y a los zoológicos no puede atribuírseles responsabilidad objetiva por el solo hecho de poseer animales salvajes ya que ello no está legalmente prohibido; por tanto, ese dueño y sólo él puede ser responsable si tuvo alguna culpa en la vigilancia y cuidado de la fiera^{386bis}.

Sin embargo, esta tendencia subjetivista ha cambiado. La doctrina actualmente predominante según se establece en el Restatement of Torts (1938), No. 507, es que el poseedor (possessor) de un animal salvaje (wild animal) es responsable por los daños que cause "aunque haya ejercitado el máximo cuidado para mantener encerrado al animal o para prevenir cualquier daño". Es interesante destacar que en tal caso ni siquiera se admite una reducción de la indemnización por culpa contributoria (contributory negligence) de la víctima; porque, "dado que la responsabilidad objetiva (strict liability) del poseedor no está fundada en la culpa (negligence), la culpa contributoria ordinaria del demandante [víctima] no es una defensa contra tal acción. La razón estriba en el propósito de la ley de colocar la total responsabilidad de prevención en el demandado [poseedor del animal]"387.

En cambio, cuando se trata de animales domésticos, se sigué todavía la regla de la culpa; aunque el No. 509 del Restatement of Torts establece que si el poseedor tenía razones para pensar que ese animal doméstico en particular tenía un carácter peligroso (dangerous propensities abnormal to its class), también queda sujeto a responsabilidad objetiva. Evidentemente, no se puede saber si un perro muerde sino después que ha mordido una vez; por consiguiente, hasta entonces su poseedor no es responsable objetivamente sino sólo si ha mediado una eventual culpa de su parte. Pero una vez que ha mordido, su carácter anormalmente peligroso queda establecido y la responsabilidad es objetiva. Por eso se suele decir, humorísticamente, que "todo perro tiene derecho a una mordida" 188.

³⁸⁶bis. Supreme Court of Appeals of West Virginia, 1930, 109 W. Va. 170, 153 SE 289, 69 A.L.R. 497.

^{387.} Marshall v. Rane, Supreme Court of Texas, 1974, 511 S.W. 2d 255.

^{388.} Edward J. KIONKA: Torts in a nutshell. Injuries to persons and property. West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1977, p. 38.

256. Francia. El Code Napoléon, en su artículo 1385, incorporó una regla expresa sobre esta responsabilidad que establecía que "El propietario de un animal, o aquél que se sirve de él, es responsable por el daño que el animal haya causado ya sea que el animal estuviera bajo su guarda, ya sea que se hubiera extraviado o escapado".

En principio, este texto estaba sometido a la responsabilidad por su culpa, de acuerdo al tenor general de ese Código. Y, de otro lado, como ese cuerpo legal no contempla la inversión de la carga de la prueba, hubiera sido lo normal que, como en los demás casos de responsabilidad, fuera la víctima quien tuviera que probar la culpa del dueño o de aquél que se sirve del animal. Sin embargo, señalan los MAZEAUD, desde el día siguiente a la promulgación del Código, no se dudó en invertir la carga de la prueba en este caso específico, aun sin un texto legal que respaldara esta aplicación de la regla. Pero, dada la gran cantidad de accidentes de circulación ocasionados por caballos, fue necesario encontrar una solución aún más efectiva en beneficio de las víctimas. En la actualidad, ese mismo artículo del Code Napoléon, que no ha sido modificado, se lee de manera objetivista: "La jurisprudencia ha decidido ahora que el propietario o el usuario del animal no puede escapar a la responsabilidad que le incumbe sino demostrando 'el caso fortuito, la fuerza mayor o la causa extraña'; establecer que no ha incurrido en culpa alguna no es suficiente"389.

257. Italia. El Código Italiano en su artículo 2052 prácticamente reproduce el artículo 1385 del Código Francés que hemos transcrito, con el agregado de que esta responsabilidad opera "salvo que pruebe el caso fortuito".

BONVICINI, aun cuando reconoce que el propietario o el usuario del animal sólo pueden liberarse si prueban "que se ha destruido el nexo de causalidad", aduciendo el caso fortuito, sostiene que el fundamento de esta responsabilidad reside en la culpa; pero que ésta se presume en este caso³⁹⁰. Adriano de CUPIS plantea una tesis similar: la regla se basa en

^{389.} Henri y Léon MAZEAUD y Jean MAZEAUD: Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle. T. II. 6a. ed. Editions Montchrestien. Paris, 1970, No. 1073, p. 143.

^{390.} Eugenio BONVICINI La responsabilità per i danni nel Diritto delle Obligazioni. Vol. 1. A. Giuffrè, Editor, Milán, 1963. No. 93 in fine y No. 94, p. 176.

la culpa pero descarga al damnificado de la carga de la prueba y atribuye al responsable la prueba liberatoria que tiene por objeto el caso fortuito³⁹¹.

Estos autores no hacen la distinción entre caso fortuito y simple ausencia de culpa, ni tampoco entre nexo causal e imputación de culpa.

258. El Código Civil Peruano de 1936: responsabilidad objetiva. El artículo 1145 del Código Civil de 1936 contenía una regla cuya redacción era bastante similar al actual artículo 1979: "El dueño de un animal o el que lo tiene a su cuidado, debe reparar el daño que éste cause, aunque se hubiera perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el accidente tuvo lugar por el hecho de un tercero".

OLAECHEA consideraba que esa norma del Código de 1936 atribuía responsabilidad objetiva al dueño del animal o al que lo tiene a su cuidado: "Los artículos 1142, 1143, 1144, 1145 y 1146, son clarísimos. En los casos que contemplan, la base de la responsabilidad es real y objetiva. Aunque los artículos citados plantean diversas hipótesis y en algunos de ellos se puede señalar bajo el influjo del tecnicismo clásico las nociones de la culpa IN VIGILANDO o de la culpa IN ELIGENDO—artículo 1142— el Código define realmente una forma objetiva de responsabilidad (...), lo que importa es introducir una idea superior y ajena a la culpa, esto es, la idea objetiva del riesgo. Ello es claro. (...) si sólo contemplase como fundamento de la responsabilidad la falta de vigilancia o la mala elección, la culpa IN VIGILANDO o la culpa IN ELIGENDO, no estaría escrito el artículo 1143, ni el artículo 1144 revestiría un carácter absoluto como efectivamente ostenta, ni existiría el artículo 1145 ni el 1146"392.

259. El Código de 1984: un régimen particular de responsabilidad objetiva. Ya hemos indicado que debemos pensar que el Código Peruano, coherente con la amplitud que ha otorgado al concepto de riesgo o peligro en el artículo 1970, debe considerar al animal —por principio— como

^{391.} Adriano de CUPIS: Dei fatti illeciti. Art. 2043-2059. 2a. ed. nicola Zanichelli (Bologna) y Società Editrice del Foro Italiano (Roma), 1971, p. 87.

^{392.} Manuel Augusto OLAECHEA: El Problema de la Responsabilidad Extracontractual en el nuevo Código Civil. Lima.

bien riesgoso o peligroso; consecuentemente, la responsabilidad derivada de daños causados por animales debe ser objetiva. Por otra parte, la regla del artículo 1979 es muy similar a la regla del artículo 1145 del anterior Código. Y ya hemos visto que los legisladores del Código de 1936 habían pretendido insuflarle espíritu objetivista.

Pero el legislador de 1984 no se limitó a incorporar los daños por animales a la responsabilidad objetiva —lo que, en rigor, no hubiera requerido la existencia del artículo 1979 en el Código de 1984 al haberse incluido ya el principio de la responsabilidad por riesgo en el artículo 1970— sino que, dentro de tal responsabilidad objetiva, quiso establecer un régimen especial.

Como veremos a continuación, la relación de causalidad es tratada de manera muy especial en esta responsabilidad (como también en algunos de los otros casos especiales que estudiaremos más adelante). De un lado, en este caso es difícil decir que el responsable es un "causante" del daño. De otro lado, las excepciones de responsabilidad basadas en la ruptura del nexo causal, no operan de la misma forma que en los demás casos de responsabilidad objetiva.

260. Una responsabilidad "incausada". Hemos señalado anteriormente¹⁹³ que un análisis de ciertos tipos de responsabilidades aceptadas por la doctrina moderna nos creaban dudas sobre la omnipresencia de la causa en el seno de la responsabilidad extracontractual. Los daños causados por animales dan lugar a uno de esos casos en los que aparentemente hay responsabilidad sin que exista detrás de ella no sólo un culpable sino ni siquiera un causante propiamente dicho.

La regla hace responsable al propietario del animal o a aquél que lo tiene a su cuidado, aunque ese animal que cometa el daño se hubiera perdido o extraviado. La disyuntiva planteada no es tan clara, porque "perder" y "extraviar" parecen significar lo mismo. Es posible que este problema semántico no sea sino la consecuencia de un error de traducción del francés de la regla correspondiente del Code Napoléon: el artículo 1385 de ese cuerpo de leyes habla de "extraviado" (egaré) y "esca-

^{393.} Supra, No. 154, in fine.

pado" (echappé); distinción cuya relevancia jurídica sigue siendo oscura, pero que implica un cierto matiz diferente. Este error —que consiste en traducir echappé (escapado) como simplemente "perdido"— se habría producido en la redacción del artículo 2192 del Código de 1852 y fue recogido literalmente primero por el legislador de 1936 y luego de ahí lo tomó el legislador de 1984. En el mejor de los casos, podría entenderse que el legislador peruano ha querido distinguirse del legislador napoleónico y significar que, aunque el animal ya no tenga ninguna relación con su antiguo dueño, éste sigue siendo responsable: "extraviado" implicaría una desposesión que aún no es definitiva, un simple desvío temporal; mientras que "pérdida" evocaría —quizá— la misma situación con carácter definitivo.

Pero lo importante es que en ambos casos, el animal ya no está bajo el control de quien resultará responsable del daño. Ahora bien, si un animal se encuentra perdido desde hace varios meses y no ha sido posible para su propietario recuperarlo a pesar de todos sus esfuerzos, parecería que es difícil hablar de una conexión de causa a efecto entre el propietario en cuestión y los daños que produzca ese animal: ese propietario ya no es un causante, en el sentido fuerte del término.

Claro está que alguien podría todavía decir que existe siempre una relación de causalidad por el hecho de que hubo culpa in vigilando del propietario al no tomar las precauciones adecuadas para que ese animal no se extravíe o se pierda. Esto es propiamente una relación de culpabilidad; pero, como toda relación de culpabilidad implica una relación de causalidad (no así lo contrario), podemos admitir el argumento para someterlo a análisis.

La lectura del artículo comentado nos permite ver que esa relación de causalidad —subyacente a la de culpabilidad— no es relevante en este caso: no es que ese propietario responda sólo cuando tiene culpa en el extravío o pérdida (que serían los casos en que de alguna manera es "causante" de esos hechos) sino que responde siempre, independientemente de toda culpa, (salvo la excepción que trataremos a continuación). A diferencia del artículo 2192 del Código de 1852 que exoneraba al dueño si el animal se había perdido o extraviado sin culpa de éste, el Código de 1984 no menciona la culpa en absoluto: haya o no haya culpa en la "pérdida o extravío" del animal, la responsabilidad existe. Por consiguiente, si el único lazo causal entre el daño cometido por el animal y el

propietario del mismo estaba dado por la culpa y si esta culpa ya no es necesaria en el Código de 1984, estamos pues ante una responsabilidad sin culpa y sin causa. El propietario responde no porque sea culpable ni porque sea causante, sino porque la ley lo obliga. Y la ley lo obliga por razones distintas a la culpa y a la causa, tales como la mejor prevención de este tipo de accidentes, la difusión social del peso económico del daño, etc.

261. La ruptura del nexo causal. Si se tratara de una simple responsabilidad objetiva prevista en el artículo 1970, funcionarían también en este caso las excepciones contempladas en el artículo 1972: el dueño del animal o el que lo tiene a su cuidado no estarían obligados a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño. Sin embargo, el artículo 1979 crea aquí también un régimen especial y sólo exonera de la reparación al que "pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero".

Notemos ante todo que esta excepción no es un caso de ausencia de culpa sino una referencia a una nova causa intervenienti. Esta naturaleza causal de la intervención del tercero se subraya con la expresión "por obra o causa".

Pero, como puede verse en el texto, no cualquier nova causa interveniens exonera de responsabilidad al dueño del animal o a aquél que lo tiene a su cuidado: solamente el hecho de tercero. Por consiguiente, las personas señaladas por ley como responsables responden aun cuando intervengan otras causas que también rompen el más hipotético nexo causal: el caso fortuito y el hecho o imprudencia de la víctima corren por cuenta del dueño del animal o de aquél que lo tiene a su cuidado. Como puede apreciarse, el legislador ha querido que siempre hubiera un responsable y por ello sólo exonera a los "responsables prima facie" (el dueño del animal o el que lo tiene a su cuidado) cuando es posible encontrar alguien distinto que pagará por los daños: un tercero. Pero si se trata de un caso fortuito, en el que nadie estaría obligado a pagar, el Código no reconoce su valor eximente y quiere que de todas maneras ese dueño o guardador del animal asuman los riesgos correspondientes.

262. La responsabilidad estricta por ultrarriesgo. En el fondo, nos encontramos en este artículo con una aplicación no explicitada de la responsabilidad por ultrarriesgo a la que nos hemos referido anteriormente³⁹⁴.

En realidad, el legislador ha considerado que, cuando se tiene un animal, cualquier cosa puede suceder con él. Por consiguiente, ningún daño que se produzca es atípico: nada es extraordinario, luego no existe caso fortuito. Si un león se escapa de la fábrica donde cumplía funciones de guardianía porque un terremoto (que en cualquier otra situación sería un caso fortuito) derrumbó la pared de su jaula, los daños que cause tienen que ser reparados por el dueño de la fiera. El peligro que tiene entre manos es de tal naturaleza que, si quiere disfrutar de las ventajas del mismo, tiene que correr con todos sus riesgos, sin exclusión. Ya hemos visto que la ley inglesa y la jurisprudencia norteamericana sobre la materia tampoco permiten al propietario de una fiera eximirse de la responsabilidad por los daños que cause, aduciendo caso fortuito.

Sin embargo, la aplicación de la teoría del ultrarriesgo no ha sido feliz en el Código de 1984; quizá porque no ha sido resultado de una adecuada elaboración teórica.

En primer lugar, el Derecho inglés y el norteamericano hacen una distinción importante entre tipos de animales: hay las fieras o animales salvajes y hay los animales domésticos; estos últimos, salvo casos individuales anormales, no tienen la misma peligrosidad que los primeros. Por consiguiente, el régimen estricto de responsabilidad por ultrarriesgo ha sido aplicado únicamente a los animales no domésticos y a aquéllos domésticos que, en particular, tienen un carácter comprobadamente peligroso. En cambio, el legislador peruano ha colocado a todos los animales bajo el mismo régimen de ultrarriesgo. Sin embargo, si bien estamos de acuerdo en que el propietario de un león no pueda exonerarse aduciendo caso fortuito, no pensamos que lo mismo debe suceder con el propietario de un perro normalmente manso o de un gato mascota. A pesar de que creemos que los daños causados por animales domésticos deben estar sujetos a responsabilidad objetiva (a diferencia de la responsabilidad subjetiva para estos casos del Derecho inglés y norteamericano), esto no signi-

^{394.} Supra, Nos. 177 y 185.

fica que debe privarse a los propietarios el derecho de aducir cualquiera de las causales de exoneración contempladas en el artículo 1972, y no solamente la del hecho de tercero.

En segundo lugar, si nos colocamos en el campo del ultrarriesgo, no parece haber justificación para la exoneración de responsabilidad cuando el daño se produce por hecho determinante de tercero. Este suceso tiene las mismas características del caso fortuito; por lo que, si éste no tiene fuerza exoneratoria, tampoco la tiene el hecho de tercero³⁹⁵. Es verdad que la víctima tiene un sujeto más a quien reclamar la reparación: ese tercero; pero ello no exime al propietario de un animal salvaje de los riesgos que ha asumido por el sólo hecho de tenerlo. Normalmente, debería haberse producido una responsabilidad solidaria del dueño o de aquél que lo tiene a su cuidado y del tercero por cuya causa u obra se cometió el daño. Si una persona abre la jaula del león y éste se come a una niña, deben responder el dueño del león y quien abrió la jaula; sin perjuicio de que el dueño repita contra ese tercero causante directo por el monto que ha tenido que pagar a la víctima como indemnización (artículo 1983).

En tercer lugar, a pesar de la responsabilidad por ultrarriesgo, no vemos razón para obligar al dueño o a quien tiene el animal a su cuidado a pagar por una imprudencia o hecho determinante de la propia víctima; y con menor razón aún, cuando se trata de un animal doméstico que no representa ultrarriesgo. Sin embargo, la redacción literal del artículo 1979 parecería que excluye esta causal de exoneración. La norma se refiere sólo al hecho de un tercero. Pero un tercero no es la víctima sino una persona distinta del dueño del animal (primero) y de la víctima (segundo). Por consiguiente, si el daño se produce por un hecho determinante o imprudencia de la víctima misma, podría leerse esa norma en el sentido de que el dueño del animal o el que lo tiene a su cuidado no queda exonerado (artículo 1972) ni su responsabilidad se encuentra atenuada o disminuida (artículo 1973). Pensamos que son muy discutibles las razones para que la víctima imprudente sea indemnizada. Pero, si existen algunas, es aún menos claro que la víctima imprudente que sufre un daño causado por un animal sea reparada, mientras que no lo sea la víctima imprudente que sufre un daño causado por una cosa. Si Marcellus coge imprudentemente la pistola de Cornelii y se le escapa un tiro debido a su impruden-

^{395.} Vide supra, No. 185.

cia en el manejo del arma que causa un daño a alguien, Cornelius no está obligado a reparar el daño, conforme lo establece el artículo 1972. Pero si Marcellus mete la mano por la reja de la casa de su vecino Cornelii para molestar al perro de éste y recibe un mordisco, Cornelius debe indemnizarlo porque el artículo 1979 no contempla tal excepción (la causa no está en un tercero como pide el artículo comentado, sino en la propia víctima).

263. El propietario del animal y el que lo tiene a su cuidado.Un punto igualmente complicado del artículo que comentamos es el de la determinación de la persona del responsable, particularmente en su concordancia con el artículo 1970.

La regla dice que el dueño del animal "o" aquel que lo tiene a su cuidado, debe reparar el daño. la conjunción "o" tiene carácter disyuntivo y denota alternativa: o el dueño o el que lo tiene a su cuidado, pero no los dos a la vez. Esta interpretación se encuentra reforzada por el uso del verbo en singular: "debe" reparar (uno u otro) y no "deben" reparar (ambos). Esto significa que si el animal está bajo el cuidado de un tercero responde tal tercero. Esta es la interpretación dada por la doctrina francesa al artículo 1385 del *Code Napoleón* que presenta también un texto alternativo³⁹⁶.

Pero podría decirse que en castellano la conjunción "o" no tiene tan marcado efecto disyuntivo y que, cuando menos en el lenguaje coloquial, puede también ser entendida como "uno u otro, indistintamente". En este caso, respondería tanto el dueño del animal como el que lo tiene bajo su cuidado, cualquiera de ellos (lo que equivale a que ambos son responsables). Esta interpretación lingüística se vería refrendada por un argumento de carácter lógico. Si la idea era que respondiera disyuntivamente ya sea el propietario, ya sea el que tiene el animal bajo su cuidado si es un tercero, entonces hubiera podido decirse que quien responde es simplemente quien lo tiene bajo su cuidado (ya que el propietario sólo respondería cuando el animal está bajo su cuidado). Pero como se ha insistido en añadir "el dueño del animal", se está introduciendo otro orden de cosas: el puro hecho de ser dueño. Así, el propietario responde si es guardador,

^{396.} Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: Op. cit., T. II, No. 1081, p. 148.

en base a la segunda parte de la regla: "aquél que lo tiene a su cuidado". Pero en todos los casos, independientemente de que lo tenga a su cuidado, responde también como dueño.

Como puede apreciarse, esta última interpretación tiene un fundamento gramatical, explica mejor desde un punto de vista lógico los diferentes elementos de la regla y concuerda más sistemáticamente con la interpretación del artículo 1970. Ahora bien, si aceptamos esta interpretación que atribuye responsabilidad al propietario del animal en tanto que tal, resulta evidente que éste podría repetir contra quien lo tiene a su cuidado, amparándose en la regla general de responsabilidad del artículo 1969: si aquél que lo tenía a su cuidado cometió una falta in custodiendo, el dueño del animal podrá exigirle que le reembolse lo que tuvo que pagar a la víctima por su culpa.

264. ¿Quién lo tiene a su cuidado? Un último problema que surge a este respecto es el de determinar quién es "aquél que lo tiene a su cuidado".

El Code Napoleón utiliza una expresión distinta: habla de quien "se sirve" del animal. Los hermanos MAZEAUD opinaron que esta expresión correspondía a quien tiene un poder jurídico sobre el animal, al guarda de derecho. Sin embargo, la jurisprudencia atenuó algo este sentido riguroso de "servirse" de algo y consideró que el ladrón era responsable porque se servía del animal robado, aunque ciertamente no fuera un guardador ex iure³⁹⁷. La doctrina italiana comenta el artículo 2052 —que es el equivalente en el Código Civil Italiano— afirmando que basta cualquier poder sobre el animal para considerar que se es la persona que lo tiene a su cargo³⁹⁸. En nuestra opinión, el Código Civil Peruano no supone la previa constitución de guardador para que se adquiera la responsabilidad. Toda persona que detenta lato sensu un animal, tiene la obligación implícita de cuidar de él porque es un bien peligroso. Por consiguiente, el mero detentador de un animal está comprendido en la expresión "aquél que lo tiene a su cuidado" y responde por los daños que tal animal cause.

^{397.} Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: Op. cit., T. II, No. 1087, p. 152.

^{398.} Adriano de CUPIS: Dei fatti illeciti. Art. 2043-2059. 2a. ed. Nicola Zanichelli Editore (Bologna) y Soc. Editrice del Foro Romano (Roma), 1971, pp. 87-9.

265. La carga de la prueba. Cabe señalar que, aun cuando la aplicación de este artículo no requiere probar la existencia de culpa en el dueño o en aquél que lo tenía a su cuidado (porque se trata de responsabilidad objetiva), eso no significa que el hecho de ser dueño o detentador tampoco requiera probarse: tales hechos no se presumen, ni tampoco se invierte la carga de la prueba respecto de ellos; la víctima-demandante debe acreditar tanto el hecho del daño causado por un determinado animal como el hecho de que el demandado es el dueño o la persona a cuyo cuidado - lato sensu- se encontraba el animal que causó el daño.

Sección II: De las cosas inanimadas

266. Las cosas inanimadas. ¿Cuáles son las cosas inanimadas que han sido motivo de una preocupación especial, al punto de otorgarles un tratamiento también especial, ya sea legislativo, ya sea doctrinario?

No todas las cosas han merecido tal tratamiento especial, sino exclusivamente algunas que, por razones tradicionales o por razones modernas, han llamado particularmente la atención del jurista. Entre las primeras, se encuentran los edificios y los daños que ocasione su eventual caída; entre las segundas, se encuentran las cosas peligrosas.

Estudiaremos separadamente estas dos hipótesis, debido a que tienen un fundamento legal distinto dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Sub-Sección I: De la caída de los edificios

Artículo 1980.- El dueño de un edificio es responsable del daño que origine su caída, si ésta ha provenido por (sic) falta de conservación o de construcción.

267. Comparación con el texto del Código de 1936. Este artículo reproduce exactamente el antiguo artículo 1146 del Código Civil de 1936, salvo en una preposición: ha cambiado la expresión "ha provenido de" por la de "ha provenido por"; innovación que no es precisamente un acierto gramatical.

Este cambio tuvo lugar en el seno de la Comisión Revisora, pues la propuesta del Dr. LEON BARANDIARAN conservaba todavía la preposición "de".

268. Noción de edificio. Dado que el supuesto de la norma se refiere a la caída de un edificio, debemos en primer lugar examinar en lo que consiste esta "cosa" que es preocupación del legislador.

Según el diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, edificio es una "obra o fábrica construida para habitación o para usos análogos; como casa, templo, teatro, etc.". La dificultad estriba en determinar el criterio en base al cual se considera que tienen fines análogos las casas, los templos, los teatros y otras construcciones; lo que no es de ninguna manera evidente.

Para algunos, el elemento determinante que convierte en análogos todos estos casos consiste en que se trata de obras adheridas al suelo, que se levantan sobre su superficie de manera estable. Sin embargo, una construcción subterránea ¿no estaría comprendida en los alcances de esta regla? No vemos razón para no estarlo: ni de carácter semántico ni de carácter lógico. Una construcción subterránea es una "obra o fábrica", es decir, es el resultado del trabajo del hombre y se usa para depósito o para la industria o, en fin, para usos análogos a los de una construcción superficial. De otro lado, si existe alguna razón válida para atribuirle responsabilidad al propietario de un edificio, ¿por qué el propietario de una construcción superficial sería responsable y en cambio el propietario de una construcción subterránea no lo sería? Parecería que donde existe igual razón, debe existir igual derecho. Por consiguiente, la víctima de un desplome de una galería subterránea tiene tanto derecho para reclamar al propietario como la víctima del desplome de una pared superficial. La distinción entre ambos casos podría llevar al absurdo de sostener que en un accidente que provoque la caída de un edificio superficial y además el derrumbamiento de los sótanos del mismo edificio debido a que ambos -pisos superiores y sótanos- habían sido mal construidos, las víctimas que estaban sobre tierra pueden reclamar al propietario mientras que las que estaban en los sótanos ya no pueden hacerlo.

En realidad, el concepto de "edificio" debe entenderse en sentido amplio, incluyendo todo tipo de construcciones hechas por el hombre. Esto significa que los accidentes por derrumbe de minas estarían también

comprendidos en el artículo 1980; lo que es importante para el carácter de responsabilidad objetiva que tiene esta norma, como lo veremos más adelante.

La duda se presenta nuevamente cuando, en vez de pensar en una mina constituida por galerías que implican la existencia de muros, vigas, columnas y otras estructuras de contención, nos preguntamos si una explotación minera a tajo abierto es también un edificio. Ahí estamos frente a una mera oquedad; es el suelo que ha sido horadado por terrazas, sin que se haya levantado edificación alguna. Hay quien ha sostenido que "edificio" implica un lugar donde se entra, un espacio cerrado. Sin embargo, somos de opinión que en una cantera también existe obra o fábrica humana, aunque no tenga techo; y que, por tanto, si se derrumba una de sus terrazas y hiere a un visitante, la empresa propietaria responde conforme al artículo 1980. De la misma manera que si se caen las tribunas de un estadio deportivo, el propietario sería responsable conforme a este mismo artículo.

269. La caída. Ahora bien, la norma habla de la caída de un edificio. Ningún otro tipo de daño está incluido: los daños ocasionados por incendio, debido a vicio de construcción (como deficiencias de la instalación eléctrica que provocan un corto circuito) por ejemplo, no son reclamables sobre la base de este artículo. En realidad, los juristas civilistas han seguido repitiendo la preocupación ya imaginada por los romanos a través de la cautione damni infecti y expresada directamente por DOMAT en el S. XVII, cuando los edificios carecían de instalaciones. Lamentablemente, los civilistas contemporáneos no han tenido todavía tiempo de reflexionar sobre las repercusiones jurídicas de algunos inventos realizados desde esa época hasta nuestros días, que forman parte actualmente de nuestros edificios modernos y que pueden generar otros peligros que no consisten precisamente en la caída de lo construido: el descubrimiento de la energía eléctrica con la consiguiente posibilidad de fallas peligrosas en la instalación doméstica o industrial, los ascensores con su secuela de desperfectos, las instalaciones de calefacción a base de gas con sus posibilidades de intoxicación, etc. Evidentemente, podemos pensar que no es necesario una regla especial para esos casos, debido a que pueden ser tratados con los artículos 1969 o 1970; pero este argumento se vuelve contra sí mismo, porque nos hace dudar también de la necesidad de que exista una regla expresa sobre la caída de los edificios.

Pero la caída del edificio no supone una catástrofe total, el derrumbe absoluto de la construcción. La doctrina comprende también dentro de este término las caídas parciales, es decir, la caída de parte del edificio. Es así como se incluyen en esta responsabilidad los daños derivados de la caída de una cornisa y, en general, de todo aquello que constituye parte integrante o accesoria del edificio. Incluso la caída de objetos muebles puede ser considerada como caída del edificio cuando éstos están permanentemente afectados a la construcción por razones económicas u ornamentales (estatuas, etc.). Esto significa que, cuando menos, la caída del ascensor podría estar incursa en el supuesto de hecho del artículo 1980.

270. El motivo de la caída. Debe tenerse en cuenta que la caída —total o parcial— tiene que obedecer a falta de conservación o a vicio de construcción. En cualquier otra hipótesis escaparíamos al alcance de esta norma y la víctima tendría que intentar su demanda amparándose en el principio general de responsabilidad por culpa (art. 1969) o por riesgo (art. 1970).

Por consiguiente, si un vidrio se rompe en el octavo piso debido a que fue mal colocado y el pedazo cae a la calle y degüella a un transeúnte, el propietario responde conforme al artículo 1980. En cambio, si el mismo accidente se produce porque dos personas se peleaban en el octavo piso y durante el forcejeo una rompe el vidrio de la ventana, el propietario no será perseguible; pero la víctima puede accionar contra las personas cuyo forcejeo provocó la ruptura de vidrio, aduciendo culpa de ellos y amparándose en el artículo 1969.

Claro está que la construcción cuyo vicio se denuncia no es necesariamente sólo la inicial, sino que también se considera como tal a las instalaciones y refacciones posteriores. Es por ello que, en el ejemplo propuesto del vidrio mal colocado, no se trata entonces sólo de la colocación primera, cuando se construyó el íntegro del edificio: la sustitución de un vidrio es también una construcción (o reconstrucción) de parte del edificio y entra dentro del supuesto de hecho de la norma comentada.

271. Propietario inicial y propietarios sucesores. El vicio de construcción persigue no solamente al propietario que ordenó construir el inmueble sino a todos los propietarios futuros. En otras palabras, la víctima acciona contra el propietario actual, aun cuando éste no sea quien construyó el inmueble. Este propietario actual responde a pesar de que

compró de buena fe el inmueble construido y no tenía conocimiento del vicio de construcción.

272. Responsabilidad del constructor. El artículo 1784 establece que si el edificio cae total o parcialmente dentro de los cinco años de construido, el contratista responde ante quien le encargó la construcción y sus herederos (los sucesivos propietarios posteriores).

Cabe entonces preguntarse si el propietario que ha sido obligado a pagar a un tercero por un daño causado por la caída del edificio por vicio de construcción dentro de los cinco años de construido, puede repetir contra el contratista.

En nuestra opinión, no cabe duda alguna. En virtud de la responsabilidad contractual, el contratista queda obligado no sólo por los daños que sufra la obra misma sino por todo lo que le cause desmedro al propietario a raíz del vicio de construcción, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 1321 que lo responsabiliza por el daño emergente y por el lucro cesante; y entre lo que puede considerarse desmedro resultante del vicio de construcción, se encuentran las indemnizaciones pagadas a terceros por daños provocados por tal vicio.

Es interesante destacar que la víctima podría también demandar directamente al constructor. Ciertamente, tal demanda no podría estar fundada en el artículo 1784: no ha habido relación contractual entre el constructor y la víctima. Pero la demanda podría ampararse en el artículo 1969; y quizá incluso en el artículo 1970, en razón de un "riesgo de empresa" de la actividad de construcción. De esta manera, tanto el propietario como el constructor serían responsables solidariamente frente a la víctima (artículo 1983).

En el caso de la responsabilidad del constructor frente a los propietarios subsiguientes y a la víctima (responsabilidad extracontractual), podría suscitarse alguna duda en cuanto a la fecha desde la cual empieza a correr la prescripción de dos años para reclamar al constructor la indemnización por daños y perjuicios: el vicio de construcción fue cometido posiblemente mucho tiempo antes —quizá más de dos años atrás— de que cause un resultado dañino. ¿Debemos contar, entonces, el plazo a partir del acto del constructor que crea la posibilidad del daño (punto de vista del causante) o a partir de la caída del edificio que materializa el

daño (punto de vista de la víctima)? Consideramos que el segundo es el correcto en razón de que el artículo 1993 dispone que comienza a correr la prescripción desde el día en que puede ejercitarse la acción; y es obvio que la víctima sólo puede demandar desde que es víctima, es decir, desde que tuvo lugar la caída total o parcial del edificio que le produjo el daño y no desde el día en que se construyó defectuosamente el edificio.

273. El principio de responsabilidad del propietario. ¿Cuál es, entonces, el principio de responsabilidad que afecta al propietario en el artículo 1980? ¿Estamos ante un caso de culpa o de responsabilidad objetiva?

La falta de conservación se asemeja a la culpa del propietario. Sin embargo, en nuestra opinión, estamos frente a un hecho objetivo y no frente a una actitud subjetiva del propietario; al punto que la prueba de ausencia de culpa no libera al propietario. Esta era también la opinión de Manuel Augusto OLAECHEA cuando redactó el artículo 1146 del antiguo Código, como lo hemos visto anteriormente en una cita de uno de sus trabajos sobre el tema³⁹⁹. Entre los autores peruanos recientes, José LEON BARANDIARAN, quien propuso que se mantuviera en el Código de 1984 la misma regla que la existente en el Código de 1936, afirma categóricamente: "El artículo 1146 [hoy artículo 1980] establece una responsabilidad por riesgo... Es una responsabilidad sin culpa, en el sentido de que no precisa acreditar ésta última"⁴⁰⁰.

Este carácter objetivo es patente cuando se examina el caso de los inmuebles alquilados, dados en usufructos o simplemente usurpados por un tercero sin título legal. Respecto de los inmuebles dados en arrendamiento, podría decirse que el deber de conservación reposa en el propietario, en razón de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 1680 del Código Civil; pero no debe olvidarse que cabe pacto en contrario y que, a pesar de ello, el propietario sigue siendo responsable ante la víctima. En el caso del usufructo, la situación es más clara porque el artículo 1013 obliga al usufructuario a realizar las reparaciones ordinarias e incluso las extraordinarias si se requieren por su culpa (falta de conservación); sin embargo, el artículo 1980 no permite a ese propietario —que contractual—

^{399.} Supra, No. 258, n. 392.

José LEON BARANDIARAN: Comentarios al Código Civil Peruano. (Derecho de Obligaciones). T. I. Acto Jurídico. 2a. ed. Ediar S.A. Buenos Aires, 1954, p. 465.

mente no tiene obligación de conservación— liberarse de responsabilidad frente a la víctima. Y lo mismo se aplica a los derechos de uso y habitación (art. 1026). La objetividad es aun más clara cuando el propietario ha sido desposeído de su inmueble por un tercero (invasor, precario, etc.); y, sin embargo, sigue siendo responsable por los daños que ocasione su caída por vicios de construcción o de mantenimiento.

Como puede advertirse del texto de la norma, a diferencia de lo que sucede en el artículo 1979 con relación a los daños causados por animales, en este caso no se hace mención del tercero no propietario que pudiera tener a su cuidado el edificio: la responsabilidad que establece el artículo 1980 es la del propietario por el hecho de ser tal.

Por consiguiente, no interesa el control efectivo —base de la culpa— que pudiera haber tenido el propietario sobre la conservación: basta
el hecho objetivo de que la falta de conservación se haya producido
—cualquiera que sea el culpable— para que el propietario deba pagar por
los daños causados. Puede ser que el inquilino no haya advertido al propietario de la necesidad de efectuar una reparación necesaria: el propietario responde de todas maneras, aun cuando no tenía técnicamente culpa
de la situación. Esta institución jurídica puede ser considerada justa o injusta, razonable o no razonable, conveniente o no conveniente, según los
puntos de vista; pero es así como la ha concebido el legislador peruano.

Ello no obsta para que el propietario pueda repetir contra el culpable, ya sea mediante una acción contractual (si, por ejemplo, se pactó con el inquilino que a éste le correspondían las reparaciones necesarias del inmueble y los riesgos derivados de ella o, aun no existiendo tal pacto, si simplemente no avisó en tiempo oportuno al propietario sobre la necesidad de una reparación), ya sea basándose en el artículo 1969.

274. La doctrina de la culpa. No todos los autores están de acuerdo en la interpretación objetivista que hemos reseñado.

Según los hermanos MAZEAUD, tanto en el caso del vicio de construcción como en la falta de conservación hay una culpa de alguien: se trata de un vicio o una falta. Por consiguiente, estamos ante una responsabilidad por culpa. Es verdad que esta culpa puede no estar en el propietario actual, ya sea porque no construyó el edificio (en el caso del vicio de construcción), ya sea porque la conservación del inmueble no

está a su cargo debido a que lo ha arrendado con obligación del arrendatario de realizar las mejoras necesarias o debido a que lo ha dado en usufructo o incluso a que le ha sido usurpado por un tercero. Pero la ley ha querido facilitar a las víctimas la posibilidad de resarcirse del daño y ha sustituido al responsable original (propietario que construyó el inmueble, inquilino, usufructuario, etc.) por el actual propietario. Así, éste resulta una suerte de garante frente a la víctima (ya que incluso puede repetir contra el verdadero culpable)⁴⁰¹.

En realidad, esta explicación es absolutamente insatisfactoria. De un lado, no se comprende la razón por la cual, para facilitar a la víctima su reparación, deba golpearse económicamente con el daño a otra persona sin un fundamento para transferirle la carga de la adversidad. La simple facilidad de cobro de la víctima no es una razón suficiente: si lo fuera, podríamos aplicar el mismo razonamiento a todos los casos de daños y hacer siempre responsables de ellos a las diez personas más ricas del país ya que de esta forma las víctimas tendrían más facilidad para cobrar. Además, ¿por qué se requiere un garante en los casos de caída de edificios y no en los daños por ahogamiento en las piscinas públicas? Y, por último, aun tratándose de la caída de un edificio, ¿por qué se toma al propietario como garante sólo en los casos de vicio de construcción y falta de conservación y no en los casos de incendio?

Last but not least, ¿cómo es que el sujeto culpable puede ser sustituido, dentro de la aplicación de la teoría subjetivista? Lo que resulta claro es que hay uno que es culpable y otro que no lo es. Y si es responsabilizado quien no tiene culpa, no puede decirse que se está aplicando una responsabilidad subjetiva sólo porque hay otro —no necesariamente el propietario— que sí la tiene: la culpa de ese otro (el que se encargó de la construcción del edificio o quien lo tiene a su cuidado y no lo mantiene adecuadamente) no es tomada en cuenta por este artículo, ya que no le atribuye consecuencia jurídica alguna; por consiguiente, no es en la culpa que se basa esta norma.

275. La carga de la prueba. Notemos que, para la aplicación del artículo 1980, la víctima tiene que probar la falta de conservación o el vicio de construcción.

^{401.} Vid. Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: Op. cit., T. II, No. 1067, p. 50.

Como no se trata de un problema de culpabilidad sino de causalidad (hay que probar que la causa de la caída fue el vicio de construcción o la falta de conservación), no se aplica la última parte del artículo 1969: esa norma solamente invierte la probanza de la *culpa*; y aquí lo que se tiene que demostrar es un *hecho* (falta de conservación o vicio de construcción). Por consiguiente, tal prueba corre, en forma normal, por cuenta de quien aduce el hecho.

Don Manuel Bonifaz era propietario de un inmueble situado entre las calles de Mantequería de Boza y Divorciadas en el Centro de Lima. Ese local estaba ocupado por varios inquilinos. Uno de ellos era don Benigno Fernández, propietario del establecimiento de venta de camisas denominado Almacenes Safer. Otros inquilinos era don Atilio Guidi, don Máximo Tapia Meneses, don Wu Chi Chong, R.P. Bajtner y M.P. Engelhard y la Compañía Importadora y Exportadora Universal S.A. En la madrugada del 12 de julio de 1946, se derrumbó la finca, produciéndose graves daños materiales. Consecuentemente, los inquilinos demandan al propietario para que les pague los perjuicios correspondientes. Don Manuel Bonifaz se defiende aduciendo que el culpable del derrumbe fue el inquilino Benigno Fernández pues, con el objeto de ampliar su almacén, retiró una pared o tabique que separaba las dos tiendas que ocupaba, lo que comprometió la solidez y estabilidad del edificio.

La Corte Suprema, en Resolución de 11 de julio de 1951, rechazó la argumentación del propietario porque los peritos judiciales habían establecido que ese tabique no hacía ningún trabajo de soporte y que su eliminación no tenía consecuencias. Sin embargo, declara infundadas todas las demandas acumuladas porque ninguna de las víctimas había probado ni vicio de construcción ni defecto de conservación⁴⁰².

Pero esto nos lleva a la conclusión de que, aparentemente, la víctima no está en mejor situación con el artículo 1980 que con el artículo 1969, donde hay inversión de la carga de la prueba y, si demanda por este camino, sólo tiene que acreditar el daño sufrido. En otras legislaciones, existe también inversión de la carga de la prueba en el caso que comentamos. Así, por ejemplo el artículo 2053 del Código Civil Italiano

^{402.} Revista de Jurisprudencia Peruana, No. 90, Julio de 1951, pp. 780-783.

dispone que "El propietario de un edificio o de otras construcciones es responsable del daño causado por su caída, salvo que pruebe que ésta no se debió a defecto de mantenimiento o a vicio de construcción". Nuestro Código no ha contemplado tal inversión de la prueba para los efectos de utilizar el camino del artículo 1980.

¿Cuál es, entonces, la ventaja de invocar el artículo 1980? Pues solamente la posibilidad de perseguir, en búsqueda de una indemnización, a quien no tiene necesariamente culpa: el actual propietario. En realidad, el culpable —sea éste el primer propietario, el constructor o el actual inquilino o poseedor, según los casos— puede siempre ser demandado sobre la base del artículo 1969. Pero el artículo 1980 sería ocioso si sólo estuviera dirigido contra el propietario *culpable*; ocioso e ineficaz, ya que la víctima se encontraría mejor protegida por el artículo 1969. En realidad, el artículo 1980 sólo tiene justificación en cuanto otorga derechos contra aquel propietario que no es culpable, pero es propietario.

276. El fundamento de la responsabilidad objetiva del propietario. En nuestra opinión, atendiendo a todo lo expuesto en los parágrafos precedentes, estamos claramente ante un caso de responsabilidad objetiva: el propietario responde no porque sea culpable sino porque es propietario.

El problema estriba en encontrar el fundamento de esta responsabilidad objetiva: si no hay culpa ni una incongruente situación de culpables y si tampoco aceptamos que la facilidad o la riqueza personal (deep pocket) sea una justificación para cargarle el peso económico de un daño a nadie, ¿por qué ese propietario es responsable?

Una tesis posible consiste en sostener que el propietario se beneficia con su propiedad y consecuentemente debe asumir los riesgos que ella genere (teoría del riesgo). OLAECHEA y LEON BARANDIARAN fundamentan esta responsabilidad en la idea del riesgo, como antes se ha visto⁴⁰³. Sin embargo, esta fundamentación no es convincente: también el inquilino se beneficia con el edificio. Aún más; podríamos encontrar situaciones en que, dada la antigüedad de los arrendamientos, entre otras razones, el inquilino se beneficia más que el propietario. Es posible que

^{403.} Supra, No. 273.

el propietario perciba una renta modesta; en cambio, el inquilino puede ser una poderosa empresa industrial que obtiene magníficas utilidades y que paga una merced conductiva muy baja.

Otra justificación posible —esta vez dentro de la teoría de la difusión del riesgo—puede ser la de que usualmente el propietario es quien está en mejores condiciones de asegurar los daños derivados de su propiedad. Sin embargo, es posible también que en algunos casos sea el inquilino quien mejor pueda contratar seguros por riesgos derivados de la utilización y conservación de un edificio.

Por consiguiente, esta norma clásica merece un estudio más detenido. Su racionalidad dista mucho de ser evidente. Es probable que la idea que la inspira sea válida en términos generales, tanto si la justificamos por la teoría del riesgo como por la de la difusión social de los daños. Pero parecería que se requiere un afinamiento de tal idea general al fin de que pueda funcionar más ceñidamente a los casos variados y a veces paradójicos que presenta la realidad.

277. La política de erradicación del riesgo. Una de las formas como podría intentar encontrarse una justificación a la responsabilidad del propietario consistiría en apoyarse en el objetivo de la responsabilidad extracontractual que apunta a la erradicación de ciertas conductas dañinas.

Es así como se ha dicho que, para evitar que los propietarios construyan o encarguen la construcción de edificios en los que por razones de economía se coloquen materiales de baja calidad que hagan riesgosa su estabilidad, es conveniente cargarlos con todo el peso de la responsabilidad por los daños que se deriven de ello: de esa manera caerán menos en la tentación de hacer negocios a costa de la seguridad de sus futuros compradores o inquilinos.

Pero esta argumentación no es consistente. Para analizarla, es preciso referirse a los tipos de medidas posibles de erradicación de conductas dañinas y su aplicación en la situación estudiada.

Como señala CALABRESI, a quien seguiremos en buena parte de este análisis⁴⁰⁴, la responsabilidad extracontractual tiene una función ge-

^{404.} Vid. Guido CALABRESI: The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis. Yale University Press. New Haven and London, 1970, passim.

neral de desaliento de las conductas dañinas (general deterrence). En este sentido, cada actividad dañina tiene un costo para su autor en términos de las responsabilidades que origina. Así, aplicando un razonamiento puramente de mercado, cada individuo decidirá su conducta sabiendo los costos que de ella se derivarán; y, normalmente, no emprenderá actividades generadoras de daño si tiene que asumir los efectos económicos de ese daño. Sin embargo, éste no es el único método de erradicar las conductas dañinas: existe también la reglamentación específica (specific deterrence) que, basándose ya no en una aproximación de cálculo individual o de mercado sino en una aproximación colectiva o política, decide prohibir ciertas conductas o subordinarlas a un control previo a fin de que no causen daño.

Hay varias diferencias fundamentales entre una y otra aproximación. Aquélla que se basa en el mercado y en el cálculo individual sólo aplica la sanción legal una vez que el daño se ha producido; se trata de una medida ex post (aun cuando se supone que el homo oeconomicus la anticipa mentalmente, al realizar su propio cálculo de costo/beneficio). En cambio, aquélla que se basa en una decisión colectiva trata de prevenir directa y específicamente el daño mediante una reglamentación (prohibición de conducir a más de 60 km. por hora en la ciudad, sometimiento de los planos de construcción al examen por los ingenieros del Municipio y necesidad de "licencia de construcción" previa a la iniciación de la obra, obligatoriedad de proporcionar cascos a quienes ingresen a una obra en construcción, etc.); se trata de medidas ex ante. Dentro de la terminología jurídica norteamericana actual se habla de outcome regulations (que sancionan los efectos) y de upfront regulations (que previenen las causas). Por otra parte, los instrumentos jurídicos pueden ser diferentes: el outcome control utiliza la responsabilidad extracontractual para reparar los daños ocurridos a causa de la conducta nociva; el upfront control usa el Derecho Administrativo para establecer reglamentaciones orientadas a disminuir los riesgos y eliminar las conductas nocivas.

Los partidarios de las outcome regulations sostienen que presentan varias ventajas sociales. De un lado, reducen la posibilidad de obstáculos burocráticos debido a que no someten a quien va a ejecutar una actividad a tediosos trámites y licencias previas sino que prefieren esperar para ver la actuación efectiva de la persona:si y sólo si actúa de manera socialmente inconveniente, se le aplicará una sanción y se le obligará a pagar

los costos derivados de su acción. Por otra parte, se sostiene también que este control a posteriore permite que el razonamiento de mercado se desarrolle más eficaz y libremente: se presupone que cada uno sabe mejor que nadie lo que le conviene y, habiendo internalizado u obligado a contabilizar los costos de los posibles accidentes como cualquier otro costo, se supone que será el mercado libre o el sistema de precios que decidirá las opciones de acción. Todo ello nos llevaría, en la práctica, a la propuesta de sustituir una buena parte del Derecho Administrativo por la responsabilidad extracontractual.

Pero CALABRESI muestra también cómo la responsabilidad extracontractual a través de la llamada general deterrence no es un medio exclusivo y excluyente de control de las conductas dañinas: la specific deterrence a través de una reglamentación que es resultado de una opción política, resulta indispensable en muchos casos. Las razones para ello son múltiples. En primer lugar, los mecanismos de mercado para la erradicación de las conductas dañinas suponen que cada individuo sabe mejor que nadie lo que es mejor para sí mismo. Pero esto no es totalmente exacto (y menos aún en un país poco desarrollado). Los individuos pueden menospreciar los daños que resultarán de su acción o la indemnización que serán obligados a pagar; con lo que arriesgarán más de lo que hubieran hecho si tuvieran la posibilidad de establecer un juicio más sereno y mejor informado. Es así como muchos propietarios pueden pensar que es una exageración colocar tanto fierro en una construcción y opten por reducir el número o el grueso de las varillas dentro del concreto, creando una situación de riesgo sin darse plena cuenta de ello. Por otra parte, los accidentes involucran costos no monetarios que escapan al cálculo utilitario: la pérdida de vidas o el dolor físico o el sufrimiento de las víctimas de una caída de edificio no pueden ser evaluados en dinero (más adelante manifestaremos nuestra opinión sobre el llamado "daño moral"). Por consiguiente, estos "costos" no pueden ser erradicados por la vía ex post de la responsabilidad extracontractual.

Esta consideración nos lleva a otra muy importante: hay ciertos daños que, por razones de orden ético, no deben producirse cualquiera que sea su costo. En estos casos, el respeto de ciertos valores del individuo no es dejado al criterio del análisis de costo/beneficio de los demás individuos: simplemente, la sociedad no quiere que esos bienes o valores sean afectados aun cuando el infractor esté dispuesto a pagar por los daños que cause. Por último, desde un punto de vista social, no cabe duda de que es mucho menos costoso y más eficiente exigir mediante sanciones administrativas que ciertas precauciones sean adoptadas para evitar daños, que confiar en que las cosas recuperen su equilibrio gracias a la posibilidad de que un sinnúmero de víctimas inicie un sinnúmero de acciones judiciales contra un sinnúmero de causantes de daño.

Por todas estas razones, pensamos que las medidas reglamentarias en materia de construcción (condiciones de seguridad, licencia previa, etc.) no deben ser suprimidas a cambio de un reforzamiento de los remedios propios de la responsabilidad extracontractual. Un mundo absolutamente regulado por el mercado es tan imposible como un mundo absolutamente regulado por disposiciones administrativas. Ambos tipos de control de la actividad privada deben subsistir paralelamente, correspondiéndole a cada uno su propio cambio de eficacia. Pero no cabe duda de que el papel de la responsabilidad extracontractual es esencialmente intersticial y terapéutico: sólo actúa en las situaciones que se evadieron a la reglamentación administrativa (o a la aplicación de ella) y como un remedio que repara a la víctima pero no elimina los sufrimientos de la enfermedad. En cambio, las upfront regulations equivalen a la medicina preventiva del daño.

Ahora bien, ¿qué papel juega el artículo que estamos comentando dentro de este contexto? ¿Podemos pensar seriamente que por el hecho de cargar al propietario actual con el peso económico del daño erradicaremos las causas del daño?

Dentro del marco expuesto, parecería que la eficacia del artículo 1980 es muy limitada. Cuando se trata de vicio de construcción, el que hizo construir el inmueble responde por las economías mal entendidas que hizo en su construcción, sobre la base del artículo 1969; por consiguiente, respecto de ese propietario original, el artículo 1980 no agrega nada. Es más bien el actual propietario —aquél que no construyó el inmueble sino que lo adquirió posteriormente— que resulta afectado; pero este propietario actual puede no haber tenido nada que ver con la construcción. Todavía podría decirse que lo que se espera es que el propietario original sea alentado a construir bien por el hecho de que, si no lo hace, difícilmente encontrará comprador ya que el nuevo propietario "compraría" también la responsabilidad correspondiente. El argumento es sofisticado y no existe evidencia empírica alguna de que funcione, menos aún en nuestro medio.

De otro lado, cuando se trata de falta de conservación, si el propietario ocupa personalmente el inmueble sería responsable también en base al artículo 1969; en este caso, el artículo 1980 tampoco agregaría nada nuevo respecto de él. Este artículo tiene más bien aplicación contra aquel propietario que no es directamente responsable de la falta de conservación —que no es "culpable"— porque ha entregado el inmueble a un tercero en razón de cualquier título legal o ha sido desposeído del inmueble por un tercero ilegalmente. En el primer caso, no parece muy probable que los propietarios escojan a sus futuros inquilinos, usufructuarios, etc. por la seguridad de que puedan tener respecto de la manera como conservarán el inmueble. Esta será indudablemente una consideración que tomarán en cuenta, incluso por razones de los daños a su propiedad, independientemente de los daños a terceros. Pero no parece que el artículo 1980 fuera a darles un mayor celo en ese sentido. Y si se trata de un poseedor no querido por el propietario (invasor, precario, etc.), la amenaza del artículo 1980 no tiene eficacia alguna.

278. El hecho de la víctima. El artículo que comentamos no se pone en el caso del daño producido por hecho determinante o contribuyente de la víctima, por hecho determinante de tercero o por caso fortuito.

En principio, dado que se trata de una responsabilidad objetiva y que el Código de 1984 funda esta responsabilidad en el riesgo, creemos que son aplicables los artículos 1972 y 1973; aun cuando las modalidades de esta responsabilidad peculiar obligan a ciertas limitaciones. En esta forma, si el daño se produjo por hecho (imprudencia en sentido causal) de la propia víctima, el propietario resultaría exonerado de responsabilidad. Así, si el inquilino perforó una pared para hacer una puerta donde no debía y debilitó la estructura de la construcción, no puede reclamar al propietario que le pague los daños que a ese mismo inquilino le cause la caída de parte de la edificación. La tesis contraria sería absurda porque, si aceptamos con la doctrina francesa que el propietario es una suerte de garante que puede repetir contra el verdadero culpable, resultaría que ese propietario le paga al inquilino una indemnización en tanto que víctima y luego le reclama el mismo importe en tanto que culpable.

Existe jurisprudencia que admite la liberación del propietario si demuestra hecho determinante de la víctima.

Don Juan Menacho era propietario de un inmueble situado en la avenida Abancay de la ciudad de Lima. Dicho señor arrendó la parte baja

a don Guillermo Quiroz para que se instalara una imprenta y la parte alta a otros inquilinos. El impresor Quiroz introdujo una maquinaria al inmueble de una potencia superior a la que el local podría soportar; y además, la instaló indebidamente, sin las condiciones de cimentación necesarias. Esto ocasionó trepidaciones que hacían vibrar el inmueble, lo que afectó su estabilidad y desarticuló las instalaciones de agua y desagüe del predio. Ante la protesta de los demás inquilinos, se procedió a una inspección ocular municipal en la que se estableció que el inmueble amenazaba ruina y que era necesario de inmediato retirar esa maquinaria y proceder a efectuar reparaciones importantes. El propietario requirió al señor Quiroz para que devolviera el inmueble, pero éste se negó. Como consecuencia de ello, el inmueble se derrumbó causando daños a la propia imprenta de Quiroz.

En estas circunstancias, don Guillermo Quiroz demandó a don Juan Francisco Menacho para que le pagara los daños y perjuicios sufridos, aduciendo la responsabilidad legal del propietario. La Corte Suprema, por Resolución de 16 de julio de 1958, contra la opinión del Fiscal GARCIA ARRESE, declara infundada tal demanda porque el demandante "no había cuidado de instalar debidamente la maquinaria de imprenta, de modo que su funcionamiento fue causa determinante de la inestabilidad de la finca y del derrumbe consiguiente, y que por último en convencimiento del estado de ruina del inmueble y apremiado por el propietario para que procediera a desocuparlo, persiste en permanecer en él con plena consciencia del riesgo que corría, no puede dejar de someterse a las consecuencias de sus propios actos" 405.

La aplicación del caso fortuito es bastante más discutible. Es evidente que si un inmueble cae exclusivamente por causa de un terremoto, el propietario no responde: no se habría presentado condición de falta de conservación o de vicio de construcción que es esencial en la norma. Pero si el inmueble cae con ocasión de un terremoto porque existía un defecto de construcción al punto que no habría caído con ese terremoto si hubiese sido bien construido, entonces subsiste la responsabilidad del propietario.

^{405.} Revista de Jurisprudencia Peruana No. 175, año 1958, pp. 866-868.

Finalmente, el hecho determinante de tercero no es eximente en el presente caso, si se trata de una falta de conservación. La regla es terminante en el sentido de que responde el propietario si hay falta de conservación o vicio de construcción, aun cuando estas condiciones de hecho sean resultado de un acto determinante de tercero (constructor, inquilino, poseedor, etc.), Por ejemplo, si se cae una cornisa de un edificio arrendado porque el inquilino debilitó su soporte por un uso indebido y este hecho hiere a un transeúnte, el propietario responde aun cuando el hecho determinante de falta de conservación fue el de ese tercero que es el inquilino. Igualmente, si se cae un edificio por vicio de construcción que fue un acto determinante del constructor y ajeno al propietario, es siempre el propietario quien responde. Sin perjuicio en todos estos casos de repetir y de demandar sus propios daños al inquilino o al constructor o al tercero en general, ya sea sobre la base de la responsabilidad contractual, ya sea sobre la base de los artículos 1969 o 1970, según los casos.

Claro está que el propietario no responde cuando el hecho determinante de tercero no tiene relación ni con un vicio de construcción ni con un defecto de conservación: si terroristas colocan bombas en un local comercial que provocan la caída de éste, resulta evidente que el propietario del inmueble no responde por los daños.

279. La copropiedad. El último aspecto que nos queda por analizar es la situación que se presenta cuando existen varios propietarios: ¿cómo se aplica este artículo si el edificio que se cae pertenece a un condominio?

En principio, de acuerdo a la primera parte del artículo 1983, todos los condóminos son responsables solidariamente. Pero, ¿cómo se distribuyen esos condóminos la responsabilidad entre sí? Si todos tienen iguales proporciones, no hay problema. Pero si las proporciones de condominio son diferentes, ¿aquél que pagó puede repetir contra los otros y pedir al juez que fije la proporción en función de sus respectivas participaciones en el condominio?

El artículo 1983 habla de una proporción de acuerdo a la gravedad de la falta. Pero aquí no hay falta, según hemos demostrado, sino responsabilidad objetiva; y en cualquier caso, aun si se considerara que hay falta del propietario, todos son igualmente propietarios y no puede hablarse de una "mayor gravedad de la falta". ¿Quiere decir esto que no siendo posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición debe hacerse por partes iguales (art. 1383, in fine)?

La repartición en partes iguales parece contraria a la equidad. Si uno de los condóminos tiene el 99% de las acciones y derechos y el otro solamente el 1%, no parece razonable que cada uno soporte el 50% del daño. Es verdad que no hay una solución obvia a este problema desde el punto de vista estrictamente del derecho positivo. Pero creemos que, aun cuando no exista falta ni diferencias de gravedad, debemos resolver analógicamente este caso de responsabilidad objetiva y considerar que el que tiene una mayor participación con el condominio es también "más" propietario y, por tanto, es "más" responsable.

Sub-Sección II: De las cosas peligrosas

280. El "hecho" de las cosas. El artículo 1970, que crea la responsabilidad objetiva por riesgo, menciona como condicionante de tal responsabilidad no solamente a las actividades riesgosas sino también a los bienes riesgosos. ¿Significa esto que el Código ha aceptado que existe una responsabilidad objetiva por el hecho de las cosas inanimadas que recae sobre los propietarios de éstas, más allá de la clásica responsabilidad del propietario por la caída del edificio? Esto implicaría que el Código de 1984 habría acogido legislativamente la llamada "responsabilidad por el hecho de las cosas" que desarrolló JOSSERAND por la vía interpretativa a partir del Código Francés.

281. La jurisprudencia del Código Civil de 1936. El Código anterior no contenía disposición alguna que pudiera ser interpretada en el sentido de derivar una responsabilidad de la simple propiedad de la cosa inanimada, riesgosa o no. Sin embargo, en muchas Ejecutorias se hace mención de una "responsabilidad del propietario", particularmente en lo relativo a daños con vehículos.

Ahora bien, al analizar tales resoluciones de la Corte Suprema —y el correspondiente dictamen fiscal que las fundamenta— puede advertirse que en la inmensa mayoría de los casos se trataba de un propietario que a su vez era empleador de quien conducía el vehículo. En consecuencia, a pesar de la referencia a la propiedad, lo que estaba determinando la responsabilidad, en la aplicación de un Código que no contenía ninguna norma explícita al respecto (como el artículo 1970 del actual Código), era el artículo 1144 que reglamentaba la responsabilidad vicaria del principal por los actos de su servidor. Esto quiere decir que la fundamen—

tación de la resolución sobre la base de una "responsabilidad del propietario" no era, en estos casos, sino una concesión a un tema de moda: aun cuando bastaba el artículo 1144 para fundamentar el fallo, se hacía una mención adicional al propietario con el único objeto de hablar de un tema de actualidad jurídica.

En otros casos (en menor número, pero más interesantes para nosotros), la Corte se ha visto obligada a recurrir a la "responsabilidad del propietario" porque, aun cuando pensaba que era justo que éste hiciera frente a los daños sufridos por el tercero, no existía una relación de dependencia entre ese propietario y el chofer del vehículo.

Una de esas situaciones se produce cuando entre el chofer y el propietario existe indudablemente una relación de empresa pero no hay un contrato de trabajo, porque la empresa está constituida sobre la base de una vinculación familiar. Esta es la situación en materia de reparación civil en el juicio criminal seguido contra Tiburcio Anduviri que antes hemos reseñado⁴⁰⁶. Los daños se producen por una omisión de Johnny Encinas Ponce, quien conducía el camión de transporte de carga y de pasajeros de propiedad de su madre, doña Leocadia viuda de Encinas. Si Johnny Encinas no hubiera sido hijo de la dueña del camión, su relación habría sido sin duda de carácter estrictamente laboral. Pero, siendo su hijo, no percibía un salario ni estaba en relación de dependencia, sino que se trataba de una empresa familiar; por consiguiente, no se cumplía estrictamente el tatbestand del artículo 1144. Sin embargo, la Corte obliga a pagar la indemnización a la parte fuerte de dicha empresa —la titular del activo principal— atribuyéndole responsabilidad como propietaria del vehículo.

Empero, el vehículo en sí mismo no habría sido causante de daño alguno, dado que la muerte de la víctima se produce porque el chofer del camión y su ayudante no lo socorrieron cuando se encontraba herido en razón de acto propio; de ninguna manera puede pensarse que hubo relación de causalidad entre el camión y el daño sufrido por la víctima. En realidad, la referencia a la propiedad del camión es aquí también innecesaria porque, como lo dice el propio dictamen del Fiscal VELARDE ALVAREZ, la responsabilidad de doña Leocadia de Encinas podía ser

^{406.} Supra, No. 61.

establecida de manera más simple y directa sobre la base de la culpa in eligendo: aun cuando no existiera vínculo de dependencia, no cabe duda de que dicha señora había elegido para manejar ese camión y encargarse del transporte de pasajeros a una persona que, aunque fuera su hijo, carecía de la sensatez necesaria para desempeñar tal trabajo.

Otro caso en el que la relación familiar asoma debajo de la responsabilidad del propietario es el que se refiere al juicio seguido por don Alberto Drouard Hansen contra don Próspero Antola Ognio. Mientras conducía su motoneta, el mencionado señor Drouard fue atropellado por el automóvil de propiedad de Próspero Antola Ognio, conducido por su hijo Próspero Antola Becker. Como resultado de este accidente, la víctima quedó con lesiones cerebrales gravísimas. La Corte Suprema, por Resolución de 28 de junio de 1957, responsabiliza solidariamente al propietario del automóvil y a su hijo⁴⁰⁷. Lamentablemente, ni el dictamen fiscal ni la Ejecutoria Suprema precisan el fundamento de derecho de tal responsabilidad solidaria. Cabe incluso la posibilidad de suponer que el hijo haya sido un menor de edad y que, en consecuencia, don Próspero Antola Ognio haya respondido no como propietario del vehículo sino como padre, en razón de lo dispuesto en el artículo 1142 del antiguo Código.

Un caso diferente y bastante complicado en su razonamiento es el protagonizado por la Empresa Armendáriz S.A. con don Eduardo Arredondo. Este último era propietario de un camión que se encontraba a cargo de Antonio Núñez Bramonte, chofer al servicio del propietario del vehículo. Este chofer Núñez entregó el camión al mecánico Enrique Josfen Escobedo para una reparación. En circunstancias en que este mecánico Josfen conducía el camión, chocó con el ómnibus de la Empresa Armendáriz S.A. causándole diversos daños. Esta empresa demanda, entonces, al propietario del camión, Eduardo Arredondo, para que le pague la indemnización correspondiente.

En el juicio se estableció que el mecánico que conducía el camión de Arredondo en el momento del choque, carecía de brevete. Esta comprobación actúa como presunción de culpa de dicho mecánico en la producción del accidente. A su vez, el Fiscal FEBRES considera que existe

^{407.} Revista de Jurisprudencia Peruana, No. 163, año 1957, pp. 943-945.

culpa en el chofer Núñez por haber entregado la conducción del vehículo a una persona sin brevete. Y, dado que Núñez trabajaba al servicio de Arredondo, establece la responsabilidad de éste frente a la Empresa Armendáriz S.A. La Corte Suprema confirma tal responsabilidad por Ejecutoria de 20 de julio de 1956408. Lamentablemente, ni el Fiscal ni la Corte hacen referencia a los artículos del Código en los que se basa el fallo. El Fiscal se limita a mencionar una doble imprudencia (la del mecánico por manejar sin brevete y la del chofer por entregar el vehículo a persona sin brevete). Pero nadie justifica la forma como la responsabilidad se remonta hasta Arredondo, a quien solamente se le menciona como "propietario del citado vehículo". Sin embargo, teniendo en cuenta que Núñez estaba al servicio de Arredondo, resulta obvio que, si había existido culpa en Núñez, Arredondo debía responder conforme al artículo 1144 es decir, en razón de la responsabilidad vicaria del empleador y no por ser propietario del camión, hecho que era irrelevante en el presente caso.

Algunas Ejecutorias anteriores al Código de 1984 se han mostrado directamente contrarias a la responsabilidad objetiva del propietario, es decir, a la responsabilidad derivada del hecho de la cosa.

Simón Salhuana demanda al doctor José Cortez, Párroco de Pisco, para que le pague indemnización por la muerte de su hijo Pedro Salhuana González a consecuencia de las lesiones que sufriera al ser atropellado por el vehículo de propiedad de la Parroquia de Pisco, que era manejado por don José Hoyos Soplopuco. El Párroco había entregado el auto a Hoyos para su reparación, dado que éste era un mecánico de la ciudad de Chincha Alta.

El Fiscal SOTELO opina que, no existiendo relación alguna de principal a servidor entre la Parroquia y el mecánico, sólo procedería responsabilidad por culpa in eligendo o por culpa in vigilando del propietario. Sin embargo, se acreditó que el Párroco viajó personalmente a la ciudad de Chincha Alta para verificar si el taller de Hoyos era de garantía, "actos éstos demostrativos del cuidado y diligencia que en todo momento tomó el demandado". Por consiguiente, no habiéndose producido culpa alguna del propietario y no teniendo el causante directo la calidad de em-

^{408.} Revista de Jurisprudencia Peruana, No. 150, año 1956, pp. 833-835.

pleado o dependiente, el Fiscal dictamina en el sentido de que se declare infundada la demanda; dictamen que acoge la Corte Suprema en Ejecutoria de 10. de octubre de 1951⁴⁰⁹.

Asimismo, la Ejecutoria Suprema de 3 de abril de 1978 señala que la responsabilidad por el hecho de las cosas, presente en las normas sobre daños causados por animales y daños causados por la caída de un edificio, no puede extenderse a las demás cosas. Por consiguiente, el propietario de un vehículo no responde por los daños que éste cause sólo por el hecho de ser propietario: la responsabilidad no nace porque "es ajena a ella la propiedad de un vehículo, siendo en cambio decisiva la relación de dependencia que tenga quien lo maneja con la persona a la que le presta servicios"⁴¹⁰.

282. Ambigüedad del Código. ¿Cuál es la situación del propietario en el Código Civil de 1984? La respuesta no es clara debido a la ambigüedad del texto legal comentado. Por consiguiente, ésta es también una decisión que queda en manos de la jurisprudencia.

De un lado, podría decirse que la expresión "Aquél que mediante un bien riesgoso o peligroso..." se refiere directamente al que comete el daño: el "aquél" sería el causante directo que "usó" el bien y produjo el daño; el propietario estaría excluido. Sin embargo, podría afirmarse válidamente a juzgar por el mero texto —independientemente de las aclaraciones que después puedan hacer sus autores y que ya no tienen fuerza de ley— que el propietario también causa el daño (en el sentido jurídico y no físico de causalidad) al entregar el bien a un tercero para su uso. De esta manera, si una persona alquila su automóvil a otra y esta última atropella a alguien, tanto el que usaba el vehículo como el propietario serían responsables.

283. Nuestra posición. Desde la perspectiva de la difusión del peso económico del daño que hemos adoptado en este libro como opción prioritaria (para el tratamiento de los accidentes), esta última interpretación que responsabiliza al propietario sería interesante, siempre que se tuviera en

^{409.} Revista de Jurisprudencia Peruana, No. 97, Febrero de 1952, pp. 1713-1714.

^{410.} Revista de Jurisprudencia Peruana, No. 411, Abril de 1978, p.399.

cuenta, cuando se trate de juzgar los distintos casos, que el fin último es efectivamente la difusión del riesgo y no una suerte de responsabilidad ciega del presunto propietario.

Decimos que la interpretación es interesante porque usualmente es el propietario quien se encuentra en mejor aptitud para utilizar ese poderoso mecanismo difusor que es el seguro.

En realidad, el causante puede ser: (1) el propio propietario de la cosa, caso en el cual el problema de interpretación no se presenta ya que éste será de todas maneras responsable como causante directo; (2) un dependiente del propietario actuando en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo, caso en el cual el problema tampoco se presenta dado que el propietario responde en tanto que empleador en virtud del art. 1981; y (3) un tercero no dependiente. Es sólo en esta última hipótesis —es decir, que el bien que causa el daño estuviera siendo usado por un tercero— que nos encontramos ante el problema de interpretación de este artículo, ya que las otras hipótesis tienen solución mediante la aplicación de otras normas. Dicho tercero puede ser: (a) una persona que ha recibido el bien del propietario en virtud de cualquier título legal: un arrendatario, un comodatario (que, a su vez, puede ser el propio servidor fuera de horas de servicio), etc.; o (b) una persona que está usando el bien indebidamente: el caso típico es el del ladrón.

Examinemos, pues, la hipótesis en cuestión. Si aceptamos la tesis de que el propietario es responsable, pueden presentarse dos situaciones dentro del Código de 1984. Si se tratara de un bien cualquiera (no riesgoso), el propietario sólo respondería si no puede probar que no tuvo culpa in custodiendo (caso de que abandone descuidadamente un objeto de por sí no peligroso en un lugar riesgoso: un ladrillo colocado en un lugar inestable del techo de un edificio, de manera que cualquier cosa lo puede hacer caer y herir a un peatón) o culpa in eligendo (caso de que entregue un bien no necesariamente riesgoso a quien no está capacitado para usarlo adecuadamente: la entrega a un ignorante en carpintería de un mueble valioso perteneciente a un tercero para que lo repare, lo que ocasiona la destrucción de la obra de arte) o culpa in vigilando (falta de vigilancia a un niño sentado al lado de la ventana, con la posibilidad de que arroje un juguete sobre un transeúnte y le cause daño). Pero si se tratara de un bien riesgoso o peligroso, el propietario no podría liberarse de la responsabilidad probando su ausencia de culpa porque ésta tendría carácter objetivo: por ejemplo, alguien deja un vehículo correctamente estacionado y con frenos en una pendiente; pero, debido a que los frenos fallan o por cualquier otra circunstancia desconocida, el vehículo se desliza calle abajo y atropella a una niña (aplicación del art. 1970, con la salvedad de los supuestos previstos en el art. 1972).

284. Propietario formal y el propietario real. Sin embargo, decíamos que es importante también mantener siempre presente que, desde la perspectiva propuesta, el propietario es responsable porque —y sólo porque—está en mejor aptitud de contratar un seguro y no simplemente porque es propietario.

En consecuencia, aun si admitiéramos una responsabilidad objetiva del propietario de un bien riesgoso con el que se ha causado daño, ésta no podría existir cuando el propietario no estaba en posibilidad de asegurarse, porque en la realidad ya no era propietario: el solo hecho de ser formalmente propietario no lo hace "culpable" ni lo obliga a asumir daños de otro.

Un ejemplo puede aclarar esta distinción. Es posible que quien la ley considere como propietario sea aquél que aparece como tal en los registros respectivos (verbi gratia, el Registro de Propiedad de Tránsito). Pero tal "propietario" puede haber vendido su bien y esta venta por razones diversas —que pueden ir desde la negligencia hasta la intención de evadir el pago del impuesto a la transferencia- no ha sido inscrita. Quizá el comprador a su vez vendió nuevamente el bien a otra persona; y tampoco inscribió esa nueva venta porque su propio título no estaba inscrito. Si sucede un accidente con ese bien (que suponemos peligroso), mal haría en atribuirse al "propietario" registral una responsabilidad objetiva ciega que le haga cargar el peso del daño, a pesar de que de que ya no estaba en aptitud de asegurarse porque en realidad --más allá del formalismo legal— ese bien ya no formaba parte de su patrimonio. Evidentemente, este "propietario" remoto ya no sería ese "Aquél que (...) causa un daño..."; y, dada su incapacidad real para asegurarse por los daños causados por ese bien que ya no es suyo (aunque formalmente lo sea), simplemente se le trasladaría todo el peso del daño sin ninguna razón de culpa, de causa ni de difusión del riesgo.

Tampoco podría aducirse que trasladar la responsabilidad a ese "propietario" formal es una manera de sancionarlo por su negligencia en

no haber realizado los trámites a tiempo —no se trata de una negligencia respecto del accidente, sino respecto de un trámite formal, independiente del accidente— o por su falta en el pago de los impuestos de transferencia. Este tipo de infracciones tienen sus sanciones propias en las reglamentaciones administrativas correspondientes; no se les puede aplicar sanciones en un campo totalmente ajeno: el infractor de las disposiciones administrativas y tributarias sobre transferencia de vehículos no puede ser considerado responsable de todos los daños que terceros causen con un automóvil que alguna vez fue de su propiedad, como el infractor de las normas que obligan a tener autorización para portar armas no puede ser considerado criminal en todos los crímenes que se cometan con el revólver que alguna vez fue de su propiedad.

La jurisprudencia peruana ha sido vacilante a este respecto.

Doña Melchora Carrasco viuda de Cano demandó al Mayor E.P. Eduardo Venegas González reclamando indemnización por la muerte de su esposo don Manuel Cano Carrasco, con motivo de un accidente automovilístico ocasionado por un automóvil inscrito en el Registro de Propiedad de Tránsito a nombre del referido militar. El Mayor Venegas manifestó que ese automóvil había sido vendido a don Luis Jordán Sedamanos y que éste a su vez lo había vendido a un tercero y ese tercero a un cuarto; por lo que no tenía ya ninguna relación con el vehículo ni con el chofer que cometió el atropello. La Corte Suprema opinó que, existiendo el Registro de Propiedad de Tránsito, no podía enervarse su fe mediante otros documentos y declaraciones testimoniales. Consecuentemente, la Ejecutoria Suprema de 5 de enero de 1972 lo obligó a pagar indemnización⁴¹¹.

En cambio, la posición contraria —y, en nuestra opinión, más consistente— aparece en le Ejecutoria Suprema de 17 de abril de 1968⁴¹². El 13 de febrero de 1964, se produjo un choque entre una camioneta conducida por don Luis Gutiérrez Alcalde y un automóvil particular en el que viajaba don Félix Ballena Flores, falleciendo este último como consecuencia de la colisión. Doña Manuela Flores González, madre del

^{411.} Revista de Jurisprudencia Peruana, No. 338, Marzo de 1972, pp. 342-343.

^{412.} Revista de Jurisprudencia Peruana, No. 293, Setiembre de 1968, pp. 1097-1099.

occiso, demandó a don Isaac Varón para que, en su condición de propietario de la camioneta conforme aparece del Registro de Tránsito, le pague la indemnización correspondiente.

Don Isaac Varón contestó haciendo presente "que la camioneta no era de su propiedad, pues hacía tiempo que la había cedido a la firma Carlos Manucci en parte de pago de otra camioneta nueva que adquirió, y junto con ella entregó los documentos respectivos, así como el contrato privado de compra-venta, ignorando por qué esa firma no hizo la transferencia en la dirección General de Tránsito". El Fiscal L. PONCE SOBREVILLA consideró que esta argumentación no era procedente porque "La Corte Suprema ha establecido en diversas ejecutorias que el único título que califica la propiedad de vehículos motorizados como camionetas, es su inscripción en el Registro de la Dirección de Tránsito".

Sin embargo, en este caso, la Corte Suprema, lejos de adoptar el criterio formalista del Fiscal y atribuir una responsabilidad ciega al "propietario registral", estableció que estaba probado que el actual propietario de la camioneta era su chofer al momento del accidente, don Luis Gutiérrez Alcalde. Por consiguiente, "el demandado Varón Eskenasi no era propietario ni estaba bajo su posesión el tantas veces mencionado vehículo con el que se causó el siniestro". Por otra parte, "la circunstancia de que la firma comercial antedicha no hubiera cumplido con tramitar la transferencia correspondiente, cuando el vehículo estaba ya bajo su dominio y posesión no puede perjudicar al demandado que había enajenado la cosa en la forma usual como se observa en el comercio de vehículos motorizados". Por último, la Corte declara que "no puede considerarse como único título que califique la propiedad del vehículo su inscripción en el registro antes mencionado para derivar las responsabilidades que se demandan, desde que existe prueba instrumental fehaciente, que constituye precisamente el elemento fundamental para calificar el derecho de propiedad que se inscribe en el registro respectivo de la Dirección de Tránsito". De esta manera, la Corte Suprema admitía que la inscripción en el Registro de Tránsito no es sino una presunción iuris tantum de propiedad, que puede ser enervada para efectos de la responsabilidad extracontractual mediante otras pruebas en contrario.

La teoría de la difusión del riesgo —que, en nuestra opinión es una de las pocas maneras de hacer inteligible el recurso de la objetividad para determinar la persona que debe pagar la indemnización a la vícti-

ma— excluiría de responsabilidad a tal "propietario registral" (y no real) por cuanto no se cumplen respecto de él las condiciones que justifican socialmente el traslado del peso económico del daño (posibilidad de asegurarse).

En consecuencia, esa responsabilidad del propietario de la cosa riesgosa —que tendría que ser construido en detalle por la jurisprudencia dentro del vago marco de la norma comentada— debería también jurisprudencialmente excluir estos casos. Para ello, al construir este tipo de responsabilidad, las Cortes deberán ser muy cuidadosas con los fundamentos en los que sustenten sus fallos, so pena de caer fácilmente en injusticia y/o en incoherencia.



CAPITULO III LA RESPONSABILIDAD VICARIA DEL EMPLEADOR



Artículo 1981.- Aquél que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.

Sección I: Subjetividad y Objetividad

285. El mundo del trabajo dependiente. Este artículo plantea uno de los casos más importantes en el mundo moderno de la llamada responsabilidad vicaria (del latín vicarius, que viene de vicis, vez, alternativa): se trata de la responsabilidad alternativa o substituta (veremos que es más propiamente acumulativa) del principal frente a los actos de su servidor, expresada en el principio respondeat superior.

Dada la importancia de las relaciones laborales en el mundo económico contemporáneo construido sobre la base del trabajo dependiente —a diferencia del mundo clásico, fundamentalmente artesanal, en el que los productores de bienes y servicios gozan de una relativa independencia—el tipo de responsabilidad creado por este artículo tiene una función económica y social de la mayor significación.

286. Autor o responsable civil. En el caso de esta norma, nos encontramos con dos personas vinculadas al daño: el autor material y su "patrón". El Código los llama autor directo y autor indirecto.

Sin embargo, la denominación de «autor» indirecto no parece adecuada porque, dentro de la interpretación moderna de esta responsabilidad, si bien el servidor (causante físico del daño) es un verdadero autor, el patrón o principal no es necesariamente un autor: puede no ser autor de nada, no ser autor de ningún daño, es meramente un responsable del daño cometido por su dependiente. Por eso, quizá sea más propio llamarlo "responsable civil" —como lo hace la doctrina francesa— debido a que es responsable sólo por efecto de una disposición de la ley civil y no por sus hechos. Salvo que, considerando literalmente el texto del artículo, lleguemos a la conclusión de que el legislador ha querido retroceder en el tiempo y establecer una responsabilidad del patrón basada únicamente en la culpa, lo que no parece razonable.

287. Ars combinatoria. Planteada la existencia de dos personas vinculadas al daño —el autor y el responsable civil— es interesante analizar las distintas posibilidades como se pueden combinar las condiciones de responsabilidad de una y otra. Porque tanto en el caso del autor directo como en el del responsable podemos preguntarnos si se requiere o no de culpa (en el sentido lato, que incluye al dolo) para que funcione el principio respondeat superior.

Estas combinaciones son cuando menos las siguientes:

- (a) Que se requiera culpa en el autor directo (dependiente) y también culpa en el responsable civil (principal). Este último respondería si y sólo si ha incurrido en culpa in eligendo o en culpa in vigilando. Nótese que esta conceptualización de la situación permitiría quizá considerar al principal como un verdadero "autor" indirecto.
- (b) Que se requiera culpa en el autor directo (dependiente) pero no necesariamente culpa en el responsable civil (principal). Este último responde objetivamente, a condición de que haya existido una culpa en el primero. En este caso, el principal no es un autor puesto que sus actos no son causa de nada: es un mero responsable por mandato de la ley.
- (c) Que no se requiera culpa en el autor directo (dependiente), pero que el principal sólo responda por los actos de su dependiente cuando hubiere incurrido en falta de vigilancia o culpa in eligendo. Así, la responsabilidad del dependiente tendría un fundamento obje-

tivo, mientras que la del principal tendría un fundamento subjetivo. Nuevamente en este caso regresamos a la idea de que el principal es un "autor".

(d) Que no se requiera culpa ni en el autor directo ni en el principal: todos los daños cometidos por el dependiente serían indemnizados por el principal, sin que éste pueda exonerarse aduciendo ausencia de culpa ni de su dependiente ni de sí mismo. Es el caso de la responsabilidad objetiva integral. En este caso, ni el dependiente ni el principal son verdaderos "autores" sino meros responsables civiles.

Estos cuatro casos pueden ser diagramados de la siguiente manera:

Art. 1981		PRINCIPAL RESPONSABLE CIVIL		
D E P E N D I E N T E	A U T O R D I R E C T		Culpa	No culpa
		Culpa	Caso A	Caso B
		No Culpa	Caso C	Caso D

Como puede apreciarse, tres de las mencionadas posibilidades recogen en mayor o menor grado la idea de la culpa como elemento constitutivo del hecho indemnizable, colocándola en el causante directo (dependiente), en el principal o en ambos. Es solamente en uno de tales casos que la idea de la culpa resulta absolutamente eliminada y la indemnización tiene lugar aun cuando el daño no sea resultado de un hecho «culpable»

288. Ortodoxia y concesiones. El denominado "Caso A" constituye la versión más ortodoxa de la teoría de la culpa. De un lado, no hay lugar a indemnización si el hecho dañino del servidor está libre de culpa. De otro lado, aun cuando haya existido culpa del servidor, el principal a su vez sólo responde si ha mediado también culpa de su parte; y esta culpa sólo puede presentarse como un defecto en la elección del servidor adecuado para realizar una determinada tarea o como un defecto en la supervigilancia de la ejecución de tal tarea a fin de controlar que sea efectuada adecuadamente.

El Caso C constituye una concesión a la responsabilidad objetiva en la medida de que se reconoce indemnizable todo acto dañino del servidor, aunque el daño se haya producido sin culpa de éste. Pero se aferra aún a la idea de la culpa cuando sostiene que el principal sólo estará obligado, independientemente de la existencia o culpa o no del servidor en la producción del daño, siempre que haya existido culpa de su parte (del principal).

289. El envilecimiento de la culpa. Debe advertirse que la exigencia de la culpa en el principal o patrón hace prácticamente irrelevante la responsabilidad vicaria: en tal hipótesis, el artículo 1981 del Código Civil sería de muy escasa aplicación. Como señala JOSSERAND, "de la defensa a ultranza de la culpa resulta su envilecimiento".

En efecto, aun cuando se aplique la inversión de la carga de la prueba, la liberación del principal sería muy sencilla demostrando que no ha mediado falta de cuidado en la elección del servidor ni en la vigilancia de su trabajo.

En los casos en que no se requiere de personal calificado para realizar una determinada tarea, difícilmente puede sostenerse que hay un defecto de elección por parte del principal contratante si el servidor contratado es una persona simplemente normal. Y en los casos en que se requiere de ciertos conocimientos o de cierta experiencia, basta que el principal pruebe que exigió certificados de trabajos anteriores o que sometió al candidato a un examen previo, para quedar libre de culpa in eligendo.

En algunas situaciones, bastará que el principal demuestre que el servidor había obtenido el título profesional o la licencia oficial para realizar ciertos trabajos. Así, tratándose de un accidente causado por el camión de una empresa, bastará que ésta pruebe que el chofer tenía brevete profesional para que la empresa quede liberada de culpa en la elección del chofer: ¿cómo podría la empresa dudar de la certificación de capacidad para conducir otorgada por el propio Estado?

La culpa in vigilando puede también ser fácilmente esquivada por el principal. Es evidente que la obligación de supervisión no puede significar la presencia del principal al lado del servidor en cada uno de los actos de éste: una concepción tan naif y primitiva de la vigilancia haría inútil el contrato de trabajo, cuya finalidad está orientada a liberar al principal de la realización de ciertas tareas, multiplicando así sus posibilidades de acción. El principal debe dirigir el trabajo, lo que no significa que deba acompañar a cada uno de sus servidores en la realización de cada una de sus tareas. Ahora bien, la dirección supone simplemente el otorgamiento de instrucciones adecuadas y de condiciones de ejecución satisfactorias, así como la verificación posterior de que la tarea ha sido adecuadamente efectuada. En estos términos, ¿cómo podría responsabilizarse a la empresa propietaria del camión que causó un accidente si éste estaba manejado por un chofer con brevete, quien recibió instrucciones normales de realizar ciertos despachos? El gerente de la empresa no tenía que estar sentado al lado del conductor y verificar por sí mismo en cada esquina que no venía un vehículo por vía preferencial; si el chofer se distrajo en una bocacalle mientras realizaba el despacho de la mercadería, mal puede decirse que hubo un defecto de vigilancia en el principal.

290. La responsabilidad vicaria y los Códigos. Es verdad que todavía algunos Códigos —particularmente aquellos inspirados en el Derecho Alemán, profundamente subjetivista— permiten que el empleador se libere demostrando su ausencia de culpa. Este es el caso del propio BGB (art. 831), del Código Suizo de las Obligaciones (art. 55), del Código Brasileño (art. 1523), del Código Uruguayo (art. 1324), del Código Mexicano (art. 1924) y del Código Colombiano (art. 2349).

En algunos países —en España, por ejemplo— el fundamento de esta responsabilidad sigue siendo la culpa in vigilando y/o in eligendo, al menos en el texto del Código (art. 1903): sobre el dador de trabajo recae una presunción de culpa. Por tanto, dado que se trata de una presunción

iuris tantum (que es la única forma de sostener honestamente el principio de culpa, ya que la presunción de culpa iuris et de iure no es sino una forma culposa de hablar de la responsabilidad objetiva), el principal podría liberarse de responsabilidad probando que no tuvo culpa ni en elegir al servidor ni en vigilarlo. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia española han revestido esta responsabilidad de un matiz objetivista al exigir una vigorosa prueba de diligencia para exonerar al empresario, de modo que casi nunca puede liberarse; aun cuando existan Ejecutorias un tanto vacilantes sobre el particular⁴¹³.

Sin embargo, otras legislaciones se han preocupado por el hecho de que, insistiendo en la culpa, la norma se vuelve inútil debido a la extrema rareza de los casos en que es efectivamente aplicable. Por ello, siguiendo la tendencia del *Code Napoléon* (art. 1384) y las más recientes tendencias en materia de responsabilidad extracontractual, consideran que la responsabilidad del principal es inexcusable. Este es el caso del Código Civil Italiano (art. 2049), del Código Boliviano (art. 992), del Código de la República Democrática Alemana (art. 331), del Código Egipcio (art. 214) y del Código Portugués (art. 500). En el caso de la Argentina, una jurisprudencia casi unánime consagra la inexcusabilidad del patrón⁴¹⁴.

291. El principio dentro del Derecho Civil Peruano. El artículo 1144 del Código Civil Peruano de 1936 establecía la responsabilidad vicaria. Y la interpretación de los más importantes juristas peruanos ha sido en el sentido de que el principal responde inexorablemente: "no cabe que el patrón se excuse alegando que no tuvo culpa en cuanto a la ejecución del acto realizado por su dependiente" 415.

Por otra parte, la jurisprudencia —aunque con algunas excepciones— entendió ese artículo en el sentido de que su aplicación no requería tampoco culpa del servidor: todos los daños causados por un servidor,

^{413.} Jaime SANTOS BRIZ: La Responsabilidad Civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal. 4ta. ed. Editorial Montecorvo S.A. Madrid, 1986, p. 430.

Vid. Matilde M. ZABALA DE GONZALEZ: La responsabilidad del principal por el hecho del dependiente. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 40.

^{415.} José LEON BARANDIARAN: Curso del Acto Jurídico. Lima, 1983, p. 80.

existiera o no culpa de éste, eran de responsabilidad objetiva del principal. De esta manera, la responsabilidad vicaria estaba en el Perú comprendida —en base a una interpretación judicial— dentro del que hemos denominado Caso D: no se requiere culpa del principal ni del servidor.

Doña Carmen Monzón viuda de Paredes demandó a la Empresa del Ferrocarril de Trujillo para que le abone daños y perjuicios por la muerte de su esposo, don Eduardo Paredes Vásquez. El día 12 de abril de 1940, una yunta de bueyes de propiedad de la víctima quedó atascada sobre la línea del ferrocarril. Don Eduardo Paredes trató de salvaria, pero fue arrollado junto con su vunta por el autovagón, lo que le produjo la muerte. La Empresa del Ferrocarril se defendió argumentando que no había habido culpa en el motorista del autovagón y, por consiguiente, no había responsabilidad en el tercero que es la empresa. Sin embargo, el Fiscal PALACIOS sostuvo que, tratandose de la responsabilidad vicaria del principal, "es necesario prescindir de la investigación referente a si hubo o no culpa en el agente del hecho y sólo cabe estudiar y apreciar si éste estaba al servicio de tercera persona cuando el acto se realizó", porque existe una "responsabilidad del tercero a cuyas órdenes trabajaba el que el daño produjo con su acto, sea o no culposo". Es interesante destacar que el Juez de Primera Instancia había opinado por la responsabilidad del principal, pero la había fundado en una presunta culpa. Sin embargo, el Fiscal PALACIOS rechaza esta base de responsabilidad del principal y sostiene que ésta es puramente objetiva: "La sentencia de Primera Instancia incurre en el error de apoyarse en el Código Civil derogado (de 1852), que hacía referencia a la culpa, pero cuya doctrina ha quedado completamente en desuso ante la nueva sostenida por el Código Civil actual y la jurisprudencia de este Supremo Tribunal". La Corte Suprema acogió el planteamiento del Fiscal en Ejecutoria de 27 de setiembre de 1945416.

En las primeras horas de la mañana del 27 de enero de 1933, en el cruce de la carretera que se dirige de Trujillo a Moche, ocurrió un gravísimo accidente entre el convoy cañavelero tirado por la máquina que manejaba Pedro Ponce Mendoza, al servicio de la hacienda Laredo, y la góndola manejada por Simón Salinas. Como consecuencia del mismo, su-

^{416.} Revista de Jurisprudencia Peruana, Noviembre-diciembre de 1946, Nos. 34-35, pp. 716-718.

frieron daños varios pasajeros de este último vehículo: Domitila Azabache de Cruz perdió la vida, a Pedro Asmad hubo que amputarle la pierna derecha a la altura del muslo, a Julia Nique de Azahuancha hubo también que amputarle una pierna y María Anhuamán sufrió lesiones menos graves. Es por ello que los herederos de la muerta y los otros accidentados demandaron a la Negociación Laredo, empleadora del motorista del convoy, para el pago de una indemnización por los daños y perjuicios indicados. El Fiscal doctor PALACIOS indica en su dictamen que el accidente se produjo por la acción negligente de ambos conductores; sin embargo, agrega que "Conforme a los artículos 1136 y 1144 del Código Civil (de 1936), la responsabilidad de la Empresa es evidente aun cuando no se hubiera comprobado si hubo negligencia por parte de su empleado, el motorista Pedro Ponce Mendoza, porque es suficiente que estén comprobados el daño y el acto que lo originó, al que los agraviados fueron totalmente extraños, para que la responsabilidad esté latente". No cabe duda de que, al decir "latente", quiso decir "presente" o "efectiva"; pero lo importante es que no otorga importancia a la existencia de culpa en el servidor (ni mucho menos en el empleador) sino simplemente repara en la existencia del vínculo de dependencia y en el hecho de que el dependiente ha cometido un daño en el ejercicio de su función: estamos, entonces, ante una responsabilidad doblemente objetiva, tanto con respecto del servidor como respecto del empleador. La Corte Suprema, en Ejecutoria de 19 de octubre de 1945, confirma esta interpretación de la responsabilidad vicaria del empleador^{416bis}.

De la misma forma, en el juicio seguido por Betsabé Santillán de Pastor contra la Fábrica de Aceites San Jacinto, por la muerte de su esposo, don Buenaventura Santillán, con motivo de un accidente de tráfico protagonizado por un chofer de esa fábrica, el Fiscal SOTELO opinó que, aunque no existiera culpa en el chofer, la "obligación a cargo de la Empresa es ineludible". La Corte Suprema hizo suyo en este punto el dictamen del Fiscal en Ejecutoria de 2 de abril de 1952⁴¹⁷.

Sin embargo, la Corte Suprema ha mostrado en algunas ocasiones ciertas dudas respecto de la objetividad en la apreciación del acto dañino

⁴¹⁶bis. Revista de Jurisprudencia Peruana, Noviembre-Diciembre de 1946, Nos. 34-35, pp. 720-722.

^{417.} Revista de Jurisprudencia Peruana, Abril de 1952, No. 99, pp.1984-1985.

del servidor (sin que ello afecte la objetividad de la responsabilidad del empleador, una vez demostrada la culpa del servidor). Así, por ejemplo, en el juicio seguido por Dina Vidal Flores de Moore contra el chofer Víctor Elías Zelaya, el Concejo Provincial de Lima y la Empresa de Transporte Urbano del Perú (ENATRU PERU), la Ejecutoria Suprema de 3 de abril de 1968 señala en sus considerados que «el artículo 1144 (del Código Civil de 1936, que establece la responsabilidad del empleador) (...) presupone (...) que el daño (...) sea consecuencia de un acto ilícito del dependiente^{417bis}. Obviamente, un acto "ilícito" presupone a su vez una culpa en el actor.

292. El Código de 1984. La norma del artículo 1981 del actual Código Civil que estamos comentando, consagra la responsabilidad objetiva del principal. Esta tesis se confirma por la redacción del mencionado artículo, si se la compara con la del artículo 1969. En este último, expresamente se limita la responsabilidad a los daños cometidos con dolo o culpa; en cambio, el artículo 1981 prescribe que el que tiene a otro bajo sus órdenes responde por los daños que éste cause, sin hacer mención alguna al dolo o a la culpa.

La única razón que podríamos tener para dudar de la interpretación objetivista de la responsabilidad del principal sería la referencia a éste como "autor" del daño: sólo se puede ser autor de un daño que no se ha cometido directamente si es que tal daño es producto de alguna negligencia de esa persona. Por consiguiente, la palabra "autor" estaría ligada (en estas circunstancias) a una noción de culpa. Sin embargo, consideramos que esta razón es deleznable porque es el resultado de un simple juego de palabras. Con toda seguridad, el legislador ha calificado al principal como autor —aunque no es sino un mero responsable civil— porque, aun cuando considera que su responsabilidad es inexcusable, la funda en una pretendida culpa irrefutable: al principal se le adjudica una culpa in eligendo y/o in vigilando con el carácter de presunción iuris et de iure; y es así que es «autor». Esta era también la teoría que algunos juristas peruanos sostuvieron para justificar la inexcusabilidad del principal dentro de las reglas del Código Civil de 1936418. Sin embargo, hemos manifesta-

⁴¹⁷bis Revista de Jurisprudencia Peruana, Abril de 1978, No. 411, pp. 399-401.

Vid. José LEON BARANDIARAN: Curso del Acto Jurídico. Lima, 1983, p. 80;
 del mismo autor: Comentarios al Código Civil Peruano. Derecho de Obligaciones,
 T. I, Ediar Editores, Buenos Aires, 1954, pp. 448, 449 y 461.

do repetidamente que la presunción iuris et de iure de culpa no es sino una cortina de humo verbal para esconder la presencia de la perturbadora responsabilidad objetiva en el seno de la teoría de la culpa: ¿cómo puede hablarse de culpa si no se permite probar su ausencia y si, aunque pudiera demostrarse que ésta no se ha producido, se atribuye de todas maneras responsabilidad al principal? Es verdad que la jurisprudencia italiana ha sostenido este planteamiento de la presunción iuris et de iure de culpa en el principal. Pero, como dicen ALPA y BESONE, se trata de "un obsequio formal a la teoría de la culpa"419. Y un jurista tan clásico como Adriano de CUPIS rechaza esta conceptualización efectuada por la jurisprudencia porque dice que retener la idea de la culpa en abstracto mediante la presunción irrefutable y prescindir en la práctica de la real y concreta existencia de la culpa es colocar la razón de la responsabilidad más allá de la culpa; por tanto, hay que reconocer las cosas como son y admitir que la responsabilidad del principal está más allá de la idea de culpa420.

Por consiguiente, dejando de lado los intentos verbales de salvar la teoría de la culpa, podemos decir que el artículo 1981 consagra una responsabilidad sin culpa del principal.

293. El acto dañino del servidor en el Código de 1984. La interpretación precedente nos coloca en la situación de los Casos B y D del cuadro, pero aún tenemos que elucidar si el Código Peruano de 1984 exige culpa en el autor directo o si estamos frente a un caso de responsabilidad absolutamente objetiva (como lo quería la jurisprudencia anterior); en otras palabras, tenemos que determinar si el artículo 1981 configura la responsabilidad dentro del marco del Caso B o del Caso D.

En nuestra opinión, el acto del dependiente debe ser de tal naturaleza que se encuentre incurso en el régimen general de la responsabilidad extracontractual: no hay obligación del principal de indemnizar si previamente no existe un daño indemnizable. Ahora bien, el criterio para deter-

^{419.} Citando a VISINTINI, G. ALPA y M. BESSONE: La Responsabilità Civile. Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1976, No. 6.5, p. 287.

Adriano de CUPIS: Dei Fatti Illeciti. 2a. ed. Nicola Zanichelli y Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna y Roma, 1971, p. 64.

minar si un cierto daño es indemnizable debe encontrarse en el régimen general de responsabilidad creado por el mismo Código.

Es así como el acto del servidor tiene que estar comprendido en las hipótesis de las normas de la Sección Sexta del Libro VII. De esta manera, en principio, el daño debe haber sido cometido por dolo o culpa del servidor, de conformidad con lo dispuesto en el régimen general de responsabilidad establecido en el artículo 1969 (Caso B). Pero cabe la posibilidad de que el daño haya sido causado mediante un bien riesgoso o peligroso o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa; en ese caso, no se requiere culpa del servidor (autor directo) para que exista responsabilidad, en aplicación del artículo 1970 (Caso D). Es evidente que, para determinar si el daño es resarcible —es decir, si está sujeto a responsabilidad— deben tomarse en cuenta las reglas de los artículos 1971 a 1973 que antes hemos comentado. Si el daño fue causado por el servidor mediante cosa o actividad riesgosa, es indemnizable objetivamente; aplicando el principio vicario responde también el principal, aunque no haya mediado culpa del servidor (ni tampoco del propio principal, según se ha visto).

En resumen, podemos decir que, con relación a la responsabilidad del principal, el Código peruano de 1984 ha adoptado las soluciones de los Casos B y D, según se trate de daños simples o de daños cometidos mediante bienes o actividades riesgosos.

No puede ignorarse la posibilidad de que los Tribunales interpreten que toda actividad de empresa es riesgosa de esta manera, prácticamente todas las situaciones de responsabilidad vicaria quedarían comprendidas en el Caso D: el principal respondería siempre por los daños causados por su servidor, sin necesidad de que haya mediado culpa ni del servidor ni del principal.

Sección II: El fundamento de la responsabilidad vicaria

294. La responsabilidad por hecho ajeno. Ahora bien, si el principal no responde por culpa, ¿qué es lo que justifica su responsabilidad?

Si el principal respondiera sólo en los casos en que no puede probar ausencia de culpa, nos encontraríamos ante una responsabilidad simple por hecho propio: el principal obró culpablemente y por eso responde, como todo aquél que por dolo o culpa causa un daño a otro; al punto que, si fuera así, el artículo 1981 sería innecesario pues la situación estaría comprendida en el artículo 1969. En cambio, si no hay culpa de su parte, entonces no responde por hecho propio sino por hecho ajeno: tiene que pagar por un daño cometido por otro.

Dicho de otra manera —y esto es importante en relación con el papel de la causa, cuya omnipresencia en la responsabilidad extracontractual hemos puesto antes en duda⁴²¹— entre el principal de aquel dependiente que causó el daño y el daño mismo, no existe una relación de causalidad sino más bien de ocasionalidad⁴²². La Corte de Casación de Italia, en una sentencia de 29 de diciembre de 1955⁴²³ sostiene que, al examinar esta responsabilidad vicaria, debe sobrepasarse el límite de la causalidad directa e inmediata: no es necesario que subsista un nexo de causalidad material sino simplemente un nexo lógico. Ahora bien, este último es, más que una causa, una ocasión, el principal o empleador no hizo nada ni es causa de nada; pero sucede que creó la ocasión (la actividad de dependiente) en la que el daño fue causado.

Pero, ¿por qué razón se le hace pagar por un daño que no cometió? ¿Qué fundamentos ha tenido la ley para convertirlo en "responsable civil" a pesar de que no es propiamente autor del daño (salvo a través de la ficción —lógicamente insostenible— de la presunción de culpa iuris et de iure)?

295. El riesgo creado. Una de las teorías que más popularidad ha gozado en nuestro medio para justificar esta aparente paradoja es la del riesgo creado. Según ella, el principal crea un riesgo en su propio provecho y, consecuentemente, debe soportar el peso de los daños que ocasione su actividad: ubi emolumentum, ibi onus o también: cuius est commodum eius est periculum.

^{421.} Supra, No. 154, in fine.

^{422.} G. ALPA y M. BESSONE: La Responsabilità Civile. Dott. A. Giuffre, Editore, Milano, 1976. No. 6. 5, p. 279.

^{423.} Cass. 29 Diciembre 1955. No. 3960.

Sin embargo, esta argumentación es muy poco convincente cuando se la examina con más detalle. El riesgo creado por la empresa, ¿beneficia únicamente al empresario? ¿Acaso el servidor no participa en la actividad de la empresa precisamente para obtener una ventaja económica? Con toda propiedad podemos decir que el trabajador obtiene un "emolumento" a través de la actividad generadora de riesgos; por consiguiente, aplicando la máxima latina que la teoría del riesgo ha acogido como motto, el servidor debería soportar también cuando menos parte del oni o carga derivada de tal actividad que lo beneficia: si bien no cabe duda de que la actividad de la empresa proporciona un commodum para el empresario, también origina un commodum para el servidor. Y, en última instancia, puede decirse que la actividad empresarial beneficia también al Estado en tanto que genera impuestos y a la sociedad toda en la medida de que produce artículos necesarios para vivir, crea puestos de trabajo, etc. Por tanto, la teoría del riesgo no aclara la situación sino que, más bien, contribuye a hacerla más confusa si se la aplica rigurosamente: dado que mucha gente se beneficia con la actividad de la empresa (tanto quienes forman parte de ella como terceros), ¿por qué debe tomarse en consideración sólo el beneficio de quien ejerce la dirección y cargarle a su cuenta todos los errores de los demás integrantes de ella?

A esta línea de argumentación puede responderse con consideraciones de tipo político-social. Así, puede decirse que el empresario o principal es el que más gana en la empresa porque ésta está injustamente organizada dentro del mundo contemporáneo o que el principal hace suya la plusvalía y que, por tanto, tiene un mayor emolumento; o que la sociedad presenta grandes diferencias sociales y que, para eliminarlas, hay que cargar a los ricos (empresarios) con los «pecados civiles» de los pobres (servidores), etc. Esta argumentación puede resumirse en la idea de que quienes tienen el bolsillo más grande deben asumir por su cuenta los riesgos de toda la sociedad.

Sin embargo, esta pretendida fundamentación —que los juristas norteamericanos llaman deep pocket o también long purse justification—es insostenible de manera coherente. Resulta perfectamente claro que la responsabilidad extracontractual no es un medio eficaz y general de producir una redistribución de la riqueza, ya que es aleatoria, particular y episódica. Si la sociedad está tan mal organizada, es preciso organizarla mejor mediante leyes que modifiquen la estructura social, reformen la empresa, incrementen los salarios y/o la participación de los trabajadores

en las utilidades, etc. Pero no es posible redistribuir equitativamente utilizando un medio —la responsabilidad extracontractual— que no es de aplicación general: ¿por qué razón tal redistribución debería beneficiar solamente a unos cuantos individuos al azar, a aquéllos que por casualidad cometieron un daño mientras trabajaban al servicio de un principal? Estos tendrían un privilegio respecto de los demás servidores que también están sufriendo la alegada explotación e injusticia laboral pero que, como no han cometido daño alguno, no se benefician con el gran bolsillo del principal. En otras palabras, los que cometieron un daño tendrían un mayor beneficio económico derivado de la empresa que los que no cometieron ninguno; porque respecto de los primeros, además de su sueldo, el principal debe abonar el monto de las indemnizaciones que hubieran tenido que afrontar personalmente si no hubieran tenido una relación de dependencia.

296. El servidor como representante del principal. Otra teoría que ha pretendido justificar la responsabilidad irrefutable del principal es la de la representación.

Se ha dicho que el servidor es un representante del principal y que, por tanto, las consecuencias de sus actos en el ejercicio de tal representación obligan a éste. Dado que el servidor actúa por cuenta del principal, todo pasa como si el propio principal hubiera actuado directamente.

Sin embargo, este planteamiento sólo es posible si se fuerza la institución jurídica de la representación hasta convertirla en un concepto absolutamente general y sin significación jurídica precisa. El Código de 1984 introduce por primera vez en el Perú la idea de la representación como institución autónoma, independiente del mandato. Pero ello no significa diluir la representación en una noción genérica de "actuar por cuenta o encargo de otro": no toda persona que realiza un servicio o cumple las instrucciones de otro, está desempeñándose como representante de ese otro. En la representación hay una situación formal por la que una persona tiene la facultad de asumir compromisos en nombre de otra. Este no es el caso de la simple relación laboral o de dependencia, donde el servidor trabaja bajo la dirección de otro, pero ello no significa que puede asumir compromisos a nombre de ese otro.

Por otra parte, la representación está orientada a la constitución de actos voluntarios, queridos (genérica o específicamente) por el represen-

tado: la firma de un contrato, el voto en una asamblea, etc.; pero de ninguna manera abarca todos los actos del representante, sean o no de materia de la representación. Por consiguiente, si el representante tiene un accidente de tránsito cuando se dirigía con su vehículo a la oficina del Notario para firmar un contrato a nombre de su representado, es indudable que la representación no alcanza a la responsabilidad extracontractual derivada de tal accidente; el representante se encuentra libre de responsabilidad en tal caso. En cambio, dentro de la relación laboral contemplada en el artículo 1981 que comentamos, si el chofer del vehículo de despacho atropella a un peatón mientras se dirigía a entregar mercadería por cuenta de la empresa, esta última es responsable por los daños causados al peatón.

297. El servidor como instrumento del principal. Hay quienes han pretendido sortear las dificultades de conceptualización jurídica que encierra la teoría comentada, sustituyendo la noción técnico-jurídica de la representación por la noción —más práctica que jurídica— de instrumento. Así se dice que el servidor no es un representante del principal, pero cuando menos es un instrumento que éste utiliza. El servidor es visto como una longa manu del principal: de la misma forma como el principal no puede desconocer los daños que cause con su propia mano, tampoco puede desconocer los daños que cause con ese brazo extendido suyo que es el servidor.

Pero una tal teoría desvaloriza al servidor y lo convierte en un mero objeto. En nuestra opinión, la teoría del instrumento no corresponde a la realidad jurídica ni a la realidad del trabajo. En efecto, no corresponde a la realidad jurídica porque el servidor es un sujeto de derecho y, por tanto, es capaz de decidir sus actos y asumir la responsabilidad de los mismos; no es un mero objeto inerte en manos del principal. Tampoco corresponde a la realidad laboral porque el trabajo no consiste en un mero cumplir órdenes de manera mecánica sino que es una actividad humana, con una cierta dosis —en mayor o menor grado— de iniciativa, de responsabilidad y quizá hasta de creatividad. En cambio, la llamada teoría del instrumento considera al dependiente como si fuera un autómata, un objeto inanimado, al punto que la responsabilidad del principal por los actos del servidor sería idéntica a la responsabilidad de aquél que usa objetos riesgosos.

298. La difusión social del riesgo. Frente a todas estas teorías insatisfactorias, pensamos que la única justificación para esta responsabilidad irrefutable del principal por los actos de su servidor se encuentra en la teoría de la difusión social de los riesgos.

Es posible que este tipo de justificación no haya sido claramente explicitado desde el primer momento y que inicialmente este principio de responsabilidad vicaria haya hecho camino a través de los ordenamientos legales sólo en base a un cierto sentimiento vago de equidad (que encerraba una idea inconsciente de difusión de riesgos). Pero ahora que esta teoría ha sido desarrollada, advertimos que es la única que satisface racionalmente ese sentimiento inicial.

El principal responde porque, dado que realiza una actividad económica, tiene la posibilidad de difundir más fácilmente a través del sistema de precios el costo de estos accidentes inevitables que se presentan en todo proceso productivo de bienes o servicios. Por consiguiente, no es que el principal sea "culpable" —real ni presuntamente— sino simplemente es el mejor vehículo para diluir estos costos sociales. Todos se benefician con la actividad productiva: el principal que tiene un beneficio, el servidor que tiene un emolumento, la sociedad que cuenta así con los productos que necesita, etc. Por consiguiente, todos deben compartir el peso económico de esos daños estadísticamente inevitables.

En el fondo, esto equivale a una justificación por el riesgo creado pero ampliada y liberada de toda noción de culpa (presunción iuris et de iure): la máxima Ubi emolumentum, ibi onus es correcta; pero como el beneficio se encuentra repartido entre toda la sociedad, el peso del daño debe ser repartido también entre toda la sociedad. En consecuencia, el principal no es sino un vehículo o mecanismo de difusión: es un mero «responsable civil», como lo llaman los franceses.

299. Los daños no accidentales. Como puede apreciarse, nuestra posición está pensada en función de aquellos accidentes rutinarios, inevitables, que constituyen de alguna manera el costo de vivir en una sociedad como la nuestra. Pero el razonamiento presenta una variante cuando se trata de daños cometidos por el servidor mediando dolo o culpa inexcusable.

En tal hipótesis, el principal responde por razones de garantía frente a las víctimas; ya que, si no fuera así, éstas se encontrarían probablemente ante una grave dificultad para hacerse pagar por el trabajador. Pero aquí el peso del daño no debería difundirse entre la sociedad sino que tiene que recaer —en la mayor medida posible— en el propio servidor doloso o cuasi doloso. Por ello, la responsabilidad del principal frente a terceros no excluye en tal caso su derecho de repetir contra el trabajador que obró con mala fe o grave descuido. Este principal se encontrará posiblemente en mejor actitud que la víctima para cobrar ese importe del trabajador pues, debido a su relación de dependencia, tendrá diversos mecanismos para hacerse reembolsar: Descuentos del salario, indemnizaciones acumuladas, etc.

Sección III: Condiciones de aplicación

300. Bajo sus órdenes. La responsabilidad vicaria comprendida en el artículo comentado alcanza solamente a "aquél que tenga a otro bajo sus órdenes" y siempre que el daño haya sido causado por el dependiente "en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo".

La expresión "bajo sus órdenes" presenta algunas dificultades para determinar su alcance preciso. De primera intención, parecería que implica una cierta relación de dependencia. Sin embargo, veremos que esta dependencia no debe ser entendida en un sentido muy formal ni restrictivo.

Por lo pronto, estar bajo las órdenes de otro no significa ciertamente que aquél que causa el daño sea un apoderado de aquél a quien se atribuye la responsabilidad o que tenga instrucciones expresas para obrar en la forma en que se produjo el daño. La responsabilidad del mandante respecto de los actos del mandatario en el ejercicio de su poder, no sería vicaria sino directa: lo que hace el mandatario es como si lo hiciera el mandante; es técnicamente un acto propio. En cambio, la responsabilidad vicaria implica que, por mandato de la ley y atendiendo a ciertos fines sociales, una persona responde por los actos de *otro*. En consecuencia, la responsabilidad del mandante es distinta de aquélla contemplada en el artículo 1981; y el principal no puede exonerarse de esta responsabilidad vicaria del artículo 1981 aduciendo que su servidor no tenía poder formal para actuar en su nombre en la forma como lo hizo.

Sin embargo, la distinción entre la responsabilidad directa del mandante y la responsabilidad vicaria a veces no es tan clara, como lo ha advertido alguna jurisprudencia.

El 30 de diciembre de 1938, se cobró en la oficina del Banco Popular de Chincha un cheque por la suma de S/. 380, girado por don Jorge Mata contra el Banco Italiano de la misma localidad. Al realizarse el canje, el Banco Italiano rechazó el cheque porque la firma era falsificada. Don Luis Brignoli, empleado pagador del Banco Popular, creyó recordar que quien había cobrado el cheque era don José Rafael Félix y lo denunció ante la autoridad política como responsable. Félix fue apresado y se le abrió instrucción penal, la que terminó por auto del Tribunal Correccional que ordenó cortar el juicio debido a que se había descubierto que el autor de la falsificación no era José Rafael Félix sino dos menores de edad, sin relación con este último. Félix demandó al Banco Popular para que le pague una indemnización por el daño material y moral que le había infligido con la denuncia.

El Banco contestó diciendo que el causante del daño no era, en todo caso, el Banco sino el señor Brignoli, porque éste no había actuado a nombre del Banco dado que carecía de poder para presentar denuncias. El Fiscal PALACIOS opinó que, más allá de la existencia o no de un poder, el principal responde por los daños que cause su servidor; y, por tanto, el Banco era responsable. Empero, la Corte Suprema, por Ejecutoria de 7 de mayo de 1945, consideró que Brignoli formuló la denuncia dos meses después, "por simples sospechas, sin conocimiento ni aquiescencia del Administrador del Banco y con el fin de no perder la suma abonada por el cheque y de la cual se le había hecho responsable según su propia confesión". Por consiguiente, declara que no existe responsabilidad del Banco⁴²⁴.

En realidad, la Corte razona en el sentido de que ese empleado no está verdaderamente actuando por cuenta del Banco sino por cuenta propia y en su propio interés; por eso no procede la responsabilidad vicaria. Pero esto no puede entenderse como que el Banco sólo sería responsable si el empleado hubiera tenido poder para presentar denuncias a la Policía

^{424.} Revista de Jurisprudencia Peruana, Diciembre de 1945, No. 23, pp. 587-589.

o si previamente solicitó autorización para actuar en tal sentido: bastaría que hubiese actuado dentro del marco de sus funciones ordinarias y que la motivación de su obrar hubiera sido el interés del principal (lo que, por otra parte, se presume, salvo manifiesta prueba en contrario).

Tampoco se requiere necesariamente que el causante pueda ser considerado empleado u obrero para los efectos de las leyes laborales. Bien puede suceder, por ejemplo, que el causante del daño preste servicios durante menos de cuatro horas diarias para el principal, lo que lo excluye de las leyes laborales, pero ello no exime al principal de su responsabilidad vicaria. Los hermanos MAZEAUD, comentando una regla del Código Francés si no idéntica cuando menos análoga, sostienen que no es necesario que el agente directo reciba una remuneración del responsable civil ni menos aún, por cierto, que exista un contrato escrito entre ambos. Citando a DEMOGUE, dicen que la subordinación consiste en una situación de hecho; el agente directo puede haberse colocado en estado de subordinación por cualquier razón, incluyendo su propio placer o para complacer al responsable civil⁴²⁵.

301. Precisión del alcance de la condición. ¿En qué casos, entonces, responde una persona por los daños cometidos por un tercero sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1981?

La doctrina clásica, dicen los hermanos MAZEAUD, exigía dos condiciones: que el agente haya sido libremente escogido por el responsable civil para que realice una tarea por su cuenta; y que exista una relación de subordinación entre uno y otro.

Sin embargo, la primera de estas condiciones ya no es mencionada por la jurisprudencia reciente. Antes este requisito era muy estricto porque la responsabilidad del principal estaba fundada en la culpa in eligendo. Ahora la mayor parte de autores modernos —prosiguen los MAZEAUD— sostienen que ése no es el fundamento de esta responsabilidad y, consiguientemente, eliminan la necesidad de libre elección de quien va a realizar el acto bajo sus órdenes: dado que la responsabilidad

^{425.} Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle. T.I., 6a. ed. Editions Montchrestien. Paris, 1965. Nos. 874-876, pp. 950-952.

del principal se ha objetivizado, aun cuando ese principal se encuentre obligado a escoger entre un reducido número de personas posibles o que incluso no tenga posibilidad de encargar la tarea sino a una única persona, es siempre responsable por los actos de ésta; el hecho de no haber tenido libertad para elegir o escoger al agente no lo exonera, a diferencia de lo que sucedía desde la perspectiva de la *culpae in eligendo*⁴²⁶.

En consecuencia, lo único que cuenta actualmente para que el tercero sea responsable es que entre el agente y ese tercero exista una relación de subordinación en donde, más allá de los aspectos formales, el principal tenga efectivamente la dirección y la autoridad ya sea sobre el cargo, ya sea con relación al servicio específico: la relación entre uno y otro no debe ser de tipo horizontal sino de tipo vertical y jerárquico.

De esta manera, es obvio que un profesional independiente, que presta servicios para una determinada persona natural o jurídica, no está bajo las órdenes de ésta; y, consiguientemente, ésta no asume responsabilidad por los daños que cause el profesional. Así, el cliente no sería responsable del atropello a un peatón causado por un abogado agitado, en circunstancias en que con gran prisa se dirigía (con retraso) a la Corte para informar en el caso de tal cliente.

302. La zona de penumbra. Sin embargo, aun cuando la relación de dependencia es muy clara en algunos casos —como cuando existe incluso un vínculo de carácter laboral— esta condición de la responsabilidad del artículo 1981 puede dar lugar en otros casos a serias dificultades de interpretación.

Así, en la práctica, es posible encontrar casos brumosos, donde existe subordinación funcional pero no hay un vínculo jurídico subordinante, en el sentido técnico del término.

Juan Andrade Quiroz demanda a Kon Jon, propietario de un camión, para que le pague una indemnización por la muerte de su hijo Oscar Andrade Hidalgo, producida por el accidente que sufrió con tal ca-

^{426.} Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: OP. CIT., NO. 879, PP. 953-954; etiam Jorge BUSTAMANTE ALSINA: Teoría General de la Responsabilidad Civil, 3ra. ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1980. No. 947, p. 334.

mión en la mañana del 8 de abril de 1944, en el jirón Arequipa, a la altura del crucero formado con la calle Angaraes, de la ciudad de Lima. El accidente se debió a imprudencia del chofer Julio Montes que piloteaba el camión. El demandado se defiende aduciendo que el camión de su propiedad lo había arrendado a don Manuel Chang y, que por tanto, el chofer no estaba bajo sus órdenes: la demanda debía haber sido dirigida contra el chofer del camión y/o contra el arrendatario Chang, que era propiamente el principal de tal chofer. Sin embargo, el Fiscal LARCO opina que, en base a la doctrina objetiva, la responsabilidad vicaria es de aplicación también con relación a Kon Jon; y la Corte afirma esta tesis en Ejecutoria de 4 de julio de 1946⁴²⁷. Lamentablemente, ni el Fiscal ni la Ejecutoria explicitan el razonamiento que los conduce a pensar que la responsabilidad del artículo 1144 del Código Civil de 1936 (vicaria), entendida objetivamente, extiende sus alcances no sólo al principal del chofer sino incluso al locador del automóvil.

Doña Emma Herrera, madre del menor Ricardo Pérez Herrera, demanda a don Luis Ayulo para que le pague una indemnización por las lesiones sufridas por su hijo con motivo de haber sido atropellado por un automóvil de plaza conducido por el taxista Nicolás Ponce. Don Luis Ayulo era propietario del automóvil. En el juicio sostuvo que el chofer manejaba el automóvil por su cuenta, pues él se había limitado a dárselo en alquiler por el precio de 5 soles diarios. El Fiscal PALACIOS opinó que el artículo 1144 del Código Civil (anterior) sólo podía aplicarse cuando se acreditaba que el que ocasiona el daño está bajo las órdenes del demandado; lo que no había ocurrido en este caso. No obstante, la Corte Suprema, en resolución de 3 de setiembre de 1945, declaró que existía responsabilidad vicaria del propietario del automóvil sobre la base de la responsabilidad objetiva, "sin que la mera afirmación de habérselo entregado en arrendamiento sea admisible como causa exculpatoria". Parecía que se trataba de un problema de probanza, vinculado a una presunción: la responsabilidad objetiva creaba una suerte de presunción de que quien manejaba el automóvil lo hacía bajo órdenes del propietario, salvo prueba en contrario; y esa prueba no se había producido en este caso. Pero la Corte Suprema va más lejos y sostiene que aunque se hubiera

^{427.} Revista de Jurisprudencia Peruana, Setiembre-Octubre de 1946, Nos. 32-33, pp. 555-557.

probado la relación de alquiler, el propietario sería responsable porque existiría también responsabilidad subjetiva: habría *culpa in eligendo*. Y a todo ello, la Corte le agrega un elemento de la doctrina del riesgo: "que encontrándose ese vehículo motorizado en pública explotación, el dueño debe soportar el riesgo que ha creado en su propio beneficio"⁴²⁸. Ante este verdadero *cocktail* de fundamentos, es difícil encontrar una línea clara de interpretación de la norma.

La locación de servicios y la locación de obra también generan dudas respecto de la aplicación de la responsabilidad vicaria. Por ejemplo, cuando se contrata una locación de servicios para la prestación de un trabajo determinado, el locador no se encuentra subordinado laboralmente al comitente (art. 1764), pero indudablemente está sujeto a las órdenes del comitente: situación de quien contrata a un chofer específicamente para que lleve una carga de mercadería desde la fábrica hasta el domicilio de un cliente determinado, en forma eventual y sin vínculo laboral. También es el caso de la persona que contrata a otra para que realice una obra determinada bajo su control y siguiendo sus instrucciones: situación del propietario que encarga a un albañil independiente la construcción de una pared. Por último -y sin que ello signifique agotar la inmensa gama de circunstancias en las que la responsabilidad vicaria es discutible— cabe mencionar la posibilidad (apuntada por los MAZEAUD) de que exista subordinación funcional pero que no se presente vínculo laboral (siempre en el sentido técnico del Derecho del Trabajo) y ni siguiera vínculo económico: situación de aquél que actúa bajo las órdenes de otro en un acto determinado por razones de mera cortesía, sin percibir un emolumento.

En todos esos casos, la relación de subordinación no presenta una jerarquización marcada, al punto que ya no es fácil distinguir si todavía se trata de una relación vertical o si su inclinación es ya tan leve que podríamos considerarla como horizontal. Como ya se ha dicho, no se debe intentar encontrar una relación de derecho entre el responsable civil y el agente que coloque a este último en situación de subordinación. Basta el hecho de que éste se encuentre bajo las órdenes del otro. Por eso, más allá de las formas contractuales, es preciso examinar las circunstancias

^{428.} Revista de Jurisprudencia Peruana, Noviembre-Diciembre de 1946, Nos. 34-35, pp. 718-720.

concretas en las que se presenta la relación entre uno y otro. No se trata de decidir qué tipos de contratos o de relaciones jurídicas dan nacimiento a la responsabilidad vicaria y qué tipo no lo dan. Mal puede decirse, e.g., que el contrato de trabajo genera responsabilidad vicaria, mientras que la locación de obra no lo hace. También la locación de obra puede dar lugar a responsabilidad vicaria del locador, cuando de alguna manera el contratista se encuentra de hecho subordinado a las órdenes del locador. Pero, en la práctica, resulta difícil distinguir entre el contrato de locación de obra en el que el locador conserva la facultad de dar propiamente órdenes al ejecutante de la obra y aquél otro contrato de locación de obra en el que el contratista asume verdaderamente la empresa por su cuenta y, más allá del encargo global, no recibe orden alguna del locador.

Quizá el criterio clave debe consistir en la apreciación de la calidad de empresario de aquél que presta el servicio o ejercita el cargo. Si éste es efectivamente un empresario con autonomía profesional o con capitales y personal propio o, en general, con características de empresa propia, entonces no hay razón alguna para trasladar el peso del daño a quien contrató sus servicios; él mismo puede difundirlo por los mecanismos empresariales, ya sea a través del sistema de precios, ya sea contratando una póliza de seguros. En otras palabras, este empresario tiene suficiente iniciativa y autonomía como para que se considere que no está estrictamente "bajo las órdenes" de quien lo contrató. En cambio, la contratación de un servicio determinado con una persona que carece de esa autonomía empresarial obliga a quien lo contrata a asumir los riesgos propios del encargo o servicio; independientemente del hecho de que exista o no subordinación jurídica y económica: basta que preste un servicio (gratuito o remunerado de cualquier forma) en base a instrucciones u órdenes recibidas del comitente; o, si se quiere, dicho de manera inversa, que los actos realizados por el agente directo o causante del daño, no constituyan ex facto un verdadero trabajo independiente. Todo esto quiere decir que para liberar de responsabilidad al comitente del daño será preciso examinar, más allá de las formas jurídicas empleadas, la realidad de la independencia del agente directo, analizando la forma como ejerce el encargo (sometimiento o no a instrucciones, capacidad empresarial propia, instrumentos y financiación independientes, actividad como empresa de servicios, etc.).

Un razonamiento similar puede aplicarse a los casos de alquiler que antes hemos mencionado. Si el arrendatario es una verdadera empresa

(aunque sólo tenga un automóvil) de vehículos de plaza que actúa con autonomía económica y funcional, el propietario no responde por los daños que cause tal arrendatario. Pero si el propietario entrega el automóvil a un tercero para que lo trabaje como taxi y le cobra "merced conductiva" que sólo deja al taxista un ingreso que equivale a un sueldo mientras que el propietario se ocupa del automóvil, realiza los gastos de mantenimiento y percibe la mayor parte de la utilidad, ese propietario será responsable por los daños que cause el chofer; aun cuando, para efectos de burlar la ley laboral, se haya dado al contrato la forma de un alquiler.

Evidentemente, desde este punto de vista, las distinciones clásicas entre la locación de servicios (locatio operarum) y la locación de obra (locatio operis) y aun la comprobación de que pudiera existir una locación de cosa, son de escasa utilidad por su carácter fundamentalmente formal.

303. Subordinación y parentesco. El hecho de que exista parentesco entre el responsable civil y el agente del daño no inhibe la relación de subordinación; por el contrario, muchas veces el ambiente familiar es el marco dentro del que se imparten las órdenes.

Pero no basta que exista una relación íntima de parentesco para considerar automáticamente que una persona se encuentra bajo la subordinación de otra. "Así, la sola autoridad general que corresponde a un padre sobre su hijo o a un marido sobre su mujer, no le da la calidad de comitente. Para que se convierta en comitente, tiene que encargar al hijo o a la mujer el ejercicio de una función determinada"⁴²⁹.

Puede, pues, considerarse en ciertas circunstancias que un hijo mayor de edad recibe órdenes de sus padres y que una esposa recibe órdenes de su marido o que una concubina está cumpliendo las órdenes del concubino. En todos estos casos, nos estamos refiriendo a "órdenes" en el sentido amplio del término, como "instrucciones" o "encargos". Por consiguiente, cuando un padre encarga a su hijo mayor de edad para que lle-

^{429,} Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle. T. 1. 6a. ed. Editions Montchrestien, Paris, 1965. No. 890, p. 959.

ve el automóvil al taller y este último atropella en el camino a un peatón, podríamos sostener que el padre se encuentra obligado a hacer frente a la indemnización correspondiente sobre la base del artículo 1981⁴³⁰. (Nótese que la situación sería similar si no existiera la relación de parentesco: la comisión de un encargo por cuenta de otro, aunque no sea remunerado, implica colocarse en la situación prevista por la norma comentada).

Ya hemos mencionado antes el incidente en el que el chofer Johnny Encinas y su ayudante Tiburcio Anduviri abandonan malherido, durante la noche, en una carretera de Puno, al indígena Rufino Barrientos, quien aparece al día siguiente muerto y comido por los perros⁴³¹. Dicho chofer era hijo de la propietaria del camión, doña Leocadia viuda de Encinas. Por consiguiente, no existía una relación laboral formal entre dicha señora y el mencionado chofer sino una relación de parentesco. Pero no cabe duda de que Johnny Encinas estaba operando el camión por cuenta de su madre.

Atendiendo a estas circunstancias, el Fiscal VELARDE ALVAREZ opinó que tal señora era solidariamente responsable con tal chofer por los daños y perjuicios causados por éste. En realidad, VELARDE ALVAREZ considera que "su responsabilidad radica en el concepto de la culpa in eligendo"; por tanto, si esa señora había escogido a ese chofer (aunque sea su hijo y no le pagara nada), había una responsabilidad por culpa, sin tener que hacer referencia a la responsabilidad vicaria del principal. Pero si admitimos el concepto amplio de "estar bajo sus órdenes" que nos proponen los hermanos MAZEAUD, independientemente de cualquier responsabilidad por culpa in eligendo, estamos frente a un caso de aplicación del artículo 1981: Johnny Encinas estaba realizando una comisión (que incluso reportaría un beneficio económico) por cuenta de la señora Leocadia de Encinas. En consecuencia, está bajo sus órdenes y tanto la comitente como el chofer responden solidariamente.

304. La subordinación organizacional. Una situación curiosa es la que se refiere a la relación de subordinación que no nace de un contrato con el subordinado sino de la posición de una persona dentro de una organi-

^{430.} Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: Op. cit., No. 886, p. 957.

^{431.} Supra, Nos. 61 y 281.

zación. El gerente de una empresa tiene a los empleados bajo sus órdenes: ¿significa esto que al amparo del artículo 1981 la víctima de un daño cometido por uno de los empleados puede demandar tanto a la empresa misma como al gerente? Nótese que la misma pregunta puede ser formulada respecto de cada uno de los niveles de la organización frente a los daños cometidos por quienes se encuentran en los niveles inferiores.

El tenor literal del artículo 1981 permitiría considerar que todo "aquél que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último"; lo que significa que, en aplicación estricta de esa norma, el capataz, el ingeniero de planta, el Gerente General y la empresa misma, serían todos responsables por los daños causados por los obreros de la fábrica.

Pero la interpretación literal es muchas veces la peor de las interpretaciones porque el peso formal de las palabras impide acceder al sentido real de la norma: un malentendido respeto por la ley lleva a que el aspecto exterior de las expresiones deslumbre la vista del intérprete y no le permita ver lo que la norma persigue. En nuestra opinión, no cabe duda de que con la frase "aquél que tenga a otro bajo sus órdenes" la ley quiere referirse a la persona o entidad que constituye la empresa: aun cuando literalmente esa expresión comprende cada una de las relaciones de subordinación, la norma quiere que sea el último de los niveles—aquél que tiene bajo sus órdenes a todos los demás— quien responda.

Esta interpretación es menos literal pero suena más "lógica"; y nótese cómo esta lógica lleva implícita la idea de que es sólo ese último nivel o primer dador de trabajo —la empresa— quien puede efectivamente distribuir socialmente el peso económico del daño. En consecuencia, esta interpretación coincide perfectamente con la justificación antes propuesta para este tipo de responsabilidad vicaria.

305. El acto de servicio. No basta que el comitente del daño se encuentre bajo las órdenes del presunto responsable civil; se requiere además, dice la norma, que el daño se haya realizado en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo.

Sin embargo, esta condición no es perfectamente cristalina; y existen múltiples situaciones de duda que no han sido resueltas uniformemente por la doctrina.

Parecería claro que el principal no responde cuando el daño ha sido producido por el que se encuentra bajo sus órdenes, en circunstancias que no tienen relación alguna con el encargo: si después del trabajo un obrero se dirige a una cantina, se emborracha, pelea con otro y lo mata de una cuchillada, manifiestamente su empleador no es responsable. En puridad, ese obrero no está en ese momento bajo las órdenes del empleador. Pero el problema se presenta cuando se trata de daños que si bien no han sido cometidos estrictamente en el ejercicio del cargo o en el cumplimiento del servicio, tienen una estrecha relación con éste. Tal es el caso de aquellos daños causados por el servidor abusando de sus funciones o simplemente con ocasión de ellas.

La firma Organizaciones Miraflores S.A. tiene un grifo en el que vende gasolina y realiza otros servicios automovilísticos. El grifero nocturno, a espaldas del propietario y contra sus instrucciones, recibe automóviles para guardar durante la noche y para lavar en la mañana siguiente. Una noche, a las tres y media de la madrugada, coge uno de los automóviles que ha aceptado guardar y lo conduce por la ciudad. Es así como tiene un accidente automovilístico, causando daños que son pagados a la víctima por El Pacífico Compañía de Seguros y Reaseguros. Es por ello que este asegurador demanda el reembolso de la firma que era empleadora de tal grifero. La Corte Suprema, en Ejecutoria de 16 de setiembre de 1975, declara que no hay responsabilidad del empleador porque, en tales actos, el grifero no estaba bajo las órdenes de su patrón⁴³².

La Corte de Casación de Francia ha considerado que los daños cometidos por los servidores en abuso de sus funciones, siguen siendo en ejercicio de ellas: puede ser un ejercicio abusivo, pero no deja de ser el ejercicio de un cargo o el cumplimiento de un servicio⁴³³. Sin embargo, los MAZEAUD no consideran que el principal es responsable por los actos de aquél que está bajo sus órdenes, realizados "con ocasión" del cargo o servicio. Por ejemplo, si un chofer utiliza el automóvil del patrón fuera de horas de servicio o por cuenta de otras personas: ha salido del marco de su servicio; pero si no hubiera tenido tal función a órdenes de

^{432.} Revista de Jurisprudencia Peruana, Noviembre de 1975, No 382, pp. 1228-1229.

^{433.} Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: Op. cit., No. 905, p. 978.

ese patrón, no habría tenido tampoco la oportunidad de utilizar tal automóvil. En este caso, los MAZEAUD opinan que no es de aplicación la responsabilidad vicaria⁴³⁴. Jorge BUSTAMANTE ALSINA distingue entre los daños cometidos "con ocasión" del ejercicio de función y aquellos cometidos contra la prohibición del principal o con abuso de las funciones: los primeros no son indemnizables por el principal, mientras que los segundos sí⁴³⁵. Sin embargo, es fácil advertir que estas distinciones no son precisas.

El Derecho norteamericano no ha encontrado tampoco principios generales seguros en este campo. Ha sido reconocido que el abuso o el mal cumplimiento por el empleado de su función, no libera de responsabilidad al empleador: el empleador no puede sostener que el empleado está fuera del marco de sus funciones (beyond the scope of his employment) sólo porque actúa en contra de una prohibición expresa del patrón. Dentro del mismo orden de ideas, un empleador no puede limitar su responsabilidad simplemente instruyendo a sus empleados en el sentido de que deben actuar cuidadosamente. Por otra parte, las desviaciones menores de los actos necesarios para cumplir con el encargo, usualmente no son consideradas ajenas al marco del encargo⁴³⁶.

306. Responsabilidad vicaria y relación laboral. ¿Puede un trabajador invocar la responsabilidad vicaria contra su propio empleador por daños que le han sido causados por otro trabajador del mismo empleador?

Este tema preocupó a las Cortes norteamericanas del siglo pasado y ha sido inteligentemente estudiado por Henry J. STEINER⁴³⁷. El caso típico es el de un ingeniero de ferrocarriles apellidado Farwell que trabaja-

^{434.} Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC: Op. cit., Nos. 910 y 912, pp. 983 y 985.

^{435.} Jorge BUSTAMANTE ALSINA: Teoría General de la Responsabilidad Civil. 3a. ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1980. No. 952, p. 336.

^{436.} Edward J. KIONKA: Torts in a Nutshell. Injuries to Persons and Property. West Publishing Co. St. Paul, Minn., 1977, p. 277.

^{437.} Henry J. STEINER: The Reshaping of American Law: Legal Expressions of Change in Social Structure and Theory. Preliminary Draft. Capitulo The Fading Spirit of Freedom of Contract. Harvard Law School. Cambridge (USA), Octubre de 1974.

ba en 1840 en Massachussetts para la Boston & Worcester Rail Road Corp. Perdió su mano derecha a causa de un descarrilamiento de tren que tuvo su origen en un error negligente de un compañero de trabajo: otro empleado del ferrocarril que tenía a su cargo la aguja del cambio de vías. Farwell demandó a la Boston & Worcester Rail Road Corp. para el pago de una indemnización por los daños y perjuicios aduciendo la responsabilidad vicaria del principal, debido a que el acto del responsable de la aguja había sido ejecutado dentro del marco de su servicio a la Companía del ferrocarril. La decisión de la Corte, sustentada en la opinión del Vocal Lemuel SHAW, fue en el sentido de que no procedía el pago de tal indemnización porque la responsabilidad vicaria sólo puede ser invocada por un tercero que no tiene relación contractual con el presunto responsable. El Vocal SHAW sostuvo que entre un servidor (Farwell) y su empleador, "todos los riesgos y peligros que tanto el empleador como el servidor deciden asumir, deben estar regulados de manera expresa por el contrato que existe entre ellos". Por consiguiente, en ausencia de estipulación contractual, el servidor "toma a su cargo los riesgos y peligros ordinarios" de su empleo, "y existe la presunción legal de que la remuneración ha sido pactada por las partes teniendo en cuenta tales riesgos". Los terceros que no tienen relación contractual con el empleador del agente del daño, pueden invocar la responsabilidad vicaria (respondeat superior); pero si un servidor quería gozar también de este tipo de protección, pudo haber negociado con el principal una cláusula de indemnización en su contrato de trabajo. El Vocal SHAW agrega que si se permite que los propios empleados invoquen la responsabilidad del superior, entonces no serán igualmente cuidadosos y atentos respecto de los actos de sus compañeros como lo son respecto de los actos de terceros; se estaría fomentando la negligencia y el descuido en las relaciones de trabajo⁴³⁸.

La decisión de la Corte Suprema de Massachussetts muestra una metodología moderna, dentro de un contexto social y empresarial superado. En el fondo, el Vocal SHAW ve al servidor como el más barato cost avoider: si él mismo se cuida suficientemente, disminuirán los accidentes. Por otra parte, esta sentencia revela una ideología de mercado en su forma más simplista y primigenia, en virtud de la cual la sociedad es concebida fundamentalmente como un conjunto de acuerdos (contratos) entre

^{438.} Farwell v. The Boston and Worcester Rail Road Corp., 4 Metc. 49 (Mass. 1842).

personas privadas: el Derecho se limita a honrar estos acuerdos e intenta no perturbar su eficacia. En realidad, la Ejecutoria se sitúa dentro de un contexto de intenso desarrollo de un capitalismo incipiente, en el que se procura que las empresas se encuentren libres de toda carga legal no empresarial y que todo se solucione por la vía de la victoria del más fuerte —léase, del más eficiente— en la lucha económica cotidiana.

Nuestra época, después de haber pasado por el welfare state y por las influencias socialistas, así como por un revivalismo comunitario, no puede admitir un razonamiento semejante. Las empresas —sean éstas, compañías o personas individuales— responden por los actos de sus servidores frente a cualquier persona, ya sea que la víctima sea servidor a su vez o no. Ya superada la etapa histórica de la acumulación capitalista —que exigió numerosos atropellos en nombre del "bien común" del desarrollo del capitalismo— las empresas no pueden ser exoneradas de responsabilidad alguna y deben canalizar los fines sociales. Claro está que esta nueva doctrina, propia de sociedades de capitalismo avanzado, es aplicada hoy también en aquellas otras sociedades en las que todavía no se ha producido la acumulación que garantice su estabilidad. Sin embargo, en la actualidad se conocen mucho mejor los mecanismos de mercado que permiten a la empresa diluir sus costos de responsabilidad, ocasionándole un costo financiero menor.

Por tanto, dentro de la cultura jurídica predominante actualmente, no existe razón alguna para exonerar a la empresa de responsabilidad por los daños que uno de sus servidores cause a otro servidor: ya sea que la víctima se trate también de un servidor o no, la indemnización correspondiente será socialmente diluida a través del sistema de precios. Y el artículo 1981 del Código Civil Peruano no hace distinción alguna entre tipos de víctimas posibles.

Sección IV: La acción de repetición

307. Crítica a la norma. La última parte de la regla establece que el autor directo y el llamado autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria. Esto significa que la víctima puede accionar contra uno u otra indistintamente, exigiendo el pago del íntegro de la indemnización. Pero, ¿puede aquél que pagó la indemnización repetir contra el otro autor por una parte del monto de la misma?

Pensamos que la norma no debía haber establecido una responsabilidad doble sino que, dentro del criterio de difusión del costo económico del daño, simplemente debió haber cargado la obligación exclusivamente en el principal, sin necesidad de complicar las cosas con una solidaridad que en la práctica es inútil pues resulta evidente que el principal será siempre más solvente que el servidor y que, por tanto, la víctima preferirá accionar contra éste.

308. La acción de repetición: dolo o culpa inexcusable del servidor. La excepción a este principio —el principal es quien paga, sin derecho e repetir contra el servidor— debió consistir en los casos de daño producido por dolo o mediando culpa inexcusable del servidor.

En esta eventualidad, el principal debe tener el derecho de repetir contra el servidor ya que es importante trasladarle en este caso el costo del daño a aquél que efectivamente lo causó, como medida de prevención de conductas dolosas o manifiestamente negligentes (deterrence). En otras palabras, si se trata de un accidente rutinario que es el resultado estadísticamente inevitable de la actividad empresarial y que se produce aun cuando el servidor haya actuado con una diligencia razonable, el costo debe ser íntegramente asumido por el principal para que a su vez lo traslade a la sociedad mediante el sistema de precios o mediante la contratación por el principal de una póliza de seguro; por consiguiente, en este caso, el principal no tiene derecho a repetir contra el servidor. En cambio, si el accidente se produce por dolo o culpa inexcusable del servidor, el principal paga a la víctima (no hay solidaridad) pero debe estar en aptitud de repetir contra el servidor por el monto íntegro de la indemnización que tuvo que pagar.

Lamentablemente, el legislador no parece haber realizado a fondo el ejercicio de razonamiento sobre las diferentes circunstancias en que deben aplicarse coherentemente los principios de la responsabilidad extracontractual. En tal situación que venimos estudiando, el Proyecto de la Comisión Reformadora establecía expresamente que el empleador responde por el daño pero que puede repetir contra el servidor que lo causó, siempre que pruebe que este último actuó con dolo o culpa inexcusable. Esta norma fue conservada por la Comisión Revisora, tal como aparece en la versión que ésta publicó en el diario oficial "El Peruano". Sin embargo; en las modificaciones de última hora que se hicieron al articulado unas semanas antes de su promulgación, por razones que desconocemos

se sustituyó ese régimen por el de una solidaridad entre principal y servidor.

Ahora bien, estas ideas —planteadas en el seno de las Comisiones legisladoras del Código Civil por el autor de este trabajo— no se perdieron totalmente. Sólo que fueron cogidas por un vendaval legislativo que transformó las palabras, revolvió las ideas, levantó en el aire los diferentes elementos de un sistema que pretendía ser coherente y los dejó caer en forma dispersa por diferentes partes del Código. Es así como en el artículo 1762 encontramos parte de la norma que propusimos para la responsabilidad extracontractual y que ahora resulta elemento integrante de la responsabilidad contractual.

En efecto, esa regla establece que "si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable". Esto significa que, existiendo la condición de dificultad ahí señalada, el autor indirecto a que se refiere el artículo 1981 no puede exigir al autor directo la repetición del pago de la indemnización, salvo que hubiese mediado dolo o culpa inexcusable, i.e., ese autor indirecto puede repetir contra el autor directo cuando el daño haya sido causado por éste con dolo o culpa inexcusable.

Esta norma se ajusta a la tesis planteada en el presente acápite. Sin embargo, la forma final de la norma tiene dos diferencias con la tesis original que pervierten radicalmente su sentido.

En primer lugar, la exoneración de responsabilidad del autor directo ha sido condicionada a que se trate de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad. En cambio, el autor directo que preste servicios ordinarios para otros, sigue obligado al pago de los daños y perjuicios de manera general, con las consecuencias que se describen en el numeral siguiente. Dado que prácticamente todo encargo profesional puede considerarse difícil desde un cierto punto de vista, este artículo presenta el odioso aspecto de un escudo creado por los profesionales para sí mismos, mientras que el hombre común —no profesional— es sometido a un régimen de responsabilidad diferente y más duro.

En segundo lugar, esa norma ya no se encuentra en la Sección sobre responsabilidad extracontractual sino en el Título de la prestación de servicios de la Sección sobre contratos nominados. Pero los contratos nominados de prestación de servicios no comprenden todos los casos en que una persona está "bajo las órdenes" de otra, sino un pequeño número de esos casos. Por lo pronto, por influencia de los laboristas que no admiten que el Derecho Civil siga siendo el derecho común con normas supletorias a falta de disposición en las legislaciones especiales, se suprimió el contrato de trabajo de la enumeración de contratos civiles nominados de prestación de servicios (art. 1756). De manera que la excepción a la responsabilidad que crea el artículo 1762 no puede beneficiar a los profesionales o técnicos que presten sus servicios como empleados, sujetos a un contrato de trabajo de acuerdo a las leyes laborales. De esta forma, los profesionales que se encuentran bajo las órdenes de otro dentro de regímenes no comprendidos en la ley laboral, están exentos de responsabilidad (salvo el caso de dolo o culpa inexcusable); por lo tanto, no son responsables solidariamente con aquél que ha contratado sus servicios ni puede consiguientemente este último repetir contra ellos por las sumas que se vea obligado a pagar por los daños que causen esos prestadores de servicios. En cambio, si el mismo tipo de profesionales es contratado para realizar el mismo tipo de labores a través de un contrato de trabajo, asume todos los riesgos que se deriven de su trabajo: no sólo responde por dolo o culpa inexcusable sino también por todos los accidentes comprendidos sea en el artículo 1969, sea en el artículo 1970 del Código Civil, sin excepción alguna. Esta diferencia de tratamiento no parece lógica.

Si se quiere encontrar una interpretación que uniformice los tratamientos de los profesionales sujetos a contrato de trabajo y de los profesionales que no lo están, cabría dos soluciones: una restrictiva y otra extensiva.

La solución restrictiva consistiría en interpretar que el artículo 1762, si bien excluye a los profesionales sometidos a un vínculo laboral, debe entenderse como una norma exclusivamente referida al ámbito contractual. En consecuencia, rige sólo las relaciones entre las partes contratantes y no puede ser utilizada para exonerar responsabilidades extracontractuales del profesional frente a terceros: las víctimas siempre podrían, conforma al artículo 1981, demandar solidariamente tanto al profesional como a quien "lo tiene bajo sus órdenes". Sin embargo, todavía podemos

preguntarnos si, demandado el comitente y vencido en el juicio, puede repetir contra el profesional que presta los servicios y que causó el daño (suponiendo siempre que esté presente la condición de dificultad de la prestación). Aquí también es posible formular dos interpretaciones. Es posible decir que, en tal caso, estamos ya ante una de las consecuencias de la relación contractual entre el comitente y el profesional prestador de servicios; por consiguiente, se aplica el artículo 1762 y el comitente no puede accionar en repetición. Una seguada interpretación —dentro de un espíritu rigurosamente restrictivo— diría que la regla del artículo 1762 se aplica solamente a los daños que, en el cumplimiento de la prestación estipulada, pudiera causar el profesional al comitente; pero que no puede extenderse a los derechos que tenga el comitente para repetir contra el prestador de servicios conforme a las reglas de la responsabilidad extracontractual por daños causados a personas ajenas a la relación contractual.

La solución extensiva —más acorde con los principios y políticas de la responsabilidad que hemos planteado en este libro— consistiría en entender todavía el contrato de trabajo como una prestación de servicios que, si bien ya no está regulada en detalle por el Código Civil debido a que tiene una legislación específica (con principios y métodos propios), no deja por ello de tener la naturaleza jurídica de la prestación de servicios, a la que se aplican las reglas generales que sobre ella establece el Código Civil, en la medida en que no hayan sido modificadas por la legislación laboral. Esto significaría que, independientemente de que exista vínculo de carácter laboral o no, el profesional (que realiza una tarea "difícil") sólo responde en los casos del artículo 1981 cuando ha actuado con dolo o culpa inexcusable.

Esta última interpretación no responde plenamente a lo propuesto por ese autor en materia de la responsabilidad del servidor, porque beneficia exclusivamente al profesional o técnico. Sin embargo, cuando menos apunta hacia la solución que debió haberse dado a todos estos casos de responsabilidad.

309. La solidaridad entre el principal y el servidor. Este importante cambio —repetición por solidaridad— acarreó una serie de circunstancias, quizá no pensadas por el legislador; particularmente el hecho de que el principal y servidor quedaban así sujetos al régimen del artículo 1983.

Uno y otro son ahora responsables del daño; y aquél que pagó puede repetir contra el otro de acuerdo a las reglas del artículo mencionado.

Esto da lugar a situaciones bastante curiosas y difícilmente justificables.

Existe, en primer lugar, un problema de interpretación del artículo 1983, que trataremos en su oportunidad⁴³⁹: la palabra "falta" contenida en esa norma —que es la clave de la repartición de las responsabilidades entre los deudores solidarios— ¿debe entenderse como "culpa" (subjetiva—mente) o como mera "responsabilidad" (objetivamente)? De las diferentes respuestas a tal pregunta se siguen consecuencias diferentes para la relajación principal -autor directo.

Si el artículo 1983 debe interpretarse en términos de culpa y por tanto no prevé la responsabilidad objetiva, sólo el autor directo (el servidor, por ejemplo) —que es el único culpable— recibe en última instancia el peso económico del daño, ya que el principal podrá repetir contra él y el Juez tendrá que atribuir a ese servidor la obligación de reembolsar el monto íntegro debido a que es el único que tiene "falta". La única manera de evitar esta consecuencia sería recurrir nuevamente a las viejas ficciones y considerar que el principal también tiene falta basada en la culpa in eligendo o en la culpa in vigilando. Pero estas ficciones han sido ya descartadas por la doctrina, como antes se ha visto.

Si la palabra "falta" del artículo 1983 debe interpretarse en términos meramente de responsabilidad, sea ésta subjetiva (propiamente falta) u objetiva, entonces el peso económico del daño resulta siempre compartido entre el principal (que tiene una "falta" objetiva) y el servidor (que puede tener una "falta" objetiva o subjetiva). Pero será muy difícil para el Juez hacer una evaluación de la "gravedad" de cada una de estas interpretaciones basadas en principios distintos.

En el caso de dolo o culpa inexcusable del servidor, podríamos decir que la responsabilidad de éste es más grave que la del patrón. En consecuencia, este último podría recobrar del servidor una parte importante de la indemnización que pagó a la víctima, o quizá toda.

^{439.} Infra, No. 337.

Pero en el caso de un accidente rutinario (donde no ha habido el dramatismo del dolo o de la culpa inexcusable), ¿qué es más grave: la responsabilidad objetiva del patrón o la negligencia del trabajador que causó el daño? El Juez puede estar tentado de declarar que, siendo factores incomparables, debe considerarse que la participación de ambos en el daño es igual; lo que conllevará que el empleador pueda siempre cobrarle al servidor el 50% de lo que pagó al tercero por concepto de indemnización

Es posible discutir si ello es conveniente o no: se trata de un tema fascinante de política jurídica. Desde una perspectiva de cost avoiding, parecería que cargarle al trabajador con una parte del peso del daño puede conducir a una mayor diligencia de éste. Desde una perspectiva de difusión del riesgo, el empleador es quien se encuentra en mejor posición para realizarlo. Combinando ambos criterios podría quizá decirse que las consecuencias económicas de los daños causados por un trabajador con dolo o por culpa inexcusable es conveniente que reviertan en ese autor directo, a fin de desalentar su comisión. En cambio, el peso económico de los accidentes rutinarios, aquéllos en los cuales el control por el propio causante es mínimo, debe recaer fundamentalmente en el empleador a fin de que pueda ser transferido a la sociedad.

Sin embargo, es preciso compatibilizar tales propósitos asignados al Derecho (policies) con el texto de la norma. En cualquiera de esos casos, parece no cumplirse estrictamente el tenor de la primera parte del artículo 1981: aquél que tenga a otro bajo sus órdenes no responde verdaderamente por los daños que causa este último —sino sólo parcialmente— ya que siempre puede repetir contra él sobre la base de lo dispuesto en la frase final del mismo artículo. De esta manera, la segunda parte de la norma desfigura lo dispuesto por la primera.

Es posible que la jurisprudencia encuentre en el futuro un camino imaginativo para devolver al artículo 1981 el sentido de su primera frase, que fue desvirtuado —probablemente de manera inadvertida— en su última frase.

CAPITULO IV DIFAMACION Y CALUMNIA



Sección I: La difamación

310. Diferencias entre difamación y calumnia. El Proyecto de la Comisión Reformadora contenía un artículo —que fue una iniciativa del autor de este trabajo, en la segunda versión de su Proyecto ante la Comisión Reformadora— en el que se contemplaban los casos de daños y perjuicios resultantes de la calumnia y de la difamación (art. 2038).

Como es perfectamente conocido, la calumnia es una denuncia ante una autoridad de un hecho punible que ha sido cometido por el denunciado, con el objeto de perjudicarlo. La difamación, en cambio, consiste en el atentado contra la reputación de una persona, mediante la difusión de una noticia que le atribuye un hecho, una cualidad o una conducta que puede perjudicar su honor o su reputación.

Dentro de la doctrina anglosajona, la responsabilidad extracontractual de la difamación está constituida a su vez por dos instituciones: el libelo (libel), que implica una difamación a través de un medio relativamente permanente (tal como un libro, un periódico, una película cinematográfica, un disco, etc.); y la murmuración (slander), que implica una difamación a través de un medio pasajero (como la palabra hablada, el gesto, etc.).

Es importante advertir que, a diferencia de la calumnia, la difamación no se limita a la difusión de afirmaciones que implican una falsedad respecto del sujeto difamado; lo que se difunde puede ser cierto, pero tiene el carácter de difamación cuando no existe ninguna razón justificada para dañar el honor o la reputación de una persona revelando circunstancias hasta entonces ocultas. También debe tenerse en cuenta que, si bien generalmente la difamación se produce por la divulgación de una inmoralidad o tacha, no siempre es éste el caso. Así, por ejemplo, el hecho de que una mujer haya sido violada, no es una inmoralidad de la víctima ni un hecho moralmente reprobable de ella; pero la divulgación innecesaria de este hecho, cuando no era conocido, constituye difamación porque tiene un efecto probable dentro de nuestro medio —aunque sea injustificado— de disminuir la estimación de la gente común por la persona que ha sufrido esa vejación.

311. Devaneos legislativos. El Proyecto de la Comisión Reformadora, publicado en "El Peruano", en coordinación con la Comisión Revisora, en noviembre de 1982, era muy prudente en la formulación de esta responsabilidad.

En su artículo 2038 se establecía que la difamación sólo daba lugar al pago de daños y perjuicios cuando había sido realizada con intención de causar daño o mediando culpa inexcusable. Por consiguiente, la divulgación por razones bien intencionadas de noticias eventualmente dañinas sobre una persona, no daba lugar a indemnización. Además y concordantemente, se había precisado que el demandado podía liberarse de responsabilidad probando que la información era verdadera y que era necesario o conveniente divulgarla.

Curiosamente, en los cambios que se efectuaron en las semanas anteriores a la promulgación del Código, se suprimió toda referencia a la difamación; de manera que el artículo 1982 quedó limitado a los casos de calumnia. En consecuencia, la Sección del Código relativa a la responsabilidad extracontractual no contiene una disposición expresa y explícita —sin perjuicio de la norma genérica del artículo 1969— que proteja el honor y la reputación de las personas.

312. Los derechos de la persona. Para fundamentar de manera más precisa el pedido de una indemnización por haber sido objeto de difamación, es necesario acudir a otro lugar del Código: el título relativo a los Derechos de la Persona.

Es así como, concordando el artículo 5 (que, en realidad, tiene otro propósito, pero que encierra el principio del respeto del honor) con el artículo 1969, podríamos tratar de obtener una indemnización de quien

atenta contra nuestra reputación, ya sea mediante un libro u otra forma permanente, ya sea mediante un rumor o chisme. Y el artículo 17 —concordado con el artículo 1983— nos facilita la posibilidad de demandar a todos los responsables del libelo (escritor, editor, etc.) o de la murmuración (primer difusor y sucesivos transmisores), dado que establece una responsabilidad solidaria entre ellos.

Empero, es evidente que esta sistematización no es la más adecuada. Sin perjuicio de que los derechos de la persona sean establecidos en un Título especial, la reparación de los daños por cualquier tipo de derechos no contractuales debe ser reglada en la Sección correspondiente a la responsabilidad extracontractual. Es en ella que deben establecerse las condiciones específicas en que se considera que la violación de tales derechos ha causado daños reparables y es también en ella que han debido señalarse los criterios para su reparación.

313. La jurisprudencia nacional. Evidentemente, la norma propuesta para el Código —que no fue incorporada— no tenía por objeto crear tal responsabilidad de daños y perjuicios causados por difamación. Esa responsabilidad ha estado siempre contenida en el principio general de la indemnización por daños y perjuicios, cualquiera que sea su expresión legislativa. Por consiguiente, está presente el artículo 1969 del actual Código (concordado, como ya se ha dicho, con los derechos de la persona) y estaba presente en el artículo 1136 del Código anterior.

La jurisprudencia nacional ha reconocido la existencia de este tipo de daños en diferentes ejecutorias, tanto en los casos en que la difamación ha sido producida por un particular (utilizando eventualmente un medio de comunicación de masas) como cuando ha sido producida directamente por un medio de comunicación de masas (por acción directa de propalación de una noticia o por omisión en las precauciones razonables para acoger informaciones recibidas de terceros).

El señor Carlos A. Geldres seguía estudios en la ciudad de Trujillo y se le presentaron algunas dificultades en su examen de promoción con la nota del curso de Revisión de Matemáticas, enseñado por el ingeniero don Alfonso Chávez Cabrera. Este ingeniero era catedrático de la Universidad de Trujillo. En esas circunstancias, el padre de tal alumno, don Julio F. Geldres, denunció al profesor ante el Consejo de dicha Universidad, atribuyéndole incorrecciones e irregularidades. Por otra parte, el se-

nor Julio F. Geldres hizo publicaciones en los diarios "El Liberal" y "La Nación" de Trujillo, atribuyendo al ingeniero Chávez "hechos y actitudes en agravio de" su hijo. Realizada la investigación correspondiente, el Consejo se pronunció en favor del mencionado catedrático y desechó las imputaciones del padre del alumno, determinando que el joven Geldres había sido desaprobado por deficiente rendimiento en el examen respectivo.

El Ingeniero Alfonso Chávez demandó judicialmente a don Julio F. Geldres por daños y perjuicios derivados de tales actos de difamación cometidos por este último, tanto a través de los procedimientos ante el Consejo de la Universidad como a través de los diarios. El Fiscal GARCIA ARRESE consideró fundada la demanda y la Corte Suprema, por resolución de 7 de julio de 1956, ordenó el pago de una indemnización⁴⁴⁰.

Un caso de responsabilidad del propio medio de comunicación (aunque por omisión) se produjo cuando el diario "La Prensa" de Lima publicó una carta, aparentemente firmada por don Eduardo Bueno y Tizón, "en la que se hacían apreciaciones sumamente injuriosas para la dignidad del Poder Judicial". Dicho señor sostuvo que su firma había sido fraguada y demandó a la propietaria del diario, Empresa Periodística S.A., para que le abone una indemnización por los daños y perjuicios causados a su prestigio profesional como abogado, por el hecho de aparecer públicamente como autor de un texto oprobioso para quien lo había escrito.

Acreditado el hecho de que no se trataba de su firma, el Fiscal FEBRES opinó: "Evidentemente que se ha causado daño al actor, quien, en su condición de abogado, ha sufrido detrimento en su honorabilidad y dignidad al adjudicársele la paternidad y responsabilidad de dicha carta" y "Es evidente que Empresa Periodística S.A. ha procedido con ligereza al publicar dicha carta (...) que pone en boca del actor las expresiones que ella contiene". Por resolución de 2 de abril de 1962, la Corte Suprema ordenó el pago de la indemnización considerando "que el precepto contenido en el artículo 63 de la Constitución del Estado establece res-

^{440.} Revista de Jurisprudencia Peruana. No. 153, año de 1956, pp. 1217-1218.

ponsabilidad del editor por las publicaciones que efectúa; y que aunque en el presente caso dicha responsabilidad deriva de no haber tomado aquél las precauciones necesarias para establecer previamente la autenticidad del documento y la identidad de su autor" y no de una difamación cuyo origen se encuentre en el mismo periódico, existe igualmente responsabilidad^{440bus}.

Por consiguiente, la responsabilidad extracontractual por daños derivados de difamación masiva o circunscrita a un determinado grupo de personas, no es una novedad en nuestro medio.

314. Problemas derivados de la falta de regulación de la institución. Lamentablemente, en la actualidad, debido a la supresión de la regla específica sobre daños por difamación propuesta para la Sección de responsabilidad extracontractual del Código, no existe criterio legal para ponderar tal responsabilidad cuando, en ejercicio de la función informativa, resulte conveniente divulgar una noticia aunque afecte la reputación de una persona.

Las posibilidades de exoneración de la responsabilidad que habían sido cuidadosamente estudiadas en el Proyecto de la Comisión Reformadora para proteger a quienes cumplen una misión de información pública—i.e., el periodismo— contra aventureros judiciales e intimidadores de la libertad de expresión, no han sido recogidas por el Código. A falta de explicitación por el legislador, la jurisprudencia tendrá en este campo la delicada tarea de trazar los límites entre el libelo y la necesaria información pública. Para este efecto, podrá guiarse por las consideraciones que se encontraban en el Proyecto de la Comisión Reformadora y que recogen la doctrina comúnmente aceptada sobre esta materia.

Sección II: La calumnia

Artículo 1982.- Corresponde exigir indemnización de daños y perjuicios contra quien, a sabiendas de la falsedad de la

⁴⁴⁰bis. Revista de Jurisprudencia Peruana. No. 219, año de 1962, pp. 469-470.

imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncia ante autoridad competente a alguna persona, atribuyéndole la comisión de un hecho punible.

315. El ejercicio del derecho de dañar y la defensa propia por la vía judicial. El artículo del Código que comentamos rige los casos en que pudiera hablarse (metafóricamente) de un abuso del derecho de denunciar los delitos a la autoridad.

Hemos ya comentado la inmunidad que existe frente a los daños autorizados por la ley, una de cuyas hipótesis es el ejercicio legítimo del derecho de dañar⁴⁴¹. El derecho de denunciar a quien creemos que ha causado un delito en nuestro perjuicio es sin duda un derecho de dañar. La denuncia representa siempre un daño, porque se persigue causarle un mal al denunciado: encerrarlo en la cárcel o aplicarle alguna otra pena. Pero es un daño que la ley nos autoriza a cometer en salvaguarda de etros derechos. En ese sentido, este derecho de dañar mediante una denuncia a la autoridad competente, es una forma de defensa propia. Hemos indicado también que la defensa propia en general es una variante del derecho de dañar; se nos autoriza a causar directamente un daño a otro para salvar nuestras vidas o nuestros bienes⁴⁴². Ahora bien, ese daño puede ser físico (mediante una respuesta física a una agresión física inmediata) o jurídico (mediante una respuesta jurídica): la denuncia contra quien causa un delito en agravio nuestro es una defensa ex iure, orientada a buscar nuestra protección y la de la sociedad toda.

316. El ejercicio irregular del derecho de denunciar. Ahora bien, el derecho de dañar debe ser ejercitado regularmente; en caso contrario, se produce un abuso de derecho (o, más propiamente, una ausencia de derecho por haber excedido los límites autorizados). Es por ello que la defensa propia tiene que ser legítima, i.e., sometida a ciertas condiciones que la hacen válida.

^{441.} Supra, Nos. 92 y 93.

^{442.} Supra, No. 98.

Las mismas consideraciones se aplican a las denuncias ante la autoridad competente: tenemos derecho a formularlas (aunque dañen a otro) siempre que se cumplan ciertas condiciones que las hagan legítimas. En otras palabras, siempre que ejercitemos regularmente nuestro derecho de denunciar. Cuando tales condiciones no se cumplen, nos encontramos frente a la figura de la calumnia y la víctima del daño (el denunciado) tiene derecho a exigir una indemnización.

317. ¿Cuándo es indemnizable la denuncia? El problema estriba en determinar cuáles son las condiciones para que una denuncia se convierta en calumnia; o, dicho en otras palabras, cuando el ejercicio del derecho de denunciar se hace irregular.

La regla del artículo 1982 señala dos criterios (1) cuando la denuncia se hace a sabiendas de su falsedad; o (2) cuando no existía motivo razonable para denunciar.

El primero de estos criterios no ofrece dificultades, salvo las inherentes a la probanza del dolo. En cambio, el segundo criterio introduce una idea de razonabilidad que puede ser materia controvertible.

Alguna jurisprudencia anterior al actual Código ha pretendido que solo hay lugar a indemnización cuando la denuncia era intencionalmente falsa. Don Félix Eugenio Evaristo denunció ante la Corte Superior de Huánuco y Pasco al auxiliar de la Fiscalía, don Peñafort Ortega Inga, por delitos de corrupción y concusión, lo que dio lugar a la destitución de éste. Pero, no habiéndosele comprobado los hechos delictuales, el denunciado inició una acción de daños y perjuicios contra el denunciante. Sin embargo, el Fiscal FEBRES opina que no hay nexo de causalidad entre el daño y la denuncia: afirma que la destitución obedeció no sólo a esa denuncia sino "a múltiples quejas presentadas por litigantes del lugar". Pero agrega que únicamente puede atribuirse responsabilidad extracontractual a una denuncia intencionalmente maliciosa. En cambio, como "ni dolo ni culpa rodean el evento", esta denuncia constituye un ejercicio legal de un derecho y no da lugar a indemnización. La Corte Suprema, por resolución de 23 de abril de 1959, hace suya esta opinión del Fiscal, en contra de lo resuelto por el Juez de Primera Instancia⁴⁴³. Sin embargo,

^{443.} Revista de Jurisprudencia Peruana. No. 184, año de 1959, pp. 554-555.

esta jurisprudencia es inaceptable en la actualidad porque no solamente la intención de dañar con la calumnia da lugar a responsabilidad sino también la ausencia de motivo razonable para denunciar. De manera que no sólo habría que probar que hubo dolo en la denuncia sino que bastaría que se estableciera que no hubo motivo razonable para denunciar, para declarar que hay responsabilidad del denunciante.

318. La jurisprudencia peruana. Los Tribunales peruanos han comenzado a establecer una línea de criterios sobre lo que es razonable —y, por consiguiente, no da lugar a responsabilidad— en materia de denuncias a la autoridad.

De primera intención, podríamos decir que los Tribunales han señalado que lo razonable es aquéllo que no fue un acto arbitrario del denunciante. Por ejemplo, la Sociedad Siderúrgica de Chimbote (SOGESA) denunció a don Antonio Bermúdez Martell y otros por delitos de apropiación ilícita y falsificación de documentos. Pero, en el proceso, estas personas fueron absueltas por tales delitos. Sin embargo, la resolución de la Corte Suprema de 12 de noviembre de 1973 establece que, si bien no hay contra estas personas "cargo probado y concreto de culpabilidad", "la investigación y denuncia correspondientes no constituyeron hechos arbitrarios de la demandada"⁴⁴⁴.

Pero el carácter de arbitrario o no arbitrario de un acto no es evidente; de modo que se requiere una precisión jurisprudencial mayor de la decisión de denunciar.

Doña Pilar Villegas de Neira denunció a doña Julia Gutiérrez de Rosa por apropiación ilícita. Sin embargo, la denunciante no pudo probar en forma alguna la verosimilitud de su denuncia. Por ello, la denunciada demandó por daños y perjuicios a la denunciante, obteniendo el pago de una indemnización (incrementada en la Corte Suprema) por considerar la Corte que "las pruebas resultaban deleznables para acreditar la responsabilidad". La Ejecutoria declara que, si bien no dan lugar a indemnización las denuncias efectuadas de conformidad con el ejercicio regular de un derecho, no puede considerarse que éste es el caso (sino que, más bien, se trata de un abuso del derecho) cuando no hay pruebas que permitan

^{444.} Revista de Jurisprudencia Peruana. No. 359, Diciembre de 1973, p. 1486.

establecer la razonabilidad de la acusación. La Corte indica que no se trata solamente de una falta de pruebas que acrediten la veracidad y el funcionamiento de los hechos denunciados⁴⁴⁵.

En general, la Corte ha considerado que no existía responsabilidad cuando el denunciante se ha limitado a relatar el hecho y, quizá, a expresar una sospecha respecto de alguien; y es la autoridad policial o judicial la que ha incriminado a determinadas personas.

En la Hacienda Casa Grande se advirtieron diferencias de peso en el forraje entre las compras a los proveedores y el consumo, lo que indicaba que se estaba produciendo una pérdida irregular. En consecuencia, el Jefe de Vigilancia de dicha Hacienda se apersonó ante la autoridad policial y, sin señalar a persona determinada, denunció el hecho y solicitó una investigación. A consecuencia de ello, se abrió la instrucción contra varias personas y se decretó la detención provisional, entre otros, de Wilfredo Sánchez Campos, quien estuvo preso durante dos semanas. Sin embargo, terminada la instrucción, se declaró que no había mérito a juicio oral contra dicho señor. Casi dos años más tarde, Wilfredo Sánchez demandó a la Empresa Agrícola Chicama, propietaria de la Hacienda mencionada, para que le pague daños y perjuicios por tal denuncia que consideró injustificada.

Aun cuando el Juez de Primera Instancia declaró fundada dicha acción, el Fiscal GARCIA ARRESE opinó que "la Empresa se limitó a proporcionar los datos solicitados por la Policía" y que es la Policía, "ejercitando sus atribuciones", que decretó la detención provisional de Wilfredo Sánchez, entre otros. El Fiscal considera que no hay responsabilidad porque "al hacerse la denuncia no se sindicó a determinada persona"; y agrega que "Pretender derivar un provecho económico, a título de indemnización, importaría tener que aceptar la consumación de un hecho perjudicial para no exponerse a las contingencias de la investigación judicial o a los resultados del procedimiento judicial por la complacencia de testigos faltos de idoneidad o a pruebas dejadas de actuar oportunamente". La Corte Suprema, por resolución de 19 de mayo de 1958, acogió este planteamiento⁴⁴⁶.

^{445.} Revista de Jurisprudencia Peruana. No. 344, Setiembre de 1972, pp. 1157-1158.

^{446.} Revista de Jurisprudencia Peruana. No. 174, año de 1958, pp. 748-751.

Un criterio similar utilizó la Corte en el juicio seguido por Alarcón contra Roncalla. Don Pascual Roncalla había sido víctima de robo de mercaderías en un establecimiento comercial de su propiedad, sito en la ciudad de Cotahuasi. Es por ello que su esposa, doña Zaragoza Fuentes de Roncalla, denunció este hecho a la Policía, participando sus sospechas respecto de don Alipio Alarcón, quien frecuentaba la casa. La Policía detuvo a Alarcón, pero posteriormente se estableció la inocencia de éste. Por ese motivo, Alarcón demandó a don Pascual Roncalla por daños y perjuicios.

El Fiscal PALACIOS opinó que el robo sufrido por Roncalla había quedado ampliamente acreditado, lo que constituye una base de razonabilidad de la denuncia. Por otra parte, la esposa de Roncalla formuló las denuncias "en ejercicio de un derecho de defensa de su patrimonio", pero la detención de Alarcón no había sido de su incumbencia. En razón de todo ello, el Fiscal era de parecer que no procedía indemnización; lo que fue asumido por la Corte Suprema por resolución de 23 de mayo de 1945⁴⁴⁷.

La Sociedad Agrícola San Nicolás Ltda. era propietaria de ganado lanar en la Provincia de Chancay. El Ingeniero Agrónomo Juan Rutter Salazar, quien trabajaba para dicha Sociedad, denunció ante la Comandancia del Puesto de la Guardia Civil Rural de la Hacienda que estaban desapareciendo sistemáticamente los animales y que incluso se habían encontrado pieles de carneros beneficiados. Como consecuencia de ello, se procesa por delito de abigeato a don Marcelino Ramos Medina, encargado de cuidar el ganado. Sin embargo, en el correspondiente juicio penal, Ramos fue absuelto; y consiguientemente, demandó a la Sociedad Agrícola por daños y perjuicios.

El Fiscal GARCIA ARRESE dictaminó en el sentido de que, "comprobada la desaparición sistemática de ganado lanar, su silencio (el del Ingeniero Agrónomo que hizo la denuncia) lo hubiera constituido en responsable, por omisión, al no haber hecho la denuncia policial. Cumplió con su deber de función que no puede derivar contra él responsabilidad ni tampoco para la Sociedad, afectada en su patrimonio social". La Corte

^{447.} Revista de Jurisprudencia Peruana. No. 23, Diciembre de 1945, pp. 589-591.