

El Daño Aquiliano en la Legislación del Perú*

Por JORGE EUGENIO CASTAÑEDA

Catedrático Principal de Derecho Civil.

7.— *Daños ocasionados por animales.*— Para los casos de daños causados por animales, la responsabilidad de sus propietarios o de los que los tienen a su cuidado cesa si probaran que el accidente tuvo lugar por el hecho de un tercero. Esta es una presunción de responsabilidad; no sólo presunción de culpa. Es un caso de responsabilidad sin culpa, que sólo admite liberación en el supuesto de que se acredite que no existe nexo causal, la del art. 1145. Nada conseguirá entonces el demandado con probar que no tuvo culpa, o que el hecho no habría podido evitarse. Y nada importa que el animal se hubiere perdido o extraviado.

Sin embargo, la indemnización reparatoria puede experimentar cierta disminución, si el responsable prueba que la víctima contribuyó a causar el daño, por aplicación del art. 1141 (72).

Previene el art. 1145:

“El dueño de un animal o el que lo tiene a su cuidado, debe reparar el daño que éste cause, aunque se hubiese perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el accidente tuvo lugar por el hecho de un tercero”.

El actor probará la existencia del daño y que fué ocasionado por el animal. Y corresponderá al demandado probar que el daño se debió al hecho de un tercero.

(*) La primera parte se publicó en esta Revista, Año XXV - 1961. Nº III, págs. 437 - 495.

(72) Por delito de lesiones por negligencia fué sancionado el dueño de un perro bravo que hirió a un transeúnte. Sent. 16 noviembre 1946. “R. de J. P.”, 1947, p. 229 y ss

Nuestro OLAECHEA (73) establece que en este dispositivo existe una responsabilidad sin culpa. Expresa:

“Los arts. 1142, 1143, 1144, 1145 y 1146, son clarísimos. En los casos que contemplan, la base de la responsabilidad es real y objetiva...”.

Obsérvese que el legislador al referirse a la responsabilidad objetiva por la guarda de las cosas, comprende a los animales, porque éstos jurídicamente son cosas (74).

Ya hemos dicho que el Profesor OLAECHEA olvidó instalar, en esta área de la responsabilidad *aquilia*, un precepto que hiciera referencia al daño producido por las cosas inanimadas y a la obligación de la guarda y custodia de las mismas. Sólo se ocupó de las “cosas animadas” (animales) en el art. 1145 cód. civ.; y del daño que pudiere producir la caída de una cosa inanimada inmobiliaria (edificio) en el art. 1146 del mismo cód. Esta omisión es tanto más sensible cuanto que la responsabilidad civil en que se incurre por los daños ocasionados por las cosas muebles inanimadas que se tienen bajo guarda o custodia es de la más frecuente ocurrencia.

El “hecho de un tercero” para exonerar de responsabilidad al dueño del animal o al que lo cuida, debe asumir el carácter de acaecimiento imprevisible e irresistible (véase N° 14, p. 89, en que se hace un examen extenso del concepto “hecho de un tercero”).

Es también de simple buen sentido que la fuerza mayor en el caso de daño causado por un animal exime de responsabilidad al propietario o cuidador del mismo y que el importe de la indemnización puede ser disminuído en la hipótesis de culpa de la víctima del daño causado por un animal.

En el cód. civ. de México su art. 1929 regula en los siguientes términos esta responsabilidad:

“El dueño de un animal pagará el daño causado por éste, si no probare alguna de estas circunstancias:

- “ I Que lo guardaba y vigilaba con el cuidado necesario;
- “ II Que el animal fué provocado;

(73) “Revista de Jurisprudencia Peruana”, N° 8, julio de 1944. p. XV.

(74) Contiene el cód. de Italia esta regla: 2052. Daño ocasionado por animales.— El propietario de un animal o quien se sirve de él por el tiempo que lo tiene en uso, es responsable de los daños ocasionados por el animal, ya estuviese bajo su custodia, ya se hubiese extraviado o escapado, salvo que pruebe el caso fortuito”.

- "III Que hubo imprudencia por parte del ofendido;
- "IV Que el hecho resulte de caso fortuito o fuerza mayor".

Para nosotros no existirían más causas de exención que las consignadas en el inc. IV del precepto anteriormente reproducido, ya que ni la imprudencia de la víctima, ni la cuidadosa guarda o vigilancia constituirían causas de exención. A lo más, la imprudencia disminuiría el importe indemnizatorio.

El art. 1192 del cód. civ. venezolano dispone:

"El dueño de un animal o el que lo tiene a su cuidado, debe reparar el daño que éste cause, aunque se hubiese perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el accidente ocurrió por falta de la víctima o por el hecho de un tercero".

Anotamos que la falta de la víctima entre nosotros, no es causal de liberación, sino tan sólo de disminución en la reparación del daño.

MAZEAUD HENRI (75) hace notar la ausencia de una norma que regule los daños causados por las cosas muebles inanimadas, en nuestro cód., con estas palabras:

"Puede uno admirarse de no encontrar disposición alguna relativa a los daños causados por las cosas inanimadas. ¿Por qué la víctima de un automóvil sería menos bien tratada que la víctima de un coche de tiro? La jurisprudencia francesa hace funcionar las mismas reglas: reparación a las víctimas en uno y otro caso. El Código Civil peruano merecería ser completado en este punto".

Más adelante agrega:

"Parece, en definitiva, que en ciertos puntos, las disposiciones del cód. civ. peruano de 1936, relativamente a la responsabilidad extracontractual, aún cuando más completas que las del cód. NAPOLEÓN, presentan todavía ciertas lagunas".

8.— *Daños y perjuicios provenientes de la ruina de edificaciones.*— Dispone el art. 1146 del cód. civ.: "El dueño de un edificio es responsable del daño que origine su caída, si ésta ha provenido de falta de conservación o construcción".

En esta fórmula se restringe el concepto que informa dispositivos de códigos extranjeros, ya que el daño producido por

(75) Revista del Foro, año XXXIX, 1952. p. 66.

la caída del edificio es más limitado que el daño que ocasiona la ruina. Puede ocurrir que un edificio se arruine sin caerse o desplomarse. El art. 1386 del cód. de NAPOLEÓN menciona el daño producido por la ruina y se refiere al "vicio de construcción".

Así mismo, es más comprensible si el precepto expresara que la caída ha provenido de vicio de construcción y no de construcción, tan sólo.

No es indispensable que el desplome sea total; basta que sea parcial.

Para el legislador, en este precepto existirá siempre la teoría del riesgo o responsabilidad sin culpa (76), ya que textualmente dice: "... Cuando el que tiene a otro bajo sus órdenes, se sirve de él en beneficio suyo, responde por los daños causados al tercero, al margen de la noción de la culpa, sin otra atemperación posible que el hecho de la propia víctima o la fuerza mayor. *Lo mismo ocurre cuando se trata del hecho de las cosas inanimadas.* Funciona también una responsabilidad de pleno derecho e irreversible mediante la prueba contraria. La ley ha instituido no una presunción de falta, sino de responsabilidad, y es de todo punto indiferente investigar si el agente fué culposo. Tratándose de la responsabilidad de las personas o de las *cosas sujetas a la guarda*, existe algo más que una inversión de la prueba, o una simple presunción susceptible de ser abatida por la prueba contraria: la responsabilidad en tales casos es indeclinable y se basa en consideraciones superiores de justicia y de naturaleza probatoria...".

En verdad, este párrafo del ilustre jurista que fué OLAECHEA define con claridad cuál fué su pensamiento, o sea que existe en la fórmula no una presunción de culpa, sino lo que hay es una presunción de responsabilidad, en el sentido de que esta última sólo podría ser abatida por la prueba del *casus*.

La responsabilidad se localiza siempre en el propietario del inmueble y no, como ocurre en el art. 1145 cód. civ., en que la responsabilidad la presta o el dueño del animal o el que lo tiene bajo su cuidado. No hay que investigar quien tiene la guarda del edificio; quien sufrió el daño se dirigirá contra el propietario, aún cuando el predio se encuentre alquilado. Sin embargo, si el inquilino es el causante del daño, el propietario tendría contra él una acción de repetición. La responsabilidad del loca-

(76) Véase Rev. de Jurisprudencia Peruana, año II, Nº 11, octubre 1944, p. XVI s.

dor respecto de los daños que el edificio ocasione con su caída al inquilino, o a la familia de éste, no es extracontractual, sino que dimana del contrato.

En el derecho francés, la víctima deberá demostrar una falta de conservación o un vicio de construcción, hechos ambos que importan culpa, por lo que el dueño se encuentra obligado a resarcir el daño, aún cuando no sea él quien haya cometido dicha culpa... Y como observan los MAZEAUD (77), más fácil habrá de ser probar un vicio de construcción que la imprudencia o negligencia.

Consideramos que para nosotros, la caída del edificio hará presumir la responsabilidad del dueño, que no queda destruida con la prueba de que no ha existido falta de conservación ni vicio de construcción, sino con la prueba del *casus*. Por lo demás, hasta ahora nuestra jurisprudencia no ha exonerado de responsabilidad al propietario sino en la hipótesis en que se ha probado el *casus* (78).

Además de que el precepto que se ocupa del daño que causa el desplome del edificio, exige que se trate de un edificio, o sea un inmueble construido (terminado o no), de la caída total o parcial (pero no cuando cae sólo un ladrillo, v.g.), se reclama que exista un vínculo de causalidad entre la caída y el daño, o sea que el daño tiene por causa la caída. Pero no que la víctima deberá probar la falta de conservación o el defecto en la construcción.

Se trata en verdad de una responsabilidad por hecho ajeno. El dueño se obliga por el inquilino o por el constructor, en forma análoga a la responsabilidad que asume quien tiene a otro en una relación de subordinación o dependencia (art. 1144 cód. civ.). Sin embargo, el propietario goza de una acción de repetición contra éstos, debiendo anotarse que tratándose del empresario o arquitecto constructor, la acción de repetición del propietario por vicios de construcción sólo vive cinco años, conforme al art. 1556 del cód. civ. Esta caducidad de la acción de responsabilidad contra el constructor, no impide que la víctima

(77) Lecciones, Parte 2ª, vol. II, Nº 550, p. 292.

(78) La sent. de 22 de agosto 1944, "R. de los T.", 1945, 227 y ss., resuelve que si la finca se destruye por un terremoto y no por vicio de construcción, no existirá en su propietario la obligación de indemnizar por los daños que produjo al desplomarse. Véase también las sent. de 15 setiembre 1939, "R. de los T.", 1939, 314 y s.; sent. de 7 noviembre 1943, "A. J.", 1942, 334 y s.; sent. de 26 noviembre 1942, "A. J.", 1942, 361 y s.; sent. de 20 octubre 1949, "R. de J. P.", 1949, 763 y s.

pueda probar un vicio de construcción después de vencido el lapso de cinco años. Adviértase, sin embargo, que no es a la víctima a quien corresponde probar el vicio de construcción o la falta de conservación.

Tratándose de inmuebles urbanos sujetos a un contrato de locación-conducción, la legislación del inquilinato impide el desahucio por vencimiento del plazo no obstante haberse vencido el término contractualmente fijado. Es por ello que existen predios urbanos en estado ruinoso ocupados por inquilinos desde hace muchos años, ya que las causales de rescisión de los contratos de alquiler han sido reducidas a hipótesis de excepción, como son las de casa única y reconstrucción. Frecuentemente se producen caídas de edificios alquilados con arrendamientos congelados que causan víctimas entre los mismos inquilinos o sus familiares, o entre los que transitan; y esos desplomes no se deben a defectos en su construcción, sino a la antigüedad y mal estado de las edificaciones. Por disponerlo así la ley, la conservación de los edificios es de cargo de los locadores (arts. 1513 inc. 3º y 1517 inc. 5º del cód. civ.), salvo que se hubiere pactado lo contrario en los contratos correspondientes. Así mismo, el dueño tiene acción para conseguir la desocupación de su predio locado si existe la necesidad de reparar la cosa para que no se arruine, ya que el art. 1529 en su inc. 4º establece la rescisión del contrato de arriendo por esta causal. Empero, la legislación anormal de inquilinato no incluye esta causal dentro de aquellas de que puede hacer uso el propietario para conseguir la desocupación del predio locado.

Actualmente, los locadores de fincas alquiladas que amenazan ruina y que se encuentran impedidos de resolver los contratos de alquiler por esta causal, pretenden cubrirse de esta responsabilidad haciendo notificar a los arrendatarios que son de cuenta de éstos los daños que pudieran sobrevenir por el desplome total o parcial de las edificaciones.

Por lo demás, habiéndose producido la caída de un edificio sin que medie un *casus*, la prueba de que no se debe a falta de conservación sólo podría admitirse si se acreditara un vicio de construcción; pero la existencia de dicho vicio no liberaría de responsabilidad al propietario. Sin embargo, éste podría repetir contra el constructor dentro del plazo legal en que vive la responsabilidad de él. Pero la responsabilidad del constructor es contractual; no *aquilia*.

De otro lado, el conductor está legalmente obligado a poner en conocimiento del locador la necesidad de reparar el edificio (art. 1517 inc. 5º); la ley, así mismo, lo autoriza a hacerlas (art. 1540). Si no avisa al arrendatario es obvio que incurre en culpa y si el edificio se desploma por falta de conservación, el propietario responderá de los daños que cause su caída, pero tendrá derecho a repetir contra el arrendatario.

El art. 1146 no sólo hace resarcible el daño a las personas, sino el daño a las cosas.

Nuestra jurisprudencia ha resuelto que el desplome del edificio hace responsable al propietario de los daños ocasionados al inquilino, si el hecho proviene de vicio de construcción o falta de conservación (79).

Es incuestionable que corresponde al inquilino sólo hacer mejoras útiles o de recreo en la cosa locada, sin alterar su forma (art. 1537 cód. civ.); y le serán pagadas por el locador siempre que exista pacto a este respecto y que el pacto reúna ciertos requisitos (arts. 1539 y 1541 cód. civ.). Empero, las mejoras o reparos necesarios que tienen influencia decisiva en la conservación del edificio son de cargo del locador conforme al art. 1540 del cód. civ. Por lo mismo, no habiéndolos efectuado éste y producida la caída del inmueble edificado, los daños que halla ocasionado dicha caída son de cuenta del locador.

La responsabilidad del locador siempre habrá de declararse aún cuando el inquilino no haya puesto en su conocimiento la necesidad de las reparaciones necesarias y no obstante que este aviso constituye una obligación legal del conductor según el inc. 5º del art. 1517 del cód. civ.

Habría que distinguir si el daño lo sufre el mismo inquilino que omitió el aviso, o un tercero.

La ruina de los edificios urbanos es frecuente ya que la legislación anormal del inquilinato prohíbe a los locadores que promuevan juicio de desahucio por vencimiento del término, lo que ha dado lugar a que los contratos de locación-conducción se prolonguen indefinidamente y los inmuebles arrendados se desplomen causando daños a las personas y a las cosas. Los locadores con el objeto de evitar las consecuencias de la responsabilidad que pudiera sobrevenirles por la ruina de los edificios locados, ponen en conocimiento de los arrendatarios que deben

(79) Sent. 7 noviembre 1942, "A. J.", 1942, 334 y s.

desocupar la finca para repararla y que no se arruine. Esta, por lo demás, es causal de rescisión del contrato, que ha quedado sin efecto por la legislación de excepción.

El art. 1146 acuerda al dueño del edificio la prueba liberatoria, o sea demostrar que la caída no se debe a falta de conservación o vicio de construcción. Ya hemos examinado, sin embargo, que estas probanzas resultan imposibles.

También debe señalarse que en el precepto no existe legislada una presunción de culpa, la cual quedaría enervada por la prueba indicada de que no ha existido defecto de mantenimiento ni vicio de construcción.

FRANCESCO MESSINEO (80), refiriéndose al art. 2053 del nuevo cód. civ. de Italia, que se ocupa de la ruina de un edificio en casi los mismos términos que el art. 1146 de nuestro cód., considera que es éste un caso de responsabilidad objetiva; y mencionando que la carga de la prueba de la acción de responsabilidad contra el dueño del edificio que se arruina se circunscribe a que la víctima acredite la ruina del edificio y el daño que ha sufrido, anota que el propietario debe comprobar la existencia de una causa extraña al vicio de construcción o a la falta de conservación, es decir, el *casus*, o el hecho de un tercero, o el hecho de la víctima.

Para nosotros, el hecho de la víctima no produce la exoneración de responsabilidad del propietario, ya que la fórmula del art. 1141 es general y reza: "Cuando el hecho de la víctima ha contribuido a causar el daño, la obligación de repararlo se disminuye en los límites en que la víctima contribuyó a causarlo".

Así mismo, pese a que es de difícil acaecimiento que el propietario de un predio resulte insolvente, la obligación de resarcir el daño cesa si al cumplirla queda privado el responsable de lo necesario para su propia subsistencia, o para cumplir la obligación alimentaria a que está sujeto (art. 1138 cód. civ.). Una situación como ésta ha sido resuelta por ante el Poder Judicial (81). Por lo demás, la doctrina del art. 1138 se aplicará en todas las hipótesis en que quien debe pagar una indemnización por acto ilícito, si al hacerlo se priva de los recursos necesarios

(80) Manual, t. VI, § 169, f) y h), p. 528 y s.

(81) Sent. 21 junio 1946, "R. de J. P.", 1947, 211 y ss., pronunciada en vista de la seria disminución de la economía del deudor, que le impedía cumplir con sus obligaciones de deudor alimentista.

para subsistir, o para abonar pensiones alimentarias a quienes por ley se encuentran obligados a acudir con las mismas.

El pensamiento del redactor del cód. civ., en esta materia de la responsabilidad extra-contractual, no sólo lo ha vertido en la exposición de motivos, sino que OLAECHEA (82) ha escrito un ensayo titulado "El problema de la responsabilidad extra-contractual en el nuevo Código Civil", que es más amplio, claro y preciso que sus motivos respecto a las ideas que orientan este instituto en la nueva legislación del Perú según el pensamiento de quien estructuró los numerales que lo componen.

Así, con respecto a la responsabilidad del padre, tutor o curador; a la del que tiene a otro bajo sus órdenes; a la del dueño del animal o del que lo tiene bajo su cuidado; y a la del dueño del edificio, OLAECHEA (83) ha dicho demasiado claramente:

"Los arts. 1142, 1143, 1144, 1145 y 1146, son clarísimos. En los casos que contemplan, la base de la responsabilidad es real y objetiva. Aunque los arts. citados plantean diversas hipótesis y en algunos de ellos se pueden señalar bajo el influjo del tecnicismo clásico las nociones de la culpa *in vigilando* o de la culpa *in eligendo* —art. 1142— el cód. define realmente una forma objetiva de responsabilidad, como aparece sin duda en el art. 1143. Este artículo crea una institución diversa a la del art. 2194 del cód. anterior. Según el cód. derogado, la responsabilidad cesa si el agente prueba su inculpabilidad. Según el nuevo cód., la responsabilidad del agente puede disminuirse; pero no puede nunca eliminarse, lo que importa introducir en la ley una idea superior y ajena a la culpa, esto es, la idea objetiva del riesgo. Ello es claro. Si la ley mirase exclusivamente el aspecto subjetivo de la responsabilidad, como algunos pretenden, haciendo una interpretación equivocada del nuevo ordenamiento legal; 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 art. 1143 (que regula el caso de disminución equitativa de la indemnización, cuando los padres, tutores o curadores han justificado dentro del juicio que no pudieron impedir el hecho que causó el daño, o sea que han demostrado que no incurrieron en culpa), ni el 1144 (por el cual responde todo aquel que tiene a otro bajo sus órdenes) revestiría

(82) Véase "Revista de Jurisprudencia Peruana", N° 8, julio de 1944, p. XI y ss.

(83) "Revista de Jurisprudencia Peruana", N° 8, julio de 1944, p. XV.

un carácter absoluto, como efectivamente ostenta, ni existiría el art. 1145 (daño causado por un animal) ni el 1146 (daño causado por la caída de un edificio)".

"La argumentación contraria es de superficie. Es una simple logomaquia. Cuando se habla de la culpa *in eligendo* o de la culpa *in vigilando*, se paga tributo al lenguaje jurídico clásico, pero no se altera la substancia de las cosas. El defecto de vigilancia o el error de elección en su caso, traduce siempre el riesgo inherente. En tales casos y en otros el agente debe cubrir el riesgo, a fin de sostener la ecuación vital de justicia".

O sea que el legislador peruano, se afilia sin duda alguna a la doctrina del riesgo en los preceptos contenidos en los numerales 1142 a 1146 inclusive, lo cual nos parece una demasía.

Encuentra LEÓN BARANDIARÁN (84) con razón, evidentemente, en el art. 1146, una responsabilidad por riesgo.

La responsabilidad es del propietario del edificio, que es quien obtiene el beneficio derivado de su derecho de propiedad.

Nadie más que el dueño es el responsable. No lo es el inquilino, ni el usuario o usufructuario, por ejemplo.

La prueba de que la caída no proviene de falta de conservación o vicio de construcción (el precepto ha omitido el vocablo "vicio"), importa acreditar la existencia de una *causa*, o sea que estamos dentro del ámbito de la responsabilidad objetiva. Sin embargo, LEÓN BARANDIARÁN (85) pone la prueba a cargo del demandante. Afirma que éste es quien deberá probar que la caída obedece a vicio de construcción o falta de conservación. Ello no es verdad, ya que *prima facie* se establece la responsabilidad del dueño; se presume su culpa con presunción *iure et de iure*.

Por lo demás, la caída del edificio, de no existir el *casus*, prueba que se debe ésta a defecto de construcción o a falta de conservación.

Por la sent. de 20 de octubre 1949 (86) el propietario de un predio edificado que no cuida de repararlo, se encuentra obligado a indemnizar los daños que cause su mal estado.

En forma general, el Profesor LEÓN BARANDIARÁN (87) expresa que la responsabilidad por riesgo por el hecho de las

(84) Comentarios, t. I, 2ª ed., p. 465.

(85) Comentarios, t. I, 2ª ed., p. 468.

(86) "R. de J. P.", 1949, pp. 763 y ss.

(87) Comentarios, t. I, 2ª ed., p. 399.

cosas, la establece el cód. en casos específicos, como son el daño causado por animal (art. 1145) y el daño ocasionado por la caída de un edificio (art. 1146). En estos supuestos se responde sin examinar si hubo o no culpa; es una responsabilidad por el hecho de las cosas; se encuentra invivita la idea del riesgo.

La regla del cód. civ. italiano sobre esta responsabilidad, es la que sigue:

2053. "*Ruina de edificio.*— El propietario de un edificio o de otra construcción es responsable de los daños ocasionados por su ruina, salvo que pruebe que ésta no se debe a defecto de mantenimiento o a vicio de construcción".

9.— *La relación causal.*— También recibe las denominaciones de "conexión causal"; "vínculo causal"; "relación de causa a efecto"; "relación entre el acto y el perjuicio o daño"; "relación de causalidad entre el hecho y el daño"; y por ella se trata de establecer si el hecho del demandado es la causa del daño. Este problema del nexo causal es relativo y oscilante, como se verá al final; y se significa expresando que existe en el autor la obligación de indemnizar el daño que sea una consecuencia necesaria del hecho que ha realizado y que es productor del daño. La relación causal no viene a ser sino el enlace que existe entre el hecho ilícito y el daño, o sea que a un determinado antecedente sucede una determinada consecuencia. Entre una determinada conducta del sujeto y el resultado objetivo media una relación. ¿Cuándo es el resultado referible a la actuación del sujeto? (88) ¿Cuándo ha de responder el sujeto jurídicamente por el resultado? ¿Hasta dónde el derecho pretende que el hombre responda de sus actos? ¿Cuándo un resultado físico es de cargo de la acción de un sujeto?

Es en el área del derecho penal en donde se ha investigado rigurosamente la relación causal o causación. Sin embargo, para sancionar penalmente al individuo se reclama, por lo menos, que éste hubiere incurrido en culpa; por tanto, en ese derecho el concepto de causa se encuentra limitado por la noción de la culpa. Por el contrario, en el campo del derecho civil se debe ir

(88) Para una exposición del problema en el derecho penal, véase SOLER SEBASTIAN, *Derecho Penal Argentino*, t. I, edit. "La Ley", § 24. La comisión, pp. 301 ss., y la bibliografía citada en la n. 1 de la p. 302; y JIMENEZ DE ASUA LUIS, *El Criminalista*, t. II, edit. 1942, B. Aires, pp. 100 ss., 161 ss. y 209 ss.

más cautelosamente en la averiguación de la causa, ya que existen muchas hipótesis de hechos ilícitos en que hay la obligación de reparar el daño causado, no obstante no haber incurrido en culpa el responsable civilmente. No es entonces admisible el concepto penalístico del vínculo causal, porque si lo aceptáramos en todos sus extremos, la responsabilidad civil sería demasiado amplia.

Así mismo, se dan supuestos que no son penalmente reprimibles y que, sin embargo, originan responsabilidad civil; v.g., el daño producido por un vehículo que no ha podido ser detenido por su conductor, en razón de haberse vaciado los frenos intempestivamente. Este defecto mecánico no es susceptible de ser controlado ni previsto por más diligencia y cuidado que se hubiere tenido en el mantenimiento de la máquina. Sin embargo, no obstante que el conductor no sea penalmente responsable, civilmente deberá ser judicialmente obligado a reparar el daño (Para nuestro derecho, no existiendo dispositivo que establezca la responsabilidad por riesgo en los daños ocasionados por las cosas muebles inanimadas, la responsabilidad civil del propietario del vehículo sería evidente si el daño se produjo por un piloto al servicio de dicho propietario).

En los MAZEAUD (89) encontramos un ejemplo extraído de la jurisprudencia francesa, en que la rotura de los frenos de un vehículo no se ha admitido como fuerza mayor. Así, X, el automovilista, por romperse los frenos de su vehículo, hiere mortalmente a un peatón. X es absuelto del delito de homicidio por imprudencia, o sea de que existirá cosa juzgada de que X no ha incurrido en culpa. Empero, en la vía civil se le demanda como guardián de la cosa, invocándose el art. 1384 párr. 1º del cód. civ. de NAPOLEÓN. Ese dispositivo contiene para la doctrina y jurisprudencia francesa, algo más que una presunción de culpa, o sea una presunción de responsabilidad, de manera que de nada habrá de valerle a X probar su ausencia de culpa (prueba fácil, por otra parte, ya que penalmente, por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, se le declaró exento de culpa). Por tanto, la presunción de responsabilidad sólo puede ser destruída si X probara la existencia de la fuerza mayor, que rompe el nexo causal; y, en efecto, X arguyó que existía fuerza mayor en el desprendimiento del engranaje de la dirección, que no podía

(89) MAZEAUD, Henri, León y Jean, Lecciones, Parte 2ª, vol. II, Nº 577, pp. 322 ss

prever ni impedir. Los jueces se negaron a admitir la existencia de la fuerza mayor, porque se requiere que ésta sea exterior a la cosa y no habrá de serlo un vicio o defecto de ella.

También deberá anotarse que como ahora en el derecho peruano, en la mayoría de los casos de "actos ilícitos", carece de influencia la conducta del demandado para liberarlo de la obligación resarcitoria; sólo cabe que éste niegue la existencia de la relación causal entre el hecho del demandado que se le atribuye y cuya comisión se le prueba y el daño. Es por ello que cobra importancia la conexión causal, ya que la indemnización no se basa en la culpa del agente, sino en el mero hecho de haber causado el daño. La existencia del vínculo de causalidad condiciona la responsabilidad del autor del hecho que ocasionó el daño. Por lo mismo, el autor no se libera probando su ausencia de culpa, sino acreditando que el daño no se debe a un hecho suyo (90).

No debe confundirse la relación causal entre el hecho ilícito y el daño con la imputabilidad de la persona que lo ha ocasionado por dolo o culpa.

La imputabilidad se refiere al examen de si el agente procedió por dolo o por culpa. Esto es interno; en cambio, la relación causal es externa, ya que se da con el acto y el daño.

Puede existir nexo de causalidad, pero no imputabilidad, porque el supuesto autor no actuó con dolo o culpa. Sin embargo, dentro del sistema de la culpa objetiva o teoría del riesgo, basta el enlace causal para determinar la responsabilidad, pese a no existir culpabilidad.

Puede existir una causa única; puede existir una pluralidad de causas. Es difícil determinar de qué daños se debe responder. ¿De los directos e inmediatos o también de los indirectos y mediatos? ¿De los daños previsibles o también de los imprevisibles?

La existencia de una relación causal entre el hecho y el daño es imprescindible. Si el daño no se produjo por el hecho del demandado, sino que se debe a un *casus*, es evidente que no existirá relación de causalidad. Es por ello que si la responsabilidad del agente nace aún cuando no hubiera incurrido en culpa alguna, la prueba de la existencia de la fuerza mayor, del caso fortuito o del hecho de un tercero (que tenga también es-

(90) VON TUHR, Tratado de las Ob., t. I, n. 3 de la p. 61; MAZEAUD HENRI, León y Jean, Lecciones, Parte 2ª, vol. II, N.º 561 p. 310.

te último los caracteres de la fuerza mayor), lo libera de responsabilidad, desde que el daño ocasionado no deriva de su hecho sino de una causa extraña, de un acontecimiento del cual él no es el autor. En realidad, no existe vínculo causal.

Nuestra jurisprudencia en algunas sentencias que honran a la administración de justicia, ha resuelto que no hay obligación de indemnizar si no existe entre el hecho imputado y el daño sobrevenido a la víctima relación de causalidad (91). Otro fallo declara que la responsabilidad civil por acto ilícito supone un nexo de causa a efecto comprobado entre el acto u omisión culposa y el daño sufrido por la víctima (92). Con referencia al *casus*, se ha pronunciado la resolución de 22 de agosto de 1944 (93), por la que si la finca se destruye por un hecho fortuito como es un terremoto, y no por vicio de construcción, no existe obligación de indemnizar los daños que produjo su caída. Es obvio que un acontecimiento insuperable e imprevisible como es el terremoto, destruye la causación entre los elementos, condiciones o hechos, como son "falta de conservación" o "vicio de construcción" a que se refiere el art. 1146 del cód. civ. y el daño producido.

Conviene también puntualizar que si la culpa no es elemento indispensable para determinar la responsabilidad del autor del daño, sino el vínculo de causalidad, lo resuelto en la vía penal con respecto a la ausencia de culpa del sujeto, no deberá ser tenido en cuenta por el juez en lo civil por ante quien se le reclama indemnización por el hecho ilícito cometido. Ello no obstante, nuestro Poder Judicial, en un fallo realmente extraño y absurdo, ha decidido que absuelto en el juicio criminal un acusado, por el delito de lesiones por negligencia, es infundada la acción civil dirigida contra el propietario del vehículo para la reparación del daño (94). Esta decisión de los jueces resulta tanto más inexplicable cuanto que el art. 1144 del cód. civ., que establece la responsabilidad por el daño que irroga el subordinado, contiene la doctrina de la responsabilidad objetiva o del riesgo. Ni siquiera se trataba, en este supuesto, del daño ocasionado por el mismo dueño del vehículo, en que falta, para de-

(91) Sent. 18 octubre 1946, en "A. J.", 1946, pp. 108 ss.

(92) Sent. 19 junio 1947, en "A. J.", 1947, pp. 35 ss.

(93) "R. de los T.", 1945, pp. 227 ss.

(94) Sent. 15 diciembre 1939, en "R. de los T.", 1940, p. 25 s.

terminar su responsabilidad por riesgo, de precepto que regule los daños producidos por cosas muebles inanimadas, por lo que habría que acudir a la regla general contenida en el art. 1136 del cód. civ., que reclama la culpa del autor del daño, sino del daño originado por el prepuesto.

Así mismo, si dentro del sistema de responsabilidad civil por los hechos ilícitos que el cód. civ. vigente contiene, la noción de la culpa carece de importancia para decidir a favor o en contra la demanda de indemnización por el daño sufrido, no se explican decisiones judiciales como éstas: No existiendo culpa en quien manejaba el vehículo y si en la víctima, no procede ordenar pago indemnizatorio alguno (95). El que demanda la reparación del daño debe probar el descuido e imprudencia atribuido al demandado (96), en que no sólo se está exigiendo por el poder juzgador la existencia de la culpa en el agente, sino que ocurre algo más grave, que es el de no presumir la culpa en el presunto responsable, por lo que la carga de la prueba corresponde a quien ha sufrido el daño.

Los daños indemnizables son todos; pero todos los que son consecuencia del acto ilícito, o sea que entre el hecho y el daño deberá existir una relación de causa a efecto.

En la realidad de la vida, o sea en el campo judicial, el daño se origina como consecuencia de una pluralidad de hechos, de una multiplicidad de causas. Un hecho origina otro hecho; y éste, a su vez, engendra un tercer hecho. Existe un encadenamiento causal. De aquí surgen dos problemas: 1) pluralidad de causas; y 2) daño indirecto.

Con respecto al primer problema, los penalistas germanos han elaborado las siguientes doctrinas básicas:

a) Doctrina de la equivalencia de las condiciones, por la que todo hecho sin el cual no se habría producido el daño es la causa jurídica del mismo daño. Se le conoce también por la teoría de la "*condictio sine qua non*".

Un hecho es causa de otro hecho cronológicamente posterior, en el caso de que faltando el primer hecho el posterior no se hubiere producido.

(95) Sent. 7 setiembre 1940, en "A. J.", 1940, p. 117 ss.

(96) Sent. 31 diciembre 1945, en "R. de los T.", 1946, p. 5 ss.

Existiendo varios hechos no se debe preferir a uno y excluir a otro, cuando la falta de un hecho cualquiera hubiere hecho imposible el daño.

Como para fundar la responsabilidad no se puede acudir a la causa total y apareciendo cada uno de los hechos como determinante del resultado, es suficiente que el sujeto haya cometido uno de los hechos que produjeron ese resultado.

El vínculo causal subsistirá aunque medien o interfieran circunstancias especiales, como por ejemplo, la debilidad de la persona que sufrió el daño; y aún cuando el hecho más próximo continúe dependiendo del hecho más remoto.

Esta teoría extiende la responsabilidad al infinito; y como anota BINDING (97), con ella resulta que "todo el mundo es culpable de todo".

b) Doctrina de la causa próxima, por la que se limita el número de causas. Sólo es relevante la causa más próxima y excluye a las causas remotas. Esta teoría parece incorporada dentro de nuestro régimen de la indemnización de daños y perjuicios por la inejecución de las obligaciones contractuales, que regula el art. 1323 del cód. civ. En efecto, ese precepto sólo repara los daños y perjuicios directos e inmediatos que son consecuencia necesaria del incumplimiento.

Para que haya responsabilidad esta teoría reclama que la acción haya sido causa directa del resultado; y la causa será directa cuando el resultado es previsible.

c) Doctrina de la causa adecuada, en la que todos los hechos que concurren como condiciones a la realización del daño no constituyen su causa; sólo debe admitirse aquellos hechos que normalmente deberían producir el daño. La relación entre el hecho y el daño deberá ser adecuada y no fortuita. Se tiene por causa el hecho del que cabe esperar, con toda probabilidad y regularidad, que hubiere originado, en un lapso mayor o menor, un resultado dañoso; trátase de un hecho del que se puede esperar que habría verosímelmente ocasionado el daño. Esta doctrina parecería confundirse con la cuestión que reclama la previsibilidad del resultado, o sea, en último término, la culpa.

(97) Cit. por SOLER, en D. Penal Argentino, t. II, n. 18 de la p. 308.

El hecho deberá ser normalmente u ordinariamente idóneo para producir el daño. Siguiendo el orden natural de las cosas, era lógico esperar que el hecho produjere el daño; que ese daño corresponde al curso normal de los acontecimientos.

No basta que un hecho sea condición de un resultado; se necesita que ese hecho sea de tal naturaleza que regularmente acarree ese resultado.

No es necesario determinar si el autor del hecho previó, desde su peculiar punto de vista personal, todas las circunstancias que conocía o podía conocer al realizar su acto, sino que el juez se sitúa en el momento de la acción, como si el daño no hubiese ocurrido, y aprecia la probabilidad de ese daño.

Esta doctrina parecería que al exigir la previsibilidad da como resultado que habrá nexo causal cuando existe culpa en el autor del daño; y en el daño *aquilio* hay responsabilidad sin culpa.

d) Doctrina de la causa eficiente: el hecho deberá haber tenido un papel preponderante en la causa del daño; el hecho se considera como la causa generadora del daño. Entre los varios hechos o "condiciones" causantes del daño, se debe escoger el hecho o "condición" humana más eficaz y es ésta sola la causa jurídica del daño.

Veamos ahora el problema del daño indirecto. Un hecho es causa de un segundo hecho; y éste es causa de un tercer hecho que, a su vez, engendra un cuarto hecho. ¿Dónde deberá detenerse el juzgador en esta carrera causal? Recuérdese el conocido ejemplo de POTHIER de la vaca enferma.

En la esfera contractual, no se repara el daño indirecto; no se considera la causa remota, sino la causa próxima. El art. 1323 del cód. civ., ni aún en el supuesto de dolo, extiende la responsabilidad del deudor contractual a los daños indirectos. La interrogación que debemos hacernos es la de si dicho art. 1323, que ha sido instalado dentro del título de la inejecución de las obligaciones contractuales, debe aplicársele también en la responsabilidad extra-contractual, a pesar de que no existe ninguna norma de remisión.

Aún admitiendo que no se repara el daño indirecto en la responsabilidad extra-contractual, siempre asaltará al juzgador la duda cuando trate de esclarecer si un daño es o no directo. Por ejemplo, X, procediendo con negligencia, deja su automó-

vil sin llave y en un lugar desolado, por lo que Z aprovecha para robárselo y, pocos días después, atropella y mata a un peatón. ¿La muerte de dicho peatón tiene por causa la negligencia de X? ¿Se trata de un daño directo?

Para la jurisprudencia francesa (98) se tiene como daño directo al daño necesario y puede llegar a admitir que el autor del primer acontecimiento está obligado por el segundo acontecimiento, si dicho primer acontecimiento tuvo un papel preponderante en la realización del daño. Empero, ese no es el caso para dicha jurisprudencia, cuando se trata del automóvil robado, ya que la negligencia del dueño que es causa del robo, no es la causa directa de la muerte del peatón atropellado por el ladrón, salvo en algunas hipótesis; así, cuando el daño que causó la muerte del peatón ocurre cuando se persigue al ladrón que conduce al automóvil que acaba de robar.

La jurisprudencia peruana ha conocido y fallado sobre un caso como el que anteriormente se relaciona. En efecto, la sent. de 1º de octubre de 1951 (99) resuelve el caso del propietario de un automóvil que lo entregó para su reparación a un taller de mecánica y uno de los dependientes de ese taller lo extrajo y lo puso en circulación atropellando a un transeúnte, al que produjo lesiones de tal naturaleza que causaron su deceso. La demanda de indemnización por acto ilícito contra el dueño del vehículo fué declarada sin lugar.

La necesidad de que el daño se produzca como causa de un hecho directo, no es seguida por VON TUHR (100), quien hace saber que el hecho causante del daño puede no ser la causa única y exclusiva; que pueden existir otros hechos y que ello es indiferente, porque basta un hecho del que responda el autor.

Por su parte, ENNECCERUS (101) considera que tampoco es necesario que el hecho que se tiene como causa sea por sí solo el productor del daño; pueden existir otros hechos, pero el daño no se habría producido sin el hecho que se tiene por causa, por lo que debe tenerse a éste como la *condictio sine qua non* del nacimiento del daño.

(98) Véase MAZEAUD, Henri, León y Jean. Lecciones, Parte 2ª, vol. II, Nº 570, p. 317.

(99) En "R. de J. P.", 1952, p. 1713 s.

(100) Trat. de las Obligaciones, t. I, Nº 12, p. 61.

(101) ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, Trat. de D. Civ., t. II, D. de Obligaciones, vol. I, § 11 (§ 235), p. 67.

Ambos pareceres no tienen en cuenta si el hecho productor del daño es directo o indirecto. Nos parece que carece de importancia que la relación causal sea mediata o inmediata, desde que lo que importa es que el daño sea una consecuencia necesaria del hecho ilícito.

En otro lugar, VON TUHR (102) anota que la reparación del daño no reclama necesariamente que el hecho del responsable sea la causa única y exclusiva del perjuicio; pero si que de esa causa provenga el daño en relación con las demás. No se preocupa de saber si la causa del daño es directa o indirecta, sino si el hecho que se tiene por causa es indispensable para la producción del daño.

El art. 1323 cód. civ., que regula la responsabilidad civil contractual interrumpe rápidamente la cadena causal, ya que responsabiliza al deudor de los daños y perjuicios directos. Sin embargo, en otros derechos en los que existe un precepto análogo, la jurisprudencia ha reaccionado contra este límite legal, mandando reparar los perjuicios indirectos.

Es también cuestionable si dicho numeral debe ser aplicado a la responsabilidad civil extra-contratual. Nosotros nos inclinamos a considerar su inaplicabilidad, a semejanza de lo que sostenemos sobre el concepto de la culpa, ya que el criterio de la culpa *in concreto* que vive en el art. 1322 del cód. civ., instalado dentro de la inejecución de las obligaciones emergentes del contrato, tampoco es observable en el campo de los actos ilícitos. Para apreciar la culpa en este campo deberá hacerse la comparación con un tipo o *standard* ("*bonus et diligens pater familias*").

En cuanto a la previsibilidad del daño, aparte del problema de esclarecer si el daño "ha podido" o "ha debido" ser previsto, VON TUHR (103) considera que el autor responde del daño aunque no hubiere podido prever ni hubiera previsto las consecuencias; aún de las que provengan de caso fortuito. Se entiende que el *casus* sobreviene después de producido el primer acontecimiento del cual se es responsable por dicho autor.

En verdad, en esta materia de la conexión causal, se requiere que una determinada conducta sea reconocida como fundamento jurídico suficiente para determinar la responsabilidad.

(102) Trat. de las Obligaciones, t. I, Nº 12, p. 61.

(103) Trat. de las Obligaciones, t. I, Nº 12, p. 62 s.

Para ENNECCERUS (104), el daño no habría de ser indemnizable si el hecho que se tiene por causa, es totalmente indiferente para producir el daño; y sólo viene a causar el daño como consecuencia de otras circunstancias extraordinarias, de todo lo que resulta que el hecho era inadecuado para producir el daño. Sólo aparecería el daño con la cooperación de un segundo acontecimiento que no tiene ninguna conexión con el primer hecho, porque conforme a la experiencia y conocimientos humanos, el encadenamiento o enlace de los hechos que producen el daño sólo puede surgir sea que el primer hecho se omitiera o se realizara.

No se resarce el daño que está fuera de toda experiencia o cálculo y la conexión entre el primer hecho y dicho daño se apoya en un encadenamiento con otros hechos que no podían conocerse de antemano ni calcularse. Adviértese aquí que el civilista germano es partidario de la teoría de la causalidad adecuada.

Consideramos importante dar a conocer el pensamiento de ENNECCERUS en esta materia. La posibilidad de que el daño se produzca no debe ser tan remota que, según la opinión general, no pueda racionalmente tomarse en cuenta. El hecho causante del daño debe ser tenido, de modo general o según la experiencia, como apto para producir el daño (105).

Sienta ENNECCERUS estos otros extremos:

No es necesario que el nexo causal sea inmediato; puede ser mediato (por ejemplo, hombre herido con arma de fuego que habiendo sido hospitalizado muere a causa de una epidemia de gripe (106)).

Nuestra jurisprudencia, sin mayores fundamentos, rechazaría este principio, en la sentencia de 9 de junio de 1951 (107), en la que nuestro Tribunal Supremo decidió que para los efectos de la indemnización por acto ilícito, deberá tenerse en cuenta sólo el daño producido por éste, pero no los daños sobrevinientes, ocasionados por negligencia o ignorancia de quienes atendieron a la víctima.

Otra regla que establece el civilista germano es la de que si

(104) ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Trat. de D. Civ.*, t. II, D. de Obligaciones, vol. I, § 11, (§ 235), p. 68.

(105) Esta expresión ha sido sentada por la jurisprudencia alemana (Véase n. 7 de la p. 69 del *Trat. de D. Civ.* t. II, D. de Ob., vol. I, de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF).

(106) Véase n. 13 de la p. 72 de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Trat. de D. Civ.*, t. II, D. de Ob., vol. I.

(107) Véase "R. de J. P.", 1951, p. 646 ss.

dos hechos causan u ocasionan un daño porque son concurrentes, ambos hechos serán tenidos como causa, no obstante que cada hecho aisladamente considerado no hubiera producido el daño (108).

También informa que para determinar el enlace causal no se exige que hubiere previsibilidad del daño; y que en lo que respecta al lucro cesante, el vínculo causal existirá no si se prueba que la ganancia se habría podido hacer, sino que era seguro que la ganancia se hubiera hecho, o si la hubiere querido hacer el actor; porque conforme al curso regular de las cosas, la ganancia podía ser esperada con probabilidad, ya que todo hombre corriente suele hacer dicha ganancia. Por su parte, el demandado puede probar que esa ganancia no hubiera sido conseguida, o que de obtenerse lo hubiera sido por un acto no conforme a derecho. No se debe indemnizar lo que no se tenía y no se perdió, a no ser que existieren fuertes probabilidades de obtenerlo.

Es incuestionable que si el daño sólo se hubiere producido a consecuencia de una circunstancia extraordinaria, no es reparable. Se trata de circunstancias que no sólo no podría conocer el agente, sino todos los hombres capaces. Empero, corresponde al demandado probar la existencia de esa circunstancia extraordinaria.

Esa circunstancia extraordinaria deberá asumir, en ciertos casos, los caracteres de la fuerza mayor, o sea su imprevisibilidad, a tal extremo que el daño no se habría producido sin la concurrencia de tal circunstancia extraordinaria.

Expresa VON TUHR (109) que con la teoría de la causación adecuada, la doctrina y la práctica alemanas han acotado racionalmente la responsabilidad por los daños; pero en los casos concretos dicha teoría no da un criterio infalible para saber cuándo un resultado puede relacionarse con la causa y el efecto "adecuado".

Es indudable que si la causalidad es dudosa, deberá ser rechazada la acción resarcitoria. Una persona no puede ser obligada a indemnizar el daño, si el hecho que lo ha producido no ha sido practicado por ella, con culpa o sin culpa.

(108) ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Trat. de D. Civ.*, t. II, D. de Ob., vol. I, § 11 (§ 235), p. 72 ss.

(109) *Tratado de las Obligaciones*, t. I, Nº 12, p. 71.

No obstante el examen de las diversas teorías y los principios que deberán ser observados según los autores citados, debemos de concluir que, a la postre, la relación causal o conexión causal se juzga con arreglo a criterios lógicos; y que toda indemnización reparatoria tiene como límites lo razonable y lo sensato, porque la realidad se opone a una amplitud desmesurada del resarcimiento del daño, recomendándose al juez que proceda con tacto y buen sentido al resolver una cuestión de hecho. VON TUHR (110) recomienda que no cabe más criterio que el buen sentido y el tacto del juez. Cita el art. 43 del cód. suizo, que deja al arbitrio del juez determinar los límites de la indemnización.

Por su parte, ENNECCERUS (111) advierte que la cuestión del nexo causal no puede resolverse con reglas abstractas, sino por el juez, quien ponderará todas las circunstancias y resolverá según su libre convicción.

No obstante la conexión existente, no podrá estimarse que existe causa, ya que, propiamente, es remota la posibilidad del daño, dentro de un margen de probabilidad incierto.

Es importante citar también la opinión de PLANIOL - RIPERT y Esmein (112), no obstante que su sistema de responsabilidad aquiliana es diverso del que seguimos nosotros. Para ellos, se trata de una cuestión de sensibilidad determinar cuando un hecho, antecedente necesario del daño, es demasiado remoto para producir la responsabilidad. Que la jurisprudencia francesa para descartar la responsabilidad, declara que el daño es indirecto, o llega a negar la relación causal no obstante que ella exista; y que estas decisiones se inspiran, sobre todo, en la gravedad de la culpa; que cuanto más grave es la culpa más se inclinará el juez francés a responsabilizar por todas las consecuencias al autor del daño, aún haciendo caso omiso de la culpa concurrente de la víctima, que —a semejanza de lo que ocurre en nuestro derecho— no suprime la responsabilidad del autor del daño.

En resumen: en la mayoría de los casos de responsabilidad aquiliana existirá ésta aún cuando no haya dolo ni culpa y sí

(110) Tratado de las Obligaciones, t. I, Nº 12, p. 71.

(111) ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, Trat. de D. Civ., t. II, D. de Obligaciones, vol. I, § 11 (§235), tex. y n. 1 de la p. 67.

(112) Trat. Práctico de D. Civ. Francés, t. VI, Nº 540, p. 747 s.

sólo nexo causal. Empero, no habiéndose producido daño, pese a existir culpa o dolo, no existirá responsabilidad potrimonial.

Uno de los pocos códigos penales que se ocupan de la relación causal es el de Italia, que rige en ese país desde 1930. Contiene los siguientes dispositivos:

Art. 40.— “Ninguna persona podrá ser castigada por un hecho previsto por la ley como infracción, si el resultado dañoso o peligroso de que depende la existencia de ese ilícito, no es consecuencia de la acción u omisión de esa persona.

“No impedir un resultado que hay obligación jurídica de impedir, equivale a ocasionarlo”.

Art. 41.— (Concurso de causas).— “El concurso de causas preexistentes, simultáneas y subsiguientes, aunque sean independientes de la acción u omisión del culpable, no excluye la relación de causalidad entre esta acción u omisión y el resultado.

“Las causas subsiguientes excluyen la relación de causalidad cuando por si solas han sido suficientes para determinar el resultado. En tal caso, si la acción u omisión precedentemente cometida constituye por si misma una infracción, se aplicará la pena establecida para ésta.

“Las disposiciones precedentes se aplicarán aún cuando la causa preexistente, simultánea o subsiguiente, consista en un hecho ilícito ajeno”.

Son muy ricas en contenido doctrinario estas normas. Para su exégesis, revísese MANZINI V., (112 bis), para quien el nexo etiológico deberá buscarse con “un criterio de rigurosa probabilidad”; debe haber un ligamen sin solución de continuidad; la investigación no debe limitarse a la causa última, sino a la comprobación de los eventuales antecedentes, siempre que no llegue más allá de los límites de la relación de eficiencia. Afirma que el hecho de admitir o excluir el nexo de causalidad entre la conducta del agente y el resultado, queda librado a la *incensurable* apreciación del juez, siempre que éste acredite, al motivar el fallo, que ha “aplicado exactos criterios jurídicos a los hechos indiscutiblemente comprobados” (p. 229).

(112 bis) Trat. de D. Penal, t. 2, 1ª parte, teorías generales, trad. de S. Sentis Melendo, B. Aires, 1948, edit. Ediar, Nº 264 ss., p. 226 ss.

El cód. penal del Perú no legisla en forma autónoma, como lo hace el cód. italiano el nexo causal.

En el cód. penal del Brasil su art. 11 declara:

“O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputavel a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado nao teria ocurrido. “Parágrafo único. A superveniência de causa independente exclue a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou”.

Son muy pocas las leyes penales que se ocupan del nexo causal, en la forma independiente en que lo hacen los códigos italiano y brasileiro.

10.— *Disminución de la cuantía de la reparación.*— Declara el art. 1141 del cód. civ.:

“Cuando el hecho de la víctima ha contribuído a causar el daño, la obligación de repararlo se disminuye en los límites en que la víctima contribuyó a causarlo”.

Parecería que este dispositivo establece que aún cuando no exista culpa en el autor del daño, sino en la víctima, deberá siempre aquél indemnizar el daño producido, aún cuando dicha indemnización deberá ser disminuída en la medida en que contribuyó a la producción del daño la culpa de la víctima.

Sin embargo, la culpa de la víctima no excluye la culpa del presunto autor del daño, o sea que en aquellos casos en que el agente pruebe su inculpabilidad, o en que la víctima no pudiera probar la culpa de éste, y ello fuere jurídicamente admisible, la indemnización no habría de ser disminuída por hecho de la víctima, sino que simplemente no mandaría pagarse. Nótese que en aquellos supuestos en que la responsabilidad no deriva de culpa del agente, la liberación de éste no se produciría.

Nuestra jurisprudencia en algunos fallos ha declarado que si bien la estimación del daño estaría sujeta a reducción porque la víctima se expuso imprudentemente a él, no puede desaparecer (113); sin embargo, en otras sentencias ha considerado que no existe obligación de indemnizar si se demuestra la imprudencia y temeridad de la víctima que falleció a consecuencia de ser arrollada por un tranvía eléctrico (114).

(113) Sent. de 4 octubre 1937, “R. de los T.”, 1937, 396.

(114) Sent., de 14 de julio 1945, “R. de los T.”, 1945, 329 y ss.

También se ha decidido el caso de la muerte de un menor que se debió principalmente al descuido de los encargados de cuidarlo, ordenando siempre el pago de una indemnización (115).

Y pese a que en el cód. civ. no existe previsión para los daños producidos por las cosas inanimadas, se declara que el dueño del automóvil debe pagar indemnización aún habiéndose probado que la víctima fué por imprudencia la causante (116).

No libera al autor del daño la culpa de la víctima, su "hecho"; sólo reduce la cuantía de la obligación reparatoria.

El hecho está utilizado en la fórmula en el sentido de culpa. La exégesis más conforme del art. 1141 es la de que en los casos en que existe una presunción de responsabilidad o de responsabilidad sin culpa, el "hecho de la víctima" que concurrió a producir el daño sólo hace disminuir la indemnización. Pero en aquellos casos en que se requiere la culpa del agente, o sea que no obstante existir presunción de culpa el presunto agente prueba su inculpabilidad, entonces no se disminuirá la responsabilidad, sino que quedará exonerado de pagar indemnización alguna, ni equivalente al daño producido, ni menor. Esta solución ha sido seguida por la jurisprudencia; así, la sent. de 7 de setiembre de 1940 (117) resolvió que no procede pagar indemnización por quien manejaba el vehículo si consta que no incurrió en culpa y sí quien resultó víctima del accidente. Pero la sent. de 9 de julio de 1952 (118) sostiene doctrina contraria, ya que no obstante estar acreditado que la empresa no es culpable del daño, sino que éste se produjo por la imprudencia de la víctima, existe en el autor y en la empresa la obligación de indemnizarlo solidariamente.

Es evidente que tratándose de daños causados por acaecimientos que pueden ser considerados como delitos por negligencia y habiéndose absuelto al inculpado por la justicia penal, la cosa juzgada dictada en ese fuero debería valer en la vía civil. Sin embargo, la sent. de 23 de mayo de 1949 (119), establece que a pesar de que el chofer ha sido eximido de responsabilidad en el proceso penal, los herederos de la víctima deben

(115) Sent. 20 julio 1948, "R. de J. P.", 1948, 527 y ss.

(116) Sent. 20 junio 1951, "R. de J. P.", 1951, 1302 y s.

(117) "A. J.", 1940, 117 y ss.

(118) "R. de J. P.", 1952, 2708 y s.

(119) "R. de J. P.", 1949, 529 y s.

ser indemnizados por la empresa propietaria del vehículo. Quizá si en este caso los jueces habrán fallado con exactitud, ya que en realidad se trata de la responsabilidad que tiene aquel cuyo subordinado comete un daño (art. 1144 cód. civ.), en que según el propio legislador vive la teoría de la responsabilidad sin culpa.

No obstante que la víctima participó con su hacer en la producción del daño, el demandado siempre pagará indemnización. Adviértase que esta culpa del agraviado es una de las causas del daño; no la única.

La culpa de la víctima es una causa ajena, como el hecho de un tercero. Si fuera la única causa del daño, ello significaría la exoneración de responsabilidad del supuesto autor del daño.

Se trata entonces de que el daño obedece a dos causas; existe una culpa común.

El hecho de la víctima deberá ser culposo. Por ejemplo, atravesó la calzada por un lugar que no estaba señalado para el paso de los transeúntes.

Habrà una división de la responsabilidad. El agente sólo repara una fracción del daño, porque la otra fracción queda a cargo de la víctima.

Volviendo a examinar nuestra jurisprudencia, la sent. de 14 de julio de 1945 (120) absolvió al demandado, por ser la víctima la única responsable del daño. Es opuesta la sent. de 4 de Octubre de 1937 (121), ya que decide que aunque la víctima actuara imprudentemente, la estimación del daño sólo estará sujeta a reducción, pero no puede desaparecer no habiendo examinado si existió culpa o no en el agente. Contiene un caso realmente interesante la sent. de 20 de julio de 1948 (122), en la que se resolvió el proceso civil instaurado por el accidente de tránsito que sufrió un menor, considerándose que dicho accidente se debió a la culpa del encargado de cuidarlo, siendo la indemnización disminuída en razón de que la víctima había contribuído a causar el daño.

Es incuestionable que si se acredita que la víctima se arrojó deliberadamente a las ruedas del vehículo, con el propósito si no de suicidarse por lo menos de inferirse un daño a fin de

(120) "R. de los T.", 1945, 329 y ss.

(121) "R. de los T.", 1937, 396.

(122) "R. de J. P.", 1948, 527 y ss.

poder pedir reparación, el demandado deberá ser absuelto en forma total. En este caso, no existe culpa en el demandado; su hecho no es causa del daño. Por el contrario, la única causa del daño es el hecho de la víctima, que procedió intencionalmente.

La división de la responsabilidad cuando el hecho de la víctima contribuye a que se produzca el daño no es por mitad, sino que se tiene en cuenta la mayor o menor gravedad de la culpa para fijar el *quantum* indemnizatorio.

11.— *El Poder Judicial puede aumentar el importe de la indemnización si toma en cuenta el daño moral.*— El daño moral constituye una lesión contra un derecho extrapatrimonial, no pecuniario. Es difícil pero no imposible evaluar el daño moral. Sólo en la responsabilidad extracontractual está considerado el daño moral. El art. 1148 que lo regula, se encuentra instalado en el título que se ocupa de los actos ilícitos, no existiendo una regla semejante en el título que trata de la responsabilidad contractual. Es por ello que por la inejecución de las obligaciones que nacen de un contrato, nuestros tribunales no hacen el avalúo del perjuicio moral; lo niegan con rara uniformidad.

El texto del art. 1148 es el que sigue:

“Al fijar el juez la indemnización, puede tomar en consideración el daño moral irrogado a la víctima”.

Adviértase que deja librado al prudente arbitrio del juzgador la indemnización del daño moral, que puede o no tomar en cuenta; y, además, fijar su cuantía.

Actos ilícitos son el no cumplimiento de los esponsales (art. 79 cód. civ.); la mala fe del cónyuge cuyo matrimonio es declarado nulo (art. 156 cód. civ.); los hechos determinantes del divorcio cometidos por uno de los cónyuges que han comprometido gravemente el interés personal del cónyuge inocente (art. 264 cód. civ.), v.g., el adulterio; el yacimiento carnal con mujer a la que se le ha prometido matrimonio, o es menor al tiempo de que se le hace concebir (art. 370 cód. civ.). En todos los casos relacionados la víctima tiene derecho a ser indemnizada del daño moral.

El daño moral no importa evidentemente pérdida de dinero, porque atenta contra un derecho extra-patrimonial. Una herida causa daños y perjuicios que son susceptibles de avaluarse pecuniariamente, como son los gastos de curación, la incapa-

cidad para el trabajo. Empero, también causa sufrimientos psíquicos y ellos constituyen el daño moral.

La difamación, v.g., causa la pérdida de una buena situación; se trata de un daño patrimonial. Pero también existirá en la difamación un daño moral, en cuanto constituye un atentado a la reputación, al honor, a la buena fama.

El propósito que persigue la declaración judicial de responsabilidad civil por acto ilícito o por inejecución de las obligaciones derivantes de un contrato, es el de reparar el daño. Cabe entonces preguntar cómo se repara el daño moral, si éste no tiene equivalencia en dinero, ya que se ha lesionado algo en que el dinero no entra.

Empero, reparar no importa hacer desaparecer el daño, ya se trate de daño patrimonial o de daño moral. Sólo se persigue colocar a la víctima en una situación equivalente a aquella que tenía antes de sufrir el daño. Al indemnizar el daño moral el juez habrá de calcular cuál es la cantidad de dinero que necesitará la víctima para procurarse algunas satisfacciones que equivalgan al valor moral que ha sido destruido.

En otros derechos, se repara el daño moral producido por la inejecución de obligaciones contractuales. Por ejemplo, si el pasajero sufre un daño por efecto del transporte, y se demanda no la responsabilidad aquiliana sino la contractual, ya que se ha incumplido la obligación fundamental por el transportista, que es la de conducir sano y salvo al pasajero a su destino (obligación de seguridad), y ese daño causa la muerte del pasajero, sus herederos tienen derecho a la reparación del daño moral y no sólo al daño patrimonial.

Al daño moral se le llama también daño no patrimonial, daño inmaterial. Observamos que en la legislación es indemnizable si existe ilícito penal, pero no si sólo hay ilícito civil.

Nuestro pueblo con sentido profundamente realista dice que "la pena con dinero es menos pena", o sea que el dolor del pobre es siempre más hondo y trágico que el dolor del hombre con fortuna.

No es resarcimiento en cuanto éste persigue reconstituir, reintegrar el patrimonio de la víctima. Es sólo una reparación pecuniaria, una *pecunia doloris*, una satisfacción, como apunta MESSINEO (123).

(123) Manual, t. VI, § 169, Nº 53, f), p. 566.

No sólo se responde del daño moral por acto propio, sino también por acto del que está bajo nuestras órdenes. Así, la sent. de 26 de noviembre 1946 (124) declara que el propietario del vehículo con que otro causó el accidente, no sólo deberá pagar el perjuicio material, sino también el importe del daño moral.

Además, no se obliga por la ley al juez a evaluarlo. Sólo se le autoriza a que pueda tomarlo en consideración. En cambio, el cód. civ. italiano obliga:

2059. "*Daños no patrimoniales.*— El daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley".

Acerca del daño moral, la exposición de motivos del cód. civ. expresa:

"No es preciso, por otra parte, que el daño sea material o patrimonial. Puede tratarse de verdaderos detrimentos morales que se traducen en dolores o en menoscabo de ciertos bienes inmateriales. No nos han parecido bastantes las observaciones relativas al carácter pasajero de estas situaciones, ni las dificultades invocadas para relacionar los daños morales y las indemnizaciones. A través de éstas y de otras observaciones, la institución se ha instalado en los Códigos modernos y tiene sus desarrollos en la jurisprudencia de los tribunales. La actitud prudente de nuestra formulación puede ser notada en el hecho de haberse atribuido al juez la facultad de influenciar la indemnización por el factor moral que hubiere intervenido. Por este medio la jurisprudencia estará habilitada a reparar o a satisfacer todos los intereses respetables. Habrán casos sin duda en los que la solución más indicada sea la de dar satisfacción a los sentimientos de la persona humana, o al perjuicio de ciertos aspectos de bienes no materiales" (125).

12.— *Responsabilidad del Estado por los actos ilícitos de sus empleados y funcionarios.*— No existe precepto alguno en nuestra legislación, que declare la responsabilidad estatal aquiliana. Consideramos, sin embargo, que el Estado es también responsable de sus actos ilícitos, comprendiéndose dentro de este término las administraciones singulares en que éste se diversifica.

(124) "R. de J. P.", 1947, 110 y s.

(125) En APARICIO y G. S., G., Código Civil, concord., III, p. 406.

Es incuestionable que la responsabilidad en que incurra el funcionario se extiende al Estado mismo. Sin embargo, cuando éste actúa con dolo es obvio que de dicho dolo no responderá el Estado.

Así mismo, el Estado y el funcionario son solidariamente responsables.

Para que el Estado resulte responsable es menester que lo sea el funcionario, en primer término.

Entre nosotros, se ha declarado la responsabilidad civil de los Concejos Municipales por los daños que causaren al interés privado con los actos ilícitos que practiquen en el ejercicio de su autoridad administrativa (126). Así mismo, si un canal de desagüe de la red municipal ocasiona daños, el municipio está obligado a repararlos (127).

También el Estado, como poder central, ha sido declarado civilmente responsable, condenándolo a indemnizar los daños producidos a causa de la negligencia de los funcionarios llamados a prestar garantías y que, por el contrario, no adoptaron las previsiones necesarias para evitar dichos daños (128).

Los damnificados por actos de los agentes de la administración pública realizados en el ejercicio de sus funciones, deberán recurrir al Poder Judicial a fin de obtener una sentencia con el valor de la cosa juzgada que ordene el resarcimiento por parte del funcionario y del Estado, en forma solidaria.

Parécenos que la responsabilidad del Estado habrá de ser necesariamente declarada por los jueces, no obstante la declaración del art. 20 de la Constitución, que preceptúa: "El que desempeña un cargo público es directa e inmediatamente responsable por los actos que practique en el ejercicio de sus funciones. La ley determinará la forma de hacer efectiva esta responsabilidad. El Ministerio Fiscal está obligado a exigir el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo".

La única dificultad que existe cuando se litiga con el Estado y se le declara que es deudor del actor en un proceso judicial, se encuentra en que no se puede ejecutar contra dicho Estado la sentencia firme. En efecto, conforme al inc. 8º del art. 123 de

(126) Sent. 18 mayo 1949. "R. de J. P.", 1949, 733 y s.

(127) Sent. 25 de octubre 1949. "R. de J. P.", 1949, 901 y s.

(128) Sent. 17 julio 1950, "R. de J. P.", 1950, 1229 y ss

la Constitución, es atribución del Congreso reconocer la deuda nacional y señalar los medios para consolidarla y amortizarla. Así mismo, según el art. 604 de la ley procesal civil "contra la Hacienda Nacional no hay acción ejecutiva". Esto supone que un acreedor del Estado deberá ocurrir al Congreso para que éste determine el modo y forma de efectuar el pago. Ello se debe al fin jurídico del Estado y al destino público que tienen sus bienes y rentas (129).

En el cód. civ. del Brasil esta materia de la responsabilidad del Estado no ofrece dudas. Su art. 15 dispone:

"As pessoas juridicas de direito público sao civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que, nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito, ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano". Este precepto está contenido también en la Constitución del Brasil bajo el N° 194. Existe una nutrida jurisprudencia sobre la responsabilidad estatal, a base del dispositivo transcrito (130).

El art. 20 de nuestra Const. vigente tiene como antecedente el art. 14 de la derogada Const. de 1920, que disponía sustancialmente lo mismo. Este precepto constituía para OLAECHEA (131) el principio de irresponsabilidad del Estado por la culpa de sus funcionarios, que debía ser mantenido. No obstante la autoridad del jurista y maestro peruano, nosotros consideramos que el determinar la responsabilidad del funcionario no importa, en ningún caso, liberar de responsabilidad al Estado. OLAECHEA sólo aceptaba la responsabilidad del Estado cuando obra en su calidad de persona jurídica y no como ente político, o sea cuando por medio de sus agentes compra, vende, contrata servicios públicos o administra empresas o monopolios, que producen daños civiles de carácter privado, pero no cuando ejerce actos de soberanía o de autoridad. Expresaba que el cód. no debía contener norma alguna sobre responsabilidad civil del Estado; y observamos que este criterio fué seguido, ya que no existe dispositivo que regule la responsabilidad civil del Estado.

Los MAZEAUD (132) informan que en el derecho francés se

(129) Véase exposición de motivos de la ley procesal civil en APARICIO y G. S., Cód. de Proc. Civiles, t. I, 2ª ed., p. 321.

(130) Véase BEVILAQUA ACHILLES, Código Civil Brasileiro, 10ª ed., p. 25.

(131) Rev. GUZMAN FERRER FERNANDO, Código Civil, t. I, ed. 1954, p. 128 y s.

(132) Lecciones, Parte 2ª, vol. II, N° 465, p. 148.

distingue en los daños producidos por los funcionarios públicos, que exista "culpa personal" o "culpa del servicio". Habrá de existir "culpa personal" la que atañe al hombre y no a la función; se nota una desviación de la función; y si ello es así se determina únicamente la responsabilidad del funcionario. Empero, si el funcionario comete el daño cuando trata de cumplir su función, se tratará entonces de una "culpa del servicio", que no deberá el funcionario, sino el Estado.

Para la legislación civil mexicana, la responsabilidad del Estado es sólo subsidiaria. Así, su art. 1928 establece:

"El Estado tiene obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria y sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado, cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado".

Otros fallos sobre la responsabilidad del Estado son:

Sent. 4 enero 1960 (132 bis), por la que el Estado es responsable por los daños sufridos por los propietarios, producidos con alteración del orden público, si los funcionarios correspondientes no adoptaron las medidas necesarias para evitarlos.

Sent. 3 octubre 1960 (132 ter), por la que el Estado deberá reparar los daños causados a una firma comercial, por sus funcionarios, quienes actuando negligentemente, impidieron el embarque de mercaderías.

13.— *La reparación civil en el Código Penal del Perú.*— En el fuero penal, el resarcimiento del daño que el ilícito penal ha ocasionado comprende no sólo una suma de dinero, sino la restitución de la cosa. Establece el art. 66 del cód. penal lo que sigue:

"La reparación civil comprende:

- 1º "La restitución de la cosa;
- 2º "La reparación del daño causado;
- 3º "La indemnización del perjuicio material o moral irrogado a la víctima del delito, a su familia, o a un tercero".

(132 bis) "R. de J. P.", 1960, p. 846 ss.

(132 ter) "R. de J. P.", 1960, p. 1137 ss.

Tratándose de delitos contra el patrimonio, la reparación civil comprende, entre otros extremos, la restitución al agravado de las especies que le fueron sustraídas.

Así mismo, en los delitos de tentativa debe haber reparación civil. Por ejemplo, en la tentativa por delito contra el honor sexual deberá condenarse al acusado al pago de la reparación civil, la que comprenderá el daño moral irrogado (133).

Es obvio que las cosas muebles robadas o perdidas no pueden ser adquiridas en propiedad por quienes las detienen en virtud de actos de enajenación a título oneroso. No rige para ellas la regla de que la posesión vale el título del art. 890 del cód. civ.; empero, pueden haber sido adquiridas por prescripción por quienes las detienen, en cuyo caso no podrían ser restituidas; o pueden haber sido adquiridas en un almacén o tienda, o dadas en prenda mercantil, en cuyos supuestos tampoco puede privárseles de dichas cosas a sus adquirientes o acreedores pignoraticios. En tal sentido, la fórmula del cód. penal contenida en su art. 68 es incompleta. Expresa:

"La restitución se hará con la misma cosa aunque se hallare en poder de un tercero, salvo el derecho de éste si fuese inculpable, para reclamar su valor contra quien correspondía.

"Si la cosa no existiera o la hubiere ganado por prescripción un tercer poseedor, la restitución se hará con el precio corriente de ella, agregándose el de estimación si lo tuviere".

Parecería conforme al 2º párrafo del art. 68, que el delincuente no podría adquirir la cosa por prescripción; empero, ello en nuestro sistema legislativo no es cierto. El delincuente prescribe, sólo que habrá de usucapir a los 4 años si es cosa mueble, y a los 30 años si es inmueble, porque se trata de un poseedor de mala fe (arts. 893 y 871 del cód. civ.).

Es también importante saber cómo debe el juez apreciar el montante de la reparación, cómo debe evaluarla. Pese a la claridad de la ley al respecto, el juez penal es demasiado parco y en ningún caso ha considerado que la reparación civil debe ser de tal entidad que reconstituya el patrimonio de la víctima, que reintegre o reemplace el valor que ha perdido. El art. 69 del cód. penal expresa:

(133) Así lo establece la sent. de 12 de abril de 1945. "R. de J. P.", 1945. 237.

"La reparación se hará valorando la entidad del daño, por medio de peritos si fuese practicable, o por el prudente arbitrio del juez.

"Si el dueño prefiriese el valor total de la cosa, se procederá como en el párrafo segundo del artículo anterior, pasando la cosa a la propiedad del responsable".

Tratándose de la reparación civil en el ilícito penal, declara el art. 75 del cód. pen., que no puede transferirse a tercero antes de la sentencia el derecho a dicha reparación.

Quien tiene derecho a una indemnización o resarcimiento por el acto ilícito, si dicha indemnización o resarcimiento ha sido fijada en proceso civil, carece de preferencia o privilegio frente, por ejemplo, a un derecho real de garantía que se haya localizado en los bienes del deudor responsable.

Sin embargo, el crédito por responsabilidad extra-contratual tiene preferencia con respecto a los créditos comunes o quirografarios, ya que se trata de crédito que consta de sentencia que causa ejecutoria, que está en la misma situación que los créditos que constan de escrituras públicas (art. 112 inc. V de la ley procesal de quiebras N° 7566, de 2 de agosto de 1932). Así mismo, entre varias sentencias decide la fecha en que quedaron ejecutoriadas, la preferencia de una sobre las otras; y entre los créditos por escritura pública y las sentencias, la preferencia también se decide por la fecha (art. 116 de la misma ley de falencias).

Por el contrario, la reparación civil fijada en el fuero penal goza de una fuerte preferencia. En primer lugar, con arreglo al art. 72 del cód. penal, en caso de flagrante delito, al mismo tiempo que se ordena la detención del imputado o cuando se dicta re contra él durante el proceso mandamiento de detención, se procederá a la inscripción de hipoteca legal sobre sus bienes inmuebles o "al embargo de sus muebles, rentas o salarios en la proporción bastante para la reparación...". Las rentas o salarios resultan por ley posterior inembargables, salvo por obligación alimentaria y hasta la tercera parte, o sea que dos terceras partes de los sueldos y salarios son intangibles (Véase art. 1° de la ley N° 2760, de 26 junio 1918; y ley N° 8562, de 19 agosto 1937).

Y por si lo anterior no fuera suficiente, el art. 73 del cód. penal dispone que "el damnificado o sus herederos tendrán preferencia por la reparación civil contra todos los acreedores hi-

potecarios del condenado por obligaciones adquiridas después de cometido el delito"; y el art. 74 del mismo cód. previene que "todos los actos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al delito, serán anulados en cuanto disminuyeran el patrimonio del condenado y lo hicieren insuficiente para la reparación".

Considero que este tratamiento es demasiado favorable para un crédito que por muy respetable que sea, no puede gozar de preferencia frente a un crédito hipotecario debidamente inscrito; en realidad, atenta contra la estabilidad de nuestro régimen hipotecario y no obstante que se trata de un derecho personal contra un derecho real como el de hipoteca.

Hemos visto que ninguna preferencia tiene el crédito que representa el resarcimiento o la indemnización del daño ocasionado por acto o hecho ilícito; que el acreedor de esta obligación es un acreedor común o quirografario, si todavía no hay sentencia firme que hubiere determinado su monto.

En cambio, los créditos por accidentes de trabajo gozan de preferencia conforme a los siguientes preceptos de la ley N° 1378:

Art. 77.—"Las acreencias de la víctima del accidente, o de los interesados en las indemnizaciones, por asistencia médica y farmacéutica, gastos de funeral e indemnizaciones temporales, establecidas por esta ley, gozarán del carácter de privilegiadas de que disfrutaban los créditos comprendidos en el art. 834 del cód. de proc. civ."

Esa preferencia se encuentra ahora en la ley procesal de quiebras, art. 112, inc. III.

Art. 78.—"En los casos de quiebra o liquidación judicial, el juez ordenará el pago inmediato de las rentas devengadas y que se oble, en la Caja de Depósitos y Consignaciones, el capital indicado en el art. 34".

La fórmula citada da al patrono la posibilidad de liberarse de la obligación de servir la renta oblando el capital correspondiente a dos años de salario del accidentado.

Asi mismo, la reparación civil en el fuero penal tiene una fuerte preferencia, como hemos visto.

Por ante nuestro Poder Judicial, los abogados siempre evitan que su cliente la víctima se constituya como parte en el pro-

ceso penal, ya que así ésta o sus herederos se encuentran en libertad de demandar, en un juicio ordinario, la responsabilidad civil que el delito ha producido. Evitan por este medio, que obligue a la víctima la sentencia penal con la autoridad que le da la cosa juzgada, sobre todo en lo que respecta al monto de la reparación civil fijado por dicho fallo, siendo de advertir que los jueces en lo penal están siempre inclinados a fijar sumas diminutas por concepto de reparación civil, no obstante el desmedro patrimonial que el delito ha producido.

ABASTOS (134) considera que existiendo delito la reparación civil no puede ser demandada en acción aparte en la vía civil. A este respecto, expresa (135):

“Responsabilidad civil.— Resarcimiento del daño.— Después de cometido el delito, el Estado debe exigir a todo condenado el resarcimiento del daño, así como exige la imposición y ejecución de la pena. Este resarcimiento no debe ser considerado *ex delicto*, o sea como una relación de derecho privado entre delincuente y víctima, a la manera del resarcimiento *ex contractu*, sino como una consecuencia del delito y, por tanto, como una relación de derecho público que cae bajo la competencia del juez penal, que así como debe pronunciarse acerca de la causa, el hecho delictivo, así también debe conocer del efecto, esto es, del daño ocasionado por el agente. Este principio unitario es el que consagra el art. 65 del cód. penal, que dice que el Ministerio Público perseguirá conjuntamente con la represión, la efectividad de la reparación civil. Regla ésta que presupone, para la efectividad de dicha reparación, que los jueces penales tienen competencia para ordenar en la “sentencia penal”, “la restitución y la reparación del daño”; y para determinar “prudentemente, a falta de prueba, el valor de la indemnización del perjuicio material o moral originado por el hecho punible”, tal como lo establece el art. 67 del propio código”.

La opinión de este esclarecido penalista es contraria a la dirección de la jurisprudencia. Por ejemplo, la sent. de 12 agosto 1940 (136), expresa que no obstante estarse investigando

(134) MANUEL G. ABASTOS es catedrático de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima.

(135) Texto de la parte pertinente de una obra en preparación, que por cortesía del autor, me ha sido proporcionada.

(136) “R. de los T.”, 1940, 185 y ss. En el mismo sentido, sent. 29 octubre 1932; “R. de los T.”, 1932, 365; sent. 27 diciembre 1940, “R. de los T.”, 1941, 25 y s.; sent. 23 junio 1942; “R. de los T.”, 1942, 177 y ss.

por el juez penal el hecho que causó el daño, procede promover juicio en la vía civil, para que se fije la indemnización, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2 de la ley 9014 (137). La sentencia que ordena la indemnización por acto ilícito en el fuero civil, es independiente de la acción penal instaurada por la misma causa.

Dos son las resoluciones judiciales que han originado que los letrados aconsejen a las víctimas no intervenir en los procesos penales, ya que los *quantums* reparatorios son de muy reducida entidad. La sent. de 15 de abril de 1931 (138) establece que si el agraviado se constituye en parte civil en el juicio criminal sobre accidente de tráfico, lo resuelto sobre el importe de la indemnización civil en dicho juicio, hace cosa juzgada. Y la sent. de 25 de setiembre de 1931 (139) decide que, si al contrario, el agraviado no se ha constituido en parte civil en el juicio criminal, la indemnización civil puede demandarse y resolverse, con toda amplitud, en juicio civil.

Es interesante la doctrina contenida en la sent. de 14 de enero 1943 (140), que determina que en los casos de delitos por negligencia, la reparación civil es solidaria entre el acusado y el propietario del vehículo, sin que éste pueda eximirse de su pago por la circunstancia de que en un juicio civil haya sido liberado de esa obligación. Es cuestionable lo resuelto en este fallo, ya que el dueño del vehículo no ha sido comprendido en la sentencia penal como coautor o cómplice.

También debemos citar la sent. de 13 julio 1929 (141), por la que la reparación civil establecida en juicio criminal, no enerva los derechos de la víctima para perseguir en la vía civil la indemnización que se le debe por el causante mediato del acto delictuoso, o sea por el patrón que no supo seleccionar a sus servidores. (Revive la vieja teoría de la "*culpa in eligendo*").

Como se observa, la jurisprudencia sobre la dualidad de las vías penal y civil es vacilante. A lo anterior, debemos agregar lo resuelto en la sent. de 14 de noviembre de 1940 (142), que establece que la acción civil destinada a alcanzar repara-

(137) El art. 2º de la ley Nº 9014, de 23 noviembre 1939, declara: "La reparación y la indemnización civil se rigen por lo dispuesto en el Código Civil".

(138) "A. J.", 1931, 11.

(139) "R. de los T.", 1931, 242.

(140) "R. de los T.", 1943, 59.

(141) "R. del F.", 1929, 197.

(142) "R. de los T.", 1940, 442 y s.

ción de un hecho ocasionado por negligencia, debe suspenderse hasta que termine la investigación criminal seguida con dicho motivo.

Es incuestionable que en muchos casos los actos o hechos ilícitos de los que deriva responsabilidad extracontractual importan delitos, desde que en la comisión de los mismos se observa el dolo o intención de dañar del agente; y, así mismo, aún cuando excepcionalmente, existen hechos ilícitos cometidos por negligencia que también constituyen delitos.

Otra sent. cuya fecha es la de 11 noviembre 1949 (143), ordena que el responsable de un accidente de tránsito está obligado al pago de la indemnización, pese a no estar concluida la instrucción y menos el juzgamiento que decidirá si existe o no responsabilidad penal del piloto.

Y acerca de la cosa juzgada penal, la sent. de 13 julio 1945 (144) decide que no puede deducirse la excepción de cosa juzgada a la indemnización de un daño, basada en que la resolución de un tribunal correccional (penal) declaró no haber mérito para pasar a juicio oral en la instrucción abierta.

Con arreglo al art. 1310, "se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de un delito". Es obvio que con mayor razón se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de la inejecución de obligaciones contractuales.

La transacción es un contrato más que un modo de extinción de las obligaciones, pese a que nuestro cód. civ. la considere modo de extinción. Pues bien; conforme al cód. penal (art. 76) "es nulo el contrato entre el damnificado y el delincuente sobre la reparación civil". Se entiende, sin embargo, que esta fórmula ha sido derogada por el precepto de la ley civil, que es posterior en tiempo a la ley penal.

Existiendo transacción, se ha resuelto que la reparación que señale la sentencia penal será la que fue acordada al tiempo de transigir (145). Y que la sentencia penal es nula si omite fijar el monto de la reparación civil, aún cuando ésta hubiere sido objeto de transacción con el agraviado (146).

(143) "R. de J. P.", 1950, 180 y s.

(144) "R. de los T.", 1945, 251 y ss.

(145) Sent. 21 abril 1942, "A. J.", 1942, 91 ss.

(146) Sent. 3 diciembre 1946, "A. J.", 1946, 171 ss.

Además, se ha decidido por los tribunales que la reparación civil no es renunciable (147).

También deberá tenerse en cuenta que la responsabilidad proveniente del dolo y de la culpa inexcusable es exigible en todas las obligaciones y que la renuncia de la acción es nula (art. 1321 cód. civ.).

Es de imposible aplicación lo dispuesto por el art. 78 del cód. penal, el cual prevé que "en caso de insolvencia total o parcial del responsable por delitos reprimidos con penas distintas de las privativas de la libertad, el juez señalará la parte de la renta o salarios del condenado que deberá aplicarse a la reparación civil". Ya hemos considerado que ninguna renta es ahora embargable por deuda, salvo si esa deuda fuere alimentaria y sólo hasta la mitad de la soldada o salario.

14.— *Características procesales de la acción encaminada a reclamar el pago de la obligación indemnizatoria.*— El autor del daño tiene la obligación de repararlo. La demanda exigiendo el pago de esta obligación se sustancia en la vía ordinaria, ya que con arreglo al art. 296 del cód. de proc. civ. ("Se ventilan en juicio ordinario las cuestiones litigiosas que no tienen tramitación especial señalada en este cód. y cuyo valor excede de diez mil soles o es inapreciable en dinero") la vía ordinaria es la que procede, salvo que la indemnización que se reclame no exceda de diez mil soles (148).

La obligación indemnizatoria no es de aquéllas que puede reclamarse su pago en juicio ejecutivo, porque no es líquida aunque su importe se fije por el actor. Hay que precisar en un juicio declarativo (ordinario o sumario) su monto exacto, el cual será señalado por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, de acuerdo con las probanzas producidas; y su cumplimiento se pedirá en la forma breve y enérgica que nuestro cód. procesal regula para la ejecución de sentencias. El fallo no sólo declarará la responsabilidad civil del demandado, sino la obliga-

(147) Sent. 5 mayo 1944, "A. J.", 1944, 95.

(148) El art. 99 de la ley N° 13036, de 25 de noviembre de 1958, modifica la cuantía de los juicios ordinarios, sumarios y ejecutivos y del recurso de nulidad. El juicio será de menor cuantía (sumario) si su valor excede de mil doscientos soles y no pasa de diez mil soles oro. La obligación de capital que se exige ejecutivamente no debe ser menor de mil doscientos soles oro. Y no cabe recurrir de nulidad por ante el Tribunal Supremo en causas cuyo valor no exceda de diez mil soles oro.

ción en que éste se encuentra de pagar cierta suma al actor por concepto de indemnización del daño.

La acción de responsabilidad civil que tendría la víctima se transmite a los herederos. Y la obligación pasiva de pagar dicha responsabilidad también se transmite a los herederos del responsable, siempre que éstos reciban del *de cujus* bienes suficientes para atender su pago (art. 658 cód. civ.). Volveremos más adelante sobre este particular, siendo desde ahora necesario expresar que cuando el acto ilícito configura también un delito susceptible de ser sancionado penalmente, la condena no sólo se limita a señalar una pena privativa o no de la libertad, sino que con arreglo al art. 67 del cód. penal, la sentencia debe señalar el monto de la reparación civil y si ello se omite, la jurisprudencia uniforme declara que será causal de la nulidad e insubsistencia de la sentencia. Así mismo, la jurisprudencia tiene decidido que habiéndose declarado en la vía penal la irresponsabilidad del acusado o la prescripción de la acción penal, no procede fijar reparación civil, ya que ésta es consecuencia necesaria de la condena (149).

Es importante decidir si lo resuelto en el área penal tiene influencia decisoria en el procedimiento civil; v.g., si el juez penal exime de responsabilidad a quien se le acusa de la comisión de un delito por negligencia; y si esta exención libera de responsabilidad en el juicio o proceso civil a quien se le reclama el resarcimiento del daño por hecho ilícito en aquellos casos en que dicha responsabilidad no podría ser atribuída al demandado si éste probara su ausencia de culpa. Es claro que ninguna influencia tendría la sentencia penal en aquellos acaecimientos de los cuales se responde en la vía civil no obstante que la presunción de culpa fuera destruída por el demandado.

Nuestra ley civil no prevé esta cuestión. En cambio, el cód. civ. de Brasil contiene un precepto que aún cuando no se refiere específicamente a lo que hemos expresado anteriormente, declara:

Art. 1525.— “*A responsabilidade civil é independente da criminal; nao se poderá, porém, questionar mais sobre a existencia do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questoes se acharem decididas no crime*”.

(149) Véase ESPINO P. JULIO, Código Penal, concord., ed. 1947, Lima p. 81.

Es doctrina uniforme que la responsabilidad civil subsiste aún cuando la amnistía haya hecho desaparecer la ley penal.

Así mismo, el sobreseimiento del proceso criminal no constituye obstáculo para demandar, en el campo civil, la reparación del daño.

En el Perú, la *res iudicata* penal carece de valor en la vía civil. Así, sin distinguir los matices de la responsabilidad, ni si es presunción de culpa o presunción de responsabilidad lo que la ley contempla, la sent. de 31 de diciembre de 1948 (150) declara que aún cuando no exista responsabilidad penal procede que el juez en lo civil ordene el pago de la reparación del daño, en un caso de accidente producido por un vehículo. Así mismo, la declaración de irresponsabilidad en el proceso penal, no interfiere la demanda de indemnización en la vía civil. Lo declara el fallo de 21 noviembre de 1947 (151).

Por regla general, la cosa juzgada en lo penal debería gozar de autoridad absoluta en el área civil, en aquellos casos en que el cód. civ. reclama del actor la prueba de la culpa, o establece una presunción de culpa, en aquellos juzgamientos penales en que el acusado fué declarado inocente del delito de homicidio o de lesiones por negligencia que se le atribuye. Sólo si la ley estableciera una presunción de responsabilidad o se siguiera la teoría del riesgo, la cosa juzgada penal carecería de influencia en el fuero civil. En casos en que la culpa es elemento indispensable de la responsabilidad el juez en lo civil no podrá dar por probada una culpa del demandado, si en el fuero penal se estableció que carecía de culpa.

La acción de responsabilidad civil por acto ilícito no puede ser ejercitada por los acreedores en nombre de su deudor, no obstante que por razón de la indemnización la víctima tuviera un considerable ingreso patrimonial. Es una acción personalísima, inherente a la persona (*intuitu personae*) (art. 1233 inc. 4º cód. civ.); con mayor razón si persigue también la reparación del daño moral al amparo del art. 1148 del cód. civ.

Tampoco podría ser objeto de cesión, ya que a ello se opone la naturaleza de la obligación (art. 1456 cód. civ.).

Si un incapaz es el causante del daño que da origen a la acción de responsabilidad, deberá demandarse a su representante legal (padre, madre, tutor o curador).

(150) "R. de J. P.", 1949, 377 y ss.

(151) "R. de J. P.", 1948, 232 y s.

La sentencia que se dicte no es constitutiva; es sólo declarativa, desde que se limita a señalar el monto de la indemnización reparatoria. Si los daños al ser evaluados son de mayor entidad que la suma reclamada, no se puede ordenar un pago por encima de lo pedido.

La reparación no podrá objetivarse, o sea que la sentencia firme no se ejecutaría en los supuestos que señala el art. 1138 cód. civ., que dispone:

"Cesa la obligación de reparar el daño en cuanto la reparación privase al deudor de los recursos necesarios para su subsistencia y para el cumplimiento de su obligación legal de suministrar alimentos".

Esta debería ser una norma de carácter general. La sent. de 21 de junio de 1946 (152) ha aplicado la doctrina del precepto que acabamos de reproducir. Otros fallos hacen mención de que para fijar el monto de la reparación deberá tenerse en cuenta la situación del obligado. Véase sents. de 24 de marzo de 1943 (153) y de 26 de julio de 1943 (154).

El daño deberá de repararse lo más exactamente que sea posible. Se hace el avalúo el día en que se paga la indemnización. La reparación salvo en el fuero penal, ni se pide ni se manda pagar en especie, sino en dinero, lo cual en realidad importa reparación con algo equivalente. También existe un pago en especie parcial, en el fuero de los accidentes del trabajo (aparatos de prótesis).

Los jueces al determinar el *quantum* indemnizatorio no pretenden hacer desaparecer los daños reclamados, sino que tratan de compensarlos, haciendo ingresar al patrimonio de las víctimas aquellos valores de que fueron privados con los hechos dañosos.

La indemnización deberá corresponder exactamente al desmedro o detrimento sufrido. No se tiene en cuenta, como acontece en la responsabilidad contractual (art. 1323 cód. civ.), si el agente procede con dolo o sólo con culpa. Sin embargo, ya hemos visto que nuestra jurisprudencia al fijar el montante de la indemnización tiene en cuenta la capacidad económica del obligado a satisfacerla y si hubo o no culpa.

(152) "R. de J. P.", 1947, 211 y ss.

(153) "R. de los T.", 1943, 113 y ss.

(154) "R. de los T.", 1943, 323 y s.

De otro lado, la indemnización no constituye una pena, sino que se encuentra encaminada a reparar, a restablecer el equilibrio destruido por el daño, lo más exactamente que sea posible (155). Por ello, la doctrina enseña que la indemnización se fija no atendiendo a la época en que el daño se produjo, sino al tiempo de la sentencia, ya que habrá de tenerse en cuenta la desvalorización monetaria y el mayor valor de adquisición de las cosas que resultaron dañadas. La indemnización deberá ser bastante para que permita a la víctima reponer las cosas al estado en que se encontraban. Es obvio que si la indemnización no permitiera esta reposición el daño no habría sido realmente reparado.

En la responsabilidad contractual se tiene en cuenta que el daño indemnizable hubiese sido previsto al tiempo de constituirse la obligación (art. 1323 cód. civ.). Por el contrario, el criterio de la previsibilidad del daño no es tomado en consideración para evaluar el monto de la indemnización en la responsabilidad extracontractual.

Hay quienes consideran que la desvalorización monetaria no debe ser tomada en cuenta para el efecto de aumentar la cantidad indemnizable, ya que conforme al art. 1581 del cód. civ., el pago de una deuda de dinero se hace, a elección del deudor, o en la especie pactada o en la moneda que tenga curso legal, o sea que las deudas monetarias no son de calidad sino de cantidad. Pero como advierten los MAZEAUD (156)) las deudas de dinero a que la ley se refiere, fueron originariamente de dinero; y, por el contrario, la indemnización de un daño que se paga en dinero es por equivalente, reemplaza el bien desaparecido por el evento dañoso. Propiamente, hay que evaluar ese bien, debiendo considerarse la cantidad de dinero que en la actualidad se necesita para que quien experimentó el daño pueda adquirirlo. La indemnización es un valor de reposición.

La obligación de resarcir el daño es una obligación de valor y no una obligación de dinero, de moneda (valuta). Se sienta este extremo porque la liquidación del daño se hace no al tiempo en que se produjo, sino al tiempo en que se pagaría. En este orden de ideas, deberá tenerse en cuenta para dicha liquidación la desvalorización monetaria. No obstante que nosotros tene-

(155) Sin embargo, la sent. de 24 marzo 1953, "R. de J. P.", 1953, 339 y s., considera que probada la negligencia en el autor del daño, deberá aumentarse la indemnización

(156) Lecciones, Parte 2ª, vol. II, Nº 625, p. 401.

mos un principio nominalista en las deudas de moneda, el juez debe tomar en consideración la pérdida de valor del dinero con que se paga el resarcimiento producido desde el día en que se produjo el evento que ocasionó el daño y el pronunciamiento del fallo. MESSINEO (157), que es uno de los que defiende esta solución, expresa que el resarcimiento en cuanto se destina a reintegrar el patrimonio de la víctima, deberá reemplazar todo el valor perdido, por lo que el resarcimiento tiene un carácter de integración patrimonial (158).

Sólo aparece una deuda de moneda cuando se ha liquidado el daño; antes sólo existirá una deuda de valor.

La jurisprudencia peruana ha considerado que para los efectos de la indemnización por acto ilícito, sólo se tiene en cuenta el daño producido, pero no los daños sobrevinientes, ocasionados por negligencia o ignorancia de quienes atendieron a la víctima (159). Se trata, ciertamente, de la indemnización de los daños directos e indirectos.

También ha establecido nuestra jurisprudencia que la indemnización por un accidente de tránsito debe regularse en relación con los daños que ha experimentado la víctima (160).

No obstante existir varios daños que se suceden en el tiempo, en que un daño conduce al otro, o sea que el primer daño es causa del segundo daño y éste, a su vez, causa del tercer daño, razón por la que podría formarse una cadena inacabable, corresponde al juez señalar dónde habrá que detenerse, es decir, hasta dónde en la cadena causal de daños debe considerarse un daño como daño directo, porque sólo los daños directos son los resarcibles.

No se repara el daño indirecto en la responsabilidad extracontractual ni en la contractual. Pero ¿cuál es el daño indirecto y cuál el daño directo?

El *casus* por lo mismo que rompe el nexo causal, exonera de responsabilidad al supuesto autor, aún dentro de la teoría del riesgo.

El *casus* es la fuerza mayor y se trata de un acaecimiento

(157) Manual, t. VI, § 169, Nº 49, g), p. 559.

(158) El Poder Judicial ha apreclado debidamente que la reparación sólo deberá comprender los daños producidos; el resarcimiento no deberá importar para la víctima un enriquecimiento. La sent. de 8 setiembre 1948, "R. de J. P.", 1949, 355 y ss., declara que en los accidentes de tránsito la indemnización debe corresponder a los daños y perjuicios que se han experimentado.

(159) Sent. de 9 de junio de 1951, "R. de J. P.", 1951, 646 y ss.

(160) Sent. de 8 setiembre de 1948, "R. de J. P.", 1949, 355 y ss.

imprevisible e irresistible. También se le conoce bajo el nombre de caso fortuito. Todas estas expresiones son sinónimas.

La consecuencia de la existencia de este acaecimiento es la de que el demandado sea absuelto, porque su hecho no es la causa del daño.

Nadie es el autor de la llamada fuerza mayor. Procede de las fuerzas de la naturaleza: huracán, terremoto, inundación.

Caso fortuito es el acontecimiento que se puede atribuir a una persona y que constituye el hecho de un tercero.

Se trata de hechos no imputables a quien se atribuye responsabilidad.

Cuando existe fuerza mayor o caso fortuito es obvio que existirá ausencia de culpa. Pero lo contrario no es exacto. Puede haber ausencia de culpa y no existir fuerza mayor o caso fortuito. Así, existirá ausencia de culpa cuando una persona cuidadosa se hubiera comportado en forma semejante al presunto responsable. En cambio, existirá fuerza mayor o caso fortuito cuando a una persona igualmente cuidadosa le habría sido imposible actuar en forma distinta a la que actuó el agente.

Si lo que la ley reclama es una presunción de culpa en el hecho que configura el acto ilícito, su autor deberá acreditar que no ha incurrido en culpa alguna y que su conducta se ha acomodado en todo a la obligación general de prudencia y diligencia; v.g., actuó en legítima defensa o en estado de necesidad, a fin de que no le alcance la responsabilidad que tan sólo "*por sus hechos*" le atribuye el art. 1136 del cód. civ.

Es claro que si prueba la existencia de la fuerza mayor o del caso fortuito ello también importará ausencia de culpa. Empero, cuando el precepto del cód. civ. lo que ha instalado es una presunción de responsabilidad, no bastaría la prueba por el demandado de su ausencia de culpa, sino que necesitaría para exonerarse de responsabilidad de la prueba del *casus* (fuerza mayor o caso fortuito).

Por ejemplo, el art. 1146 del cód. civ., —que trata del daño por la caída de un edificio—, contiene la teoría del riesgo. La prueba del *casus* libera al propietario de la obligación de reparar ese daño. Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia en la sent. de 22 de agosto de 1944 (161), la que establece que si la

(161) "R. de los T.", 1945, 227 y ss.

finca se destruye por efecto de un terremoto, no existe obligación de indemnizar por los daños que produjo al desplomarse.

Debemos hacer en este punto un recuento de esta materia: conforme a la doctrina general que informa a todo el articulado que sobre actos ilícitos contiene el cód. civ. peruano, no es necesario afiliarse a la teoría del riesgo, que para algunos de los dispositivos preconiza el legislador en su exposición de motivos. Existen hipótesis como la del art. 1136, que contienen una presunción de culpa, aún cuando esa inversión en la carga de la prueba no ha sido exigida uniformemente por nuestros jueces. Y en los casos en que el mismo legislador cree ver la teoría del riesgo, sería mejor atenerse a la existencia de una presunción de responsabilidad. En general, en ningún supuesto de daño causado por un acto ilícito, la víctima estaría legalmente obligada a probar la culpa del autor del hecho dañoso.

Una de las varias causas de liberación del supuesto agente del daño es la de que el hecho causante del daño haya sido cometido por un tercero, pero siempre que dicho hecho tenga los caracteres avasallantes del *casus*: imprevisibilidad e irresistibilidad. Viene a ser un matiz de la fuerza mayor.

Si el tercero y el agente son responsables del daño se les tendrá por coautores; empero, no se les reclamará a cada uno indemnización por una fracción del hecho productor del daño, puesto que cada uno ha causado todo el daño. Por ello, el art. 1147 del cód. civ. declara que su responsabilidad es solidaria. Sin embargo, el coautor condenado a pagar la indemnización por entero, puede repetir contra el otro o los otros la fracción que a cada uno de los responsables del daño corresponde pagar del monto de la indemnización. Esa cuota indemnizatoria la determinará el juez según la gravedad de la culpa de cada uno de los responsables. En verdad, ésta no es una buena solución porque la responsabilidad no se determina por la cantidad de la culpa. La repartición debería ser por partes iguales, porque la culpa de cada uno ha contribuído en la misma medida a producir todo el daño.

Finalmente y siempre siguiendo al art. 1147, si el juez no puede determinar el grado de responsabilidad o culpabilidad en que cada uno de los coautores ha incurrido, la distribución del *quantum* indemnizatorio se hará entre todos por igualdades.

Por el contrario, la solidaridad no la establece la ley cuando varios son responsables de los daños en la esfera contractual.

Serán codeudores mancomunados; por ello, el acreedor dividirá entre todos ellos su acción de resarcimiento. En este caso, el incumplimiento de cada uno de los deudores de la prestación señalada en un contrato, le infiere al acreedor daños diversos. La multiplicidad de deudores no hace inferir la solidaridad; ésta jamás se presume, ni aún en nuestro derecho mercantil. Sólo existirá la solidaridad cuando la obligación o la ley expresamente lo determine (art. 1209 cód. civ., frase final).

El art. 1147 es un caso de solidaridad establecida por la ley:

"Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, el que pagó la totalidad de la indemnización, puede repetir contra los otros y el juez fijará la respectiva proporción, según la gravedad de la falta de cada uno. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales".

Este precepto ha sido equivocadamente aplicado por la sent. de 20 de octubre de 1951 (162), la que decide que si la responsabilidad de los coautores del daño ha sido fijada en el curso de la litis, no se encontrarán éstos solidariamente obligados al pago de la indemnización.

Así mismo, en cuanto a la distribución de la indemnización, la sent. de 4 de julio de 1951 (163) resuelve que si en un accidente intervinieron tres vehículos y se comprueba que dicho accidente se debió a la negligencia del piloto de uno de ellos, la indemnización se pagará totalmente por el piloto culpable. Sin embargo, éste no es un caso de infracción del art. 1147, sino de exoneración de responsabilidad para los propietarios y pilotos de los otros vehículos.

Conviene advertir que el art. 1147 cód. civ. tiene en cuenta, para distribuir la indemnización, la culpa en que cada uno ha incurrido, o sea que parece que ni en este caso la idea de la culpa deja de ser considerada. Además, si en algún supuesto varios responderán del daño por existir una presunción de responsabilidad o una responsabilidad sin culpa, no habría solidaridad entre los codeudores, porque no son estrictamente hablando culpables; y conforme a la fórmula del 1147 la solidaridad es sólo para los culpables del daño y nada más. Sin embargo,

(162) En "R. de J. P.", 1952, 1587 y s.

(163) En "R. de J. P.", 1951, 1177 y ss.

hay que convenir que cuando el precepto dice "... según la gravedad de la falta de cada uno", rinde tributo al sistema tradicional.

Lo grave reside en esa extraña jurisprudencia que divide la responsabilidad de los coautores, seguramente alegando que no resultó imposible apreciar la responsabilidad de cada uno, cuando esa facultad del juez sólo funciona cuando el que pagó el monto de la indemnización recurre contra los otros coautores.

Se ha pronunciado otro fallo absurdo de 9 de julio de 1953 (164), por el cual se sienta la tesis de que si el vehículo se encuentra arrendado, no es responsable su propietario, sino que lo serán solidariamente, el arrendatario y el piloto. Concurría, además, el hecho de que el propietario no había alegado su irresponsabilidad, sino que se había limitado a reclamar del monto de la indemnización fijado en las instancias inferiores.

El elemento de la causalidad es indispensable para determinar la responsabilidad. No existiendo relación de causalidad entre el hecho del demandado y los daños y perjuicios ocasionados, desaparecerá la responsabilidad del demandado, que *prima facie* se presume. Si se acredita la existencia de una causa extraña, por el demandado, es evidente que no existirá relación de causalidad entre el hecho producido y los daños y perjuicios que se reclaman.

Sin embargo, tratándose de que la causa extraña fuere el propio hecho de la víctima, la obligación de indemnizar no desaparece, sino que se reduce. Nótese, empero, que el hecho de la víctima no fue el único que produjo el daño, sino que actuó concomitantemente, contribuyó a su producción. O sea, entonces, que si la causa extraña es única y exclusivamente el hecho de la víctima, el hecho de un tercero o el *casus*, el demandado tendrá que ser absuelto porque no es el autor, no existe relación de causalidad entre el hecho que se le atribuye y el daño originado.

(164) "A. J.", 1953, p. 69.

En el cód. civ. italiano, la responsabilidad solidaria se determina así

2055. "Responsabilidad solidaria.— Si el hecho dañoso es imputable a varias personas, todas están obligadas solidariamente al resarcimiento del daño.

"Aquel que ha resarcido el daño tiene acción de repetición contra cada uno de los otros, en la medida determinada por la gravedad de la respectiva culpa y de la importancia de las consecuencias que se han derivado de ella.

"En la duda, las culpas singulares se presumen iguales".

En esto de la responsabilidad extracontractual hay casos en que basta la prueba de la falta o ausencia de la culpa para liberar al presunto responsable; y otros casos en que esto no basta, sino la prueba de un *casus*.

Hay también que decir que la presunción de responsabilidad en el autor del hecho opera más intensamente que la presunción de culpa.

En el supuesto de presunción de culpa aquél a quien dicha presunción le ha sido aplicada, puede liberarse probando la falta o ausencia de culpa. Empero, si lo que existe es una presunción de responsabilidad no habría de liberarse sino con la prueba de la causa extraña o *casus*.

La presunción de responsabilidad no viene a ser sino la llamada responsabilidad objetiva. Y si lo que la ley establece es la responsabilidad objetiva, aún cuando el demandado no haya cometido culpa alguna deberá ser condenado a reparar el daño. Sin embargo, a éste todavía le queda como posibilidad de exencionarse, demostrar que no existe relación causal entre el daño y el hecho que se afirma lo produjo; y si lo prueba es obvio que sería exonerado o absuelto.

Cuando interviene el *casus* (fuerza mayor o caso fortuito) produce el efecto de interrumpir el nexo de causalidad entre el acto y el daño y no sólo elimina la presunción de culpa.

El vínculo de causalidad adquiere gran importancia en la teoría del riesgo, desde que en ella no se requiere la existencia de la culpa para derivar la responsabilidad.

Para liberarse el demandado deberá probar una causa ajena; así destruye la presunción de que se debe a un hecho suyo el daño. Y la causa ajena se debe a la existencia del *casus* o al hecho de un tercero. En otros derechos también constituye causa ajena la culpa de la víctima; pero para nosotros la culpa de la víctima no exonera de responsabilidad, sino que tan sólo la atenúa. Sin embargo, si sólo existiere culpa en la víctima y ausencia de culpa en el supuesto agente, éste deberá ser exonerado si la ley exige tan sólo una presunción de culpabilidad.

La teoría del riesgo niega que la culpa sea un requisito indispensable de la responsabilidad civil; pero lo que sí tiene que admitir es que exista nexo de causalidad entre el hecho del demandado y el daño. Si no hay ese nexo causal la teoría del riesgo no puede ordenar la indemnización del daño.

Para determinar la responsabilidad de una persona aún dentro de la teoría del riesgo, se necesita que el daño se deba a un hecho suyo. Por ejemplo, el art. 1136 del cód. civ., exige "cualquiera que por *sus hechos*.....". No establece que también se es responsable por el hecho de un tercero, sino por los hechos propios.

Puede ocurrir que se haya producido la culpa de la víctima; y si además el agente prueba su ausencia de culpa en aquellas hipótesis en que existe sólo presunción de culpa, la responsabilidad no sólo no le será disminuía, sino que no existe. Empero, cuando funciona la teoría del riesgo probada la ausencia de culpa y la culpa del que ha sufrido el daño, la indemnización sólo habrá de disminuir pero no desaparecer.

Nuestra jurisprudencia reclama el nexo causal. La sent. de 18 de octubre de 1946 (165) declara que no habrá obligación de indemnizar si no existe entre el hecho imputado y el daño sobrevenido a la víctima, relación de causalidad. Y la sent. de 19 de junio de 1947 (166) resuelve que la responsabilidad civil por acto ilícito supone un nexo de causa a efecto comprobado entre el acto u omisión culposa y el daño sufrido por la víctima.

La obligación de indemnizar el daño producido por el acto ilícito es obvio que es transmisible a los herederos, siempre que éstos reciban bienes suficientes para cubrir la responsabilidad del heredero (art. 658 cód. civ.). No es una obligación inherente a la persona (art. 1232 cód. civ.). No sólo se transmite la obligación ya liquidada y estimado su monto, sino que también se transmite la pretensión de indemnización contra el patrimonio que ha sido deferido a los herederos por el *de cujus*.

Empero, tratándose de la responsabilidad civil en el fuero penal, la obligación de reparar el daño que el delito ha producido no podría ser precisada en su cuantía si el acusado muere en el curso del juzgamiento. Dispone el art. 71 del cód. penal que "la obligación de la reparación civil pasa a los herederos del ofensor y el derecho de exigirla se trasmite a los herederos del ofendido"; sin embargo, esta disposición sólo puede entenderse cuando el ofensor fallezca después de condenado y con

(165) "A. J.", 1946, 108 y ss.

(166) "A. J.", 1947, 35 y ss.

la obligación preexistente de reparar, ya que la acción penal se extingue por muerte del culpable (167).

No obstante que la reparación civil no ha sido fijada por los jueces penales en razón del fallecimiento del acusado, la víctima podrá demandar la responsabilidad civil por acto ilícito de los herederos de dicho acusado en un proceso civil, pero los herederos sólo responderán de la obligación indemnizatoria hasta donde alcancen los bienes que les han sido deferidos.

Tratándose de un matrimonio, "la responsabilidad por acto ilícito de un cónyuge no perjudica al otro en sus bienes propios ni en los comunes" (art. 198 cód. civ.) (168). Parece que la parte en los bienes comunes del cónyuge no responsable puede establecerse aún antes de la liquidación de la sociedad conyugal. Podría justificarse la demanda de separación de bienes durante el matrimonio, apoyada en que el otro cónyuge (el marido, normalmente) está abusando de las facultades que respecto de los bienes comunes le acuerda la ley (inc. 3º del art. 241 del cód. civ.).

Una de las cuestiones más espinosas y delicadas en los procesos de responsabilidad civil por actos o hechos ilícitos es la que se refiere al *onus probandi*.

El actor deberá acreditar la existencia y el monto del daño; la paternidad del acto dañoso; el carácter culposo o doloso del acto en algunos casos; y el nexo de causalidad entre el daño y el acto.

Puede ocurrir que el daño no exista o que se haya producido sin mediar un acto o hecho del demandado; o que el autor del acto ilícito (hecho) no sea el demandado; o que el demandado no tenga la calidad que se le atribuye en la demanda (v.g., no es tutor o curador del incapaz autor del evento dañoso, en cuyo caso procedería deducir una excepción dilatoria de inoficiosidad de la demanda); o que el autor del daño no ha incurrido en dolo y menos en culpa, por lo que no siendo un supuesto de responsabilidad objetiva el autor del daño no tiene responsabili-

(167) Revisense sent. de 4 setiembre 1931, en "A. J.", 1931, 185; de 6 mayo 1939, en "R. de los T.", 1939, 242 y ss.

El art. 4º de la ley 9014, de 23 de noviembre de 1939, dispone sustancialmente lo mismo que el art. 71 del cód. penal: "La obligación de la reparación civil pasa a los herederos de los responsables civilmente y el derecho de exigirla se trasmite a los herederos del agraviado".

(168) Sobre esta cuestión se ha dictado la sent. de 19 de abril de 1933, "A. J.", 1933, 31.

dad por tal hecho; o no existe el nexo de causalidad entre el acto o hecho y el daño (en este caso, la concausa o sea la culpa del perjudicado no excluye la responsabilidad sino que tan sólo la disminuye, conforme al art. 1141 del cód. civ.).

Cuando hay responsabilidad objetiva, el actor no probaría ni dolo ni culpa y, por su parte, el demandado habría de incurrir en responsabilidad aún cuando acreditara la ausencia de culpa de su parte.

No obstante tratarse de responsabilidad objetiva, es recomendable probar la culpa, si ella existe y es posible acreditarla, ya que así el juez estaría inclinado a fijar una indemnización más elevada.

La carga de la prueba le corresponderá siempre al demandante en lo que respecta a la paternidad del acto por el autor del daño y en cuanto al nexo de causalidad.

La prueba del nexo de causalidad es indispensable aún en las hipótesis de responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa (teoría del riesgo), ya que el *casus* liberaría de semejante responsabilidad.

El demandado a responder tiene el derecho a la contraprueba. Puede deducir como excepciones perentorias las de legítima defensa, el estado de necesidad y, en forma amplísima, la del ejercicio regular del derecho (art. 1137 cód. civ.), aún cuando esta última excepción comprendería las dos anteriores. Por ejemplo, la denuncia de un delito podría dar margen a una acción de responsabilidad civil por acto ilícito si el inculpado no es el autor del delito incriminado. Sin embargo, nuestra jurisprudencia ha considerado que quien denuncia la comisión de un delito procede en el ejercicio regular de un derecho y aún cuando resulte inocente el acusado, no debe indemnización por acto ilícito (169).

Aún cuando pareciere forzado determinar que en el art. 1136 cód. civ. existe una presunción de culpa, es de buen sentido en el intérprete atribuirle a dicha fórmula esa singularidad. Las razones huelgan. La primera razón es la de que en la responsabilidad extracontractual se intentaría aplicar el criterio de la culpa *in concreto* que juega en la responsabilidad contractual (art. 1322 cód. civ.), y no comparar la actividad desarrollada por el agente con un tipo de hombre prudente y diligente. La

(169) Sents. 23 mayo 1945, "A. J.", 1945, 222 y ss.; y 14 noviembre 1949, "R. de J. P.", 1950, 312 y s.

segunda razón la encontramos en que el código civil peruano sólo legisla por los daños producidos por las cosas animales, pero no por los daños ocasionados por las cosas muebles inanimadas (daños producidos por "atropellos" de vehículos), por lo que estos casos habría que juzgarlos dentro de la regla contenida en el art. 1136, salvo que se tratara de daño producido no por el propietario del vehículo, sino por el chofer dependiente del dueño, en cuyo caso estaríamos en un caso de responsabilidad de aquel que tiene a otro a sus órdenes o bajo su dependencia, que nuestro código legisla en el art. 1144.

Es incuestionable que el daño ocasionado por el dueño del automóvil a un peatón no existiendo fórmula específica, debe dar lugar a una presunción de culpa, la que se tendrá por existente dentro del ámbito del art. 1136.

En la hipótesis de daño producido por un incapaz (menor o mayor de edad incapaz), los padres, el tutor o el curador siempre habrán de responder del daño que produzcan quienes tienen bajo su guarda, aunque la indemnización será disminuída equitativamente si prueban "que no pudieron impedir el hecho que causó el daño" (art. 1143 cód. civ.). Esto indica que los padres, tutores o curadores siempre cuidarán de acreditar la imposibilidad en que se encontraban de impedir el daño producido por el incapaz que controlan y supervigilan, porque si bien no conseguirán exonerarse de responsabilidad, por lo menos el juez les disminuirá el monto de lo que deben pagar por concepto de indemnización. Y esto también indicaría que por el daño ocasionado por el menor o mayor incapaz siempre responderán sus guardadores, aunque prueben que no tuvieron culpa (responsabilidad sin culpa, aunque atenuada). Y en este orden de ideas, el incapaz sólo responde por sus actos ilícitos cuando hubiere tenido discernimiento, según el art. 1139, cód. civ.; empero, aún cuando el padre, tutor o curador prueben que su pupilo carece de discernimiento, el incapaz privado en forma total de discernimiento responderá del daño pagando una indemnización que habrá sido disminuída por el juez teniendo en cuenta la equidad.

Entonces, por el juego de los arts. 1143 y 1140 del cód. civ., los padres, tutores o curadores, no sólo cuidarán de acreditar que no pudieron impedir el hecho que causó el daño, porque esto sólo da por resultado que ellos paguen una indemnización disminuída, sino que probarán que el incapaz carece de discernimiento en forma absoluta. En tal hipótesis dichos padres, tuto-

res o curadores no pagarían indemnización de ninguna especie, pero si el mismo incapaz sería condenado a abonarla. Conviene expresar que en cuanto a los menores bajo tutela o a los mayores incapaces bajo curatela, estas instituciones del derecho de familia sólo aparecen cuando los pupilos cuentan con patrimonio. En cambio, un padre puede ser liberado de responsabilidad por el daño ocasionado por su hijo menor si éste se encuentra privado de discernimiento completamente; y no obstante que el art. 1140 del cód. civ. faculta que el juez puede condenar al mismo menor autor del daño al pago de una indemnización equitativa, ese mandato habría de resultar ilusorio si el menor bajo patria potestad carece de patrimonio.

Si se trata de los daños ocasionados por la caída de un edificio (art. 1146 cód. civ.), el demandado deberá tratar de probar que dicha caída se debe a causa diversa a la falta de conservación o construcción. Por ejemplo, probar el *casus* (inundación, rayo, bombardeo, terremoto). Ello lo libera, indudablemente.

Si el demandado no puede producir la prueba que lo libera, la víctima se encontrará en una situación análoga a la del acreedor cuando la obligación contractual le ha sido incumplida, o sea que no se encuentra obligado a probar la culpa. Empero, ello es así siempre que se acepte que en el autor del daño existirá siempre una presunción de culpa y en casos de excepción responsabilidad objetiva.

Tratándose de la responsabilidad objetiva o sin culpa, la presunción de culpabilidad no sería *iuris tantum* sino *iuris et de iure*; empero, el agente podría probar en su descargo de que el acto no ha irrogado daño, o de que él no es el autor del acto dañoso sino un tercero, o de que el nexo de causalidad no existe. Si prueba de que la víctima contribuyó a la producción del daño, ello no lo libera sino que lo libra de un más fuerte resarcimiento. Se trata de una concausa y aunque existan varias concausas jamás habrá de eliminarse la responsabilidad del autor principal.

Tratándose de la reparación del daño por acto ilícito, sólo en casos especiales el juez puede regular la indemnización teniendo en cuenta la equidad.

Para el daño emergente la apreciación del valor destruido deberá ser rigurosa; empero, tratándose del lucro cesante cam-

pea la más grande subjetividad en la apreciación judicial (170).

La estimación del daño se hará desde el momento en que se produce, pero debe tenerse en cuenta el daño permanente y el daño futuro (171).

Según MESSINEO (172) deberá resarcirse también el daño imprevisible, aún en la hipótesis de que sólo exista culpa del agente autor del daño; no es necesario que se le pruebe dolo para que resarza el daño imprevisible. Enuncia que la diferencia entre el ilícito contractual y el ilícito extra-contractual está en que para este último basta que se pruebe la culpa y el nexo causal para conseguir que se resarza hasta el daño imprevisible.

En nuestra jurisprudencia, se ha resuelto que si se prueba que el autor actuó negligentemente, la indemnización por los daños y perjuicios aumenta (173). Y también que la indemnización por los daños y perjuicios no presupone la intención delictuosa del autor, o sea el dolo (174).

Se ha estimado erróneamente que la responsabilidad civil por acto ilícito se agrava si el agente ha cometido dolo. En realidad, la indemnización deberá cubrir lo más exactamente posible, el daño experimentado por la víctima; ésta no deberá efectuar ninguna ganancia por este concepto. No es éste, sin embargo, el criterio de nuestra jurisprudencia, la que ha considerado que la indemnización extracontractual aumenta si se comprueba que el agente actuó con negligencia (175).

Acerca de la cuestión del evalúo del daño, de la posibilidad de condenar al autor al pago de una renta vitalicia y al pago de la reparación en especie, el cód. civ. italiano trae las siguientes disposiciones:

2056. "*Valoración de los daños.*— El resarcimiento debido al perjudicado se debe determinar según las disposiciones de los arts. 1223, 1226 y 1227.

(170) La jurisprudencia ha apreciado el lucro cesante en el caso de un vehículo que sufre daños que ocasionan su paralización, mandándose pagar la utilidad que hubiera podido obtener en caso de haber traficado (Sent. 9 abril 1946, "R. de los T.", 1946, 186 y ss.).

(171) Para los jueces el daño futuro o sobreviniente no se resarce si fué ocasionado por la negligencia o ignorancia de quienes atendieron a la víctima. Así, sent. 9 junio 1951, "R. de J. P.", 1951, 646 y ss. Esta solución jurisprudencial es cuestionable, ya que el hecho del agente originó la cadena causal.

(172) Manual, t. VI, § 169, N.º 50, a), p. 560.

(173) Sent. 24 marzo 1953, "R. de J. P.", 1953, 339 y s.

(174) Sent. 3 enero 1944, "R. de los T.", 1944, 45 y ss.

(175) Sent. 24 marzo 1953, "R. de J. P.", 1953, 339 y s.

“El lucro cesante se valora por el juez con apreciación equitativa de las circunstancias del caso”.

Los dispositivos a que alude este precepto son los que regulan la responsabilidad contractual. Así, 1223. “*Resarcimiento del daño.*— El resarcimiento del daño por el incumplimiento o por el retardo debe comprender tanto la pérdida sufrida por el acreedor como la falta de ganancia, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de ello”; 1226. “*Valoración equitativa del daño.*— Si el daño no puede ser probado en su monto preciso, es liquidado por el juez con valoración equitativa”; 1227. “*Concurrencia del hecho culposo del acreedor.*— Si el hecho culposo del acreedor ha concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento queda disminuído según la gravedad de la culpa y la importancia de las consecuencias que de ella han derivado.

“El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria”.

2057. “*Daños permanentes.*— Cuando el daño a las personas tiene carácter permanente, la liquidación puede hacerse por el juez, teniendo en cuenta las condiciones de las partes y la naturaleza del daño, bajo forma de una renta vitalicia. En tal caso el juez dispone las oportunas cautelas”.

2058. “*Resarcimiento en forma específica.*— El perjudicado puede pedir la reintegración en forma específica cuando sea posible en todo o en parte.

“Sin embargo, el juez puede disponer que el resarcimiento tenga lugar sólo por equivalente, si la reintegración en forma específica resulta excesivamente onerosa para el deudor”.

La obligación de indemnizar el daño es de cargo de la persona que cometió el hecho que produjo el daño. Sin embargo, ésta puede haber convenido mediante un contrato de seguro que sea un tercero (normalmente, una compañía de seguros) quien pague la indemnización, cuyo monto habría sido fijado judicialmente por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Si el tercero asegurador sólo cubre la indemnización hasta cierto límite, es obvio que por la diferencia hay acción de la víctima.

Conviene también indicar que no es el asegurador el responsable, por más pacto que existiera a este respecto, entre el agente y dicho tercero, ya que ese pacto es *res inter alios acta*. La

víctima deberá dirigir su acción exigiendo el pago de la indemnización del daño contra el autor; no contra el asegurador.

Sólo existe un caso en que la víctima debe dirigirse contra la compañía aseguradora. Es dentro de la responsabilidad contractual, en que el arrendatario es normalmente responsable al locador por el incendio de la finca locada. El art. 1522 cód. civ. declara que "cesa la responsabilidad del arrendatario en caso de incendio, en la medida que el locador estuviese asegurado; salvo el derecho del asegurador contra el arrendatario si el incendio fué causado por culpa de éste", o sea que el locador existiendo seguro contra incendio se encuentra constreñido, por este dispositivo, a no demandar al arrendatario, aún cuando la culpa de éste se presume, salvo que pruebe que el incendio provino de *casus* o de vicio de construcción (art. 1518 cód. civ.).

La compañía aseguradora por lo mismo que es extraña para la víctima, no podrá jamás considerársele como codeudora solidaria de la indemnización.

Los seguros más frecuentes son los que cubren la responsabilidad por los daños ocasionados en los accidentes de vehículos y los de accidentes de trabajo. Las pólizas cubren cualquier clase de culpa; sólo el dolo no puede ser objeto de seguro.

En el seguro de responsabilidad la compañía aseguradora asume el riesgo de abonar en su día la responsabilidad pecuniaria que pudiera afectar al asegurado por razón del daño que ha ocasionado.

En la ley de accidentes de trabajo se autoriza este seguro de responsabilidad.

En buena doctrina, la víctima carece de acción contra la compañía aseguradora, porque los contratos son ley para las partes contratantes y sólo producen efectos entre las partes que intervinieron en ellos (art. 1329 del cód. civ.). La víctima resulta ser un tercero. Así mismo, no puede considerarse que sea una estipulación en favor de tercero (arts. 1345 y ss. cód. civ.), porque en esta figura se crea un derecho en beneficio de tercera persona, que es la beneficiaria. En cambio, en el seguro de responsabilidad el derecho que el mismo crea es en beneficio del propio asegurado y no de un tercero extraño, ya que cubre al contratante del daño que tuviera que resarcir (175 bis).

(175 bis) Nuestra jurisprudencia, sin embargo, considera que la víctima puede dirigirse contra la compañía aseguradora del vehículo, porque ella es la beneficiaria de la estipulación. (Véase sent. 15 setiembre 1958, en "R. de J. P.", 1958, 1229 y ss.).

Sólo por la ley de accidentes de trabajo, el obrero accidentado tiene acción directa contra la compañía aseguradora. En efecto, el art. 73, de la ley N° 1378, de 20 de enero de 1911, declara que la póliza produce acción ejecutiva, ya a favor de la víctima o de los interesados en las indemnizaciones, ya a favor del empresario que la hubiere cubierto, directamente; y el art. 74 de la misma ley agrega que el obrero tiene acción directa contra la compañía aseguradora, para el pago del seguro colectivo.

No obstante estar asegurado el trabajador, se ha mandado pagar la indemnización por hecho culposo de tercero, sin que sea obstáculo para ello la indemnización que por accidente de trabajo, corresponde pagar al empresario por el mismo hecho (176).

15.— *Prescripción de la obligación legal indemnizatoria.*— La prescripción de la acción de responsabilidad civil por acto ilícito, es de dos años. Así lo declara el inc. 6° del art. 1168 cód. civ.: “Se prescriben: A los dos años, a partir del día en que se causó el daño, la acción para exigir su reparación.” En cambio, la acción de responsabilidad civil por la inejecución de obligaciones emergentes de contrato, se prescribe a los quince años, al igual que toda acción personal (art. 1168 inc. 2° cód. civ.).

No enerva a esta acción la prescripción de la acción penal. Al respecto, la sent. de 30 de noviembre de 1950 (177) expresa que aún cuando se hubiera declarado prescrita la acción penal, procede la demanda civil de indemnización.

No obstante que la acción para reclamar la responsabilidad por acto ilícito se extingue a los dos años a partir del día en que se causó el daño, conforme al inc. 6° del art. 1168 del cód. civ., estamos con lo opinado con MESSINEO (178), quien expresa que si el acto ilícito constituye también delito y para éste se establece una prescripción más larga, se aplicará ésta.

La prescripción de la acción penal puede ser más larga o más corta que la señalada para la prescripción del acto ilícito por la ley civil, según sea la naturaleza del delito cometido.

Es interesante conocer los términos de prescripción en el cód. penal:

(176) Sent. 17 setiembre 1947, “R. de J. P.”, 1948. 803 y ss.

(177) “R. de J. P.”, 1951, 158 y s.

(178) Manual, t. VI, § 169, N° 54, p. 568. Por lo general, la prescripción penal en el Perú es más dilatada que la prescripción del acto ilícito.

Art. 119.— “La acción penal prescribe:

- 1º “A los 20 años por delitos que merezcan internamiento;
- 2º “A los 10 años por delitos que merezcan penitenciaría o relegación;
- 3º “A los 5 años por delitos que merezcan prisión o expatriación;
- 4º “Al año por los demás delitos”.

No obstante que se hubiere producido la amnistía o el indulto, la acción de reparación civil queda viva. Así, el art. 126 del cód. penal:

“La amnistía suprime legalmente el hecho punible a que se refiere e implica el perpetuo silencio respecto de él. El indulto suprime la represión del hecho punible.

“La amnistía y el indulto dejan subsistentes las acciones de reparación civil”.

Sobre la no extinción de la acción civil que se deriva de la perpetración del hecho criminoso que ha sido objeto de amnistía, se ha dictado la sent. de 4 de mayo de 1920 (179).

Por otro lado, el indulto por el cual cesa la subsistencia de la condena, mantiene vigente la obligación de pagar la reparación civil.

Determinado el *quantum* de la indemnización que debe pagar el responsable del daño, sea en un proceso penal o en un proceso civil, se prescribe el derecho a cobrarlo en el término de 20 años, ya que le es aplicable lo dispuesto en el inc. 1º del art. 1168 del cód. civ., cuando se establece que a los veinte años prescribe la acción que nace de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

No rige lo prevenido en el art. 80 del cód. penal, en cuanto a la posibilidad de hacer efectiva la obligación en que consiste la reparación civil en el sueldo o salario del deudor. Dispone el precitado art. 80 lo que sigue: “Cuando la reparación civil no se hubiere cumplido durante la condena o cuando se hubiere establecido a favor del ofendido o de su familia una pensión de indemnización, el juez, en caso de insolvencia parcial o total, señalará la parte de la renta o salario del responsable que debe ser aplicada a estas obligaciones”. Y ello resulta de lo dispuesto por el art. 1º de la ley 2760, de 26 de junio de 1918, y de la ley

(179) “A. J.”, 1920, 43.

Nº 8562, de 19 de agosto de 1937, que prohíben el embargo de los sueldos y salarios, salvo sólo hasta su tercera parte y sólo por deudas alimenticias. Ningún acreedor, con excepción de los acreedores por alimentos, puede embargar un sueldo por considerable que éste sea.

Ultimamente, por efecto de la ley 13906, del 24 enero 1962, art. 7, el sueldo o emolumento es embargable hasta su mitad, por deuda alimentaria.

Cumplidos los dos tercios de la condena, los delincuentes pueden ser liberados condicionalmente por el término que les faltare, según el art. 58 del cód. penal.

Pues bien; la falta de pago de la reparación civil no es causal para revocar la liberación condicional. Así lo ha decidido la sent. de 22 de agosto de 1940 (180).

Por el contrario, en la condena condicional si puede fijarse como extremo para gozar de ella, el pago de la reparación civil. Por ésta se suspende la ejecución de la pena; y procede revocarla aún cuando no se hubiere establecido como condición para gozar de la condena condicional el pago de la reparación civil (181).

En lo relativo a la prescripción, el cód. civ. colombiano, en su art. 2358, dispone:

“Las acciones para la reparación del daño proveniente de delito o culpa que puedan ejercitarse contra los que sean punibles por el delito o culpa, se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal.

“Las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra terceros responsables, conforme a las disposiciones de este capítulo, prescriben en 3 años contados desde la perpetración del acto”.

El art. 1934 del cód. civ. de México previene:

“La acción para exigir la reparación de los daños causados, en los términos del presente capítulo, prescribe en dos años contados a partir del día en que se haya causado el daño”.

Con respecto a la prescripción, el art. 11 de la ley de accidentes de trabajo Nº 1378, previene:

(180) “R. de los T.”, 1940, 334.

(181) Así lo ha resuelto la sent. de 22 de marzo de 1938, “R. de los T.”, 1938, 49.

"Las acciones para demandar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por esta ley, prescriben al año de la fecha del accidente; y para el abandono se requiere el transcurso de un año, desde la última diligencia judicial".

La jurisprudencia ha declarado que este precepto ha sido derogado por el inc. 4º del art. 1168 del cód. civ., que extiende a tres años el término de prescripción de las acciones derivadas de las leyes sociales. Así, la sent. de 28 abril 1953 (182).

Y su art. 60 dispone:

"En el término de tres años a contar de la fecha en que se dejaren de cobrar las indemnizaciones, prescribe el derecho a continuar percibiéndolas".

Sin embargo, la jurisprudencia tiene decidido que la acción para el cobro de la renta vitalicia por accidente, establecida por sentencia ejecutoriada, prescribe a los 20 años, conforme al inc. 1º del art. 1168 del cód. civ., y no a los tres años fijados por la ley especial, porque ante disposiciones implicantes deberá aplicarse la ley más favorable al obrero o a sus causa-habientes" (183).

16.— *Diferencias entre responsabilidad extra-contractual y responsabilidad contractual.*— A la responsabilidad extra-contractual se le llama por los franceses, responsabilidad delictual y cuasi-delictual.

La responsabilidad civil se divide en responsabilidad extra-contractual y responsabilidad contractual.

La contractual nace cuando una de las partes intervinientes en un contrato no cumple la obligación que le respecta por virtud de dicho contrato, razón por la que causa un daño al otro contratante.

Nuestro cód. civ. regula en diversos títulos estas dos clases de responsabilidades, pero en el mismo libro quinto, que trata del derecho de las obligaciones. Así, en el título IX de la sección primera de dicho libro denominada "De los actos jurídicos", trata de la responsabilidad aquiliana o responsabilidad objetiva bajo el nombre "De los actos ilícitos" y en los arts. 1136 a 1149 inclusive. Y en la sección tercera nombrada "De los efectos de las obligaciones", el título noveno se ocupa de la respon-

(182) "R. de J. P.", 1953, p. 1118 y s.

(183) Sent. 1º febrero 1951; "R. de J. P.", N.º 89, 1951, p. 680 s.

sabilidad contractual bajo el rubro "De la inejecución de las obligaciones" y en los arts. 1318 a 1327 inclusive.

Para los MAZEAUD (184) existe unidad en ambas clases de responsabilidades. Advierten que las diferencias sólo son de detalle y que hay profundas semejanzas que las acercan; que es también deseable una regulación legislativa única de ambas clases de responsabilidad y sólo con algunas normas excepcionales para la responsabilidad contractual. Informan que es éste el criterio que tiene la comisión reformadora del cód. civ. francés.

En otro lugar, los MAZEAUD (185) anotan que no existe diferencia fundamental entre ambas clases de responsabilidades. La noción de la culpa es la misma, así como la carga de la prueba. Empero, para nosotros en la noción de la culpa hay marcada diferencia, ya que en la responsabilidad extra-contractual juega la culpa *in abstracto* y en la responsabilidad contractual la culpa *in concreto* contenida en el art. 1322. Así mismo, en el cód. civ. peruano la culpa se presume en la responsabilidad contractual; en cambio, en la responsabilidad por acto ilícito nadie se ha atrevido a sostener que siempre y es lo normal existe una presunción de culpa y que en los otros casos hay más todavía, porque funciona una presunción de responsabilidad. Esto no lo han sostenido ni autores de derecho civil ni jueces. Y en verdad que ya es tiempo que en el Perú tratándose del *onus probandi* se establezca claramente que no es la víctima quien tiene que probar la culpabilidad del agente o autor del daño, sino que es a éste a quien corresponde probar su ausencia de culpa; y que hay casos en que ni la falta de culpa habrá de salvarlo de responsabilidad, porque lo que la regla crea es una presunción de responsabilidad que quedaría destruída si el demandado prueba el *casus*, por ejemplo. Empero, todo esto requiere una elaboración jurisprudencial muy fina para la que nos falta preparación, evidentemente.

Para que exista responsabilidad contractual se requiere a) la existencia de un contrato válido; y b) la existencia de un daño como resultado del incumplimiento.

Por ejemplo, el transporte benévolo no constituye un contrato. Tampoco los esponsales pueden considerarse como un contrato porque no obligan a las partes y es absurdo que un con-

(184) Lecciones, Parte 2a., vol. II, Nº 376, p. 12.

(185) Lecciones, Parte 2a., vol. II, I, p. 28.

trato no obligue. Es por no ser contratos que no existirá responsabilidad contractual.

No se pueden acumular ambas responsabilidades. Así, si se recurre a la responsabilidad contractual ello supone que quedan excluidas las reglas de la responsabilidad extracontractual y viceversa.

La extracontractual y la contractual constituyen dos ramas de la responsabilidad civil.

Consideran los MAZEAUD (186) que la responsabilidad extracontractual o aquiliana tiene primacía sobre la responsabilidad contractual y que las reglas de ésta pueden ser completadas con las de aquélla.

En cuanto a la prueba de la culpa (carga de la prueba), se afirma que si se invoca la responsabilidad extracontractual se deberá probar una imprudencia o una negligencia en el autor del daño; y si se trata de responsabilidad contractual la víctima es dispensada de esa prueba y el autor del daño deberá probar una causa que le es ajena; por ejemplo, la culpa de la víctima o la existencia del *casus* (fuerza mayor o caso fortuito). Para los MAZEAUD (187) esa diferencia no existe; expresan que a la víctima en la responsabilidad extracontractual le es difícil probar una culpa en el agente productor del daño, por lo que le sería difícil también ganar el juicio. Consideran los juristas nombrados que la carga de la prueba incide unas veces sobre la víctima y otras veces sobre el autor del daño, sea que se trate de la responsabilidad extracontractual o de la contractual. Anotan también que en las obligaciones provenientes de los actos ilícitos (responsabilidad extracontractual) la característica es que se trata de obligaciones generales de prudencia y diligencia; y en la responsabilidad contractual las obligaciones son determinadas, específicas; son obligaciones de resultado.

Otra diferencia entre ambas responsabilidades se encuentra en el problema del resarcimiento del daño imprevisible. En la responsabilidad contractual, si sólo existe culpa no se responde por el daño imprevisible; sólo si existe dolo se responderá por este daño siempre que sea directo, conforme al art. 1323 del cód. civ. En cambio, tratándose de la responsabilidad extracontractual se responderá en todo caso por el daño imprevisible, porque el resarcimiento es más amplio, más completo.

(186) Lecciones, Parte 2a., vol. II, N° 391, p. 32.

(187) Lecciones, Parte 2a., vol. II, N° 394, p. 34.

Según los MAZEAUD (188), en derecho francés, en caso de responsabilidad aquiliana deberá ser reparado el daño directo, lo mismo que en la responsabilidad contractual; pero sólo la primera responsabilidad repara los daños imprevisibles.

La responsabilidad contractual está limitada por la intención presunta de las partes, las que sólo se obligaron en caso de incumplir el contrato, a lo previsible. La regla no se extiende a la responsabilidad extracontractual, porque la voluntad del autor del daño no es suficiente para limitar su responsabilidad; esa limitación sólo se encuentra legislada para la responsabilidad contractual.

Si varios incumplen un contrato en su calidad de deudores de la obligación emergente de dicho contrato, su responsabilidad no es solidaria, a no ser que así hubiere sido pactada. En cambio, los coautores de un daño en la responsabilidad aquiliana son responsables *in solidum*. En efecto, el art. 1147 del cód. civ. dispone:

“Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, el que pagó la totalidad de la indemnización, puede repetir contra los otros y el juez fijará la respectiva proporción, según la gravedad de la falta de cada uno. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales”.

Otra diferencia: en la responsabilidad contractual se puede aumentar, suprimir o disminuir dicha responsabilidad por convenio. Esto no puede hacerse en la responsabilidad extracontractual.

En cuanto al término de prescripción extintiva también existe diferencia: En 2 años prescribe la acción para exigir indemnización por el daño proveniente de un acto ilícito (inc. 6º del art. 1168 cód. civ.). La acción indemnizatoria en la responsabilidad contractual se extingue en 15 años, como cualquier acción personal (inc. 2º del art. 1168 del cód. civ.).

En la responsabilidad contractual el daño resulta del incumplimiento del contrato, del incumplimiento de una obligación contractual. Por ejemplo, si el locador no cumple con poner el inmueble locado a disposición del arrendatario. En la responsabilidad extracontractual el daño deriva del incumplimiento de una obligación legal.

(188) Lecciones, Parte 2a., vol. II, Nº 395, p. 36.

De "daños y perjuicios" habla nuestro cód. civ. en la responsabilidad contractual. Sólo el art. 1324, instalado dentro de esa responsabilidad, habla de "daños" tan sólo, cuando se trata de la mora en el pago de las obligaciones de capital. Por el contrario, sólo de "daño" habla el cód. civ. en todos los dispositivos de la responsabilidad extracontractual.

Para los franceses el término es "*dommages-intérêts*", que traducido literalmente significa "daños-intereses".

En ambos órdenes de responsabilidades, no hay derecho a reparación si no se han producido daños. Y la prueba de esos daños corre a cargo de quien afirma haberlos sufrido. Así, la sent. de 27 de junio de 1951 (189) declara que para que proceda el abono de daños y perjuicios no basta demandarlos; es indispensable acreditar que se han producido.

No es entonces suficiente incumplir el contrato;; es necesario que el incumplimiento haya originado daños y perjuicios. Sólo habiéndose estipulado una cláusula penal para el incumplimiento del contrato procede su pago no sólo si no se han producido daños y perjuicios, sino que para exigir el pago de la pena ni siquiera es necesario que se alegue perjuicio, no ya que se pruebe (art. 1224 cód. civ.).

Todos los daños, o todos los daños y perjuicios necesitan de un vínculo causal entre ellos y el hecho que los ha producido. Deben, así mismo, ser ciertos. Sin embargo, se reparan los daños y perjuicios futuros si es que es cierto que se producirán. Los daños y perjuicios no deberán ser eventuales.

Los daños y los daños y perjuicios son pérdidas, disminuciones, detrimentos, que se estiman pecuniariamente.

Otra distinción entre ambas responsabilidades aquiliana y contractual está en la forma de apreciar el dolo y en sus repercusiones. No sólo el dolo en ambas responsabilidades es distinto, siendo más intenso y perjudicial en la aquiliana, ya que es el dolo penalístico, sino que la responsabilidad del deudor en la esfera contractual se agrava en caso de dolo, aún cuando no demasiado; y en la responsabilidad extracontractual el dolo es indiferente para los efectos de determinar la indemnización, ya que la reparación sólo tiene en cuenta la entidad del daño, su cuantía, pero no el móvil culposos o doloso del agente.

La responsabilidad extracontractual nace del incumplimien-

(189) "R. de J. P.", 1951, 903 y ss

to de una obligación legal, de una obligación que la ley ha establecido. Y la responsabilidad contractual nace del incumplimiento de una obligación que las partes han creado por medio del contrato que hubieron de concluir. Sin embargo, en ambas clases de responsabilidad la culpa deriva del incumplimiento de una obligación que preexiste.

Adviértase que en la responsabilidad extra-contractual no se puede decir que la culpa es imputable a su autor, porque entonces no serían responsables los incapaces. En nuestro derecho peruano, son responsables hasta los incapaces privados de discernimiento si no se ha podido obtener indemnización de quien los tiene bajo su guarda (art. 1140 cód. civ.), sólo que en tal supuesto la indemnización se fija no de acuerdo con la extensión del daño, sino teniendo en cuenta la equidad. En cambio, en la responsabilidad contractual, el deudor incurso en ella deberá ser imputable; si no lo es será liberado de responsabilidad civil.

Parécenos que en ambos órdenes de responsabilidad (aquiliana y contractual), la culpa *in concreto* conduce a negar toda reparación a la víctima. Por ello, es criticable el legislador al instalar una fórmula como la del art. 1322 en nuestro cód., que estima la culpa *in concreto*. Por fortuna, ese criterio de la culpa es inaplicable en la responsabilidad aquiliana, por lo mismo que se encuentra situada en lugar distinto y no hay precepto que haga la remisión.

La valuación del daño se hace en caso de culpa teniendo en cuenta sólo al que podía preverse en el momento en que la obligación nace. Empero, se debe tener en cuenta que el dolo en los actos ilícitos o hechos ilícitos, asume mayor gravedad e intensidad que en el dolo contractual, por lo que también el deudor del resarcimiento en la culpa aquiliana, al que se le pruebe dolo, deberá responder del daño imprevisible. Hay, sin embargo, autores que sostienen que aún habiendo sólo culpa en la comisión del acto ilícito, responderá también el autor del daño imprevisible.

Entre la responsabilidad extra-contractual y la responsabilidad contractual, las diferencias se encuentran también en los diversos criterios como se aprecia la culpa. En la aquiliana la culpa es *in abstracto*, referida a un tipo, patrón o *standard* conocido bajo el nombre de *bonus paterfamilias*. Por el contrario, en la responsabilidad por la inexecución de las obligaciones

emergentes del contrato, la culpa es *in concreto*; así, para el art. 1322 del cód. civ. "la culpa consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar". Este criterio de la culpa no es aplicable para los actos ilícitos, ya que daría como resultado que el demandado a la postre quedaría libre de toda responsabilidad.

Otra diferencia reside en el dolo contractual y el dolo extra-contractual. El dolo en la responsabilidad *ex contractu* no acusa la gravedad que muestra el dolo aquiliano. Este último configura el delito; el dolo contractual, en cambio, no persigue la intención de dañar al acreedor (190); por ello es que la responsabilidad del deudor incurso en dolo no se agrava patrimonialmente tanto. Para que exista el dolo contractual basta que el deudor omita hacer lo que debe, en forma voluntaria y consciente; ya esta actitud importará mala fe.

Para MESSINEO (191), el dolo que podría presentarse en la comisión de un acto ilícito, no deberá ser considerado como una simple deslealtad de conducta, sino como una "intención perversa", o "intención de perjudicar", es decir, como voluntad de dañar. Agrega que este dolo se aproxima al dolo penal y es diverso del dolo que se presenta en la formación del negocio o del contrato. En realidad, nosotros no nos contentamos con la simple aproximación, sino que el dolo utilizado por el agente al inferir el daño en el acto ilícito, es el mismo dolo penalístico; y del dolo que se distingue en forma neta no es del dolo empleado en la formación del contrato, sino del dolo contractual.

17.— *Legislación de accidentes del trabajo en el Perú.*— Dicho complejo de legislación es el que sigue:

Ley N° 1378, de 20 de enero de 1911.

Ley N° 2290, de 20 de octubre de 1916.

Ley N° 10897, de 12 de noviembre de 1948.

Decreto Supremo de 4 de julio de 1913, sobre grados de incapacidad y aparatos de protección.

(190) LAFAILLE HECTOR, Derecho Civil, t. VI, vol. 1, Tratado de las obligaciones, Nos. 172, 174, p. 166 y s.; HUC, Commentaire, t. VII, N° 147, p. 209; GIORGI J., Teoría de las obligaciones, vol. II, N° 35, p. 77; ALESSANDRI y SOMARRIVA, Curso de Derecho Civil, t. IV, N 187 s., p. 149 s.; COLIN y CAPITANT, Curso elemental t. III, B), 2a. ed. castellana, p. 48 *in fine*, para quienes el deudor se obliga siempre a obrar de buena fe.

(191) Manual, t. VI, § 169, p. 482 y s.

Decreto Supremo de 14 de marzo de 1930, sobre grados de incapacidad.

Resolución Suprema de 21 de julio de 1936, sobre medidas de prevención para la industria de curtiduría.

Resolución Suprema de 18 de mayo de 1943, sobre medidas de protección a los obreros en la industria de beneficio de carnes, refrigeración y conservación de alimentos.

Decreto Supremo de 18 de febrero de 1952, sobre reglas para evitar accidentes en el manejo de productos químicos.

Decreto Supremo de 11 de julio de 1914, sobre formación de la estadística de los accidentes del trabajo.

Decreto Supremo de 8 de febrero de 1924, sobre estadística de los accidentes en las minas.

Resolución Suprema de 6 de diciembre de 1935, sobre nuevas normas para la organización de la estadística de los accidentes del trabajo.

Enfermedades profesionales:

Ley N° 7975, de 12 de enero de 1935.

Ley N° 10406, de 28 de febrero de 1946.

Decreto Supremo de 27 de diciembre de 1935, que contiene el reglamento de la ley N° 7975.

Decreto Supremo de 30 de junio de 1954, que crea la Junta Médica Pericial de Neumoconiosis.

Resolución Suprema de 19 de agosto de 1954, que reglamenta la pericia en los juicios de neumoconiosis.

El art. 10 de la ley 1378 dispone:

“Cuando el accidente se haya producido sin culpa del empresario, la responsabilidad fijada por esta ley no podrá hacerse efectiva sino en los capitales, bienes y derechos invertidos, existentes o provenientes del trabajo o industria en que el accidente se produjo. Hecha judicialmente la liquidación del activo de la industria, termina la obligación del empresario,, correspondiendo a éste la prueba de su inculpabilidad”.

Y su art. 9° agrega:

"Las reclamaciones por daños y perjuicios no comprendidos en esta ley quedan sujetas a las prescripciones del derecho común".

En la legislación de accidentes de trabajo, el patrono se encuentra obligado a resarcir por el solo hecho del accidente, porque toda esa masa legislativa depende del concepto de actividad peligrosa. Es un caso de responsabilidad objetiva y se trata de accidente sufrido por el servidor dentro del ámbito del establecimiento y por razón del trabajo que presta.

Otras disposiciones medulares de la ley 1378 son las que siguen:

Art. 6.— (Modificado por el art. 4º de la ley N° 10887, de 12 de noviembre de 1948). "La presente ley sólo es aplicable a los obreros y empleados cuyo salario anual no exceda de cinco mil soles oro".

Art. 7.— "Si el salario anual excede de cinco mil soles oro se aplicará el derecho común, pero pueden los obreros y empleados, sus representantes o los interesados en las indemnizaciones acogerse a la presente ley hasta la referida suma, en cuyo caso se entiende que hay renuncia implícita para toda indemnización por daños y perjuicios, conforme a las reglas del derecho común".

Art. 8.— "Los obreros y empleados no tienen, en concepto de indemnización por accidente, más derechos y acciones que los otorgados por esta ley".

En el art. 12 se dispone que "será nula y sin valor toda renuncia a los beneficios de ésta, y, en general, todo pacto contrario a esos beneficios". Así mismo, su art. 59 declara que "las transacciones y los desistimientos, en los litigios sobre derecho a indemnización, o sobre su cuantía, no serán válidos mientras no sean aprobados por el juez".

Declara el art. 23 de la ley de accidentes de trabajo N° 1378, que "los interesados en las indemnizaciones pierden el derecho a percibir las, si se prueba que provocaron, de modo intencional, el accidente".

Art. 31.— (Modificado por la ley N° 11408, de 30 junio 1950) "Cuando el accidente del trabajo haya causado mutilación, el empresario, además de las indemnizaciones ya acorda-

das, está obligado a suministrar al obrero los aparatos de prótesis necesarios, de fabricación nacional y, en su defecto, de fabricación extranjera, a juicio del médico”.

Jurisprudencialmente se ha decidido que habiéndose transigido sobre los derechos de que goza el trabajador, dicho acto es nulo por cuanto no se puede transar sobre derechos, sino sobre hechos (192).

Dentro de la ley de accidentes de trabajo, si se prueba la culpa inexcusable del servidor, el patrono no se libera, sino que su obligación de resarcir disminuye. Así, el art. 28 de la ley 1378, expresa que “si el accidente proviniese de culpa inexcusable de la víctima, se reducirá proporcionalmente la indemnización, inferior a la renta, cuya base fuese el salario mínimo determinado por el Poder Ejecutivo”.

Tratándose de culpa inexcusable del empleador, el art. 29 dispone que “si el accidente proviniera de culpa inexcusable del empresario o de sus representantes y empleados, se aumentará, prudencialmente, la indemnización, sin que pueda exceder del salario anual”.

Asimismo, en este mismo campo de los accidentes del trabajo, la responsabilidad del patrono se agrava en caso de delito (sea delito doloso o culposo), como lo previene el art. 30 de la ley 1378:

“Además de las anteriores indemnizaciones, la víctima, o los interesados, tendrán derecho al resarcimiento de todos los daños y perjuicios, si el accidente proviniera de delito del empresario. Esta acción se ejercitará ante los jueces y tribunales de la República, con sujeción al derecho común”.

La fórmula prevé una acción civil distinta del proceso penal, en el cual además de la condena privativa de la libertad habrá de señalarse una suma por concepto de reparación civil.

La sentencia pronunciada en juicio por accidente de trabajo no tiene el valor de cosa juzgada. El fallo puede ser objeto de revisión, como lo prevé el art. 61 de la ley 1378:

“Cualquiera de las partes podrá demandar, dentro del término de 3 años, la revisión del fallo o de la transacción, sobre las indemnizaciones. La demanda debe fundarse en la muerte de la víctima, como consecuencia del accidente, o en la modifi-

(192) Sent. 14 abril 1948. “A. J.”, tomo XLIV, 1948, p. 246.

cación sobrevenida en el grado de incapacidad, para cuyos únicos fines no se considera ejecutoriada la sentencia".

El patrono puede cubrirse del riesgo de los accidentes del trabajo mediante el seguro. El art. 67 de la ley 1378 establece:

"El empresario podrá sustituir la obligación por indemnización, a que está sujeto en virtud de esta ley, por el seguro individual o colectivo de sus obreros y empleados, hecho a su costa, sin ningún descuento a éstos, por los accidentes del trabajo, en una sociedad de seguros debidamente constituida, conforme a las reglas del cód. de comercio, y aceptada, para este efecto, por el Poder Ejecutivo; pero a condición de que la suma que la víctima reciba no sea inferior a la que le corresponde con arreglo a ley".

Como se observa, no se impone al dador del trabajo la obligación de asegurar.

En cuanto a la pneumoconiosis o cualquier otra dolencia adquirida en el trabajo por intoxicación de gases derivados de productos químicos, se considera accidente de trabajo indemnizable con arreglo a la ley N° 7975, cuyo artículo único declara:

"La neumoconiosis o cualquiera otra dolencia adquirida en el trabajo por intoxicación de gases derivados de productos químicos, están comprendidas entre las enfermedades sujetas a indemnización por el empresario, de conformidad con las leyes Nos. 1378 y 2290".

Esta materia de los accidentes del trabajo la regula en México, su cód. civ., el cual contiene un título denominado "Del riesgo profesional", que incluye los arts. 1935 a 1937. La disposición más importante es la del art. 1936, que declara:

"Incumbe a los patrones el pago de la responsabilidad que nace de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales, independientemente de toda idea de culpa o negligencia de su parte".

18.— *Síntesis de la doctrina del Código Civil del Perú, sobre responsabilidad extra-contractual.*— Nuestro código no ha abandonado, al igual que todo código civil contemporáneo, la noción tradicional de la responsabilidad aquiliana por culpa. Este es el principio que vive en su art. 1136. Sin embargo, esa fórmula establece una presunción *juris tantum* de culpa, en el supuesto de daño causado por si mismo.

Si el demandado en el proceso de responsabilidad, acredita que procedió en el ejercicio regular de un derecho, o de que el acto productor del daño lo realizó por legítima defensa, o que si destruyó o deterioró la cosa ajena, lo hizo para conjurar un peligro inminente, quedaría exonerado de responsabilidad. Propiamente, ello importará la prueba, por el autor del daño, de su ausencia de culpa. La víctima sólo deberá probar el daño y el hecho productor del mismo.

Empero, en los demás casos el código contiene la teoría de la responsabilidad real; no la responsabilidad personal. El elemento psicológico de la culpa sólo es válido y operante cuando se trata de daño causado por el propio agente; pero es eliminado y la responsabilidad habrá de producirse de pleno derecho cuando el daño ha sido ocasionado por intermedio de otro, que se encuentra en una relación de guarda o dependencia con el demandado, o de daño producido por las cosas que se encuentran bajo la custodia o son de propiedad del agente.

Para extraer estas soluciones se ha tenido a la vista no sólo el texto de los preceptos, que resulta claramente insuficiente, sino el pensamiento del redactor de esta materia, vertido en los motivos y en ensayos posteriores.

Así, cuando se trata de la responsabilidad de quien ejerce la patria potestad, la tutela o curatela, la responsabilidad no desaparece cuando las personas que las ejercen prueban que no pudieron impedir el hecho que causó el daño (art. 1143 cód. civ.), sino que sólo se autoriza al juez a disminuir equitativamente la indemnización.

En este caso, como en los demás, la prueba de la ausencia de culpa carece de valor y no libra de responsabilidad. Por lo mismo, resulta indiferente investigar si el agente incurrió en culpa.

La responsabilidad sólo desaparece por efecto del caso fortuito o fuerza mayor.

Pero la responsabilidad sólo se atempera cuando concurre el hecho de la víctima, conforme a lo prevenido por el art. 1141 del cód. civ.

La misma solución se observa en el art. 1144, que regula la hipótesis de responsabilidad de quien tiene a otro bajo sus órdenes y el subordinado causa un daño. El comitente se sirve en su propio beneficio del subordinado. En este caso, desaparece y resulta inútil la investigación de la culpa. Se establece no una

presunción de culpa, sino una presunción de responsabilidad, cuando por razón de contrato se está bajo la dependencia de otro.

Igualmente, la responsabilidad por los daños causados por las cosas es objetiva e indeclinable, basándose en consideraciones superiores de justicia.

En todos estos casos, sólo existiría exoneración de responsabilidad en el demandado, si acredita que no existe nexo o vínculo causal por el hecho de un tercero o por la fuerza mayor. Ello significa que se trata de acaecimientos externos e invencibles y que, en ningún caso, comprenden vicios internos inherentes al funcionamiento y utilización de las cosas.

En la indemnización, el juez puede, en atención a lo dispuesto en el art. 1148, tener en cuenta el daño moral irrogado a la víctima.

Casos específicos de aplicación: los esponsales (art. 79); la nulidad de matrimonio (art. 156); el divorcio (art. 264); y el yacimiento carnal aún cuando la mujer hubiere consentido (art. 370).

BIBLIOGRAFIA

- ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel.— Curso de Derecho Civil, tomo IV, Fuentes de las obligaciones, Santiago, 1942, Edit. Nascimento.
- APARICIO y GOMEZ SANCHEZ, Germán.— Código Civil, concordancias, tomo III.
- BEVILAQUA, Clovis.— Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, volumen I, 7a. ed.
- BIBILONI, Juan Antonio.— Reforma al código civil, Antecedentes, Informe, Proyecto, Buenos Aires, 1936, ed. Kraft.
- BUSSO, Eduardo B.— Código Civil anotado, tomo III, Obligaciones, Buenos Aires, 1949.
- COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Enrique.— Curso elemental, tomo III, 2a. edición en castellano.
- ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martín.— Tratado de Derecho Civil, tomo II, Derecho de Obligaciones, volumen I, Barcelona, 1933, Lib. Bosch.
- ESPINO PEREZ, Julio.— Código Penal, concordancias, Lima, 1947.
- GUZMAN FERRER.— Código Civil, tomo I, Lima, 1954.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis.— El Criminalista, tomo II, Buenos Aires, 1942, Edit. La Ley.
- LAFAILLE, Héctor.— D. Civ., t. VI, Tratado de las Obligaciones, volumen 1, Buenos Aires, 1947.

- LEON BARANDIARAN, José.— Comentarios al Código Civil Peruano, Derecho de Obligaciones, tomo I, Acto jurídico, 2a. ed., Buenos Aires, 1956.
- MANZINI, Vincenzo.— Tratado de Derecho Penal, tomo 2, Primera Parte, Teorías generales, volumen II, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1948. Edit. Ediar.
- MAZEAUD, Henri, León y Jean.— Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda, volumen II, Buenos Aires, 1960, "Ediciones Jurídicas Europa-América".
- MESSINEO, Francesco.— Manual de Derecho Civil y Comercial, tomo VI, Buenos Aires, 1956, "Ediciones Jurídicas Europa-América".
- PLANIOL, Marcelo-RIPERT, Jorge y ESMEIN, Pablo.— Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, tomo VI, La Habana, "Cultural S. A."
- ROJINA VILLEGAS, Rafael.— Teoría General de las Obligaciones o Derechos de Crédito, tomo II, México, 1943, ediciones "El Nacional".
- SOLER, Sebastián.— Derecho Penal Argentino, tomo I, Buenos Aires, 1945, Edit. La Ley.

Publicaciones periódicas

- Anales Judiciales, (Publicación de la Corte Suprema de la República del Perú).
- La Revista del Foro, (Organo del Colegio de Abogados de Lima).
- Revista de los Tribunales, (extinguida).
- Revista de Jurisprudencia Peruana.