

El Daño Aquiliano en la Legislación del Perú*

Por JORGE EUGENIO CASTAÑEDA

Catedrático de Derecho Civil

1.— *Exposición inicial.*— La responsabilidad extra-contractual se justifica por gran número de doctrinadores porque el agente viola el deber del "*neminem laedere*", ya que se considera que quien atenta contra la esfera jurídica de otra persona ocasionándole un daño, se encuentra obligado a eliminar dicho daño.

En el acto ilícito se observa o un acto positivo que es un acto de comisión; o también un acto de omisión de diligencia, o negligencia en seguir cierta regla de conducta. La negligencia presupone un deber de diligencia. El acto puede haber sido cometido por culpa o por dolo, o sin que concurran estos elementos.

El daño extracontractual se denomina también aquiliano. Empero, para MESSINEO FRANCESCO (1), la acepción de daño extracontractual es más amplia que la de daño aquiliano, ya que incluye el daño producido en estado de necesidad, que no es antijurídico.

Así mismo, la responsabilidad contractual no sólo comprende las obligaciones que derivan de los contratos, sino las que, por ejemplo, constituyen ofertas o peticiones contractuales.

La obligación que nace de un acto ilícito es una obligación legal. No nace porque lo quiere el obligado, sino porque lo quie-

(*) Este trabajo es el resultado de las lecciones dictadas en la Facultad de Derecho Comparado de Luxemburgo, en setiembre de 1961, las que comprendieron también la responsabilidad contractual en el derecho peruano.

(1) Manual, t. VI, § 169, p. 476.

re la ley. Es una obligación extracontractual; no es voluntaria su fuente.

En el nuevo cód. civ. italiano, como observa MESSINEO (2), no se habla de acto ilícito, sino de hecho ilícito; y se justifica el término porque el vocablo "acto" ha sido reservado para designar el negocio jurídico.

Existe cierto paralelismo entre el ilícito civil y el ilícito penal, ya que en ambos existe la obligación de resarcir, de reparar el daño inferido. Es una función de reintegración patrimonial, en que se persigue restaurar el patrimonio de la víctima. Sin embargo, el ilícito penal se reprime por razones de defensa social y no porque se quiere resguardar el patrimonio de la persona lesionada; y no obstante que el ilícito penal coexista con el ilícito civil y este último dé nacimiento a la acción de responsabilidad civil.

Hay una responsabilidad moral, la que se deslinda por ante Dios, o la conciencia. Empero, hay también una responsabilidad jurídica, que se ventila por ante los hombres. Y en esta última vive la responsabilidad penal, que es la que demanda la sociedad por los hechos que le causan daño; dicha sociedad aplicará una sanción proporcionada al desmedro que ella ha sufrido; y la responsabilidad civil, que no importa un daño a la sociedad, sino a persona o personas determinadas.

Advierte FRANCESCO MESSINEO (3) que la característica medular del acto ilícito es la *injuria*; es decir, acto que da lugar a un daño injusto y no sólo por culpa o dolo del agente, porque existen supuestos que no son pocos, según el autor italiano, que escapan al elemento subjetivo de la culpa y del dolo y que son de responsabilidad objetiva. Concluye MESSINEO (4) expresando que la culpa o el dolo son un coeficiente normal, pero no constitutivo, del acto ilícito. Existen casos en la legislación italiana, en los que se incurre en responsabilidad civil aún prescindiendo de la culpa o el dolo.

La fuente de la responsabilidad extra-contractual es la ley. Se trata de una fuente no voluntaria.

Se es civilmente responsable cuando existe la obligación de reparar un daño sufrido por otro. La responsabilidad se concreta en la obligación de indemnizar, de resarcir, de reparar.

(2) Manual de Derecho Civil y Comercial, t. VI, Buenos Aires, 1955, § 169, p. 474.

(3) Manual, t. VI, § 169, p. 477.

(4) Manual, loc. cit.

La responsabilidad civil es distinta de la responsabilidad penal. En esta última es la sociedad la que demanda contra los hechos que le causan daño y el resultado de esa demanda es la aplicación de una sanción, que será tanto más severa cuanto mayor sea la perturbación, el daño a la sociedad.

Por el contrario, en la responsabilidad civil no se toma en cuenta el daño a la sociedad, sino el daño a persona o personas determinadas. Por lo mismo, en esta responsabilidad civil no se sanciona, no se castiga; sólo se repara, se resarce el daño.

Debe también expresarse que existen supuestos en que no se atiende a la culpabilidad del autor del daño, sino a la importancia o gravedad de ese daño.

La responsabilidad penal (punicción) y la responsabilidad civil (reparación) se han ido separando. Así, la responsabilidad penal es pública; la civil es privada.

La responsabilidad por acto ilícito existe cuando una persona, sea por si misma, sea por intermedio de otra persona de la que responde, sea por intermedio de una cosa de su propiedad o de la que se sirve, ocasiona un daño a otra persona con la que no se encontraba ligada por vínculo obligatorio de ningún género.

Nuestro derecho en este campo de los actos ilícitos exige, como regla general, la existencia de la culpa o del dolo de parte del autor del daño, para determinar su responsabilidad civil, salvo casos de excepción que habremos de analizar, pero que constituyen los más. Y ello no viene a ser sino consecuencia de un principio subjetivista y de la importancia que en el derecho tiene la voluntad.

Se ha tratado de abandonar el principio de la responsabilidad subjetiva, reemplazándolo por el de la responsabilidad objetiva, la que se funda en el riesgo que se causa. Producido el daño por una persona, existe en ésta la obligación de repararlo. Nuestra ley de accidentes de trabajo, como se verá en su oportunidad, incorpora este principio de la responsabilidad objetiva, ya que el patrón indemnizará el daño sufrido por el obrero independientemente de que él hubiera o no incurrido en culpa, porque habiendo creado un riesgo deberá soportar las consecuencias si llega a realizarse.

A la teoría subjetiva de la responsabilidad se le denomina doctrina de la culpa. Al lado de ella existe la teoría objetiva

de la responsabilidad o del riesgo creado. En esta última responsabilidad se atiende al daño causado, aún cuando no exista hecho ilícito.

En la teoría subjetiva de la responsabilidad se atiende a un elemento de carácter psicológico: o se trata de la culpa porque no se tomaron las precauciones necesarias, que hicieron incurrir en descuido, negligencia o falta de previsión, lo que importa cometer un *cuasi-delito* según la desusada terminología; o se tiene la intención de dañar por lo que se obra con dolo y se configura el llamado *delito*.

El principio general, permanente, es el de que sin culpa no existirá responsabilidad civil. Esta es la regla que domina la materia de la responsabilidad aquiliana.

En la teoría, no existe responsabilidad civil sin culpa; la culpa no sólo es requisito de la responsabilidad, sino su fundamento. Se es responsable porque se es culpable.

Este principio ha sido desconocido por la teoría del riesgo. Para ésta no es necesario que exista culpa para exigir la responsabilidad civil. Con ello descargan de la prueba de la culpa a la víctima.

Sin embargo, no puede establecerse como principio general y uniforme que un acto del hombre aunque no provenga de su culpa, lo haga responsable; ello sea expresado con la salvedad de que en casos determinados y específicos es recomendable establecer un sistema de responsabilidad civil sin culpa; y en otros casos, crear presunciones de culpa y presunciones causales de responsabilidad.

En la responsabilidad contractual se presume la culpa del deudor e incumbe a éste comprobar que su incumplimiento se debe a una causa extraña.

En verdad, en derecho es inadmisibles que se obligue a alguien a reparar un daño que no ha causado ni por su acción, ni por su omisión. Empero, para la teoría del riesgo el individuo es responsable sólo porque ha obrado, porque ha desarrollado una actividad que crea riesgos. Por ejemplo, nuestra ley de accidentes de trabajo N° 1378, crea una responsabilidad por razón de las cosas; no reclama la culpa del patrono.

Importa la culpa la infracción de una obligación preexistente; sea una obligación legal, sea una obligación contractual.

En la responsabilidad aquiliana o extracontractual se trata del incumplimiento de una obligación de prudencia y diligen-

cia. En la responsabilidad contractual se trata de una obligación determinada, de una obligación de resultado, que ha sido convenida, pactada por el mismo contrato que da origen a la responsabilidad por haber sido incumplido.

Si el daño resultara del incumplimiento de una obligación de prudencia y diligencia, los jueces deberán comprobar una imprudencia o negligencia.

Si el daño derivara del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato determinado, no hay necesidad de que el juez compruebe la culpa; esa culpa existirá simplemente porque no se ha cumplido por el deudor con la obligación que había asumido por virtud del contrato y que es una obligación determinada, una obligación de resultado. En este último caso, no es necesario que el juez aprecie la conducta del deudor para saber si el incumplimiento en que ha incurrido obedece a su imprudencia o negligencia, ya que se presume que ese incumplimiento del deudor se debe a su culpa, por lo que corresponde a dicho deudor destruir esa presunción de culpa probando la existencia de un *casus*, de una causa ajena, de una causa extraña.

La culpa *in abstracto* supone un *standard*, un patrón; lo que en derecho francés se conoce como "el buen padre de familia". No se hace investigación subjetiva alguna, sino que se compara la conducta del agente con la de otra persona, de donde habrá de resultar que obró con imprudencia y no como un individuo advertido.

En la teoría del riesgo se exige la responsabilidad del autor del daño sin que sea necesario examinar su conducta.

En la culpa *in abstracto*, al autor del daño se le exige su responsabilidad porque otra persona habría obrado de manera distinta; porque no se ha conducido con la prudencia con que se hubiera comportado un hombre advertido. Esta es la culpa *in abstracto*, llamada también *culpa objetiva*.

En la culpa *subjetiva* o culpa *in concreto*, no se puede exigir responsabilidad civil del autor del daño, sino en el caso de éste sentirse culpable, si la conciencia de esa persona le reprocha su acción.

En la teoría del riesgo no se aprecia la conducta del autor del daño. Por el contrario, en la teoría de la culpa se condena al autor del hecho si ha existido en ese autor error de conducta, reclamando los unos la culpa objetiva y los otros la culpa subjetiva.

Es evidente que es la culpa objetiva la que deberá imperar para los efectos de la responsabilidad extracontractual (acto ilícito), porque es imposible investigar la conciencia, un estado del alma. Sólo Dios puede penetrar en lo íntimo de cada ser humano.

Para LEÓN BARANDIARÁN (5), la culpa empleada en la comisión de los actos ilícitos, se aprecia conforme al art. 1322, que está instalado en el código en el lugar que corresponde a la inexecución de las obligaciones contractuales y por el que la culpa se aprecia teniendo en cuenta las circunstancias de la persona, del tiempo y del lugar (culpa *in concreto*).

Existiría así unidad en el criterio de la culpa. Sin embargo, esa noción de la culpa contractual nos parece que no debe ser observada en esta área de la responsabilidad extra-contractual, sino que la culpa derive de la comparación con un tipo o patrón.

En la responsabilidad extracontractual, la culpa es referida al "*bonus et diligens pater familias*" del derecho romano. En nuestro cód. ese *standard* se requiere sólo en esta responsabilidad. Se compara el hecho cometido con el de una persona normal ideal, que el juez deberá crearse según su propia experiencia. Esta es una noción flexible de la culpa, que da al juez la posibilidad de hacer justicia humana.

Sin embargo, es cuestionable si este criterio de la culpa que supone un patrón o "*standard*", es observable en el campo de los actos ilícitos, o si, por el contrario, debemos acudir al criterio de la culpa *in concreto* que legisla el art. 1322 de nuestro cód., que ha sido instalado dentro de la responsabilidad contractual.

Debemos informar que aún dentro de esta área de los contratos, el cód. civ. del Perú no observa el art. 1322; y así en la locación-conducción su art. 1529 inc. 1º previene que se rescindirá el contrato si el arrendatario no cultiva la heredad como un buen padre de familia. Así mismo, en el derecho de familia, al tratar el cód. del ejercicio de la tutela, el art. 516 declara que "el tutor está obligado a administrar los bienes del menor, como lo haría un buen padre de familia".

(5) Comentarios al Código Civil Peruano, Derecho de obligaciones, t. I, acto jurídico, 2ª ed., B. Aires, 1954, p. 411, párr. *in fine*.

Apreciar la culpa en abstracto es interrogarse sobre cómo se hubiera comportado otra persona en las mismas circunstancias. Se hace la comparación con un patrón, con un *standard*, con un tipo de hombre que es el "*bonus pater familias*". En cambio, apreciar la culpa en concreto importa proceder al examen del agente responsable, del estado de espíritu en que se encuentra.

El art. 1322 del cód. civ. define la culpa, pero está instalado en el título que regula la responsabilidad contractual. Dicho precepto tiene como fuente el art. 512 del cód. civ. de VÉLEZ SÁRFIELD ("La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar"); la culpa está vinculada al cumplimiento de las obligaciones y es impericia, negligencia, imprudencia, desidia.

La culpa importa un acto voluntario, supone la voluntad del autor. Nuestro cód. civ., al igual que su fuente — el cód. civ. argentino —, ha abandonado la clasificación tripartita de la culpa; y para apreciar si el deudor ha incurrido en culpa no señala un modelo que le sirva para comparar con ese modelo la actividad del sujeto que se dice ha incurrido en culpa.

En realidad, con esta definición de la culpa no se la clasifica en si misma (en abstracto); y para determinar si alguien ha incurrido o no en culpa se atenderá a las circunstancias objetivas y subjetivas de cada caso (6). Para SALVAT R. (7), el juez al determinar la culpa atenderá a) a las diligencias o cuidados que exige la naturaleza de la obligación; y b) a que estas dili-

(6) BUSO, EDUARDO B., Cód. Civ. anotado, t. III, Obligaciones, B. Aires, 1949, Nº 37, p. 281.

Conviene advertir que en el Antep. de BIBILONI se vuelve a la noción de la culpa in abstracto, ya que su art. 1383 al explicar la idea de la culpa dice que "consiste en la omisión de los cuidados que en presencia de determinadas circunstancias hubiera empleado una persona prudente y razonable y con los cuales se habría evitado el hecho". Sin embargo, esta fórmula la instala BIBILONI dentro de los actos ilícitos y para la responsabilidad contractual reproduce el art. 512 del cód. argentino, en su art. 1018.

La comisión reformadora del cód. civ. argentino, que revisó el anteproyecto de BIBILONI eliminó esa dualidad en la apreciación de la culpa (contractual y extracontractual) y conservó el art. 512 del vigente cód. civ. argentino en el 2º apartado del art. 569 del proyecto. Así mismo, al regular ese proyecto los actos ilícitos su art. 865 remite al art. 569 ap. 2º para determinar la noción de la culpa (Véase Reforma al Código Civil. Antecedentes. Informe. Proyecto. B. Aires, 1936, ed. Kraft, p. 76 y 106).

(7) Tratado de D. Civ. Argentino, III, t. I, Obligaciones en general, B. Aires, 1946, Nº 127, p. 74.

gencias o cuidados pueden ser distintos por razón de 3 circunstancias: 1ª porque deberá tenerse en cuenta la persona obligada a cumplir con la prestación; 2ª porque también deberá tenerse en cuenta el tiempo en que deberá ser cumplida la obligación; y 3ª porque también deberá atenderse al lugar en donde deberá cumplirse la prestación.

Es incuestionable que dentro de la responsabilidad extracontractual no nos sirve este criterio; que más útil resulta el tipo abstracto de comparación, el buen padre de familia, cuya diligencia habitual deberá servir en cada caso para decidir si ha existido o no culpa en el demandado.

HÉCTOR LAFAILLE (8) considera que el art. 512 del cód. civ. argentino es una de las normas más acertadas porque la naturaleza de la obligación permite al juez graduar la intensidad de la culpa, respetándose las modalidades propias de cada caso, pero exigiendo siempre la "diligencia"; y que aquello de expresar "... las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar" permite al juez también una mayor latitud para situarse en todos los casos.

Para el nuevo cód. civ. italiano existe unidad de la culpa; pero sobre todo tanto en la contractual como en la extracontractual, se tiene en cuenta el comportamiento del hombre de media o normal diligencia, o sea el llamado "buen padre de familia". Sin embargo, para MESSINEO (9) existe responsabilidad por culpa levísima dentro del área de los actos ilícitos en los arts. 2050 y 2054 del cód. civ. vigente en Italia. Lo que debe destacarse es que existe en este cód. extranjero un criterio de la *culpa in abstracto* en una o en otra clase de responsabilidad. Así, la culpa contractual hace relación con el deber de diligencia que el deudor deberá observar en el desarrollo de su actividad para ponerse en situación de cumplir la prestación. Es una diligencia en abstracto porque se refiere a un deudor típico (10).

El art. 1176 de dicho cuerpo de leyes declara:

"Diligencia en el cumplimiento.— Al cumplir la obligación el deudor debe usar la diligencia del buen padre de familia.

"En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe valorarse en relación a la naturaleza de la actividad ejercitada".

(8) Derecho Civ., t. VI, Trat. de las obligaciones, vol. 1, B. Aires, 1947, Nº 183, p. 176.

(9) Manual, t. VI, Nº 4, p. 482.

(10) Manual, t. IV, Nº 3, p. 234.

Nosotros, no debemos acudir a la noción de la culpa contractual, sino al patrón del "buen padre de familia"; y aún dentro del campo de la inejecución de las obligaciones emergentes del contrato, no es técnico mantener en el cód. un dispositivo que contiene la idea de la culpa *in concreto*.

A fines del siglo pasado, juristas de la calidad de SALEILLES y JOSSEAND negaron que la culpa fuera elemento indispensable para derivar la responsabilidad aquiliana. Justificaban la responsabilidad civil en esta área por la doctrina del riesgo de un daño.

Los MAZEAUD anotan que la jurisprudencia francesa, en razón del desarrollo de la industria, buscaron el medio de dispensar a las víctimas de la prueba de la culpa (11), sin acudir a la teoría del riesgo.

La doctrina de nuestra jurisprudencia acusa un exacerbado empirismo. La administración de justicia en el Perú no se complica con los problemas que suscita la responsabilidad civil por los actos ilícitos, ya que en unos casos accede a la reclamación indemnizatoria para reparar el daño independientemente de la prueba de la culpa, atendiendo sólo a la materialidad del daño; y en otros exige esa prueba o libra de responsabilidad a quien probó su ausencia de culpa. Valga, sin embargo, en su descargo, la aparente obscuridad que sobre la materia de la responsabilidad civil extra-contractual se observa en los dispositivos de nuestro nuevo cód. civ.

Se apunta, sin embargo, en esa jurisprudencia el propósito de ampliar el ámbito de la responsabilidad civil por acto ilícito, poniéndose en la mayoría de los casos, de parte de la víctima. Empero, la brevedad de los fallos, con la consiguiente carencia de fundamentos y de doctrina, hace que la jurisprudencia resulte teóricamente inaprovechable e inútil. Ningún fallo persuade porque se olvida expresar los fundamentos en que se apoya para admitir o rechazar cada una de las conclusiones, como lo exige el art. 1076 del cód. de proc. civ.

Hemos expresado que nuestra jurisprudencia no ha establecido firmemente ni siquiera la existencia de una presunción de culpa. Así, la sent. de 31 diciembre 1945 (11 bis), obliga al

(11) Lecciones de D. Civil, Parte 2ª, vol. II, Nº 514, p. 219.

(11 bis.) "R. de los T.", 1946, pp. 5 y s.

demandante a probar el descuido e imprudencia atribuídos al demandado.

En derecho francés se habla de responsabilidad delictual y cuasi-delictual. Para nosotros no existe esta clasificación; tampoco tenemos la figura del cuasi-contrato. En el cód. civ. peruano vigente no se conoce la responsabilidad por los delitos y cuasi-delitos, sino responsabilidad por actos o hechos ilícitos, que comprende desde el art. 1136 hasta el art. 1149 inclusive. Este último precepto crea la obligación de restituir en quien se enriquece indebidamente.

Existen hipótesis en que no obstante no existir delito en sentido penal, aquel que ha sido declarado inocente en el proceso penal, deberá responder civilmente, sobre todo en aquellos casos de presunción de responsabilidad, de responsabilidad sin culpa o de inimputabilidad según el cód. penal.

Así mismo, si el daño se produce por la inejecución de una obligación emergente de un contrato, lo que habrá será responsabilidad contractual.

Para determinar con precisión si existe responsabilidad contractual o responsabilidad extracontractual, llamada también esta última responsabilidad aquiliana o responsabilidad por acto ilícito, deberá esclarecerse si el daño proviene por el incumplimiento de una obligación determinada o de resultado, o si deriva de la violación de una obligación general de prudencia y diligencia.

La culpa *in contrahendo* debe ser considerada como un caso de responsabilidad extracontractual o aquiliana. La dicha responsabilidad aparece: a) cuando se han iniciado conversaciones e intercambio de ideas (*tratativas*), pero sin que el contrato a que ellas se refieren haya sido concluído; b) cuando al formarse el contrato una de las partes no se hubiere comportado de buena fe; o c) que una de las partes hubiere confiado, sin incurrir en culpa, en la validez de un contrato que posteriormente es declarado nulo por hecho de la otra parte, la que conociendo o debiendo conocer la causa de invalidez, no le dió noticia de ella. Estas tres hipótesis han sido legisladas por el nuevo cód. civ. italiano en sus arts. 1337 y 1338.

La responsabilidad aparece en razón de una culpa que es precontractual. No podría encontrarse una responsabilidad contractual, ya que ésta supone la existencia de un contrato, de una obligación u obligaciones preconstituídas.

La necesidad de que exista un contrato válido para exigir la responsabilidad contractual, hace que resulte nugatoria la acción que se dirige a que se resarza el daño producido en la etapa precontractual, ya que resulta de simple buen sentido que no habiéndose perfeccionado el contrato la responsabilidad no puede ser contractual. Por ello, en el derecho italiano el daño precontractual se demanda como responsabilidad aquiliana.

Existen precontratos como la promesa unilateral de venta (opción) que al ser incumplidos por el promitente la responsabilidad en que incurre sería contractual.

Tratándose del transporte benévolo no existe contrato; por tanto, no existirá tampoco responsabilidad contractual. Es obvio que para la víctima es más fácil demandar la responsabilidad contractual, desde que en el contrato de transporte existe en quien lo lleva a cabo una obligación de seguridad, que es la de conducir sano y salvo al pasajero hasta el lugar de su destino. Empero, el chofer que carga graciosamente al pasajero no asume obligación alguna y es evidente que si no existe obligación no existirá consecuentemente contrato. Es claro que la víctima puede promover acción por responsabilidad aquiliana o extracontractual, pero como en el cód. civ. peruano no existe fórmula que trate del daño ocasionado por las cosas muebles inanimadas, habría que invocar el art. 1136, que hasta hoy ni la doctrina ni la jurisprudencia han podido establecer claramente que incluye una presunción de culpa, razón por la que la víctima se encontraría en grandes dificultades para probar la culpa del chofer.

La indemnización o resarcimiento del daño extracontractual y del daño contractual es siempre en dinero. Sólo en el fuero penal existe como una de las formas de reparación civil la restitución de la cosa.

También dentro del campo de los accidentes del trabajo, no sólo se paga en dinero la indemnización, sino que el servidor mutilado es dotado de aparatos de prótesis, y éste constituye una reparación en especie.

El resarcimiento en nuestro derecho es siempre en dinero, al igual que en la responsabilidad contractual. Siempre se cobra dinero, o sea cumplimiento por equivalente (*tantundem*).

Atendida la frecuencia de los accidentes, se ha operado una evolución del criterio jurídico en el área de la responsabilidad por actos ilícitos, específicamente en el campo de los accidentes

del trabajo, en que se ha dado una ley especial que facilita la acción de la víctima dispensándola de la prueba de la culpa del autor del daño. A este respecto, la ley 1378 incorpora en nuestra patria desde el año de 1911, la teoría del riesgo o de la responsabilidad sin culpa. Rechaza ese instrumento la idea de la culpa como requisito visceral para determinar la responsabilidad civil.

Así mismo, bajo el régimen de la ley de accidentes de trabajo N° 1378, además de las prestaciones pecuniarias a que tiene derecho el accidentado, tiene también el derecho de exigir aparatos ortopédicos, o sea que las prestaciones que debe cumplir el patrón responsable algunas no son abonables en dinero. En este caso, el autor del daño sufrirá los efectos de la depreciación monetaria, ya que los bienes que debe entregar tienen en muchos casos un valor más elevado que el que tuvieron al tiempo del daño.

Si la víctima está, en la responsabilidad extracontractual, obligada a probar la culpa del autor del daño, dicha prueba habrá de resultarle difícil, ya que deberá establecer una imprudencia o negligencia cometida por el demandado; empero, el juez puede utilizar presunciones y admitir que los hechos probados por la víctima hacen presumir la existencia de la culpa. Así el juez aprecia un conjunto de circunstancias de las que resulta la prueba de la culpa; y con ello la carga de la prueba se invierte, no rigiendo la máxima "*actori incumbit probatio, reus in excipiendi fit actor*".

A la responsabilidad sin culpa también se le denomina responsabilidad objetiva, o pura causalidad; y daño inculpable o daño objetivo. Cuando el precepto señala una responsabilidad de este género, de nada le valdrá al agente demostrar la falta de culpa. FRANCESCO MESSINEO (12) al justificar esta teoría expresa que la utilidad que de un acto determinado o de una situación determinada obtiene un sujeto lo obliga a responder a dicho sujeto por el solo hecho de esa utilidad ("*ubi commodum, ibi et incommodum*"; riesgo profesional). Continúa razonando que esta doctrina se refiere sobre todo a la empresa, la que en cuanto se beneficia del resultado y de su organización, deberá responder eventualmente del daño que tal organización produz-

(12) Manual, t. VI, § 169, N° 5, p. 483.

ca a terceros; en especial a quienes le prestan sus servicios; y que estadísticamente se ha comprobado que el accidente de trabajo es inevitable en cualquier empresa mecánica, industrial, extractiva, etc. Por tanto, el valor de los resarcimientos deberá computarse en una empresa dentro del costo de producción de los bienes que fabrica o merca.

Hace notar también MESSINEO (13) que el principio de la responsabilidad objetiva tiene su paralelo en la doctrina del derecho penal que funda el derecho de castigar en la peligrosidad del delincuente y no en el estado subjetivo en que éste se encuentra al cometer el hecho criminoso.

En toda actividad peligrosa debe haber un cálculo previo por la empresa que la desarrolla, de los daños que en su funcionamiento pueda inferir. Por lo mismo, en su contabilidad debe haber una provisión para reparar los daños, que se incluirá dentro del rubro contable de pérdidas y ganancias. En cambio, si el daño se causa por el uso de una cosa no peligrosa en si misma, sería condenar al hombre a la inacción si tuviera siempre el temor de responder de sus actos, pese a que obre adoptando todas las precauciones necesarias y de que no origine un riesgo para los demás.

La capacidad requerida en este campo de la responsabilidad extracontractual es mucho más amplia que la capacidad que se exige en la responsabilidad contractual, ya que para discernir lo que es bueno de lo que es malo, lo que es lícito y permitido de lo que es ilícito, no se requiere la plena capacidad civil. Es obvio que un niño no tiene la madurez necesaria para intervenir en la contratación; empero, se da cuenta de que no está permitido lesionar a un viandante arrojándole un objeto contundente. La minoridad no releva de responsabilidad civil.

Al igual que en la esfera contractual, en la responsabilidad aquiliana se indemniza no sólo el daño emergente, sino el lucro cesante.

No sólo las personas, sino también las cosas, pueden ser objeto de daños.

Para que exista responsabilidad civil no es suficiente la culpa o el dolo del agente y el daño, sino que dicho daño deberá ser la resultante de esa culpa o dolo cometida en la realización del hecho causante del daño (relación de causalidad).

(13) Manual, t. VI, § 169, p. 484.

También existirá culpa por abstención u omisión V.g., el chofer es el causante del accidente por no encender los faros de su vehículo.

Conforme a la legislación de Chile, para que un hecho o una omisión que causen daño engendren responsabilidad delictual (extracontractual), se requiere que se hayan cometido con culpa o dolo, ya que dentro del sistema del cód. civ. chileno, la culpa y el dolo son elementos esenciales de la responsabilidad y si faltan, dicha responsabilidad no habrá de existir (14).

2.— *Principio general sobre Responsabilidad Extra-contractual.*— Dispone el art. 1136 cód. civ. del Perú:

“Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo”.

Es el precepto inicial del cód. sobre la responsabilidad contractual.

El art. 1136 del cód. civ. no sólo se refiere a los daños que una persona causara a otra persona por “su descuido o imprudencia”, sino también a los daños que infiera “por sus hechos”. Es por manera evidente que estos hechos a los que la ley se refiere, se pueden producir por dolo del agente, o sin dolo o culpa, en cuyo caso la fórmula del cód. que comentamos no sólo estaría fijando una presunción de culpa, sino una presunción de responsabilidad. Entonces, si cabría explicarse la frase que el Profesor OLAECHEA (15) vertió en la exposición de motivos, al decir que las responsabilidades subjetiva y objetiva se habían graduado en prudentes proporciones tratándose de la responsabilidad *aquilia*. De esta manera, el art. 1136 serviría en unos casos para exigir del autor del daño la prueba de su ausencia de culpa, y en otros la prueba del *casus*, todo conforme al prudente arbitrio del juzgador.

Bueno es advertir que este criterio no se ha abierto paso en la administración de justicia, la cual no sigue una línea definida en materia de tanta trascendencia.

En este precepto inicial del título sobre actos ilícitos (responsabilidad *aquiliana*), que es el art. 1136 del cód. civ., se es-

(14) Revisese ALESSANDRI RODRIGUEZ, A. y SOMARRIVA UNDURRAGA, M., Curso de Derecho Civil, t. IV, Fuentes de las obligaciones, Santiago, 1942, N° 1,249, p. 861.

(15) En APARICIO y G. S., G., Cód. Civ., concord., t. III, p. 405

tablece que el que causa daño deberá indemnizar. No dice "reparar"; tampoco expresa "resarcir". Es una declaración general de responsabilidad.

El concepto de los términos "presunción de responsabilidad" debe investigarse en derecho francés.

Es interesante reproducir el texto del primer dispositivo del nuevo cód. civ. italiano.

2043.— "*Resarcimiento por hecho ilícito.*— Cualquier hecho doloso o culposo, que ocasiona a otro un daño injusto, obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño".

En esta hipótesis legal se requiere la culpa o el dolo del autor del daño; pero en otros casos de la legislación civil italiana se prescinde del elemento de la culpa; es decir, que aunque el acto no sea culpable, la responsabilidad civil existirá, así como la obligación de resarcir, siempre que exista nexo de causalidad entre el acto no culpable y el daño producido.

Es necesario determinar en el Código Civil del Perú en qué casos se presume la culpa y en qué casos se presume la responsabilidad.

El requisito de la causalidad entre el daño y el hecho que lo produce si siempre es indispensable. Si el demandado prueba una intervención extraña ha desaparecido la relación de causalidad y, en consecuencia, no existe responsabilidad.

¿El art. 1136 del cód. civ. contiene para todos los casos una presunción de culpa? Si es así, permite al demandado probar que no ha incurrido en culpa, o que existió una causa extraña que produjo el daño.

Si la culpa se presume, también la relación de causalidad se presume y la víctima no tiene mas que producir la prueba del daño y del hecho culposo o no culposo.

La culpa es un error de conducta en la que no habría incurrido un hombre prudente y diligente colocado en las mismas circunstancias externas en que estuvo colocado el autor del hecho.

Entonces, la culpa aparece cuando de la confrontación de la conducta del demandado con la del tipo abstracto del hombre prudente y diligente, resulta que la conducta del primero es inferior a la del patrón o *standard* que sirve para la comparación. Se cuestiona entre nosotros si en este campo es utilizable este concepto de culpa.

La presunción de culpa desplaza el *onus probandi* del demandante al demandado. Si estuviera a cargo del demandante la probanza, se encontraría éste en graves dificultades para la prueba de la culpa.

En el art. 1136 cód. civ. la obligación de reparar existe sea que la víctima pruebe la culpa del demandado, sea que pruebe la existencia del daño y del hecho cometido por el demandado.

Empero, el demandado se libra de responsabilidad si prueba la existencia de una causa extraña, es decir, un hecho de un tercero, o el *casus*.

Aunque no se pruebe la culpa el demandado puede ser condenado. Pero no lo será si prueba que el daño se produjo por una causa extraña; y es que esta causa extraña destruye la relación de causalidad; rompe el vínculo entre el hecho del demandado y los daños y perjuicios.

También se librará el demandado si prueba la ausencia de culpa. Por ejemplo, si prueba que el daño se produjo por el ejercicio regular de un derecho. Esto es excluyente de la idea de culpa.

El art. 1136 del cód. civ. releva a la víctima de la carga de la prueba de la culpa, o sea que ésta no tiene necesidad de probar la culpa del autor del daño.

Lo único que tiene que probar el demandante son los daños y perjuicios.

La declaración es terminante, ya que dice que la obligación de reparar existe no sólo por descuido o imprudencia, sino en general "por sus hechos". Los vocablos "descuido" e "imprudencia" denotan culpa.

Si se prueba la existencia no de una causa extraña sino de una causa concurrente, como cuando el hecho de la víctima ha contribuido a causar el daño, la obligación de repararlo se disminuirá en los límites de esa contribución (art. 1141 cód. civ.); no desaparece la responsabilidad.

También quedará liberado el autor si acredita la ausencia o falta de culpa. Así, si el daño se produce en el ejercicio regular de un derecho, en cuyo caso no existirá culpa, o sea que probará la ausencia o falta de culpa. Esta probanza obviamente destruye la presunción de culpa que existe en el art. 1136 del cód. civ.

Adviértase que en el art. 1137 del cód. civ. la legítima defensa y la destrucción de la cosa ajena en el caso que supone, no

son más que variantes del ejercicio regular de un derecho. Y también que el art. 1137 sólo figura con el objeto de destruir o enervar la presunción de culpa del art. 1136, si es que el demandado acredita la ausencia o falta de culpa en los supuestos que ese dispositivo establece.

Se probará la falta de culpa cuando se demuestra que se ha obrado como lo habría hecho el tipo abstracto del hombre prudente y diligente.

En el art. 1136 del cód. civ. lo que hay en verdad es una inversión del *onus probandi*.

La Exposición de Motivos contribuye a robustecer mi criterio, cuando dice: "El principio de la responsabilidad es general: se produce por todo hecho que cause un daño. Se requiere que exista un vínculo de causalidad entre el hecho y el daño y que se trate de acciones que no entren en el ejercicio regular de un derecho" (16).

No sólo por la existencia de la culpa se responde por el daño, en el art. 1136, sino por los hechos del hombre, provengan éstos de su culpa, o de su dolo.

Ello no obstante, sólo existe en este numeral una presunción de culpa en el agente productor del hecho, que puede ser destruída por éste si acredita que el hecho se produjo sin su culpa, ya que actuó de acuerdo con las previsiones que en su hacer hubiera adoptado un tipo abstracto de hombre prudente y diligente.

OLAECHEA (17) parecería, sin embargo, preconizar que dentro de este precepto vive la teoría del riesgo conjuntamente con la teoría de la culpa. Veamos lo que dice:

"... Cuando el dispositivo 1136 habla de hechos, claro está que se refiere a aquellos en que la voluntad humana no resulta interferida por la acción irresistible del caso fortuito o de la fuerza mayor".

"La teoría tradicional de la culpa no satisface las exigencias de la vida contemporánea. La imputabilidad del daño o la falta, es indemostrable en el mayor número de los casos. O requiere un esfuerzo superior a la capacidad y medios de que dispone la víctima".

(16) APARICIO y G. S., G.— Código Civil, concord. t. III, p. 406.

(17) Revista de Jurisprudencia Peruana, año II, Nº 8, julio de 1944, p.p XI y ss., "El problema de la responsabilidad extracontractual en el nuevo cód. civ."

"La teoría subjetiva consolidada sobre la prueba de la falta o de la intención dañosa del agente podía bastar en una sociedad simple en que las relaciones comerciales e industriales eran incipientes o poco desarrolladas; pero no basta a nuestra sociedad en que tales relaciones se intensifican más cada día y los riesgos se multiplican al margen de la voluntad asumiendo formas variadas e imprevistas. El concepto que informa esta doctrina hoy anticuada es notoriamente injusto. Si se impusiera al obrero la prueba de la culpa del empresario, o si se pretendiera que el peatón atropellado por un coche automóvil pruebe la culpa del conductor, el problema de la responsabilidad se esfumaría y desaparecería: hay, sin duda, una dosis, una cantidad, una medida de riesgo que es preponderante y que justifica ampliamente la responsabilidad del daño en el mayor número de casos con entera independencia de la voluntad del agente o de la prueba de su intención dolosa ... En suma, el viejo sistema subjetivista ha muerto, porque es repugnante al progreso social en que vivimos y es, además, impracticable e injusto".

"En el mayor número de casos no se requiere la idea de la falta como fuente generadora de la indemnización. El que se sirve de fuerzas físicas o químicas para su interés ha creado voluntariamente un riesgo cuyas consecuencias debe necesariamente asumir ...".

Más adelante continúa (18):

"He aquí por qué el nuevo cód. civ. sin abandonar total y absolutamente, como ningún código contemporáneo, la noción de la culpa, que es siempre un elemento que califica la voluntad, se orienta por el canal objetivo. Para el cód. civ. de 1936 el principio de la responsabilidad es general y se produce por todo hecho que cause daño. No puedo explicarme la incertidumbre que domina a jueces y abogados. La Exposición de Motivos del Libro V lo dice claramente. El principio de la responsabilidad es general: se produce por todo hecho que cause daño. Sólo se requiere que exista un vínculo de causalidad entre el hecho y el daño y que se trate de acciones que no entren en el ejercicio regular de un derecho, o que no se hayan practicado en legítima defensa, o que no hubieren sido dirigidas a evitar un pe-

(18) Revista de Jurisprudencia Peruana, año II, N° 8, julio de 1944, pp. XIV y s., "El problema de la responsabilidad extra-contractual en el nuevo cód. civ."

ligro inminente de deterioro o destrucción de las cosas. La Exposición de Motivos agrega: Tampoco la responsabilidad se deriva en toda circunstancia de la capacidad jurídica o moral del agente del daño. Hay en ciertas situaciones un elemento preponderante de riesgo que tiende a objetivar la responsabilidad...".

De lo expuesto, se infiere que el legislador peruano en el art. 1136 ha establecido una presunción de culpa, que puede ser destruída con la prueba de que actuó en el ejercicio regular de un derecho, o sea sin incurrir en culpa. No está muy claro lo que afirmamos, ya que se necesita un esfuerzo dialéctico considerable para arribar a esta afirmación; y por ello se explica lo vacilante de nuestra jurisprudencia. Además, obviamente también habría de liberarse de responsabilidad si acredita la existencia de un *casus*.

Una carta de respuesta del Profesor OLAECHEA (19) acaba de precisar su pensamiento sobre el numeral 1136 y algunos de los demás, en los siguientes términos:

"En síntesis, si la víctima — demandante en el proceso de responsabilidad — prueba el daño y el hecho (culposos o no culposos) del demandado, éste debe ser condenado a la reparación del perjuicio, aunque no se produzca ninguna prueba sobre la culpa del autor del daño, a menos que el demandado demuestre, *si se trata del daño directamente irrogado por él*, el ejercicio regular de su derecho, la causa extraña o la fuerza mayor. Si el agente demuestra haber procedido en el ejercicio regular de su derecho, queda exonerado de responsabilidad según el art. 1137; y si acredita la causa extraña o la fuerza mayor, queda igualmente relevado de la obligación de indemnizar, porque falta entonces la relación de causalidad necesaria entre el hecho y el daño".

"Más si se trata del daño causado por intermedio de otro, o de las cosas que están bajo la guarda del agente, la responsabilidad de éste es objetiva e irreductible mediante la prueba contraria, salvo la demostración del hecho de la víctima, o del tercero, o de la mayor fuerza".

En conclusión: el 1136 regula la responsabilidad por el daño producido por el demandado, en que cabe ser relevado de la obligación de reparar el daño si se acredita la ausencia de culpa.

(19) Véase en Revista de Jurisprudencia Peruana, año II, Nº 12, noviembre de 1944, p. XVII, la carta que OLAECHEA dirige a un jurista colombiano.

En cambio, existen otros preceptos del cód., en este título de los actos ilícitos, en que la prueba de que se actuó en el ejercicio regular de un derecho, o sea sin incurrir en culpa, no exime de la obligación de indemnizar.

OLAECHEA MANUEL AUGUSTO fué el redactor del libro quinto del vigente cód. civ., en el que se encuentran legisladas la responsabilidad extracontractual y la contractual. Es interesante conocer en forma completa la exposición de motivos de OLAECHEA sobre actos ilícitos (arts. 1136 y ss. del nuevo cód. civ.). Así, en forma general, expresa:

"El Título Noveno contempla los actos ilícitos. Sus disposiciones se orientan en el sentido de coordinar en prudentes proporciones los elementos objetivo y subjetivo de la responsabilidad. Debe tenerse presente que estos elementos no son incompatibles sino que se complementan según se apliquen en las relaciones entre los individuos y los grupos o en las interindividuales. Sin embargo, el problema de la responsabilidad civil tiende a ser cada día más objetivo, procurando la ley suprimir las dificultades derivadas del proceso psicológico constitutivo de la culpa. El principio de la responsabilidad es general: se produce por todo hecho que cause daño. Se requiere que exista un vínculo de causalidad entre el hecho y el daño y que se trate de acciones que no entren en el ejercicio regular de un derecho, o que no se hayan practicado en legítima defensa, o que no hubieren sido dirigidas a evitar un peligro inminente de deterioro o destrucción de las cosas. La responsabilidad no se deriva en toda circunstancia de la capacidad jurídica o moral del agente del daño. Hay en ciertas situaciones un elemento preponderante de riesgo que tiende a objetivar la responsabilidad: se observa este elemento en las reglas que la imponen aún tratándose de incapaces que han procedido sin conciencia de sus actos, o de algunos que por razón de edad o de contrato, están bajo la dependencia de otras personas. Estos casos miran a un interés social y están inspirados por una profunda exigencia de equidad" (20).

Esto es lo que dice en los motivos, el legislador peruano sobre responsabilidad civil extracontractual o aquiliana. Agrega otros parágrafos sobre daño moral y la doctrina del enriquecimiento ilícito.

(20) En APARICIO y G. S., G., Código Civil, concord., III, pp. 405 y s.

En cuanto a la responsabilidad contractual no expresa nada importante sobre la culpa (21).

Una apreciación general del sistema de responsabilidad aquiliana que sigue el vigente cód. civ. del Perú, la ofrece OLACHEA (22), en estas palabras:

"Concluimos expresando que el nuevo cód. civ. se orienta por el canal objetivo de la responsabilidad sin perjuicio de la idea tradicional de la culpa que no ha abandonado y que sirve para marcar el tono de la responsabilidad; y que nadie debe sentirse alarmado por ello, porque este sistema es el que se adopta hoy y el único que puede seguir la humanidad en los momentos actuales. En suma, el cód. peruano atiende a la causalidad del hecho más que a su imputabilidad desde el punto de vista moral".

Es incuestionable que el pensamiento del legislador no es todo lo claro y preciso que sería de desear; así, si por un lado afirma que no se ha abandonado la idea tradicional de la culpa, por otro lado declara que más se atiende en nuestro cuerpo civil de leyes a la relación de causalidad; y ésta es una idea opuesta a la de la culpa tradicional. Aceptamos, empero, esta última declaración en cuanto vive en varios de los preceptos que se ocupan de los actos ilícitos.

Sin embargo, estos dos fragmentos del redactor nos inclinan a pensar que la teoría de la pura causalidad es si no anormal, por lo menos excepcional en la filosofía del código peruano. Se puede desde ya afirmar que en el art. 1144 (responsabilidad del patrono y del comitente) se trata de un caso incontrovertible de responsabilidad sin culpa, ya que falta toda referencia a probanza liberatoria. Empero, la fórmula del art. 1136 requiere de la culpa o del dolo, aún cuando existe en ella una presunción *iuris tantum* de culpa.

Para JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN (23) el art. 1136 conserva la idea de la culpa (culpa en sentido estricto y dolo). Agrega LEÓN BARANDIARÁN (24) que cuando el art. 1136 habla de "he-

(21) V. APARICIO y G. S., G., Código Civil, concord., III., p. 425.

(22) En Revista de Jurisprudencia Peruana, año II, Nº 8, julio de 1944, revisese ensayo sobre "El problema de la responsabilidad extracontractual en el nuevo Código Civil" p. XVI.

(23) Comentario al cód. civ. peruano (Derecho de obligaciones), t. I, Acto jurídico, 2ª ed., B. Aires, 1954, p. 396. El autor citado enseña esta materia en la Universidad de San Marcos de Lima.

(24) Comentarios, t. I, p. 397.

chos", no alude a cualquier hecho, sino a un hecho intencional, o sea cometido con dolo, porque resulta inadmisibile que el dolo no se encuentre comprendido en la responsabilidad extra-contractual.

El autor peruano considera que la responsabilidad por culpa es la predominante, mencionando el art. 1141 sobre la concurrencia o concurso de responsabilidades en que la víctima ha contribuido a la producción del evento dañoso, expresando que esa contribución no podría explicarse sino por razón de la culpa de la víctima. También se refiere a los daños ocasionados por animales y por la caída de un edificio (arts. 1145 y 1146), anotando que las responsabilidades que esos dispositivos señalan a base de presunciones, no se explicarían si en nuestra legislación no se hubiera instalado como regla general la responsabilidad causal (culposa o dolosa).

También señala LEÓN BARANDIARÁN (25) que el único caso de "culpa objetiva" y no de responsabilidad por riesgo, es el del art. 1140, que condena al incapaz carente de discernimiento a la reparación pero sólo con una indemnización equitativa.

No obstante sostener que nuestro cód. civ. mantiene como regla normal la responsabilidad por culpa, LEÓN BARANDIARÁN (26) concluye por opinar que existe urgencia de reformar el título sobre actos ilícitos, determinando en forma inequívoca el criterio que rija esta figura. A mi juicio, más que reformar habría que adicionar la legislación en esta materia, porque si bien el pensamiento del legislador no aparece claramente de los preceptos, se completa con el estudio que en diversas ocasiones ha hecho, sobre esta materia.

Acerca del *onus probandi*, hemos dicho que en varios de los supuestos de daño causado por hecho ilícito debería presumirse *iuris tantum* la culpa del autor, y, además, mantenerse los casos de responsabilidad objetiva. Así, la víctima quedaría relevada de la prueba de la culpa. Empero, este no es el criterio de nuestros jueces, ya que la sent. de 31 de diciembre de 1945 (27) sostiene que quien demanda la reparación de un daño deberá probar el descuido o imprudencia atribuido al demandado.

(25) Comentarios, t. I, p. 398.

(26) Comentarios, t. I, p. 398.

(27) "R. de los T.", 1946, pp. 5 y 8.

En realidad, existen hipótesis en que no se puede obligar a probar la culpa del causante del daño, sea porque no existe dicha culpa, sea porque aún existiendo culpa su prueba es difícil y aún imposible. El legislador se ha preocupado evidentemente de esto. Una prueba de ello la constituye la ley de accidentes de trabajo N° 1378, en la que no se necesita probar la culpa del patrono; pero el servidor no obtiene la reparación total del daño, sino sólo una parte de ese daño es reparado. Así mismo, la neumoconiosis como enfermedad profesional es una variante del accidente de trabajo.

En el cód. civ. de México la presunción de culpa se encuentra claramente definida. Establece su art. 1910, que "el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexplicable de la víctima".

El tenor de este numeral impone la carga de la prueba al agente productor del daño. Evidentemente, la legislación mexicana en esta materia es la más adelantada en América Latina, no obstante que es anterior a nuestro cód. civ., ya que entró a regir el cuerpo de leyes mexicano el 1° de octubre de 1932.

La jurisprudencia de México no tiene necesidad de interpretación alguna para imponer la carga de la prueba al demandado.

Tiene, además, el cód. mexicano, la doctrina del riesgo, instalada en su art. 1913, que previene: "Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosos por si mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

Y su art. 1914 agrega: "Cuándo sin empleo de mecanismos, instrumentos, etc., a que se refiere el art. anterior, y sin culpa o negligencia de ninguna de las partes se producen daños, cada una de ellas los soportará sin derecho a indemnización".

Adviértase, empero, que este precepto impone al supuesto autor del daño la obligación de probar su inculpabilidad, de acuerdo con la regla general contenida en el art. 1910, que contiene la declaración inicial en esta materia.

La culpa inexcusable es aquella culpa en la que el hombre menos cuidadoso no habría incurrido en ella. Se obra con negligencia, con despreocupación, con temeridad especialmente graves. Esta culpa es mucho más grave que la culpa lata. Casi es el dolo, porque se tiene conciencia de que con lo que se está haciendo resultará un daño, o, por lo menos, que de lo que se hace existe una fundada probabilidad que resultará un daño.

Una apreciación general del sistema de responsabilidad extracontractual en la legislación mexicana, la encontramos en ROJINA VILLEGAS RAFAEL (28), para quien la responsabilidad objetiva se aplica cuando el hombre causa daño a otro por el uso de sustancias peligrosas, aún cuando hubiere procedido lícitamente, o sea aunque no exista culpa o dolo en el autor del daño. Agrega que la responsabilidad subjetiva sólo funciona tratándose de los hechos voluntarios ilícitos, en los que deberá mediar culpa o dolo. Insiste en que habría responsabilidad civil a pesar de que propiamente no existe acto ilícito. Considera el jurista mexicano que el elemento de la culpa ha ido perdiendo importancia, a tal punto que ahora se reclama en la responsabilidad por hecho propio, cuando se usan cosas no peligrosas; y que en la responsabilidad por hecho ajeno — v.g., por las personas que están bajo patria potestad, tutela, etc. — existe una presunción *iuris tantum* de culpa, que puede quedar enervada con prueba en contrario. Funciona la misma presunción relativa de culpa respecto de las cosas que nos pertenezcan y los animales que causen daño. Y hay también otras presunciones absolutas, *iure et de iure* de culpa, que no admiten prueba en contrario. Anota que este último paso condujo a la doctrina de la responsabilidad objetiva, la que obliga a indemnizar aunque no exista dolo o culpa, siempre que se trate del uso de cosas peligrosas, por el riesgo que crea para la colectividad. ROJINA VILLEGAS advierte que en el cód. civ. de México el principio general es el de la culpa, para derivar de ella la responsabilidad civil extracontractual.

De la legislación de México se puede expresar que el art. 1910 cód. civ. consagra el principio general de la responsabilidad en esta área, el cual requiere que se obre ilícitamente. Por el contrario, el art. 1913 constituye una excepción, en cuanto ya

(28) Derecho Civil. Teoría general de las obligaciones o derechos de crédito, t. II, México, 1943, "Biblioteca del Maestro", N° 559, pp. 296 s.

no toma en cuenta para derivar la responsabilidad indemnizatoria el elemento del dolo o de la culpa. No existe en esta fórmula responsabilidad subjetiva; no se averigua el estado de ánimo del autor. Se requiere, sin embargo, que se use un mecanismo peligroso; que se cause un daño; y que haya una relación de causa a efecto entre el hecho y el daño.

ROJINA VILLEGAS (29) afirma que en la responsabilidad objetiva lo único que libera al agente es la culpa inexcusable de la víctima. Esta es una culpa grave o grosera, o de bulto. Si la víctima incurre en culpa leve o levísima, siempre habría responsabilidad del demandado. Se necesita para exonerar de responsabilidad que la víctima incurra en una culpa en la que no incurriría el común de las gentes; que se compruebe que la víctima no ha observado la diligencia mínima que se supone que en todo hombre existe. Algo más: el autor mexicano considera que conforme al art. 1913 de su cód., el caso fortuito y la fuerza mayor no libran de responsabilidad, porque ésta se funda en el hecho de crear un riesgo para los terceros con el uso de las cosas peligrosas. Y pone el ejemplo de si por un terremoto o inundación caen los cables de energía eléctrica y matan a una persona, la empresa es responsable porque ha puesto en peligro a la colectividad al instalar aquellos cables y no obstante que se pruebe que hubiere adoptado las precauciones normales para que no exista peligro cuando los cables cayeran. No hay culpa; existe caso fortuito; pero hay una actividad peligrosa, y, por tanto, existirá responsabilidad.

También anota ROJINA VILLEGAS (30) algo importante en cuanto a la reparación del daño; y así dice que en la responsabilidad subjetiva se debe tender a una reparación total del daño, porque existe dolo o culpa; y en la responsabilidad objetiva deberá funcionar un criterio de equidad y repartirse los riesgos a fin de no perjudicar a la industria y a las víctimas y tampoco condenar al hombre a la inactividad; que en esta responsabilidad por riesgo no se admite una reparación absoluta y total, sino que siempre deberá tener un límite.

Es por manera evidente que la opinión del civilista mexicano, en cuanto no exime de responsabilidad al agente, no obstante que el daño se produjo por el *casus*, nos parece excesiva, ya

(29) D. Civil, Teoría general..., t. II, N 565, p. 303.

(30) D. Civ., Teoría..., t. II, N° 568, pp. 306 y s.

que no existe nexo causal, por más que se utilice un mecanismo o se desarrolle una actividad peligrosa.

3.— *La licitud de actos determinados.*— Previene el art. 1137 del cód. civ.:

“No son actos ilícitos:

1º— “Los practicados en el ejercicio regular de un derecho;

2º— “Los practicados en legítima defensa de si mismo o de un tercero;

3º— “El deterioro o destrucción de la cosa ajena, a fin de remover un peligro inminente, siempre que las circunstancias justifiquen el hecho practicado y que éste no exceda de los límites indispensables para conjurar el peligro”.

GAYO decía “*Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur*”, o sea “Quien de su derecho usa, se presume que a nadie causa mal”.

PAULO: “*Nemo damnum fecit, nisi qui id fecit quod facere jus non habet*”, o sea “Ninguno causa daño, salvo el que hace lo que no tiene derecho a hacer”.

ULPIANO: “*Neminem laedit, nemo damnum facit, qui suo jure utitur*”, cuya traducción es: “Quien usa de su Derecho, a nadie lesiona, a ninguno causa daño”.

Se invoca estos textos para expresar que los romanos negaban toda reparación por el daño ocasionado por el ejercicio de un derecho.

Empero, también los romanos tenían estas fórmulas: “*male enim nostro jure uti non debemus*”, o sea “No debemos, pues, usar mal de nuestro derecho”; y “*Malitiis non est indulgendum*”, que en castellano reza: “No ha de tenerse indulgencia con la malicia”.

No constituye acto ilícito el ejercicio regular de un derecho. Por el contrario, habrá de ser acto ilícito si se abusa del derecho.

Para parte de la doctrina existe abuso del derecho cuando con su ejercicio se tiene la intención de dañar. Otros doctrina-

dores consideran que habrá abuso del derecho aún cuando falte esa intención.

En verdad el criterio del dolo y de la culpa determina si se abusa del derecho. Así, existirá abuso del derecho cuando su titular al ejercerlo comete intencionalmente el daño, o dicho daño se produce por negligencia o imprudencia.

En Francia, la jurisprudencia utiliza la teoría del abuso del derecho para analizar el ejercicio del derecho de rescindir unilateralmente el contrato de trabajo de duración indeterminada; y también cuando el trabajador sin motivo legítimo hace uso del derecho de huelga. Dicha jurisprudencia ha formado un sistema para el control del ejercicio de los derechos, limitando y recortando los excesos de los titulares de los derechos.

No siempre el abuso del derecho debe considerarse como uso malicioso de dicho derecho. También existirá abuso del derecho cuando éste se ejerce sin intención de perjudicar. La actividad de aquel que ha causado el daño al ejercer su derecho deberá compararse con la conducta que hubiera observado un individuo cuidadoso en las mismas circunstancias. Si hubiera ejercido su derecho en la misma forma no será responsable el primero; pero si se comprueba que actuó con negligencia o imprudencia quedará comprometida su responsabilidad.

El derecho deberá ser ejercitado dentro de ciertos límites éticos. El abuso del derecho es el ejercicio antisocial del derecho; y éste genera responsabilidad.

También existe el abuso en las vías del derecho V.g., quien formula una denuncia criminal a la ligera. Empero, en esta cuestión hay que proceder con un cuidado extremo y no condenar a indemnizar a una persona por abusar de las vías de derecho en caso de no triunfar el litigante en su acción; porque en realidad se estaría paralizando el ejercicio del derecho de acudir al Poder Judicial. Sin embargo, el juez deberá condenar a reparar el daño al litigante que se le ha probado una imprudencia en el ejercicio de la vía de derecho, o sea cuando advierta que un litigante cuidadoso no habría utilizado dicha vía de derecho.

Dos sentencias han sido pronunciadas declarando que quien denuncia la comisión de un delito procede en el ejercicio regular de un derecho, aún cuando resulte inocente el acusado en el proceso penal que se le instauró (31).

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

Acerca del ejercicio de un derecho, el cód. civ. de Argentina dispone en su art. 1071 lo que se transcribe:

“El ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto”.

Un dispositivo interesante para el cual no existe en la ley procesal civil un canal breve y sumario, por lo que habría que acudir al juicio ordinario (ya que no hay tramitación especial), es el del art. 861 cód. civ.:

“Aquel que sufre o está amenazado de un daño porque otro se excede o abusa en el ejercicio de su derecho, puede exigir que se restituya el estado anterior, o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por el daño sufrido”.

Este precepto plasma una hipótesis del ejercicio irregular de un derecho, cuya regla general está instalada en el art. II del t. p. del cód. civ.: “La ley no ampara el abuso del derecho”.

Otra hipótesis de uso abusivo del derecho es la del art. 859 cód. civ.:

“El propietario en ejercicio de su derecho, y especialmente en sus trabajos de explotación industrial, debe abstenerse de lo que perjudique las propiedades contiguas o vecinas, o la seguridad, el sosiego y la salud de sus habitantes.

“Están prohibidos los humos, hollines, emanaciones, ruidos, trepidaciones y molestias análogas, que excedan de la tolerancia que mutuamente se deben los vecinos en atención a las circunstancias”.

Este es un campo pródigo en actos o hechos ilícitos, por la violación de las llamadas relaciones de vecindad.

No constituye acto ilícito el ejercicio regular de un derecho; pero estas inmisiones configuran incuestionablemente un abuso del derecho, un ejercicio irregular del derecho, en contra de lo dispuesto en el inc. 1º del art. 1137 cód. civ., que dan derecho a obtener una sentencia con el valor de la *res iudicata* que ordene no sólo que cesen las inmisiones, sino que se indemnice el daño que las inmisiones han ocasionado.

Podría estimarse como el ejercicio irregular de un derecho, la traba de un embargo preventivo a sabiendas de que la cosa en que incide la medida precautoria no es de propiedad del deudor, razón por la que la tercería excluyente que se instaure por el verdadero propietario, habrá de declararse fundada en su día. Existe evidentemente un abuso en las vías del derecho, prac-

ticado por el demandante. En nuestra ley procesal civil su art. 243 previene que cuando el embargo preventivo se levanta por ilegal a instancia del mismo deudor o de un tercero, o porque se declare infundada la demanda, queda sujeto quien lo pidió al pago de costas y, sobre todo, de daños y perjuicios; y su art. 753 preceptúa que el tercerista que consigue el levantamiento de la medida de embargo, reclamará los daños y perjuicios en vía incidental. Ello no obstante, la sent. de 16 de agosto de 1940 (32) decide que el victorioso en una tercería excluyente deberá reclamar los daños y perjuicios no en la forma señalada en la ley procesal para los incidentes, sino que deberá interponer demanda en forma con tal objeto. En verdad, dentro del brevísimo término señalado en nuestra ley procesal para los incidentes, no se puede acreditar la existencia de los daños y perjuicios.

Un caso típico de que una persona sufra un daño porque otra abusa del derecho de propiedad, o que por esta misma razón se encuentre dicha persona amenazada de sufrir un daño, es la del dueño del predio contiguo que hace una excavación profunda en su propio predio, al lado de los linderos con el otro predio, que atenta contra las bases y cimientos del edificio ajeno, o que, simplemente, causa su caída. Es incuestionable que si la excavación sólo crea una amenaza de daño contra la propiedad, será también contra la posesión, ya que esta última se encuentra contenida dentro del dominio, por lo que procede promover un juicio sumario de obra nueva y no un interdicto de retener, porque la perturbación de la posesión se produce por actos practicados dentro del propio predio del demandado. Y si la caída del edificio ya se ha producido, entonces quien ha sufrido el daño no hará uso de interdicto alguno, sino que promoverá un juicio ordinario reclamando la correspondiente indemnización del daño.

El cód. civ. alemán, en su art. 226, reclama que se tenga intención de perjudicar, para que exista abuso del derecho.

El proyecto franco-italiano de las obligaciones, en su art. 74 § 2º, sostiene que el abuso deberá tener en cuenta el "fin en vista del cual se haya conferido el derecho" a su titular.

La jurisprudencia francesa ha acudido a la teoría del abuso del derecho para extender la responsabilidad civil. El titular de un derecho, si causa un daño en su ejercicio, en realidad es

(32) "R. de los T.", 1940, pp. 261 y s.

responsable porque abusa de su derecho; y no sólo existirá abuso del derecho cuando se tiene la intención de perjudicar, sino cuando se ejercita el derecho sin motivo serio y legítimo (33).

La legítima defensa aparece cuando es insuficiente la protección del Estado y es forzoso confiar a la persona la defensa de sí mismo y de su patrimonio. Emana directamente de la personalidad. Presupone una injusticia, la violación de un derecho subjetivo, y deberá ser una reacción dirigida contra el autor de la injusticia, contra sus auxiliares y contra los instrumentos de la agresión, pero dentro de ciertos límites y con arreglo a ciertas normas (34). Se agrega que es una reacción disciplinada; y sus requisitos son: a) que la agresión sea injusta, es decir que el acto sea contrario al derecho; b) que sea una agresión actual y no que sea un temor de agresión; c) que sea imposible el auxilio de la autoridad; y d) que exista proporcionalidad entre la agresión y los medios utilizados para la defensa.

En cuanto al estado de necesidad existen situaciones en que el derecho de un individuo se encuentra en conflicto con el derecho de otro individuo y ese conflicto se resuelve por la desaparición transitoria del derecho menos valioso desde el punto de vista ético y humano (35). La coexistencia de los dos derechos es imposible, por lo que el derecho secundario deberá ceder el paso al derecho primario. Por eso se autoriza la violación de un derecho ajeno, a fin de evitar un mal mayor. Para salvar la propia vida o la ajena, el individuo se apropia o destruye un bien que es de otro.

El peligro deberá amenazar la vida, la honra, la libertad.

Para evitarlo se autoriza el deterioro o la destrucción de la cosa ajena. También si se encuentra en peligro un bien, pero que dicho peligro sea inminente; así, si se destruye el predio urbano a fin de evitar que el incendio se propague (36).

Tratándose de la defensa de la posesión, la ley autoriza el uso de la fuerza propia siempre que en ésta se reúnan los extremos de la legítima defensa. Así, art. 830:

(33) MAZEAUD HENRI, L. y J., *Lecciones*, Parte 2ª, vol. II, Nº 386, pp. 21 y s.

(34) BEVILAQUA CLOVIS, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. I, 7ª ed., p. 451.

(35) BEVILAQUA CLOVIS, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. I, 7ª ed., p. 452.

(36) El nuevo cód. civ. de Italia, en esta materia declara: 2044.— "Legítima defensa.— No es responsable quien ocasiona el daño para legítima defensa de sí mismo o de otro".

“El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien sin intervalo de tiempo, si fue desposeído; pero, en ambos casos, deberá abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias”.

No constituye acto ilícito el estado de necesidad, por declararlo así la ley (inc. 3º del art. 1137 del cód. civ.). Empero, aún cuando no constituya un cuasi-delito (con arreglo a la antigua y ya desusada terminología), deberá repararse el daño que ese deterioro o destrucción de la cosa ajena comporta. Lo declara el art. 859 cód. civ.:

“El propietario no puede impedir que en su propiedad se ejecuten actos para servicios provisorios de las propiedades vecinas, que eviten o conjuren un peligro actual, pero se indemnizará el daño”.

Y el daño comprenderá los dos extremos: el *damnus emergens* y el *lucrum cesans*.

Nótese que este precepto del 859 sólo se refiere al acto ejecutado en beneficio de las propiedades vecinas y con mayor razón contiguas; y el inc. 3º del art. 1137 comprende no sólo el peligro inminente para las cosas, sino el peligro de la propia vida, que impele al hombre a destruir la propiedad ajena. V.g., se produce una inundación y se destruyen predios de ajeno dominio a fin de conjurar el peligro que se cierne sobre toda la ciudad. Aquí no habría necesidad de probar el *casus* (caso fortuito o fuerza mayor), que importa la prueba de sus dos notas esenciales, que son la imprevisibilidad e insuperabilidad o irresistibilidad, sino el estado de necesidad y éste, en realidad, importa la ausencia de culpa.

Por lo demás, nuestro cód. de aguas, que data del año de 1902, ya contenía la doctrina del estado de necesidad en su art. 67, que prevé: “Siempre que para precaver daños o contener inundaciones inminentes, sea preciso en caso de urgencia practicar obras provisionales o destruir las existentes en toda clase de predios, la autoridad respectiva podrá ordenarlo desde luego, bajo su responsabilidad; pero en la inteligencia de que habrán de indemnizarse después las pérdidas y los perjuicios ocasionados, señalándose un 6 por ciento anual de interés desde el día en que se causó el daño hasta que se pague la indemnización. El abono de esta indemnización correrá respectivamente a cargo del Estado, de los concejos municipales o de los particulares, se-

gún a quien pertenezcan los objetos amenazados de daño o inundación”.

En verdad que habiendo la obligación de indemnizar los daños por quien deteriora o destruye la cosa ajena, parecería que siempre se trata de un acto ilícito, porque la nota de la licitud del acto es la de que quien lo realiza nada habrá de pagar por indemnización, como ocurre en el caso de legítima defensa.

No es, pues, acto ilícito el practicado en estado de necesidad, conforme a la declaración de la ley civil (inc. 3º del art. 1137 cód. civ.); y los casos específicos de dicho estado de necesidad los tenemos en los siguientes preceptos del libro que en el cód. civ. regula los derechos reales:

Art. 858.— “El propietario no puede impedir que en su propiedad se ejecuten actos para servicios provisorios de las propiedades vecinas, que eviten o conjuren un peligro actual, pero se indemnizará el daño”.

Art. 979.— “Si para construir o reparar un edificio, es indispensable pasar materiales por predio ajeno o colocar en él andamios, el dueño de éste debe consentirlo, recibiendo la indemnización por el perjuicio, si se le irroga alguno”.

Fuente de esta última fórmula es el art. 587 del cód. civ. del Brasil.

No obstante el serio peligro de desplome de un predio edificado, no puede procederse *manu militari*, sino que ello deberá ser ordenado por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Es evidente, así mismo, que el pase de materiales por predio ajeno que regula el art. 979 reproducido, sólo puede llevarse a cabo después del pronunciamiento de un fallo que tenga el valor de la cosa juzgada.

Dispone el art. 860 del cód. civ. que “si amenaza ruina algún edificio u obra puede pedirse su reparación o demolición”; y el canal procesal para formular dicho pedido es el interdicto de obra ruinosa (que no es posesorio), que regula el cód. de proc. civ. en los arts. 1027 y ss.

La reciente legislación italiana dispone:

2045.— “*Estado de necesidad.*— Cuando quien ha cometido el hecho dañoso ha sido constreñido a ello por la necesidad de salvar a sí mismo o a otro del peligro actual de un daño grave a la persona, y el peligro no ha sido causado voluntariamente por él ni era evitable de otra manera, al perjudicado se le de-

be una indemnización cuya medida se deja a la equitativa apreciación del juez”.

No hay aquí, como apunta MESSINEO (37), resarcimiento, sino indemnización para evitar un enriquecimiento injusto; y cuyo monto lo decidirá el juez con equidad, o sea con moderación, ya que se obró en estado de necesidad. No se indemniza exactamente el daño sufrido.

En el cód. civ. de Portugal el estado de necesidad determina responsabilidad. Así:

Art. 2396.— “*Se, para evitar algum prejuízo iminente, que por outro modo se nao possa impedir, se fizer algum dano em propriedade alheia, será esse dano indemnizado por aquele a favor de quem for feito.*”

§ único.— “*Se o dano for feito em proveito de mais de um indivíduo, a indemnização será paga por todos eles, na proporção do beneficio que cada um tiver recebido*”.

Dícese que existirá el estado de necesidad si una persona encontrándose apremiada por un peligro en su vida o en su patrimonio, invade la órbita patrimonial de otra persona.

No es eximente de responsabilidad civil el estado de necesidad. Nuestro cód. civ. no obstante declarar que no es acto ilícito, obliga a reparar el daño; y, precisamente, en el acto lícito es nota esencial la falta de una obligación reparatoria.

Para que se configure el estado de necesidad, se exigen estos requisitos:

- a) Que el daño que se trata de evitar sea inminente;
- b) Que el medio elegido debe ser el único práctico para conjurar el daño;
- c) Que en el hecho calificado como estado de necesidad no debe haber intervenido la culpa o el dolo del autor del daño;
- d) Que el daño que se trata de evitar debe ser de un valor mayor que el daño que se causa en el patrimonio ajeno;
- e) Que el autor del daño no deberá haberse colocado por su propia culpa en estado de necesidad, ya que en este caso habría de ser la culpa la determinante del daño.

Existen códigos como el de Portugal, que obligan a indemnizar a quien comete daño en estado de necesidad y rechazan expresamente que sea causa eximente de responsabilidad civil.

(37) Manual, t. VI, § 169, b), p. 488.

LEÓN BARANDIARÁN (38) expone que el daño causado por estado necesario no es ilícito y no da origen a responsabilidad y no debería dar lugar en lo absoluto a reparación.

Probar que el daño se produjo en estado de necesidad es demostrar también la ausencia de culpa; no es necesario acreditar el *casus*, sino que se causó un daño para librarse del peligro del que no era responsable la víctima.

Es claramente perceptible que existe una marcada diferencia entre la ausencia de culpa y el *casus*.

Cuando la ley o la jurisprudencia establecen una presunción de culpa a cargo del presunto responsable, éste puede quedar exonerado de responsabilidad si prueba su ausencia de culpa. Empero, cuando la ley o la jurisprudencia establezcan una presunción de responsabilidad, de nada habrá de valerle al presunto responsable probar su ausencia de culpa; sólo quedaría exonerado de responsabilidad probando el *casus*, o sea que no existe nexo de causalidad entre el daño y el hecho que se le atribuye al agente; porque ese hecho se produjo en virtud de un *casus*.

Viene a ser el *casus* un acontecimiento imprevisible e insuperable o irresistible, que impide que una persona pueda cumplir con la obligación que le respecta. El *casus* es una causa ajena a la persona y deberá ser el productor del daño. Existiendo éste es obvio que no habrá culpa. Empero ¿la falta de culpa supone la existencia del *casus*? No.

Es incuestionable que puede demostrarse que no ha existido culpa sin necesidad de que se hubiera producido el *casus*; por ejemplo, habrá de demostrar su ausencia de culpa el presunto responsable del daño si demuestra que se ha comportado como lo hubiera hecho una persona cuidadosa.

Otro supuesto de ausencia de culpa en que no es necesario acreditar la existencia del *casus*, es el de que quien aparece como autor del daño acredite que procedió en legítima defensa o en estado de necesidad.

Habrà legítima defensa cuando se ha cometido un daño con el objeto de evitar un daño que iba a cometer la víctima. Se requiere que la agresión de la víctima haya sido injusta y que la defensa sea proporcionada a la gravedad de la agresión.

(38) Comentarios al Código Civil Peruano, t. I, 2ª ed., pp. 434 y 435.

En este caso, el presunto agente del daño no acredita la existencia del *casus*; sólo prueba la ausencia de culpa.

Sin embargo, dentro de la teoría de la responsabilidad objetiva, que es la que regula la mayoría de los dispositivos de nuestro cód., de nada sirve que el demandado acredite su ausencia de culpa.

4.— *Daños y perjuicios ocasionados por incapaces*.— El alienado y el *infans* pueden ser declarados civilmente responsables según nuestro cód. civ., no obstante carecer de discernimiento. No son susceptibles de punición (penal), pero si deberán reparar el daño que hubieren cometido. Específicamente les son aplicables los siguientes dispositivos del cód. civ.:

Art. 1142.— “El padre, en su defecto la madre, y el tutor o curador son responsables por el daño que causen sus hijos menores o personas sujetas a su guarda”.

Art. 1143.— “Los jueces pueden disminuir equitativamente la indemnización, si los padres, tutores o curadores justifican que no pudieron impedir el hecho que causó el daño”.

También son aplicables otros dos preceptos más del cód. civ., que son los arts. 1139 y 1140, que se refieren al incapaz, sin distinguir que éste estuviera bajo patria potestad, tutela, curatela, pupilage o enseñanza.

En estos casos reglados por los arts. 1139 y 1140, un intervalo lúcido del incapaz es suficiente para determinar su responsabilidad civil.

La prueba corre a cargo de los que ejercen la guarda del loco, quienes deberán acreditar no sólo que es alienado, sino que la enfermedad mental existía al tiempo de la comisión del daño.

Y aún en el caso de que el padre, tutor o curador puedan aportar esa prueba difícil de la ausencia de un resplandor de inteligencia, todavía puede el juez condenar al incapaz privado en lo absoluto de discernimiento al pago de una reparación equitativa.

Se sostiene que los incapaces privados de todo discernimiento son irresponsables del daño que causen, porque no teniendo voluntad no pueden obrar con dolo o con culpa. Empero, es injusto que quede reducido a la miseria el que sin culpa sufrió un grave daño, tan sólo porque quien se lo causó no supo lo que hacía, aún cuando éste pueda repararlo fácilmente. Por

esto es razonable que se pueda exigir del incapaz una indemnización equitativa.

Acerca de esta fórmula, LEÓN BARANDIARÁN (39) después de expresar de que por ser inimputable la persona, la responsabilidad se traslada a otras personas, como son los padres, tutores y curadores, declara que en esta responsabilidad subsidiaria o indirecta funciona la idea de la culpa, no imponiéndose la responsabilidad por riesgo u objetiva. Este no es el criterio del legislador, como se verá enseguida.

La teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva es la que informa el art. 1142, en cuanto dicho dispositivo declara que son responsables por el daño que causen sus hijos menores o personas sujetas a su guarda, el padre o la madre, o tutor o curador en su caso. Así lo estima OLAECHEA (40), cuando declara:

"La responsabilidad no se deriva en toda circunstancia de la capacidad jurídica o moral del agente del daño. Hay en ciertas situaciones un elemento preponderante de riesgo que tiende a objetivar la responsabilidad. Se observa este elemento en las reglas que la imponen aún tratándose de incapaces que han procedido sin conciencia de sus actos, o de algunos que por razón de edad o de contrato, están bajo la dependencia de otro".

Y agrega:

"... Tratándose de la responsabilidad de las personas o de las cosas (?) sujetas a 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. La responsabilidad no se atempera o desaparece sino por el hecho de la víctima, o por la acción de un tercero, o por la fuerza mayor..." (41).

Ninguna responsabilidad puede ser demandada contra el padre si el hijo tiene ya capacidad civil, sea por haber sido emancipado, o por haber obtenido título que lo capacite para el ejercicio de una profesión u oficio, siempre que tuviere 18 años cumplidos. Estos actos hacen adquirir al menor plena capacidad civil (art. 11 cód. civ.). No obstante ser casado, el hijo puede encontrarse todavía bajo la patria potestad, ya que el hom-

(39) Comentarios, t. I, 2ª ed., p. 397.

(40) Revista de Jurisprudencia Peruana, año II, Nº 11, octubre de 1944, p. XVI.

(41) Revista de Jurisprudencia Peruana, año II, Nº 11, octubre de 1944, p. XVII.

bre puede casarse a los 16 años y la mujer a los 14 (ley N° 9181, de 27 de setiembre 1940). El casamiento no los haría adquirir plena capacidad civil porque no tienen 18 años cumplidos.

Por aplicación del art. 1143 cód. civ., el padre puede ser obligado a indemnizar, aún cuando el monto de dichas indemnizaciones pudiera ser equitativamente disminuído si dicho padre justifica que no pudo impedir el hecho que causó el daño, o sea su ausencia de culpa. La doctrina del riesgo aparecería netamente en este caso, ya que aún faltando la culpa el padre sería obligado a indemnizar, aunque con responsabilidad disminuída. Y lo mismo que decimos del padre lo decimos del tutor, del curador o, en general, de quien lo tiene bajo su guarda (declaración del art. 1140 cód. civ.). Por ejemplo, por el hijo de 20 años (la capacidad civil se obtiene a los 21 años según el art. 8° cód. civ.; capacidad de ejercicio y no capacidad de goce tan sólo) responderá el padre si éste manejando un automóvil hiere mortalmente a un peatón. El padre no se exonera aún cuando pruebe que no podía impedirle manejar el automóvil que, por lo demás, el mismo menor había comprado con su dinero, y que no ha cometido dicho padre ninguna imprudencia y, en cambio, acredita que se ha comportado como se habría desenvuelto otro padre cuidadoso en las mismas circunstancias. Sólo la prueba del *casus* lo eximiría de responsabilidad porque ese acaecimiento rompería el nexo o vínculo causal entre el daño y el hecho que lo causó. No se podría invocar como *casus* que se vaciaron los frenos porque tal evento deberá ser considerado como vicio de la cosa pero no *casus*.

La de 20 años es una edad que equivale a la mayoría; ya el hijo a esa edad es un hombre que se vale por sí mismo y que procede con discernimiento. Normalmente, la patria potestad dura hasta que el hijo cumpla 21 años, conforme al inc. 4° del art. 425 del cód. civ., y no obstante que ya el hijo tiene desde los 18 años la administración de sus bienes, por haber cesado el usufructo legal que el padre tenía (art. 398 inc. 8° cód. civ.).

Podía aplicarse en estos casos, en forma escueta, el art. 1139 del cód. civ. ("El incapaz queda obligado por sus actos ilícitos siempre que hubiese procedido con discernimiento"). Es de advertir que para el cód. civ. peruano, el mismo incapaz privado de discernimiento responderá y no quien ejerce su guarda, como dispone el art. 1140, sólo que en tal supuesto la indemnización no es reparatoria o resarcitoria.

Debe expresarse que el padre, tutor, curador, etc., no responden del daño cometido por el incapaz que guardan, si dicho incapaz se encontraba privado absoluta y totalmente de discernimiento; empero, ello no significa la exoneración absoluta de responsabilidad, ya que responderá el mismo incapaz, aunque con una indemnización disminuída (art. 1140 cód. civ.). Esta fórmula es también de responsabilidad por riesgo.

A semejanza del comitente que responde del daño que ocasiona el comisionado, el padre responderá del daño que cause el hijo menor. En la mayor parte de los casos existirá culpa en el padre, por haber vigilado o educado mal al hijo menor. Sin embargo, se admite la responsabilidad sin culpa (teoría del riesgo), por nuestra legislación.

Es obvio que existiendo culpa en el padre no responderá por el hijo menor, sino que respondería por hecho propio, ya que el padre incurrió en propia negligencia.

En la misma responsabilidad incurrirá la madre que ejerza la patria potestad en los casos en que a ella le corresponde asumirla, el tutor o el curador por el daño que irroguen los incapaces sujetos a su guarda.

Si el padre, la madre, el tutor o el curador prueban que se encuentran exentos de culpa por el daño cometido por el incapaz, o sea, como expresa el art. 1143 cód. civ., si "justifican que no pudieron impedir el daño", no habrán de quedar liberados o exentos de responsabilidad, sino que el juez podrá reducir equitativamente la indemnización reparatoria del daño. Así mismo, el incapaz en general (el menor de edad es tan incapaz como el mayor de edad alienado, por ejemplo), podrá ser condenado a pagar una indemnización equitativa cuando la víctima no ha podido obtener reparación de la persona que lo tiene bajo su guarda, aún cuando dicho incapaz cometió el hecho productor del daño absolutamente sin discernimiento. Así lo dispone el art. 1140 cód. civ.

Puede acontecer también que no se pueda obtener indemnización del padre del menor de edad porque éste carece de patrimonio y el incapaz si lo tiene porque la madre divorciada, v.g., al morir lo dejó como heredero de un patrimonio considerable. Este caso no estaría legalmente previsto, porque el menor de edad cometió el daño con discernimiento, pero es incuestionable que si personalmente responde el menor privado de discerni-

miento, con mayor razón habrá de responder el menor que tiene discernimiento.

Los menores de edad sin patrimonio que quedan huérfanos no son objeto de ninguna tutoría; la figura del tutor aparece entre nosotros cuando el menor es propietario de bienes. Pues bien; dichos menores para poder subsistir trabajan como sirvientes o domésticos. En esta situación, la responsabilidad del que utiliza sus servicios deriva del art. 1144 ("Todo el que tenga a otro bajo sus órdenes, responde por el daño que éste irrogué").

La responsabilidad del padre funciona aún cuando el hijo no viva con él, porque es patente la culpa al no tener al hijo bajo su guarda. En realidad, ha incumplido una obligación que incluye el ejercicio de la patria potestad y es la de "tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, ocurriendo a la autoridad si fuere necesario" (art. 398 inc. 5º cód. civ.).

Ya hemos dicho que existe una responsabilidad sin culpa, desde que de nada le vale al padre, madre, tutor o curador probar la ausencia de culpa.

El tutor y el curador están legalmente obligados a cuidar de la persona y de los bienes de los pupilos (arts. 474, 502 y 558 del cód. civ.).

Tenemos entonces que el padre, la madre, el tutor o el curador tienen por ley a su cargo una obligación que, como dicen los juristas franceses, es "determinada" o "de resultado". Tienen la obligación de guardar a los incapaces, de que no escapen a su vigilancia o control; de lo contrario, incurrirán en culpa, que será "culpa en la guarda". Incumplirán una obligación que la ley les atribuye. Por tanto, estas personas no pueden librarse de responsabilidad acreditando que no han incurrido en culpa, sino tan sólo si prueban una causa ajena. Por tanto, según los franceses, aún en este campo la culpa continúa siendo el fundamento de la responsabilidad (42).

Cuando la doctrina francesa exige no una presunción de culpa, sino una presunción de responsabilidad, ello significa que no basta para quedar liberado la prueba de la ausencia de culpa, sino que como se trata del incumplimiento de una obligación legal, la exoneración no la consigue el deudor proban-

(42) MAZEAUD HENRI, LEON y JEAN, Lecciones, Parte 2ª, vol. II, Nº 493, p. 195.

do que no incurrió en culpa, sino sólo si acredita que se produjo un caso fortuito o una fuerza mayor (*casus*), como en la responsabilidad contractual. Sin embargo, aún dentro de la responsabilidad contractual el deudor puede librarse del abono de los daños y perjuicios que produjo su mora probando que incurrió en ella "sin culpa alguna de su parte", como expresa el párrafo 2º del art. 1256 del cód. civ.

Previene el art. 1139 del cód. civ.:

"El incapaz queda obligado por sus actos ilícitos siempre que hubiese procedido con discernimiento".

El discernimiento en el incapaz le permite apreciar el carácter y las consecuencias que se siguen del hecho que ha cometido.

Informa LEÓN BARANDIARÁN (43) que para la doctrina germana corresponde al demandado la prueba de que al incapaz no se le puede atribuir el discernimiento necesario; o sea que no es al demandante a quien corresponde acreditar que el incapaz actuó con discernimiento.

Un enajenado mental será responsable si comete el hecho dañoso en un intervalo lúcido y aún en la hipótesis de que haya sido declarado interdicto. ALESSANDRI y SOMARRIVA (44) apoyan esta tesis, sobre todo porque el loco o demente es penalmente responsable si cometió el delito en un intervalo lúcido. Pero para los civilistas chilenos la prueba del intervalo lúcido corresponde a quien lo alegue, o sea al actor.

En todo caso, si no se determinara la responsabilidad del incapaz habrá necesariamente de ser responsable quien lo tiene bajo su guarda; y si nada pudiera conseguirse de quien ejerce la patria potestad o la guarda, el juez puede condenar al mismo autor del daño, o sea al incapaz, a una indemnización equitativa; no a un resarcimiento (art. 1140). Así mismo, por el juego del art. 1143 del cód. civ., los padres, el tutor o curador no serían condenados a resarcir en su cabalidad, sino tan sólo a pagar una indemnización fijada teniendo en cuenta la equidad si estas personas acreditan que adoptaron todas las medidas idóneas y necesarias para impedir la producción del daño.

Por lo demás, el art. 515 de nuestro cód. repite la regla: "El menor capaz de discernimiento responde del daño causado por sus actos ilícitos".

(43) LEÓN BARANDIARÁN, JOSE, Comentarios, t. I, 2, ed., pp. 440 y s.

(44) Curso de Derecho Civil, t. IV, Nº 1263, p. 869.

La responsabilidad de quienes cuidan al incapaz así como del incapaz mismo es uno de los matices de la responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa.

Es interesante anotar que el legislador peruano ha instalado cuatro preceptos para regular el daño causado por los incapaces, lo que nos parece demasiado en quien olvidó regular el daño producido por las cosas muebles inanimadas y la responsabilidad de su guardador.

Examinados conjuntamente los arts. 1139, 1140, 1142 y 1143 del cód. civ., aparece con claridad meridiana que el discernimiento del incapaz no constituye condición substancial para su responsabilidad civil por acto ilícito, ya que si carece de discernimiento responderá quien ejerce su patria potestad o su guardaduría, aunque demuestre que no pudo impedir el hecho que cometió el incapaz y que produjo el daño. Además, aún en la hipótesis de que se tratara de un incapaz privado del discernimiento y de que la víctima no hubiere podido obtener indemnización del padre o del tutor o del curador, todavía le queda a dicha víctima el recurso de dirigirse contra el patrimonio del propio incapaz a fin de que el juez le conceda de ese patrimonio una indemnización equitativa. Parece que ello tendría que ventilarse en un nuevo proceso y no dentro del canal de la ejecución de sentencias, ya que previamente el juzgador deberá señalar el *quantum* de la equitativa indemnización.

También puede decirse que si el daño lo comete un incapaz pero con discernimiento y quien lo tiene a su cuidado no puede probar que hizo todo lo posible para impedir el hecho que causó el daño, éste último será condenado a resarcir o reparar dicho daño y no a pagar una simple indemnización fijada en atención a la equidad.

Cuando responden los padres, tutores o curadores se trata de la responsabilidad por hecho ajeno, llamada también responsabilidad indirecta o subsidiaria.

A mayor abundamiento, en la Exposición de Motivos, para OLAECHEA MANUEL AUGUSTO, el insigne legislador de obligaciones, es toda esta materia de responsabilidad objetiva. Así, dice:

“Hay en ciertas situaciones un elemento preponderante de riesgo que tiende a objetivar la responsabilidad: se observa este elemento en las reglas que la imponen aún tratándose de incapaces que han procedido sin conciencia de sus actos, o de algu-

nos que por razón de edad o de contrato, están bajo la dependencia de otras personas. Estos casos miran a un interés social y están inspirados por una profunda exigencia de equidad" (45).

Considera LEÓN BARANDIARÁN (46) que en el caso de la responsabilidad del padre, la madre, el tutor o el curador se ha revelado un principio de responsabilidad por culpa, pero que también contiene una presunción *iuris tantum* de culpa que puede ser destruída mediante la prueba que reclama el art. 1143, o sea de que acrediten que no pudieron impedir al hecho que causó el daño, que a la postre es la prueba de su inculpabilidad. En verdad, todo esto constituye una modalidad de la responsabilidad sin culpa u objetiva, porque aún probando el padre, la madre, el tutor o el curador su inculpabilidad siempre responderá, por lo menos, el incapaz, o los primeros tendrán una responsabilidad disminuída, conforme al art. 1143.

El criterio de los civilistas ha sido siempre que el incapaz responderá civilmente si era capaz de entender o de querer por el daño que ha cometido. Empero, en nuestro cód. civ. aún cuando no entienda ni quiera, responderá siempre.

El cód. italiano de 1942 contiene sobre esta responsabilidad, los siguientes preceptos:

2046.— "*Imputabilidad del hecho dañoso.*— No responde de las consecuencias del hecho dañoso quien no tenía la capacidad de entender o de querer en el momento en que lo ha cometido, a menos que el estado de incapacidad derive de culpa suya".

2047.— "*Daño ocasionado por el incapaz.*— En caso de daño ocasionado por persona incapaz de entender o de querer, el resarcimiento se debe por quien está obligado a la vigilancia del incapaz, salvo que pruebe que no ha podido impedir el hecho.

"En el caso en que el perjudicado no haya podido obtener el resarcimiento de quien está obligado a la vigilancia, el juez, en consideración a las condiciones económicas de las partes, puede condenar al autor del daño a una indemnización equitativa".

(45) APARICIO y G. S., GERMAN, Cód. Civ., concord., t. III, pp. 405 y s.

(46) Comentarios al Código Civil Peruano, t. I, 2ª ed., p. 450.

2048.— “*Responsabilidad de los padres, de los tutores, de los preceptores y de los maestros de arte.*— El padre y la madre, o el tutor, son responsables del daño ocasionado por el hecho ilícito de los hijos menores no emancipados o de las personas sujetas a la tutela, que habitan con ellos. La misma disposición se aplica al afiliante.

“Los preceptores y aquellos que enseñan un oficio o un arte son responsables del daño ocasionado por el hecho ilícito de sus alumnos y aprendices en el tiempo en que han estado bajo su vigilancia.

“Las personas indicadas por los apartados anteriores quedan liberadas de la responsabilidad solamente si prueban no haber podido impedir el hecho”.

Por regla general, una persona responde sólo de sus propios hechos, y de los hechos cometidos por su heredado y siempre que éste le hubiere dejado bienes suficientes con los que habrá de satisfacer la indemnización del daño que esos hechos produjeron. Por excepción se responde por los hechos ajenos cuando quien los ha cometido se encuentra bajo nuestro cuidado o dependencia.

En el cód. civ. chileno el inc. 1º del art. 2320 declara: “Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquéllos que estuvieron a su cuidado”.

Los doctrinadores ALESANDRI y SOMARRIVA (47) hacen saber que la culpa en que incurre la persona que tiene a otra bajo su cuidado y dependencia no necesita probarse por la víctima, sino que la ley la presume. Agregan que se requiere que el hijo viva con el padre.

5.— *Daños y perjuicios producidos por las cosas muebles inanimadas.*— No obstante lo reciente de nuestro cód. civ. (su vigencia data de fines del año de 1936), no contiene un precepto que se refiera a los daños causados por las cosas muebles inanimadas, como el del art. 1384 § 1º del cód. civ. francés, el cual dispone: “Se es responsable no solamente del daño que se causa por hecho propio, sino también del causado por el hecho de las personas por las que se debe responder o de las cosas que se tienen en custodia”.

(47) Curso de Derecho Civil, t. IV, Fuentes de las obligaciones, Santiago, 1942, Nº 1,274 b, p. 892.

En Francia, por efecto de una jurisprudencia generosa y profundamente humana, se ha establecido que lo que existe es una presunción de responsabilidad por causa de las cosas inanimadas. En los primeros tiempos, esta presunción cedía ante la prueba de la ausencia de culpa. Empero, después sólo cedía ante la prueba de una causa ajena (48). De ahí hubo de seguirse que el accidente de tránsito no provenía del hecho del conductor, sino como consecuencia de la cosa, por lo que la víctima podía alegar la presunción de responsabilidad del art. 1384 párrafo 1º del cód. de NAPOLEÓN.

En casos como el anterior, la jurisprudencia de Francia no aplica la teoría del riesgo; así, si la cosa es de propiedad de un alienado no será éste responsable, ya que no puede serlo de un hecho personal suyo, o si el auto le es robado a su dueño y causa daño manejado por quien lo ha sustraído.

El legislador peruano olvidó esta materia de las cosas muebles inanimadas que es tan rica como fuente de responsabilidad civil y sólo cuidó de regular el caso del daño producido por la ruina de un edificio en el art. 1146 del cód. civ.

Por lo anteriormente relacionado, resulta que en Francia no basta para daños como éste, la prueba de la ausencia de culpa, sino que se acredite la existencia de un *casus*. En el Perú, conforme a la ley de accidentes de trabajo N° 1378, de 20 de enero de 1911, existe una responsabilidad sin culpa a favor de quienes como los obreros y los empleados experimenten daños por causa de las máquinas de la empresa en donde prestan sus servicios. (Sin embargo, las máquinas dentro de un inmueble constituyen accesorios de éste y son inmuebles).

Sin embargo, para todos los demás casos de daños causados por las cosas inanimadas no funciona en el Perú la responsabilidad separada de la idea de la culpa, no obstante que no sólo los obreros y los empleados son las únicas víctimas de accidentes. Es evidente que no habiendo cometido el daño quien se encuentra en relación de dependencia o subordinación respecto de otro, en cuyo caso y conforme a lo expresado por el propio legislador, existiría una responsabilidad objetiva o por riesgo, se tendría que acudir al precepto general e inicial del título que se ocupa de los actos ilícitos, lo que obligaría a quien sufrió

(48) MAZEAUD HENRI, LEON y JEAN, *Lecciones*, Parte 2a., vol. II, N° 385 y ss., p. 20 y ss.

el daño a probar la culpa del que tiene la cosa en custodia o ejerce su guarda, porque ni la jurisprudencia ni la doctrina en nuestro país aceptan que en el art. 1136 del cód. civ. — que es el inicial — exista ni siquiera una presunción de culpa, no ya una presunción de responsabilidad. Sin embargo, es ya tiempo que nuestro Poder Judicial reaccione favorablemente, por lo mismo que se observa en el cód., esta deficiencia legislativa, y se establezca uniformemente que en la responsabilidad extracontractual siempre y en todo caso la carga de la prueba corresponde al agente que causó el daño, sea para demostrar que no ha incurrido en culpa, sea para acreditar que existió el *casus*.

Actualmente, como no existe numeral que regule los daños causados por las cosas inanimadas, muebles, ni jurisprudencia firme sobre la materia, las acciones de responsabilidad civil apoyadas en esta clase de daños constituyen verdaderas aventuras judiciales. En algunos supuestos hemos visto funcionar una presunción de culpa y en otros una presunción de responsabilidad. También en otros procesos el *onus probandi* ha corrido a cargo del demandante, considerándose que la culpa es requisito de la responsabilidad.

Todas las cosas mobiliarias o inmobiliarias, peligrosas o no peligrosas, con defectos o sin ellos, pueden producir daños. Es en este campo en que los partidarios de la teoría del riesgo han tratado de suprimir la prueba de la culpa en el responsable por razón de la guarda de las cosas. Sin embargo, en la jurisprudencia extranjera se estima que un individuo privado de razón no es responsable del daño causado por una cosa suya; o que el propietario deja de ser guardián de la cosa que se le roba; y tampoco se declara la responsabilidad del conductor de un automóvil que transporta gratuitamente a una persona que resulta lesionada. El propietario de una cosa es reputado su guardián, tiene su custodia, en el sentido de que tiene el uso, el control, la dirección de dicha cosa. Por tanto, tratándose por ejemplo de un auto robado el guardián será el ladrón y no su dueño. Tampoco podría admitirse que el dueño del auto procedió con negligencia y fue ésta la que hizo posible el robo, porque faltaría el vínculo de causalidad entre la negligencia y el daño que produjo el accidente. Lo mismo acontece con el comisionado del dueño que viola las órdenes de éste, pero no cuando el daño se produce si el comisionado cumple funciones señaladas por el dueño.

La situación en que se encuentra nuestro sistema legislativo por no contener el cód. civ. del Perú precepto alguno que regule la responsabilidad en que incurre quien tiene una cosa inanimada bajo su custodia cuando ésta produce un daño, es realmente curiosa. V. g., en un accidente de tránsito el automóvil que lesiona a un peatón, no es manejado por su propietario, sino por un piloto a su servicio. La responsabilidad del dueño habrá de demandarse por aplicación del art. 1144 del cód. civ. ("Todo el que tenga a otro bajo sus órdenes, responde por el daño que éste irroque"), el cual traduce el principio de la responsabilidad sin culpa o responsabilidad por riesgo, conforme a lo expresado por el propio legislador en la exposición de motivos (49).

Por el contrario, si el accidente que causa daño a un tercero lo causa un automóvil manejado por su propio dueño, no existiendo dispositivo específico habría que acudir y se acude por los jueces, al art. 1136 del mismo cód. ("Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo"); y, ciertamente, este dispositivo no contiene una responsabilidad objetiva o sin culpa, sino que en unos casos la jurisprudencia ha considerado que contiene una presunción de culpa y en otros casos obliga al demandante a probar la culpa del demandado. Por ejemplo, la sent. de 31 de diciembre de 1945 (50) obliga al demandante a probar el descuido o imprudencia atribuido al demandado. Pero en la sent. de 17 de mayo de 1945 (51) se expresa que no obstante que se ha declarado no haber lugar a responsabilidad penal, queda subsistente la acción civil indemnizatoria.

No obstante que se establezca firmemente que el art. 1136 contiene una presunción de culpa — lo que hasta ahora no ha quedado definido —, si el propietario del automóvil demuestra que actuó con la prudencia y diligencia con que habría procedido el tipo normal de hombre prudente y diligente, habría de ser exonerado de toda responsabilidad indemnizatoria por el daño ocasionado. Empero, si se estima que el art. 1136 contiene una

(49) En APARICIO y G. S., Cód. Civil, concord., t. III, p. 406.

(50) "R. de los T.", 1946, 5 y s.

(51) "A. J.", 1945, 196 y ss. Véase también la sent. de 11 noviembre 1949, "R. de J. P.", 1950, 180 y s., por la que el responsable de un accidente de tránsito está obligado al pago de la indemnización, pese a no estar concluido el juzgamiento penal que decidirá si existe o no responsabilidad penal.

presunción de responsabilidad entonces, la ausencia de culpa de nada le habría de servir al propietario del vehículo acreditarla. Y esta última posición se encuentra sólidamente asentada en lo que expresara MANUEL AUGUSTO OLAECHEA, redactor de esta parte del cód., no ya en la exposición de motivos, sino en carta publicada en revista especializada. Dice el maestro sanmarquino: "Mas si se trata del daño causado por intermedio de otro, o de las cosas que están bajo la guarda del agente, la responsabilidad de éste es objetiva e irreductible mediante la prueba contraria, salvo la demostración del hecho de la víctima, o del tercero, o de la mayor fuerza" (52).

Además, existen una serie de cosas que se encuentran bajo guarda o custodia que son susceptibles de producir daños y la responsabilidad de su guardián o custodio deberá ser esclarecida con arreglo al art. 1136 tan sólo, por no existir previsión legal específica. Sin embargo, debe tenerse en cuenta lo que ha vertido el propio redactor del título de los actos ilícitos, o sea que para el daño ocasionado por las cosas inanimadas no sólo debe existir una presunción de culpa sino que funciona en toda su amplitud la teoría de la responsabilidad objetiva. Ello no obstante, la afirmación del legislador no se encuentra sustentada en ninguna fórmula legal, por lo que podría ser fácilmente desestimada por los jueces.

Sin acudir a la teoría de la responsabilidad sin culpa podría admitirse una presunción de responsabilidad (causal), que no sería enervada por la prueba de la ausencia de culpa en el demandado, sino por la prueba del *casus* o por la prueba de la culpa de la víctima. Esta última no exonera sino disminuye el *quantum* indemnizatorio según el art. 1141 cód. civ., o sea a lo afirmado por OLAECHEA en la transcripción inmediatamente anterior.

Es evidente que la prueba de que la víctima incurrió en culpa resultará mucho más difícil para el custodio que demostrar que él no incurrió en culpa. Podría argüirse que en algunos supuestos en que se exige no una presunción de responsabilidad sino tan sólo una presunción de culpa, probada la ausencia de culpa por el demandado y, además, culpa en la víctima, procederá declarar la exoneración de responsabilidad de dicho demandado.

(52) En Rev. de Jurisprudencia Peruana, año II, N° 12, noviembre 1944, p. XVII s.

Cuando se trata del transporte benévolo, o sea que no existe contrato entre quien viaja en el vehículo y el propietario del mismo, y resulta lesionado el primero, la jurisprudencia francesa exige que se pruebe la culpa de quien graciosamente habría dejado que se use el automóvil (53). Nuestra jurisprudencia no ha resuelto ningún caso de éstos. Sin embargo, si ha sido objeto de pronunciamiento judicial el caso del propietario del automóvil que ha sido demandado por daño producido por el vehículo cuando era manejado por persona que no se encontraba al servicio de dicho propietario, decidiéndose que éste no debe indemnización si acredita que no se debió a su negligencia que un extraño se apoderara del automóvil (54). También jurisprudencialmente se ha resuelto que el propietario responderá del daño que cause su automóvil que maneje un tercero a quien se lo ha cedido gratuitamente (55) y que carece de derecho para exigir reparación civil por el daño sufrido por el automóvil al ser manejado por un menor de edad, a quien se lo dió en alquiler, siendo también responsable del daño causado por dicho menor en el accidente de tráfico que ocasionó (56).

Si quien tiene la guarda de una cosa la pone en forma graciosa a disposición de una persona, sin que ésta realice a favor de la primera una contraprestación, v. g., X invita a Z a dar un paseo en automóvil, si Z sufre un daño por causa del paseo, no podrá invocar contra X una presunción de responsabilidad. En Francia se ha razonado que el transportado por benevolencia ha solicitado participar a título gracioso en el uso del vehículo, con pleno conocimiento de los riesgos a que se exponía (57). Esto constituye una vuelta al derecho común de la responsabilidad en que la culpa continúa siendo su fundamento.

No obstante que en derecho francés existe para la reparación del daño producido por las cosas, una presunción no sólo de culpa, sino de responsabilidad, tratándose del transporte benévolo la jurisprudencia de ese país exige que la víctima acredite la imprudencia o negligencia del guardián, o sea que hay que demostrar la culpa del transportista benévolo.

En verdad, la solución de la jurisprudencia francesa se explica porque quien sufre el daño por causa de la cosa usa de ella

(53) MAZEAUD, HENRI, LEON y JEAN, Lecciones, Parte 2a., vol. II, Nº V, p. 283.

(54) Sent. 17 setiembre 1952, "R. de J. P.", 1952, 2836 y ss.

(55) Sent. 10 octubre 1946, "A. J.", 1946, 94 y ss.

(56) Sent. 28 agosto 1944, "R. de los T.", 1944, 398 y ss.

(57) MAZEAUD, HENRI, LEON y JEAN, Lecciones, Parte 2a., vol. II, Nº 542, p. 284.

a título gracioso y obteniendo la utilidad que proporciona, sin realizar contraprestación alguna. Empero, si la víctima usa de la cosa por virtud de un contrato la responsabilidad habrá de ser contractual, porque en el otro contratante vive una obligación de seguridad.

Una materia de la cual no se ocupa nuestro cód. civ. en el título de los actos ilícitos es la de los daños producidos por las cosas inmuebles incendiadas. No conocemos que el asunto se haya visto por ante los tribunales. Cabe interrogarse si estos hechos se someterán a las mismas reglas de responsabilidad que las que se observan por los daños sufridos a causa de la caída de un edificio. ¿Si el incendio causa daños a los vecinos existirá en el dueño del edificio incendiado una presunción de culpa o una presunción de responsabilidad? ¿Deberá obligarse a la víctima de un daño causado por un inmueble incendiado a probar una negligencia o imprudencia de su guardián para obtener reparación? Parecería que así es, ya que en este campo el silencio del legislador deja subsistente la regla jurídica tradicional de que la responsabilidad civil sólo existirá en caso de culpa del autor; y una presunción de culpa, o sea la inversión anormal de la carga de la prueba, sólo puede ser expresamente establecida por un dispositivo de la ley. Sin embargo, siendo el incendio un hecho del hombre la responsabilidad de éste se encontraría comprendida dentro del art. 1136 del cód. civ., fórmula que el Poder Judicial no ha aplicado siempre con uniformidad, ya que en unos casos ha exigido que la víctima pruebe la culpa del demandado, en otros que el *onus probandi* corra a cargo del presunto responsable cuando de la culpa se trata, y en otros, en fin, ha expresado que funciona la teoría del riesgo o responsabilidad sin culpa.

Acerca del incendio en los predios sujetos a contratos de locación-conducción, la responsabilidad sería contractual y se regula de conformidad con los siguientes dispositivos:

Art. 1518.— “El arrendatario es responsable del incendio, a no ser que provenga de caso fortuito, fuerza mayor o vicio de construcción”.

Art. 1519.— “No responde el arrendatario del incendio que se haya comunicado de una casa vecina, a pesar de haber tenido la vigilancia que puede exigirse”.

Art. 1520.— “Si son varios los arrendatarios todos son responsables del incendio en proporción de la parte que respectivamente ocupan, a no ser que se pruebe que el incendio comenzó

en la habitación de alguno de ellos, quien en tal caso será el único responsable”.

Art. 1521.— “Si el locador ocupa alguna parte del inmueble, será considerado como arrendatario, respecto de dicha responsabilidad”.

Art. 1522.— “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 fue causado por culpa de éste”.

Es interesante reproducir lo que expresaba OLAECHEA *in extenso*:

“..... 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. La responsabilidad.....” (58).

Más adelante hace saber: “Más si se trata del daño causado por intermedio de otro, o de las cosas que están bajo la guarda del agente, la responsabilidad de éste es objetiva e irreductible mediante la prueba contraria, salvo la demostración del hecho de la víctima, o del tercero o de la mayor fuerza”.

No obstante lo expresado por el legislador, no existe en el código regla alguna que se ocupe de los daños ocasionados por las cosas muebles que se encuentran bajo la guarda de una persona. Y en verdad que la omisión es tanto más lamentable cuanto que los daños producidos por las cosas inanimadas son los más frecuentes.

(58) Revista de Jurisprudencia Peruana, año II, Nº 11, octubre de 1944, p. XVI y s.

El cód. civ. de Italia establece la responsabilidad sin culpa en los daños de las cosas muebles cuya guarda se ejerce:

2051.— “*Daño ocasionado por cosa en custodia.*— Cada uno es responsable del daño ocasionado por las cosas que tiene en custodia, salvo que pruebe el caso fortuito”.

Contiene también esa legislación extranjera regulación específica para los daños ocasionados por vehículos locomóviles.

2054.— “*Circulación de vehículos.* El conductor de un vehículo sin guía de circulación está obligado a resarcir el daño producido a personas o a cosas por la circulación del vehículo, si no prueba haber hecho todo lo posible por evitar el daño.

“En el caso de choque entre vehículos se presume, salvo prueba en contrario, que cada uno de los conductores haya concurrido igualmente a producir el daño sufrido por los respectivos vehículos.

“El propietario del vehículo o, en su lugar, el usufructuario o el adquirente con pacto de reserva de dominio, es responsable solidariamente con el conductor, si no prueba que la circulación del vehículo ha tenido lugar contra su voluntad.

“En todo caso, las personas indicadas por los apartados anteriores son responsables de los daños derivados de vicios de construcción o de defecto de mantenimiento del vehículo”.

Y también tiene el Cód. de Italia numeral para determinar la responsabilidad por ejercer actividades que crean peligro:

2050.— “*Responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas.*— Aquel que ocasiona daño a otro en el desarrollo de una actividad peligrosa, por su naturaleza o por la naturaleza de los medios empleados, está obligado al resarcimiento, si no prueba haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño”.

Esta es una responsabilidad *iuris tantum* de culpa. Más claramente, el precepto contiene una presunción de culpa, que cederá si el presunto responsable prueba que tuvo la diligencia no sólo del *bonus paterfamilias* sino la de un hombre particularmente diligente, porque la previsibilidad del daño se encuentra *in re ipsa*, es decir, en la actividad ejercitada (59).

El precepto no es de responsabilidad objetiva; empero, la responsabilidad por culpa la agrava no sólo porque establece

(59) MESSINEO FRANCESCO, Manual, § 169, Nº 27, a), p. 530.

una presunción de culpa, sino que acentúa el deber de diligencia.

En cuanto a la víctima, corre a su cargo la prueba de que la actividad del demandado es peligrosa y el nexo de causalidad entre esa actividad y el daño.

En la fórmula contenida en el art. 2054 informa MESSINEO (60) que se encuentran dos principios; uno sobre el ejercicio de actividad peligrosa y otro sobre el comportamiento que debe observar quien tiene las cosas en custodia. Se regula la responsabilidad por daños — principalmente por “atropello” — producidos por vehículos a personas o a cosas; trátase de cualquier clase de vehículos. Considera que la víctima tiene la carga de probar el daño y el nexo de causalidad entre el hecho (atropello) y el daño que ha experimentado.

Existe una responsabilidad por culpa presunta del conductor del vehículo; empero, puede éste exonerarse de responsabilidad si logra probar “haber hecho todo lo posible para evitar el daño”. Hay entonces una presunción de culpa, que puede ser destruida si el chofer demuestra haber empleado la mayor diligencia posible y las precauciones idóneas para evitar el daño (61). Si no consigue probar este extremo, el chofer se encuentra en culpa y debe resarcir.

Nuestra jurisprudencia parecería haber seguido esta doctrina, ya que la sent. de 7 de setiembre de 1940 (62), declara que no existiendo culpa en quien manejaba el vehículo, no procede ordenar pago indemnizatorio alguno; y la sent. de 8 de junio de 1945 (63) en forma extremosa y radical, decide que es innecesario establecer el origen del daño, ya que probado éste y quien es el autor, procede la indemnización.

Adviértase que el precepto exige la mayor diligencia posible, por lo que el más leve descuido del chofer va en su contra.

El 4º apartado del art. 2054 establece una responsabilidad semejante a la que tiene el dueño de un edificio cuya ruina causa daños, o sea que es un caso de responsabilidad objetiva.

No comprende este precepto el daño a las personas transportadas, porque se trataría de responsabilidad contractual.

El transportado por cortesía no es un caso de responsabilidad contractual; debería comprenderse dentro de la responsabi-

(60) Manual, t. VI, Nº 29, § 169, p. 532.

(61) MESSINEO, Manual, t. VI, § 169, b), p. 533.

(62) “A. J.”, 1940, 117 y s.

(63) “A. J.”, 1945, 202 y ss.

lidad aquiliana porque es daño a un tercero. Sin embargo, MESSINEO (64) considera que debe ser excluída en este caso toda especie de responsabilidad, en razón de su carácter no jurídico. Una declaración del transportado de exoneración de responsabilidad carece de valor, porque no se puede renunciar al derecho de quedar incólume, que es derecho indisponible y de orden público.

6.— *La responsabilidad del comitente.*— Preceptúa el art. 1144 del cód. civ.:

“Todo el que tenga a otro bajo sus órdenes responde del daño que éste irroga”.

La reciente legislación de Italia ha instalado la disposición que sigue, sobre esta responsabilidad:

2049.— “*Responsabilidad de los patronos y de los comitentes.*— Los patronos y los comitentes son responsables por los daños originados por el hecho ilícito de sus domésticos y empleados en el ejercicio de los trabajos a que están adscritos”.

Para MESSINEO (65) este precepto contiene la doctrina de la responsabilidad sin culpa. Basta probar el nexo de causalidad entre el daño y el hecho, además del daño mismo. Agrega el autor italiano (66) que esta misma doctrina se encuentra en el tercer parágrafo del art. 2054 del cód. civ. de su país (responsabilidad solidaria del dueño o usufructuario de un vehículo con el conductor, por el acto ilícito de éste, aunque no sea su criado o empleado); en el art. 2045 (estado de necesidad por la que no existe responsabilidad civil del agente ni obligación de eliminar el daño, pero en que se le debe indemnización a la víctima); y distingue entre “resarcimiento” e “indemnización”, enunciando que el resarcimiento se debe en el caso de culpa y la indemnización cuando se trata de responsabilidad objetiva, o sea que hay diferencia en el modo de reintegración del patrimonio del perjudicado. Se controvierte, en cambio, si son hipótesis de responsabilidad sin culpa las que regulan los arts. 2051, 2052, 2053 y 2054, 1º y 4º apartados del cód. civ. italiano (responsabilidad por cosas en custodia, por animales, por ruina de edificio, por daño de circulación de vehículo).

(64) Manual, t. VI, § 169, b), p. 539.

(65) Manual, t. VI, § 169, 1), p. 484.

(66) Manual, t. VI, § 169, 4) y 5), p. 485.

En general, se trata de la responsabilidad del comitente por el hecho de su comisionado, la que establece el art. 1144 del cód. civ.

La nota básica para que exista esta relación de dependencia es la de la subordinación; que el comitente le dé órdenes, instrucciones, al comisionado. Por lo mismo, existirá en el comitente un principio de autoridad que resulta de un contrato de trabajo, por el cual el responsable tiene la facultad de mandar, de ordenar.

En muchos casos, el mandatario no es un subordinado de su mandante, aún cuando en este caso la responsabilidad del mandante tratará de determinarse en la esfera contractual.

Se responde por el daño causado por el que obedece nuestras órdenes, sea que el daño se produzca en el ejercicio de sus funciones, o cuando abuse de dichas funciones. Dentro de esta fórmula legal se comprendería la responsabilidad del propietario del automóvil que causa un daño al ser manejado por un chofer al servicio de dicho propietario.

No es necesario probar que el comisionado incurrió en culpa, ni tampoco existe una presunción de culpa en aquel que está sujeto a recibir órdenes. Empero, es obvio que la culpa de éste (negligencia) hace derivar la responsabilidad del comitente.

Así mismo, la víctima tampoco necesita probar la culpa del comitente; ni el comitente puede liberarse de responsabilidad probando que no incurrió en culpa.

Cabe que el comitente repita contra el comisionado. Cabe también la repartición de la responsabilidad en forma proporcional o por partes iguales entre ambos, pero sólo para las relaciones internas entre comitente y comisionado, como lo establece el art. 1147 del cód. civ.

En realidad, la culpa del comitente no se puede hacer nacer de la elección que hiciera del comisionado, o de la falta de vigilancia del comitente sobre el comisionado, desde que el comitente no se librá de reparar el daño causado por su comisionado porque pruebe su ausencia de culpa.

Para OLAECHEA (67) vive en este numeral una responsabilidad sin culpa, por lo que la prueba de la ausencia de culpa

(67) Véase APARICIO y G. S., G., Cód. Civ., concord. t. III, p. 405 y s., en que se encuentra la exposición de motivos, y Revista de Jurisprudencia Peruana, año II, Nº 11, p. XVI.

del comitente o del comisionado es indiferente para el efecto de determinar la responsabilidad.

El comisionado representa al comitente, de manera que lo que hace el comisionado se reputa hecho por el comitente. Existe una representación legal. El comitente es responsable únicamente en los casos en que es también responsable el comisionado.

Quizá si la jurisprudencia debe limitar la responsabilidad del comitente a los casos en que el comisionado ocasionara un daño pero actuando dentro de las funciones que se le han encomendado y no cuando abusa o se excede dicho comisionado. Debe admitir la responsabilidad por riesgo, a fin de estar de acuerdo con el pensamiento del propio legislador.

No sólo en los motivos, el legislador considera que en el precepto vive la responsabilidad objetiva. En un ensayo, OLAECHEA (67 bis) expresa:

"Hay en ciertas situaciones un elemento preponderante de riesgo que tiende a objetivar la responsabilidad. Se observa este elemento en las reglas que la imponen aún tratándose de incapaces que han procedido sin conciencia de sus actos, o de algunos que por razón de edad o de contrato, están bajo la dependencia de otro".

Más adelante insiste el legislador peruano:

"La solución adquiere más relevancia en el caso contemplado por el art. 1144, o sea respecto del comitente, o de la persona que tiene a otro bajo sus órdenes. Aquí la noción objetiva, proveniente de la idea de empresa, es clarísima. 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.....".

O sea que en este caso no hay inversión de la prueba. No basta para liberar la prueba de la ausencia de culpa en el demandado. Para conseguir esto habría que probar el *casus*, o la acción de un tercero.

Constituye una regla de excepción la responsabilidad por el hecho ajeno, razón por la que debe interpretarse restrictivamente.

Parecería que al responder una persona por la culpa de otra, se establece a cargo de la primera una responsabilidad sin

culpa, o sea la teoría del riesgo. El maestro responderá por el discípulo; el amo responderá por el hecho de su sirviente; el artesano por el hecho de su alumno; el padre por el hecho de su hijo; el tutor por el menor; el curador por el mayor incapaz.

Para nosotros, si bien la responsabilidad del padre, del tutor o del curador, por el daño que causan aquellos que tienen bajo su patria potestad o su guarda, puede ser atenuada si "justifican que no pudieron impedir el hecho que causó el daño", es decir, si prueban que no cometieron culpa, como lo prevé el art. 1143 del cód. civ., ninguna disminución en la cuantía de la indemnización se contempla por esta causa en el art. 1144 del mismo cód., cuando declara "todo el que tenga a otro bajo sus órdenes, responde por el daño que éste irroque". Es incuestionable que esta es una regla general de responsabilidad por el hecho ajeno; y la del art. 1142 es fórmula que regula el caso particular de guarda por los padres, tutores o curadores.

Debe también informarse que nuestro legislador se ha mostrado preocupado en exceso por los daños causados por los incapaces, no habiéndole bastado el principio general del art. 1144 ni el del art. 1142, sino que todavía esta materia ha sido objeto de una más completa regulación legal, instalando dos preceptos más, que son los de los arts. 1139 y 1140; contrastando esta preocupación desmedida con el olvido que ha experimentado respecto de los daños causados por las cosas muebles inanimadas, que se tienen bajo guarda o custodia y cuyos daños son de más frecuente acaecimiento.

El principio contenido en el art. 1141, que dispone "cuando el hecho de la víctima ha contribuido a causar el daño, la obligación de repararlo se disminuye en los límites que la víctima contribuyó a causarlo", tiene resonancia y aplicación en todas las hipótesis de responsabilidad aquiliana, ya se trate de la responsabilidad por el daño causado por hecho propio, o por los incapaces sujetos a patria potestad, tutela o curatela, o por quien está sometido o subordinado a otro, o por los daños causados por un animal o por la caída de un edificio.

Se explica la preocupación legislativa en esta área de la responsabilidad por el hecho ajeno porque sus reglas por ser de excepción, se aplican en forma restrictiva.

Hay y esto es obvio, una acción de repetición del que paga la indemnización contra el autor del daño, salvo que el daño se hubiera producido por la propia culpa de quien ejerce la guarda

del incapaz; en tal supuesto habría de distribuirse la indemnización en la forma prevista en el art. 1147 ("el juez fijará la respectiva proporción, según la gravedad de la falta de cada uno").

Así mismo, puede producirse la acumulación de la responsabilidad por el hecho propio y de la responsabilidad por el hecho ajeno, pero sin aumentarse el monto de la reparación.

Existen códigos civiles como el argentino, que no admiten que se libere al comitente, aunque resulte comprobado que puso todo el cuidado debido y que le era imposible impedir el daño. En efecto, su art. 1113 declara: "La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve o que tiene a su cuidado".

El daño debe ser ocasionado por el subordinado en el ejercicio de sus funciones, importando poco que se obrara en contra de las instrucciones del patrono, o abusando de la función.

El art. 1144 sigue esta dirección; no cabe exoneración del principal aún en la hipótesis de que demuestre su inculpabilidad.

No existiendo en el cód. precepto que regule el daño causado por las cosas inanimadas, se invoca el art. 1144 en los casos de atropello por automóvil manejado no por su propietario, sino por un chofer a su servicio.

Una sent. de 15 de diciembre de 1939 (68) ha declarado que absuelto en el juicio criminal el chofer por delito de lesiones por negligencia, es infundada la acción civil contra el propietario del vehículo para la reparación del daño. Empero, la sent. de 12 de noviembre de 1941 (69), contiene una doctrina contraria, ya que decide que no obstante haberse declarado no haber lugar a juicio oral en la instrucción seguida contra el piloto, el propietario del automóvil está obligado a reparar el daño causado. Y con mayor firmeza todavía, la sent. de 11 de noviembre de 1941 (70) establece que procede la demanda de indemnización contra el dueño del automóvil, pese a que el chofer hubiere satisfecho el importe de la reparación civil fijada en la sentencia penal.

Un Senador presentó, en 1940, una iniciativa por la cual se modificaba el art. 1144 en los siguientes términos:

"En el caso de que se produzca algún daño causado por un vehículo motorizado, además de la responsabilidad penal en que

(68) "R. de los T.", 1940, 25 y s.

(69) "R. de los T.", 1941, 421 y s.

(70) "R. de los T.", 1941, 422 y s.

pueda incurrir el causante de dicho daño, la responsabilidad civil sólo afectará al principal o dueño del carro cuando se compruebe debidamente que dicho principal tuvo a su servicio a persona que carecía de los requisitos legales y reglamentarios para desempeñar el empleo de chofer o que fuese notoriamente incapaz. En caso contrario, la responsabilidad recaerá íntegramente sobre dicho chofer”.

La Corte Suprema de la República fué consultada sobre este proyecto, y su respuesta, evacuada el 26 de diciembre de 1940 (71), fué porque se desechara dicho proyecto de ley, dejando vigente en toda su amplitud el art. 1144. Lo importante es que se pronunció sobre la responsabilidad objetiva dicho tribunal y sus expresiones fueron éstas:

“La socialización del derecho ha impuesto nuevos criterios y nuevas normas. Ahora, aún los actos perfectamente lícitos, los que constituyen el ejercicio regular y legítimo de derecho y hasta las actividades meritorias — independientemente de todo concepto de acción u omisión — son susceptibles de acarrear responsabilidad indemnizatoria para el agente, siempre que importen riesgo, porque éste no puede desplegarse sin arrastrar también consigo a quien lo provoca, en el peligro de pagar las consecuencias: la obligación de reparar el daño es absoluta, por elemental. La responsabilidad civil por daños es, puede decirse, impersonal y objetiva, consustancial al ejercicio de toda actividad riesgosa, por virtud del simple vínculo entre causa y efecto. En las relaciones del trabajo y la empresa el problema ha dejado de ser privado para convertirse en social y económico, y su regulación y control constituyen una de las más delicadas funciones del Estado moderno. Es que el derecho realiza la trascendente función de compulsar e interpretar la vida de los hombres para regir mejor su convivencia, mediante normas y principios que encarnen la justicia y la hagan viviente, flexible y actual siempre para todos los actos y sus consecuencias jurídicas”.

“Hay otra razón absoluta para la imputación de la responsabilidad civil al dueño del vehículo. El daño debe soportarlo el autor y no la víctima, esto es evidente y clarísimo. Y el autor de los daños producidos por vehículos no es solamente el conductor, como causante inmediato y directo. El dueño del ve-

(71) A. J., 1941, p. 343 s.

hículo es a la vez el dueño del riesgo. La víctima, primariamente, reacciona contra el carro, contra quien lo entrega a la circulación y, así, provoca el riesgo: surge la responsabilidad meramente objetiva, espontánea y definidamente. Cuestión secundaria, asunto de simple averiguación, será el saber quién manejaba y en qué condiciones se encontraba el carro al producirse el accidente, y ella será materia que interese y solucionen sólo dueño y conductor. El hecho cierto es que riesgo y accidente se resuelven, necesariamente, en la obligación del promotor del primero de indemnizar el daño que produzca”.

Estas frases finales denotan que los jueces no sólo aplican la teoría del riesgo o responsabilidad sin culpa, cuando el vehículo es manejado por un subordinado, sino por el propio dueño, ya que también éste estaría creando un riesgo. Empero, no hay precepto que imponga esta responsabilidad objetiva al propietario de las cosas muebles inanimadas, por los daños que éstas infieren.

(Continuará)