

La Responsabilidad Civil por acto ilícito y el sistema del nuevo Código Civil (*)

SUMARIO

INTRODUCCION.

PRIMERA PARTE: Antecedente filosófico-jurídico del problema doctrinal y legislativo de la responsabilidad.

CAPITULO I: La responsabilidad y el objeto de la norma.

1.—Norma, coacción y responsabilidad.— 2.—La bilateralidad de la norma jurídica y el Derecho como dualidad conceptual.— 3.—El deber jurídico y la acción judicial.

CAPITULO II:—La responsabilidad y el sujeto de la norma.

1.—Doble capacidad del hombre frente a la norma: comprender y obrar.— 2.—Presupuesto psicológico y ético de la responsabilidad.

— **CAPITULO III:**—La responsabilidad y el vínculo jurídico.

1.—El vínculo jurídico y su origen.— 2.—Actos jurídicos: lo lícito y lo ilícito.

*
• •

— **SEGUNDA PARTE:** La responsabilidad civil por acto ilícito y la doctrina.

CAPITULO I: La responsabilidad civil como categoría jurídica.

✓ 1.—División del concepto.— 2.—Convergencia y divergencia de responsabilidad.

✓ **CAPITULO II:** Unidad esencial y dualidad formal de la responsabilidad civil.

1.—Responsabilidad contractual y extra-contractual.— 2.—Unidad esencial de las formas.— 3.—Lo ilícito contractual y extracontractual.— 4.—Unidad jurídica de la reparación en la técnica moderna.

(*) Tesis para el Bachillerato en Derecho.

CAPITULO III: Naturaleza y efectos distintos de la pena y la reparación

- 1.—Diversidad entre pena y reparación.—
- 2.—Sumarísimo proceso histórico de la institución reparatoria.—
- 3.—Concepción jurídica moderna de la reparación.

CAPITULO IV: El acto ilícito ante el Derecho Privado.

- 1.—Caracteres del acto ilícito.—
- 2.—Vieja diversificación de lo ilícito y nueva técnica del derecho civil.—
- 3.—Analítica de los elementos del acto ilícito.—
- 4.—Sustancia y accidente de la ilicitud.—
- 5.—Uso y abuso del derecho.—
- 6.—Limitación de la ilicitud por la utilidad.

CAPITULO V: La culpa como elemento del acto ilícito y condición de responsabilidad.

- 1.—Elementos de la culpa.—
- 2.—Formas de la culpa.—
- 3.—Ponderación de la culpa.—
- 4.—La exclusión de culpa.—
- 5.—Modalidades de la culpa.

CAPITULO VI: El daño como elemento del acto ilícito y objeto de la reparación.

- 1.—El daño reparable y su extensión.—
- 2.—Limitación del daño.—
- 3.—Apreciación del daño.—
- 4.—Daño moral y reparación pecuniaria.—
- 5.—Objeción teórico-técnica a la reparación material del daño moral.—
- 6.—Solución de la práctica reparatoria.

CAPITULO VII: El fundamento de la acción reparatoria en la doctrina.

- 1.—Dos puntos de vista distintos.—
- 2.—El debate doctrinal en Francia.—
- 3.—La obra de Josserand y de Saleilles.—
- 4.—El criterio reformista en la legislación francesa.—
- 5.—La teoría objetivista en la doctrina francesa e italiana.—
- 6.—La crítica de Planiol.—
- 7.—La opinión de Duguit.—
- 8.—Saldo doctrinal de la renovación.

*

* *

TERCERA PARTE: La responsabilidad civil por acto ilícito y nuestro Código.**CAPITULO I: El acto ilícito en la sistemática de nuestro Código.**

- 1.—La renovación de nuestra sistemática legislativa.—
- 2.—La nueva técnica en nuestro Código.—
- 3.—Renovada apreciación de las fuentes de obligaciones.—
- 4.—Ubicación legislativa de los actos ilícitos.

CAPITULO II: El acto ilícito en la dogmática de nuestro Código.

- 1.—Permanencia exterior de la fórmula legislativa.—
- 2.—Variación paralela de sistema y dogma.—
- 3.—Objetivación de la responsabilidad en el Código vigente.—
- 4.—Conexión entre irregularidad del derecho y abuso del derecho.—
- 5.—Derecho e interés, elementos del pro-

blema.— 6.—La legítima defensa causa excluyente de ilicitud y sus condiciones.— 7.—El estado de necesidad y la lesión lícita en la cosa ajena.— 8.—La licitud de actos dañosos en nuestro sistema legal.

CAPITULO III: La culpa como elemento calificativo de responsabilidad en el Código.

1.—La culpa en el método legislativo.— 2.—La culpa extracontractual en nuestro Código.— 3.—La exclusión de culpa en nuestro Código.— 4.—Culpa indirecta y responsabilidad por hecho de otro.— 5.—La culpa *in vigilando* en nuestro Código.— 6.—La culpa *in eligendo* en nuestro Código.— 7.—Convención excluyente de culpa.— 8.—La culpa *in custodiendo* en nuestro Código.— 9.—La compensación de culpas en nuestro Código.— 10.—La culpa del depositario hotelero en el Código vigente.

CAPITULO IV:— El riesgo como elemento calificativo de responsabilidad en el Código.

1.—El riesgo, elemento de responsabilidad en nuestro Código.— 2.—Coordinación legislativa de riesgo y culpa.— 3.—El riesgo del edificio y su responsabilidad en nuestro Código.— 4.—La culpa del constructor, elemento alternativo de responsabilidad.— 5.—La responsabilidad exclusiva del dueño.— 6.—El riesgo general de las cosas inanimadas en nuestro Código.— 7.—El riesgo profesional y su responsabilidad en nuestro sistema legal.

CAPITULO V: La reparación del daño y la acción de reparación en nuestro Código.

1.—El daño como objeto de obligación legal.— 2.—La obligación reparatoria y la nueva técnica legislativa.— 3.—La obligación reparatoria en el sistema del nuevo Código.— 4.—Normas reparatorias en nuestro Código. 5.—Ejecución de la obligación reparatoria.— 6.—La solidaridad de la obligación reparatoria y el sistema general de obligaciones.— 7.—La transacción como extinción de la obligación reparatoria.— 8.—Reparación del daño moral según nuestro Código.— 9.—La transmisión de la obligación reparatoria y la prescripción de la acción.— 10.—La acción de reparación en el actual sistema legal civil y penal.— 11.—La obligación reparatoria y el Derecho Internacional Privado vigente.

CONCLUSIONES.

INTRODUCCION

Las doscientas páginas que integran esta TESIS debían ser la razón decisiva para omitir cualquier palabra más. Una Tesis es una argumentación que se resuelve en concretas conclusiones lógicas. Equivale a un silogismo y por eso no necesita prólogo. No debe ser ni más ni menos que premisas, desarrollo y conclusiones.

Pero esta Introducción obedece a la necesidad de una breve explicación metódica. Podría decir que está inspirada en una razón cartesiana, porque su único objeto es tratar del método que he debido seguir y he seguido para estructurar esta TESIS. Esto es lo que brevemente quiero explicar.



El tema escogido —que yo pongo bajo el título de “La responsabilidad civil por acto ilícito y el sistema del nuevo Código Civil”— ofrece dificultades analíticas sólo comparables en intensidad a la evidente seducción intelectual de los problemas jurídicos que plantea. El análisis gira insistentemente en torno a ideas fundamentales de la Filosofía del Derecho. De ahí que sea imposible realizarlo sin partir de esas bases filosóficas.

Por eso, para avanzar después sin dificultad, ordené primero en los tres Capítulos que forman la PRIMERA PARTE, aquellos conceptos fundamentales con los que indiscutiblemente debía operar después y los agrupé bajo el epígrafe de: “Antecedente filosófico-jurídico del problema doctrinal y legislativo de la responsabilidad”.

Comprendo que toda Tesis es o debe ser un estudio esencialmente técnico y que por esa razón hay innumerables nociones científicas que deben permanecer simplemente tácitas o presupuestas. Quienes deben examinar esta TESIS, por ejemplo, no necesitan del desarrollo de esas ideas que sirven aquí de punto de partida para el análisis doctrinal y legislativo del tema propuesto. Y, de otro lado, es incontestable que esta clase de estudios especiales no se hacen para instruir a los legos de la ciencia. Son o deben ser estudios técnicos para los técnicos.

Entonces ¿qué motivos justifican aquí esa PRIMERA PARTE? Hay sólo uno, pero de sustancial carácter académico: presentar el punto de partida del itinerario racional cumplido a lo largo de las otras dos Partes

hasta llegar a las conclusiones. Y he aplicado así a este estudio jurídico la práctica académica de la demostración matemática. En efecto, académicamente no es suficiente, para la solución de los problemas matemáticos enunciar la solución. Es necesario también el planteo que conduce a la solución buscada. Vale decir, el proceso racional determinado por los principios fundamentales que forman la vía lógica de ideas que terminan en la solución perseguida.

Los tres Capítulos que forman la PRIMERA PARTE de esta TESIS tienen, pues, la misma función, simple y útil, que, para la demostración de los teoremas, tienen los axiomas y postulados de la ciencia geométrica.



La SEGUNDA PARTE, que he titulado: "La responsabilidad civil por acto ilícito y la doctrina", tiene por objeto analizar desde el punto de vista de las doctrinas modernas del derecho privado, todas las nociones que esas corrientes nuevas han esclarecido para dar fondo y forma científica a la responsabilidad civil extracontractual.

Por eso, partiendo de las nociones generales (Capítulos I, II y III), avanzo enseguida a nociones específicas y trato así de la ilicitud (Capítulo IV); de la culpa y su compleja demarcación doctrinal (Capítulo V); y, finalmente, del daño como efecto del acto ilícito y elemento material que inicia el proceso de la responsabilidad (Capítulo VI).

El último Capítulo de esta SEGUNDA PARTE quizás pudo ser suprimido sin sumar un desmedro lógico más a los que probablemente debe tenerla esta TESIS. Su objeto (Capítulo VII) ha sido el de diseñar, con aspiración de sintetismo, las líneas esenciales de los interesantes debates doctrinales que el problema jurídico-social de la responsabilidad civil suscitó entre los altos representantes de la ciencia jurídica de Occidente en los años de bella ilusión finisecular en que los hombres del viejo continente todavía gustaban debatir con ardor sobre sutiles problemas del Derecho en vez de entregar sus nobles pasiones humanas a las inhumanas orgías de la fuerza.

Acaso por esa asociación histórica, contradictoria y nostálgica, conservé finalmente ese intruso Capítulo histórico que, de todos modos, no perjudica demasiado.



La TERCERA PARTE se titula: "La responsabilidad civil por acto ilícito y el nuevo Código". Ella representa propiamente la materia de la TESIS. Usando del ya señalado esquema lógico del silogismo podría decir que este es el término medio dentro de la demostración que intento, o sea: la aplicación en nuestra ley civil de las modernas concepciones doctrinales de la responsabilidad.

Por eso trato primero de la estructura sistemática que se asigna a la materia de los actos ilícitos (Capítulo I), para avanzar enseguida al fondo dogmático que inspira a nuestra ley civil (Capítulo II). La culpa, en la organización legislativa de sus diversas modalidades, es la materia del siguiente Capítulo III, cuya obligatoria extensión se justifica, además, por ser ese el elemento regular y lógico para la calificación de la responsabilidad. En el Capítulo que sigue (Capítulo IV) analizo el valor legislativo del riesgo como elemento excepcional determinante de responsabilidad. Y trato, por último, (Capítulo V) de las normas que contiene nuestro Código acerca de la reparación del daño y de las características secundarias de la acción de responsabilidad.

Hay lógicamente un Capítulo Final cuyo objeto son las Conclusiones Académicas. En él agrupo 20 de las principales conclusiones que se desprenden del desarrollo mismo de la TESIS, al realizar el examen de nuestra ley civil. Probablemente quedan en el texto otras conclusiones subrayables, pero se trata sólo de realzar aquí lo fundamental.

Para ayudar a la lectura y a la propia anotación, todos los Capítulos están divididos en subtítulos numerados siempre partiendo de la unidad y al comienzo de cada Capítulo hay un sumario orgánico de esos subtítulos para indicar el contenido.

Eso es todo y sólo quiero agregar una palabra más, porque tiene noble y simple finalidad: agradecer a la Universidad Mayor de San Marcos, con viva adhesión sentimental e intelectual, la enseñanza que he recibido en su ilustre Facultad de Derecho. Si algo sé, ahí lo he aprendido.

Y he aprendido ahí, sobre todo, a amar la ciencia incomparablemente racional del Derecho Privado, admirando el vivo ejemplo de tres de sus grandes maestros: Angel Gustavo Cornejo, Manuel Augusto Olaechea y José León Barandiarán. El lúcido expositor, el autor brillante y el comentarista ilustradísimo de esa hermosa construcción legislativa que, a pesar de cualquier defecto, es el Código Civil del Perú de 1936.

Legado precioso de nuestros maestros que lo hicieron, ese Código representa además para nosotros, Abogados de mañana mismo, el Derecho que debemos defender con la austera consagración científica que exige el noble ejercicio de la profesión. El Código Civil de 1936 es nuestro Código en el íntegro sentido de la expresión, porque, como ha dicho el doctor Olaechea con su exquisita sagacidad "los hábitos mentales de varias generaciones, arraigados en tres cuartos de siglo en que ha regido el Código anterior, no pueden desaparecer instantáneamente".

El sabio codificador señala así a la presente generación de Abogados el recto camino científico. Y debemos seguir sin vacilación ese derrotero único de devota consagración a la ciencia del Derecho Privado que el doctor Manuel Augusto Olaechea señala a la nueva generación forense, porque él es el maestro que, con imponderable elegancia magistral nos ha enseñado el hondo sentido de la nueva ley civil del Perú y, a la vez, como lo hacían con su ejemplo y su palabra los sabios maestros de la Roma clásica, ha enseñado a amar la ciencia que profesa a quienes, con persistente afán de estudio, aspiramos a la honra de llamarnos algún día sus discípulos.

Lima, 15 de mayo de 1941.

Jerónimo Alvarado Sánchez

PRIMERA PARTE.

ANTECEDENTE FILOSOFICO-JURIDICO DEL PROBLEMA DOCTRINAL Y LEGISLATIVO DE LA RESPONSABILIDAD

CAPITULO I.

LA RESPONSABILIDAD Y EL OBJETO DE LA NORMA.

SUMARIO: 1.—Norma, coacción y responsabilidad. 2.—La bilateralidad de la norma jurídica y el Derecho como dualidad conceptual. 3.—El deber jurídico y la acción judicial.

La idea de la responsabilidad, inmediatamente anterior a la de la sanción, se presenta al análisis doctrinal del Derecho unida en forma ineludible a la concepción filosófica de la norma jurídica. Por consiguiente, es una idea que está en la misma base conceptual del ordenamiento jurídico.

1.—Norma, coacción y responsabilidad.

La norma jurídica sustenta, en efecto, el orden del Derecho y tras ella, sustentándola a su vez, está siempre, como *última ratio*, la coacción en los límites en que ésta es posible dentro de la variada naturaleza de las relaciones. La violación de la norma por el hombre —que por ser sujeto de derecho es, como veremos, capaz de conocerla y conformar sus actos a ella —hace surgir la responsabilidad como una realidad civil que nuevamente vincula al hombre a ese mismo orden jurídico que ha violado. Esta posibilidad de originar responsabilidad por su transgresión y atraer así la sanción tangible del orden civil es, precisamente, lo que distingue, en cuanto a sus efectos, la eficacia restringida, podríamos

decir intransitiva, de la norma moral y la amplia eficacia transiativa de la norma jurídica.

En tanto que la norma moral rige con extensión infinita todos los actos internos y externos del hombre sin alcanzar a proyectar su imperio al mundo exterior; la norma jurídica sólo extiende su gobierno sobre determinados actos del hombre en cuanto es sujeto de relación social. Pero tiene, en cambio, una intensidad de inversa proporción, porque proyecta sus efectos al mundo exterior. Así en ambos casos, aunque en forma opuesta, intensidad y extensión de la norma están en razón inversa.

La norma jurídica sólo ordena, pues, aquellas relaciones humanas que con eficacia tangible puede condicionar. Para prestarle esta eficacia es que marcha siempre tras ella la coacción (1). Pero este factor imprescindible —la coacción— sería, no obstante, estéril si, como premisa evidente de la responsabilidad, no pudiera invocarse junto a él la capacidad del hombre como ser eminentemente razonable y moralmente libre. Es decir, ente capaz de comprender la norma y sujetar sus actos a ella.

La violación de una norma origina así la responsabilidad. Por su naturaleza y sus efectos esta responsabilidad se llama en el derecho privado: responsabilidad civil. Invariablemente se abre con ella un proceso de consecuencias jurídicas cuya variable demarcación y alcance, precisados por la doctrina, corresponde realizarla al derecho positivo. Este invariable proceso de variables consecuencias de orden civil es lo que en derecho privado constituye el instituto de la responsabilidad civil que se resuelve en la obligación reparatoria generalmente realizada con la indemnización.

Más que una institución prelimitada del derecho privado, en la responsabilidad civil podemos distinguir una savia jurídica vitalizante que recorre dinámicamente el frondoso conjunto de las normas. Es el supuesto de hecho y de derecho del que necesi-

(1) ¿Es la coacción elemento constitutivo y esencial del Derecho o nó? He aquí un punto insistentemente debatido en la Filosofía del Derecho. El debate ha sido amplio y fecundo y nombres ilustres están vinculados a una y otra tesis. Kant, Ihering, Stamler, Stahl, Kohler y otros tratadistas brillantes defienden la tesis afirmativa que yo sigo en este estudio. Pero la contraria tesis negativa está defendida con argumentación no menos poderosa por nombres comparativamente ilustres como los de Thon, Bierling, Jellinek, Wand, Trendelenburg y otros.

La demarcación metódica de esta Tesis no me permite penetrar en tan interesante ámbito de reflexiones jurídicas. Por eso me limito a constatarlo y a seguir en mi análisis una de las dos opiniones confrontadas en el debate.

riamente debe partir el orden jurídico para imponer la sanción restauradora cuando, por la violación de una norma legal o convencional, se rompe el equilibrio de las relaciones civiles que el derecho privado cautela.

Y antes de avanzar al análisis de la responsabilidad como genérica categoría jurídica, para distinguir después la responsabilidad de índole penal y la de índole civil, y considerar luego las formas de esta última, creo necesario por claridad metódica y seguridad expositiva examinar primero algunos conceptos que, por formar la matriz del ordenamiento jurídico, constituyen el presupuesto irrecusable de un examen general de la responsabilidad.

2.—La bilateralidad de la norma jurídica y el Derecho como dualidad conceptual.

La norma jurídica tiene por objeto regular la conducta humana desde el momento en que ella puede producir efectos perceptibles en la convivencia social. Desde que el hombre entra en relación con los demás —vale decir, desde que nace— necesita la garantía de la norma. Un hombre aislado —hipótesis— no necesitaría evidentemente de la norma jurídica. Para Robinson Crusoe, por ejemplo, el naufrago puritano que la popular novela de Defoe presenta solitario en su isla pintoresca, la norma jurídica, como garantía o como deber, no tendría significación alguna.

Pero como el hombre, en virtud de su naturaleza y su destino, nace en la convivencia, se desarrolla en ella y la fomenta, a su vez, con todos los actos derivativamente sociales de su existencia individual, está aceptando siempre así, por lo menos tácitamente, ese orden de garantías que tiene su expresión externa en la norma jurídica, orden que a menudo invoca en su beneficio. Y es que, en efecto, la norma representa el equilibrio necesario entre las aspiraciones de los hombres, siempre distintas, a menudo opuestas y de ninguna manera unánimemente idénticas. Lo que la norma jurídica organiza es, pues, esta actuación exterior del hombre como elemento social. Lo expresaba así, en una obra tan breve como hermosa, un antiguo Profesor de la Universidad de Ferrara, cuando afirmaba que “el fin que tiene en mira el Derecho es siempre el valor social de las acciones humanas, los efectos

que toda acción individual produce o puede producir en los asociados" (2).

Esa finalidad proyectada hacia lo social exige a la norma jurídica la eficacia bilateral que la caracteriza. En tanto que las normas de otra índole —normas religiosas, morales, de costumbre, cortesía, etc. —pueden ser y generalmente son unilaterales al limitarse a imponer deberes; la norma jurídica tiene, en cambio, la bilateralidad por esencia. Supone necesariamente relación exterior. De aquí que mientras de un lado hace pesar una obligación, del otro lado hace surgir, como consecuencia lógica, una facultad o una pretensión. Y así, poniendo en relación el sujeto del deber con el sujeto de la pretensión, es como la norma jurídica crea, directa o indirectamente, el vínculo jurídico, cuya naturaleza examinaré más adelante.

De esta bilateralidad de la norma —y sin urgencia de ninguna otra noción —podemos llegar, mediante una simple inferencia, al concepto más general, aunque analíticamente dual, de *derecho subjetivo* y *derecho objetivo*. ¿Por qué? Porque si admitimos que la norma jurídica es bilateral y que pone en relación el sujeto del deber con el de la pretensión, lógicamente podemos inferir esta idea analítica: el Derecho, que tiene su expresión en la norma, vive dos momentos distintos. Uno en el cual impone deberes de un lado y atribuye pretensiones de otro lado: es el momento en que el Derecho se presenta como fenómeno objetivo. El otro momento es aquel en el cual la pretensión, afirmada en la norma, busca su realización mediante la facultad de hacer cumplir el deber que la misma norma encierra: es el momento subjetivo del Derecho.

Así, la idea del Derecho que es unitaria puede ser, sin embargo, analizada y descompuesta en esos dos aspectos distintos. Como norma: derecho objetivo, *norma agendi*; y como facultad de actuar conforme a la norma: derecho subjetivo, *facultas agendi*. Por eso el derecho subjetivo supone necesariamente la existencia del derecho objetivo. Es lógico que la facultad de obrar según la norma exige previamente la existencia de ella en igual grado que la existencia de la norma supone la posibilidad de actuar conforme a ella. Derecho subjetivo y derecho objetivo son evidentemente conceptos paralelos: En último análisis, constituyen dos facetas distintas de una sola idea.

(2) Alessandro Levi.—"La société et l'ordre juridique" París.—1911. Cap. IV.

3.—El deber jurídico y la acción judicial.

Ante el análisis más elemental, el concepto de derecho subjetivo se desdobra. ¿Por qué? Porque si el Derecho es un orden superior que regula determinado sector de los actos humanos es claro que excluye la idea de facultades ilimitadas. La facultad que encierra el derecho subjetivo no puede ser atribuída al hombre, aisladamente considerado. Es axiomático que al operar con el concepto hombre, el Derecho solo lo concibe realizándose como sujeto social, es decir, a través de una relación. De esto se deduce entonces que toda facultad confina con un deber. Facultad y deber son, pues, el anverso y reverso en que podemos descomponer analíticamente la idea del derecho subjetivo.

Una reciprocidad indisoluble vincula así la pretensión a la obligación formando la urdimbre de intereses del derecho privado. De este modo a todo derecho corresponde un deber jurídico y, en opinión de VANNI, “La verdadera fuerza del derecho subjetivo consiste precisamente en elevar a deber la conducta de los otros” (3). Y aquí, en un orden de ideas generales, podríamos encontrar aquella anacrónica cuestión de investigar si nace primero el derecho o primero el deber. Pero este inútil problema — que es de los que Rabelais, con su irónica sonrisa renacentista ante lo bizantino, no habría vacilado en calificar de “*quoestio subtilissima*” — ha sido ya científicamente superado. La Filosofía del Derecho no concibe hoy en este punto solución de continuidad: “el derecho y el deber nacen juntos” (4).

Si el derecho como *facultas agendi* es, por su misma índole, una potestad flexible; el deber jurídico es, en cambio, una inflexible necesidad. En efecto, mientras el sujeto de la pretensión puede o nó, conforme al dictamen de su voluntad, hacer valer su derecho lesionado; el sujeto de la obligación debe responder necesariamente por la transgresión del derecho subjetivo de otro consagrado objetivamente en la ley violada. Y cuando, traspasado el límite de toda posible defensa personal del propio derecho, el sujeto de la pretensión en cuyo agravio se viola una norma no puede ya hacer valer su derecho actuando eficazmente por sí, tiene que recurrir a la acción del poder público en su expresión judicial.

(3) Icilio Vanni.—“Filosofía del Derecho”.—(Trad. de los Dres. De Lavallo y Olazo). Ed. Rosay.—Lima, 1923.—Cap. IV.

(4) Icilio Vanni.—ob. y loc. cit.

Y así llegamos a la idea de "*la acción*". Es decir al momento en que esa *facultas agendi* toma forma externa y, apoyada por la *norma agendi*, persigue la restauración del orden jurídico. Llegamos, en suma, al momento en que el Derecho —protegiendo eficazmente a unos y obligando coactivamente a otros —alcanza su operante realidad del principio ordenador.

CAPITULO II.

LA RESPONSABILIDAD Y EL SUJETO DE LA NORMA.

SUMARIO: 1.—Doble capacidad del hombre frente a la norma: comprender y obrar. 2.—Presupuesto psicológico y ético de la responsabilidad.

La norma jurídica que, como hemos visto, concibe al hombre exclusivamente en función social y delimita, por tanto, su actuación exterior, presupone en él un *ente* capaz de comprender su mandato y de actuar en conformidad a su disposición. Este es, antropológicamente, el presupuesto del Derecho. Sólo esa concepción del hombre como ser inteligente y libre hace del Derecho una idea viable. Si, hipotéticamente, suprimiéramos esa premisa referente al sujeto jurídico, la idea de Derecho resultaría una imposibilidad lógica, una idea inverosímil, desprovista de contenido por no corresponder a objeto alguno. Sería lo que —usando una expresión del léxico de los escolásticos —podríamos calificar de "*flatus vocis*", es decir, hálito de voz, palabra sin contenido real.

1.—Doble capacidad del hombre frente a la norma: comprender y obrar.

El Derecho concibe entonces al hombre, hacia el cual se dirigen sus normas, en una doble capacidad. Una referente a la razón: es la capacidad de comprender la norma. Otra referente a la voluntad y, por tanto, indirectamente referida también a la libertad: es la capacidad de obedecer la norma, de actuar conforme a ella.

Inherente a la calidad ontológica de hombre, la capacidad de comprender no exige mayormente un análisis demostrativo.

La Psicología presenta al hombre como un ser cuyas operaciones psico-físicas superiores se dirigen invariablemente hacia esta finalidad: comprender. Vale decir, a conocer la esencia y la razón de las cosas. Y ésto sólo llega a ser posible —la Psicología lo describe y la Lógica lo comprueba —cuando el hombre distingue, dentro de la diversidad de los accidentes, la identidad de las esencias; y, bajo la externa incoherencia de los fenómenos, el encadenamiento interno de las razones y de las causas. Ahora bien, esta preciosa facultad de discernimiento y generalización, esta facultad superior de relacionar sin confundir, desligándose y emancipándose de las sensaciones y las imágenes —con celeridad variable, según el poder, también variable de la inteligencia humana —para llegar así a la idea abstracta, a la idea general —“los universales” —es precisamente la noble función que prueba la existencia de un elemento espiritual superior en el hombre al cual llamamos inteligencia. En otros términos, prueba la realidad brillante de la razón.

Cuando el Derecho supone al hombre un ser capaz de comprender la norma jurídica —que es una forma de abstracción o, como dice IHERING, el “imperativo abstracto de las acciones humanas” (5), se basa, pues, en esta evidencia: dotado de razón, el hombre puede generalizar y, por tanto, puede también comprender la generalización. La norma jurídica, que es una abstracción, puede ser entonces comprendida por el hombre como un principio en cuya abstracción inicial está ya en potencia la concreción que es su finalidad.

Queda por analizar el otro aspecto de la relación entre el hombre y la norma que nos interesa aquí. Admitido que el hombre tiene evidente capacidad para comprender la norma ¿es igualmente evidente que está siempre en capacidad psicológica y ética de conformar sus actos a ella?. He aquí ya el problema infinitamente más complejo del querer y del obrar. Vale decir, de la voluntad y la libertad. Y en virtud de la irrecusable matriz filosófica del Derecho, la respuesta a esta cuestión condiciona necesariamente el criterio valorativo de la responsabilidad. Por eso debo aludir aquí a este problema y sólo haré en forma elemental y sumárisima para no perderme en los tortuosos caminos metafísicos.

Por dolo o culpa

(5) R. Von Ihering.—“El Fin en el Derecho”.—Madrid, 1920.

2.—Presupuesto psicológico y ético de la responsabilidad. ✓

Admitido unánimemente que el hombre tiene voluntad, es decir, poder de determinarse a obrar —recordemos, según el enunciado clásico, el proceso volitivo: deliberación, determinación y ejecución —se ha objetado, sin embargo, desde distintos reductos filosóficos, la existencia de la libertad moral, llamada libre arbitrio.

Prescindamos del fatalismo helénico que vibra con tan hondo patetismo en la voz semejantemente atormentada de todos los personajes de la Tragedia Griega y en el simbólico clamor del Coro que sigue siempre sus voces como eco de dolor inacabable. Prescindamos también del "*fatum mahometanum*" que, revestido de occidental dignidad filosófica, resucita en la modernidad con la Etica de Spinoza. Limitémonos a examinar aquí la afirmación determinista, tan a menudo proyectada al Derecho: la voluntad, que obedece siempre a un motivo, sigue inevitablemente al motivo más fuerte.

Por el desarrollo que hace de ella, esa afirmación del Determinismo equivale a imaginar la voluntad ahogada bajo la opresión del llamado motivo más fuerte que, de este modo, es presentado como algo independiente de la voluntad misma. Imaginando ese motivo como algo que se impone a la voluntad, se niega oblicuamente la libertad moral y, en consecuencia, la responsabilidad del hombre por sus actos queda enervada si es que no suprimida.

— En efecto, si admitimos que el hombre no es dueño de actuar conforme a su libre albedrío, sino que viniendo desde fuera, se impone categóricamente a su voluntad un motivo más fuerte que cualquier otro motivo presentado por ella ¿cómo podría atribuirse entonces al hombre responsabilidad por sus actos?. Se ve aquí al Derecho tomando sus nociones elementales acerca del hombre—sujeto y, en cierto modo, también objeto de sus normas—en las cercanas fuentes de la Etica conectada, de otro lado, a la Psicología. En consecuencia, debo detenerme un instante a considerar esta cuestión que, lejos de ser ajena, es preliminar.

Ciertamente, la voluntad no se ejercita nunca sin un motivo que la impulse. Pero ¿puede deducirse de ésto, con idéntica certeza, que el motivo actúa por sí y sin ser, primero, libremente adoptado por la voluntad? El motivo no tiene significación alguna si antes no es adoptado por la voluntad. Podemos comprobarlo así

→ *juris dictum*.

analizando el proceso voluntario en un caso que, aunque literario y dudosamente histórico, tiene en este punto gran riqueza demostrativa. Es el caso de Hamlet, el caviloso personaje nórdico cuya existencia incierta es ciertamente inmortal por obra del singular genio dramático de Shakespeare. Como anotaba exactamente SPENGLER en una de sus hondas reflexiones (6), la tragedia de este personaje shakespereano es una tragedia interior, una tragedia "fáustica" dice el crítico germano desarrollando una de sus predilectas alegorías. En efecto, ese personaje representa la lucha dramática del hombre consigo mismo y en torno de la acción, y hay quizás en este profundo drama del genio inglés un símbolo parabólico del frecuente dilema entre la conciencia humana que generosamente impulsa y el mundo exterior que mezquinamente detiene.

Pero lo que nos interesa aquí de Hamlet es ver como aparece en su caso con claridad experimental, con frío y nítido brillo de laboratorio, esta verdad muy simple y muy profunda: ni psicológica ni éticamente existe la pretendida autonomía del motivo. Por fuerte y categórico que éste sea, exige siempre la adopción determinativa de la voluntad. Vemos, en efecto, que Hamlet tiene un motivo poderosísimo que lo impulsa decisivamente a la acción. Pero no actúa. ¿Por qué?. Sencillamente, porque su voluntad no adopta este motivo, y en eso consiste precisamente su terrible tragedia interior. Con su omnipresente lucidez, GOETHE enjuiciaba este caso del vacilante Príncipe de Dinamarca y veía en él "un alma encargada de una gran acción e incapaz de realizarla" (7). Pero si el motivo poderoso, el motivo fuerte de los deterministas, fuera todo en el proceso del obrar; si no fuera necesario, como es, que este motivo —fuerte o laxo— sea adoptado por la voluntad, por el querer: ¿de dónde arrancaría entonces esa incapacidad de acción que paraliza al triste personaje de Shakespeare, dramática imagen de un dilema frecuente en la conciencia humana?

Y es que si bien es cierto que un motivo vence sobre todos y que al vencer está probando ser más fuerte, queda planteada la interrogante definitiva: ¿es más fuerte por sí o porque, al determinarse según él, la voluntad lo hace más fuerte? Hábilmente

(6) Oswald Spengler.—"La Decadencia de Occidente" Trad. de Manuel G. Morrens.—Madrid, 1923.

(7) J. W. Goethe.—"Pensées dans prose".—París, 1900.

elude el Determinismo esta cuestión sustancial y le es fácil de ese modo negar la voluntad. El sofisma es aquí innegable y clarísimo. Efectivamente, cuando se afirma que un motivo impelente de voluntad es más fuerte porque triunfa sobre el motivo opuesto, es evidente que se hace obvia acrobacia sofística. Se supone lo que precisamente hay que probar, y este es el sofisma que la Lógica clásica llama "petición de principio". Si en vez de triunfar el motivo X triunfara en el proceso voluntario el motivo Z, no dejaría de afirmarse que éste es el más fuerte. Luego, antes de la determinación —vale decir, de la libre elección de la voluntad— ningún motivo puede merecer la calificación de más fuerte. Sólo es posible hacer esta calificación *a posteriori*. Es decir, cuando precisamente la voluntad, al pronunciarse, ha hecho fuerte un motivo que puede así imponerse a todos los otros.

En consecuencia, el motivo más fuerte del que hablan los deterministas como de algo extraño al círculo activo de la voluntad es, en diametral oposición a esta idea, el motivo mismo elegido por la voluntad como mejor. Sin embargo, un determinismo más fino y más profundo podría hacer en este punto una objeción de aparente valor. Al escoger un motivo cualquiera como mejor —se diría, objetando— el hombre se inspira no en su libre voluntad, sino en la fatal inclinación de su carácter. Pero esta objeción es falaz. Sabemos por Psicología teórica y experimental que el carácter, como conjunto de cualidades innatas y adquiridas, es una manifestación de la vida anímica que está informada siempre en su expresión exterior por el dictamen regulador de la razón y, por consiguiente, no es una fuerza ciega de la naturaleza. ✓

De todo este análisis de la libertad moral —que, a pesar de no ser intruso aquí, sólo he trazado con rapidez— podemos llegar a una útil conclusión: que la verdadera naturaleza de la libertad no es la de querer indiferentemente cualquier cosa en cualquier circunstancia, sino la facultad de querer actos motivados. Es decir, ligados a las circunstancias de nuestra vida, al estado actual de nuestra inteligencia y nuestra sensibilidad. Y ¿qué podemos deducir de esta conclusión? Algo a la vez muy simple y transcendental: que las resoluciones de la voluntad están siempre condicionadas por los acontecimientos que las preceden y en cierta medida, son por eso previsibles. Por consiguiente, pueden ser explicadas con referencia a sus motivos (¿por qué?) lo que, ciertamente, nos pone ya ante la idea de la responsabilidad.

La libertad moral y la responsabilidad que necesariamente se deriva de ella tiene, en suma, sus condiciones en los motivos, o sea los fenómenos de la inteligencia y la sensibilidad que acompañan al acto voluntario; tiene sus límites en la naturaleza de las cosas y las circunstancias exteriores; y, en consecuencia, tiene también sus grados. En la alternativa de hacer o no hacer, la elección de la voluntad se produce libremente, dentro de las condiciones, límites y grados de las circunstancias mismas.

Esta libertad esencial del querer que el hombre tiene frente a la norma, este poder actuar o no conforme a ella es lo que determina en el hombre la responsabilidad moral y consecuentemente la responsabilidad jurídica —penal y civil— que se deriva de ella. De la realidad psicológica de la autodeterminación surge así la realidad ética de la responsabilidad. Y reducida al simple esquema lógico de una oración gramatical—o, lo que es lo mismo, a la expresión de un juicio—, la responsabilidad consiste por eso en afirmar que cierto predicado —la acción, el hecho— corresponde, por origen, a cierto sujeto —el agente—; o, expresado en forma inversa, que una acción refiere su causa a un sujeto por ser éste el origen de ella. Luego si es el origen de ella debe responder por sus efectos.

CAPÍTULO III.

LA RESPONSABILIDAD Y EL VÍNCULO JURÍDICO.

SUMARIO: 1.—El vínculo jurídico y su origen. 2.—Actos jurídicos: lo lícito y lo ilícito.

Partiendo de la idea de responsabilidad nos situamos por inducción en la idea de orden jurídico. Y como el orden jurídico es ceñido por la norma, examinamos a continuación las consecuencias civiles de su naturaleza bilateral, para analizar en seguida la capacidad psíquica y ética del hombre como sujeto regulado por la norma. Entonces, en este orden de ideas generales que enmarcan el concepto de la responsabilidad como fenómeno genéricamente moral primero y específicamente jurídico después, ya sólo nos queda examinar un concepto que por su universalidad

sustancial, es singularmente fecundo y eje vital en la teoría general del derecho privado. Me refiero al concepto de vínculo jurídico. Trataré brevemente de su forma y contenido para considerar en seguida el aspecto de su origen.

1.—El vínculo jurídico y su origen.

Hemos visto ya que declarando deberes u obligaciones de un lado, y sustentando pretensiones o derechos de otro lado, la norma jurídica pone en relación al sujeto de la obligación con el sujeto de la pretensión. Surge así entonces el vínculo jurídico. Mediante la efectividad de su garantía, el Derecho ciñe y reajusta de este modo las relaciones que surgen de las infinitas manifestaciones de la vida social.

Cualquier relación social, al ser determinada y garantizada por una norma jurídica, puede, en efecto, quedar convertida en un vínculo jurídico. La relación entre padres e hijos, la relación entre comprador y vendedor, son, por ejemplo, relaciones originariamente vitales que la ley positiva no inventa ni impone. Pero cuando el Derecho de Familia en el primer caso y el Derecho de Obligaciones en el otro caso, reconoce, reglamenta y garantiza esas relaciones originariamente vitales, reajusta su valor con la eficacia del vínculo jurídico.

A pesar de su complejidad imponderable, el orden jurídico puede ser reducido por eso a un esquema abstracto y simple si lo imaginamos una indestructible urdimbre de pretensiones y obligaciones conectadas inseparablemente en múltiples reciprocidades. Esta multiplicidad e inseparabilidad de relaciones con que, esquemáticamente, podemos dar la imagen material del orden jurídico es la que determina su difícil reglamentación. Aquella relación jurídica en principio bilateral es multiplicada con riqueza infinita por la vida y lo que a un primer examen parece vínculo jurídico entre una obligación y una pretensión es, en el fondo, una relación de dobles y recíprocas pretensiones y obligaciones. La interdependencia de los hombres en la existencia social complica ilimitadamente las sucesivas o simultáneas relaciones de pretensiones y obligaciones. Y esto es precisamente lo que suscita la necesidad lógica y social del derecho privado, cuya función consiste en encontrar el equilibrio unificador de la norma dentro de la

multiplicidad de intereses erigidos sobre los variados fenómenos de la relación social.

El vínculo jurídico es así “una relación entre personas en virtud de la cual una de éstas puede exigir una cosa a que la otra está obligada, relación que se refiere a un objeto determinado, nace de un hecho particular y es regulada y garantizada por una norma jurídica” (8). Analicemos brevemente una de las notas que esa definición asigna al vínculo jurídico: “nace —dice ahí VANNI— de un hecho particular”. Y ¿qué hechos particulares son los que dan nacimiento a vínculos jurídicos?. Esta cuestión nos sitúa de hecho en lo que la depurada técnica jurídica alemana denomina: “teoría de la adquisición, modificación y extinción de los derechos” (9).

En efecto, los vínculos jurídicos —vale decir, los derechos— cumplen ese ciclo vital: nacen, se modifican y se extinguen, en virtud del juego constante de dos fuerzas siempre presentes en el orden jurídico. Son precisamente las dos fuerzas que suscitan el equilibrio en el derecho privado: la libertad y la necesidad; lo que libremente se pacta y lo que necesariamente se impone.

El hombre puede así constituir vínculos jurídicos por acto autónomo de su voluntad y la libertad es, en este caso, la fuerza que lo somete al efecto de esos actos. Pero los vínculos jurídicos pueden surgir también de la necesidad del orden preestablecido y, por tanto, más allá de la libertad humana. La eficacia de los derechos y deberes nacidos en esta forma surge entonces no de la aplicación voluntaria de la libertad del sujeto, sino de la sujeción obligatoria impuesta por la necesidad del orden jurídico (10).

Pero sea que obedezcan a la libertad o que surjan de la necesidad, los hechos que originan vínculos jurídicos son comunmente los actos humanos jurídicamente eficaces. Esta importante categoría de hechos son agrupados por la ciencia del derecho privado bajo la calificación de “actos jurídicos”.

(8) Icilio Vanni.—ob. cit.

(9) Andreas Von Tuhr.—“Parte general del Derecho Civil” Trad. de W. Roces. —Madrid, 1927. Caps. IV a X.

(10) Inspirándose en esa distinción, Herbert Spencer y Summer Maine distinguen, en el orden jurídico, el “régimen del status” o vínculos necesarios y el “régimen del contrato” o vínculos voluntarios.

Sin embargo, esta clasificación tan simétrica no puede ser siempre totalmente válida, porque esa línea de división teórica no puede trazarse en todos los casos con tal exactitud.

2.—Actos jurídicos: lo lícito y lo ilícito.

Los actos constituyen, pues, un sub-género de hechos. Son los hechos que causados por el hombre con voluntad expresa o tácita, crean vínculo jurídico. Ahora bien, estos hechos voluntarios, jurídicamente eficaces y fecundos, pueden ser lícitos e ilícitos. Vale decir, conformes o contrarios a derecho.

En esta última sub-especie —actos ilícitos —la voluntad del actor, aunque es en grado variable elemento constitutivo del acto, permanece después en segundo plano en cuanto a la generación de efectos jurídicos, porque en forma inmediata estos efectos derivan de la ley.

Y viniendo de lo general a lo particular, hemos llegado ya, en ese orden de clasificación descendente, a la idea del acto ilícito como generador de vínculo jurídico. El efecto de dicho vínculo es, en este caso, la obligación reparatoria objeto final de la responsabilidad civil.

Con esta cuestión y los problemas de sutiles contornos que se derivan de ella, estamos ya frente al tema que me propongo tratar en esta tesis. Lo estudiaré primero desde el punto de vista doctrinal en la Segunda Parte, para examinar después, con la ayuda de las nociones precisadas, la disposición legislativa que el Código Civil del Perú ha dado a esta materia con la reforma de 1936. Este aspecto legislativo nacional constituirá la materia de la Tercera Parte.

SEGUNDA PARTE

LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACTO ILICITO Y LA DOCTRINA

CAPITULO I.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO CATEGORÍA JURÍDICA.

SUMARIO: 1.—División del concepto. 2.—Convergencia y divergencia de responsabilidad.

Todos los conceptos enunciados en la Primera Parte que antecede, nos conducen lógicamente a la conclusión de que las normas jurídicas son verosímiles y eficaces, porque, según la sobria y exacta expresión del maestro PLANIOL, “reposan sobre la idea de que el hombre es responsable de sus actos” (11). Esta idea del hombre como ser inteligente y libre es en los fundamentales problemas del Derecho, un ineludible presupuesto antropológico y un necesario antecedente filosófico. Por eso me detuve en el análisis de esa idea decisiva.

Ahora bien, cuando este concepto general de la responsabilidad pasa de la Etica al Derecho, se convierte en una modalidad específica de responsabilidad. Al definir exactamente su naturaleza y efectos civiles, la responsabilidad —concepto primitivamente ético —queda convertida en una categoría jurídica. Y en este sentido específico del derecho privado, se llama “responsabilidad civil”.

(11) Marcel Planiol y Georges Rippert.—“Traité Pratique de Droit Civil Français”.—Tomo VIII.

1.—División del concepto.

Al analizar la responsabilidad como categoría jurídica aparece inmediatamente su doble manifestación: penal y civil. En efecto, dado un hecho antijurídico y dañoso ¿se debe responder por el hecho ilícito y dañoso en sí o por los efectos del daño materialmente considerados?. La cuestión nos coloca ante la distinción fundamental entre derecho público y derecho privado. Sin embargo, esto que para la moderna dogmática jurídica aparece como inevitable derivación de tan fundamental distinción, no apareció igualmente definida en el Derecho Romano.

Efectivamente, los juristas romanos que con tanta sabiduría precisaron las esencias diversas del derecho público y el derecho privado, no dedujeron de esta diversidad las notas distintivas entre responsabilidad penal y responsabilidad civil. Aquella clasificación romana de los hechos antijurídicos que distinguía los *crimina pública* de los *delicta privata* es precisamente una prueba de que, a pesar de su exquisita lucidez jurídica, los maestros romanos no avanzaron a una delimitación sistemática de la esfera penal de los hechos ilícitos —contravenciones al derecho público y origen, por tanto, de acción pública —y la esfera civil de la ilicitud, o sea lo que en los hechos ilícitos hay de violación del derecho privado y que sólo puede dar origen, por consiguiente, a acción civil.

Se explica este vacío en el admirable sistema de Derecho Romano por la vasta extensión y gran intensidad que asignaba al derecho privado que, sobre todo en los tiempos republicanos, era si no todo el Derecho por lo menos casi todo. Tal como hoy lo entendemos, el concepto de acción pública penal no surge por eso del Derecho Romano. Para este Derecho, esencialmente privado, toda antijuridicidad se mantenía en la categoría de *delicta privata*, en tanto no se lesionara la *res pública* con aquello que hoy denominamos delito político o crimen de índole administrativa como la concusión y el peculado.

Por eso en la Roma clásica, frente a determinados hechos antijurídicos que lesionando derechos privados en un grado peligrosamente odioso ofendían, al mismo tiempo, los sentimientos y valores morales del conjunto social, el poder público no interponía acción. Todo hecho de esa índole, cualquiera que fuera su gravedad o intensidad, quedaba siempre rigurosamente encerra-

do en el marco extensísimo del derecho privado. Así, la distinción romana entre derecho público y derecho privado, que es una noción tan fecunda, quedaba congelada en este punto. Y el derecho penal, tal como hoy lo entendemos, no surge por eso de la estructura jurídica romana.

La distinción entre responsabilidad de carácter penal y responsabilidad de carácter civil aparece gradualmente en la evolución científica del Derecho. Como veremos, la delimitación doctrinal y legislativa de las esferas jurídicas penal y civil constituye precisamente una de las sustanciales características científicas del derecho moderno. Hoy es algo obvio que mientras el derecho penal —que es derecho público— se ocupa de los hechos antijurídicos (delitos, faltas, contravenciones) para reprimirlos imponiendo a sus autores, mediante estructurados sistemas de punición, penas inspiradas en consideraciones de índole directa o indirectamente social; el derecho civil —que es derecho privado— se limita a considerar los hechos antijurídicos en cuanto producen obligaciones reparatorias de índole privada. Pero esto que hoy es obvio, no apareció siempre así. Representa esta división algunos siglos de evolución científica, y cuando el Profesor OERTMANN advierte que “el derecho penal que era antiguamente derecho privado es hoy parte del derecho público” (12), subraya la importancia de esta fundamental distinción actual.

2.—Convergencia y divergencia de responsabilidad.

Responsabilidad penal y responsabilidad civil pueden surgir a veces paralelamente de un mismo hecho ilícito. Pero cada una tiene, por otra parte, su propio radio de acción. Además, no van siempre necesariamente juntas. En efecto, no todo hecho reprimido por la ley penal origina responsabilidad civil. Inversamente, no todo hecho que origina responsabilidad civil merece la sanción penal. El Derecho no admite punición para un acto que ningún texto de la ley incrimina. Es la vieja regla clásica. Pero la ilicitud dañosa del acto no incriminable puede dar lugar, en cambio, a una responsabilidad por los efectos civiles del acto. Por eso la responsabilidad civil tiene siempre mayor órbita que la responsabilidad penal.

(12) Paul Oertmann.—“Introducción al Derecho Civil”.—Barcelona, 1933.—
Introd.

De ahí que, ante los hechos ilícitos, la ley civil omite las clasificaciones específicas. Ni siquiera puede establecer en abstracto las exactas fronteras de lo ilícito. Y es esta una consecuencia de la amplitud constitutiva, esencial, de la responsabilidad civil. Para dejar libre juego a su eficacia es que la ley civil se limita a afirmar un dogma jurídico que, en su aparente simplicidad, encierra complejas y fecundas consecuencias. Es el dogma de que todo el que, contra la ley o sin derecho, daña a otro en su persona o en sus bienes debe responder por los efectos de ese daño. La tarea de castigar el hecho ilícito en sí, como acto ofensivo al conjunto social, queda desplazada por la ley civil hacia el derecho público.

Para diversificar en su naturaleza y sus efectos la responsabilidad penal y la responsabilidad civil es preciso por eso examinar primero el diverso criterio con que el derecho penal y el civil enjuician el acto ilícito, o sea el acto contrario a derecho. Cuando un acto viola el orden del derecho produciendo así un desequilibrio social, puede ser diversamente enjuiciado según se inspire el juicio en consideraciones de carácter social o de carácter individual. Es decir, según sea que lo miremos desde el ángulo del derecho público o desde el ángulo del derecho privado. Al derecho público le interesa castigar lo que constituye una ofensa al orden social y una violación de normas prohibitivas que expresamente señalan los actos que, por su índole y efectos antisociales, merecen pena. → En cambio, al derecho privado sólo le interesa afrontar satisfactoriamente los efectos dañosos que los hechos ilícitos originan casi siempre en la esfera patrimonial, por aquello que tan claramente explica SALEILLES cuando dice que "la contravención de la ley es una violación de todos los intereses privados que la ley protege" (13).

Podemos deducir entonces de esa misma distinción enunciada entre derecho penal y civil que en algunos casos un hecho ilícito debe ser enjuiciado desde ambos puntos de vista. ¿Por qué? Porque, como enseña OERTMANN, hay conducta ilícita "siempre que el sujeto se coloca de algún modo, ya sea mediante un acto positivo, ya sea por medio de una omisión, en contradicción con un mandato cualquiera del ordenamiento jurídico, es decir, con una norma". Y agrega: "el sector jurídico a que dicha norma

(13) Raymond Saleilles.—"Etude sur la Théorie Générale de l' Obligation..." 2a. ed.—París, 1901.

pertenezca para nada influye en principio" (14). Por eso es que en la entrada misma del nutrido estudio que SOURDAT dedica a este tema, señala ya, por encima de su unidad originaria esta bifurcación de la responsabilidad en el Derecho afirmando: "La responsabilidad es penal o civil. La responsabilidad penal consiste en sufrir una pena aflictiva o infamante. Es la reparación del neriujicio causado a la sociedad en el orden moral. La responsabilidad civil consiste en reparar por medio de una indemnización pecuniaria el daño que se ha causado a los individuos" (15).

Así, esta calificación de lo ilícito que, en frase de OERTMANN, "para nada influye en principio", determina después los efectos divergentes de la responsabilidad, al situarla, según la clase de normas violadas, en la esfera penal o en la civil. Esto no excluye, sin embargo, la posibilidad muchas veces realizada de que el hecho quede situado, a la vez, en ambas esferas de intereses protegidos por la ley, porque como indica ENNECCERUS "es frecuente que la conducta culposa contraria a derecho produzca la consecuencia jurídica de crear un deber de indemnizar que queda a cargo del infractor del derecho" (16). Pero en tanto que el derecho público —derecho penal— se mueve en torno a la idea de delito, idea que exige una calificación intrínseca del acto y del agente del acto; el derecho civil, al ocuparse de la transgresión de deberes jurídicos, reúne todas sus formas bajo la calificación comprensiva de "actos ilícitos", es decir, contrarios a derecho.

El derecho civil se fija, pues, más en las dañosas consecuencias patrimoniales del acto contrario a derecho que en su calificación psicológica y su sanción moral. Por eso, mientras el derecho penal hace surgir la pena frente al delito para restaurar el orden social violado con la transgresión: el derecho civil, frente a esa misma transgresión, sólo hace surgir una obligación civil que es la reparación o deuda de indemnización.

Partiendo de la idea general de derecho público y derecho privado llegamos entonces a comprobar la diversidad que existe entre responsabilidad penal y civil. Es la primera noción que urge precisar al incursionar en esta zona doctrinal del Derecho. Y

(14) Paul Oertmann.—ob. cit.

(15) M. A. Sourdat.—"Traité Generale de la Responsabilité".—Paris, 1911.—Tomo I.

(16) Ludwig Enneccerus.—"Derecho Civil; Parte General" Trad. Pérez-Alguer.—Tomo II.—Barcelona, 1935.

de esta distinción vamos a deducir después otras tan importantes como la que existe entre pena y reparación, nociones distintas pero a menudo confundidas y no sólo por forasteros del Derecho.

→ En suma, el proceso jurídico de la responsabilidad tiene siempre el mismo punto de partida: el hecho antijurídico. Pero producido el hecho el proceso de consecuencias jurídicas puede bifurcarse. El hecho tiene entonces efectos de distinta índole según se observen desde el punto de vista del derecho público o del derecho privado. Y así, salvo el caso unitario de responsabilidad—sólo civil o sólo penal—el proceso jurídico que sigue a un hecho ilícito tiene un curso dual. El hecho es uno y uno también el punto de partida de las consecuencias jurídicas. Pero hay un doble punto de llegada: la responsabilidad penal seguida por la pena y la civil por la reparación.

CAPITULO II.

UNIDAD ESENCIAL Y DUALIDAD FORMAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

SUMARIO: 1.—Responsabilidad contractual y extracontractual. 2.—Unidad esencial de las formas. 3.—Lo lícito contractual y extracontractual. 4.—Unidad jurídica de la reparación en la técnica moderna.

Del concepto unitario de acto ilícito surge entonces la responsabilidad como categoría jurídica. Pero ya vimos como esta realidad jurídica de la responsabilidad puede mantenerse simple —sólo penal o sólo civil—y también puede desdoblarse en dos formas distintas con resultados también distintos por estar comprendida, a la vez, en las dos esferas jurídicas descritas.

Dejemos de lado el caso en que el hecho ilícito debe ser enjuiciado desde ambos puntos de vista y en el que los efectos civiles del delito están subordinados o, por lo menos, nativamente vinculados a la acción pública que demanda la calificación del hecho. Lo que, sobre todo, nos interesa aquí es la responsabilidad civil en sí, la que, estricta y totalmente, está comprendida sólo dentro
→ de las disposiciones del derecho privado. Es decir, la responsabilidad originada por un hecho que, sin provocar la acción pública

—ni merecer la sanción penal, es contrario a derecho y, por eso mismo, perjudicial a otro. El derecho privado exige en este caso la reparación del daño causado ilícitamente. Y estamos entonces ante el caso específico de responsabilidad civil.

1.—Responsabilidad contractual y extracontractual.

Este concepto específico de la responsabilidad civil, a pesar de su primitiva unidad conceptual, es susceptible de clasificación divisoria. Y es que puede ser analizado atendiendo a que el hecho ilícito del que se deriva la responsabilidad se presenta en dos formas distintas. Y conviene recordar en este punto lo que en la Primera Parte quedó dicho acerca del nacimiento del vínculo jurídico. Señalamos ahí su clasificación por origen en vínculos necesarios, o sea impuestos por la ley; y vínculos voluntarios, o sea libremente acordados por las infinitas formas de la convención. El hombre está sujeto así a dos clases de relaciones jurídicas. Pero, tenga su origen en la voluntad o en la ley, el vínculo jurídico crea en forma inexorable derechos y deberes jurídicos siempre protegidos por las fuerzas de coacción que, para ser eficaz, supone toda norma de Derecho. Por eso la violación de un deber, sea él impuesto por la ley —vínculo jurídico necesario—, sea creado por la voluntad —vínculo jurídico voluntario—, constituye siempre un acto ilícito del que se derivan consecuencias jurídicas semejantes.

De la existencia de estas dos clases de vínculos se deduce entonces que el acto ilícito y la responsabilidad civil que se deriva de él puede presentarse en dos formas distintas. Cuando se presenta dentro de la relación general de deber jurídico creada por el vínculo necesario que tiene su origen en la ley, se produce la responsabilidad civil llamada extracontractual, cuya naturaleza y efectos vamos a estudiar especialmente en los Capítulos siguientes, pero cuyo paralelo con la otra forma de ilicitud conviene trazar aquí.

Entre el sujeto responsable por el acto ilícito y el que, como efecto de ese acto, ha sufrido un perjuicio en su persona o en sus bienes, no existía hasta ese momento otra relación que la impuesta por la coordinación armoniosa de la ley, que es la expresión externa del orden jurídico. Hay así en este caso un deber impersonal que obliga igualmente a todos y que se establece también en bene-

ficio impersonal de todos. Pero en el momento en que ese deber jurídico impersonal es violado, define y personaliza la responsabilidad de su violación. El acto ilícito, dañino para otro, producido fuera de toda otra relación entre personas que no sea la relación general determinada por el ordenamiento jurídico, suscita, pues, la responsabilidad civil llamada extracontractual. No hay en esta hipótesis ninguna obligación especial entre el sujeto agente y el sujeto paciente del acto ilícito. Pero existe siempre la obligación general establecida por la ley y violada con el acto ilícito. De ahí que surge automáticamente la figura jurídica de la responsabilidad civil. Nace con ella una nueva obligación que ya tiene carácter especial, porque es un vínculo jurídico directo y bilateral; la obligación de reparar el daño y restaurar el orden de intereses violado.

La otra forma en que puede presentarse el acto ilícito y la consiguiente responsabilidad derivada de él, es por la violación de un deber jurídico que, sin nacer directamente de la ley, existe para aquel que lo viola, porque ha sido creado por su propia voluntad dentro de una libre convención que, necesariamente, supone la protección imperativa de la ley en igual grado que supone su conformidad con ella. Violar con un acto ilícito un deber jurídico surgido en esta forma convencional origina la responsabilidad civil llamada contractual.

Hay en este caso un deber jurídico determinado que, en virtud de la reciprocidad esencial del contrato, también corresponde naturalmente a derechos determinados. Por eso la transgresión de tal deber jurídico constituye un acto ilícito. Vale decir, contrario a la norma jurídica libremente pactada y voluntariamente impuesta dentro del espíritu de la relación contractual. El sujeto agente del acto ilícito está ligado en este caso al que sufre el efecto dañino del acto en virtud de una obligación determinada y el acto ilícito consiste precisamente en no cumplir esa obligación. Así surge la responsabilidad llamada contractual, cuyo efecto inmediato es forzar la ejecución de la obligación contraída e indemnizar los perjuicios originados por la inexecución parcial o total. La ejecución forzada y la indemnización constituyen así un doble efecto de la responsabilidad civil contractual que, según los casos, será alternativa o concurrente.

En suma, la responsabilidad civil que invariablemente se deriva del acto ilícito puede surgir dentro de las relaciones genera-

les y originariamente impersonales que, para sostener el orden jurídico, impone la ley; o dentro de las relaciones particulares y personalizadas que en virtud del comercio humano crean libremente los hombres bajo el amparo de la ley. Es ese el origen y fundamento de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual que ENNECCERUS diversifica atendiendo a que representan, respectivamente, la "infracción de un vínculo jurídico especial" y la "infracción de una disposición general sobre la conducta" (17), aunque señala en ambas formas la originaria unidad de la conducta culposa. Más que por una inexistente diversidad de sustancia jurídica, una y otra forma de responsabilidad civil se diferencian solamente por el accidente de la costumbre legislativa de tradición romana.

2.—Unidad esencial de las formas.

Atendiendo a la esencia jurídica, la responsabilidad civil derivada del acto ilícito, producido dentro o fuera del contrato, es, en efecto, una. Se trata de la lesión ilícita en el derecho de otro y la distinción en cuanto a la forma o el modo en que se presenta la ilicitud es meramente sistemática. Dentro y fuera del contrato la transgresión de un derecho subjetivo consagrado por la ley tiene siempre idéntica sustancia de ilicitud. En una y otra hipótesis hay, a la vez, violación del derecho de otro y transgresión directa o indirecta de la ley.

Desde luego, ambas formas pueden concurrir y en ese caso hay dos procesos distintos, pero paralelos, de ilicitud. Como enseña VON TUHR, "un acto puede contravenir al mismo tiempo a un crédito y a un deber general. El hecho de causar daños a una cosa dada en depósito, por ejemplo, implica al mismo tiempo una violación del derecho del acreedor y una transgresión del precepto general que prohíbe causar daños en cosas ajenas. Según la opinión dominante surgen del crédito y del delito —civil, se entienden— dos acciones concurrentes. A mi parecer —concluye— se da aquí una concurrencia de leyes en el sentido de que sólo nace una acción de indemnización de daños: la provocada por la violación de la relación creditual" (18).

(17) L. Enneccerus.—ob. cit.—tomo II.

(18) A. Von Tuhr.—ob. cit.—pág. 180.

La opinión del gran maestro germano es evidentemente exacta, porque si es cierto que en la hipótesis propuesta por él se abre un proceso dual y paralelo de ilicitud, no es menos cierto que ambas líneas jurídicas paralelas llegan idénticamente orientadas al objetivo común del efecto reparatorio, en este caso dominado por la forma contractual de la relación dentro de la que se ha producido la doble ilicitud.

Pero estas distinciones de forma no modifican la unidad esencial que tiene la responsabilidad civil como figura jurídica. Es preciso, sin embargo, indicar aquí que la responsabilidad que surge del acto ilícito dentro del contrato y la que surge de un acto de esa misma índole fuera de la relación contractual asumen en la práctica características distintas que examinaremos brevemente.

En el caso de la responsabilidad derivada de un acto ilícito producido fuera de la relación contractual, las condiciones de existencia de lo lícito y lo ilícito no dependen de la voluntad de las partes. Surgen, como vimos, del ordenamiento jurídico que la ley impone. Y el acto ilícito constituye en este caso la violación de un derecho absoluto. En cambio, la violación de un contrato representa la violación de un derecho cuya extensión ha sido fijada por la voluntad de las partes. El límite de lo lícito en la relación contractual es entonces flexiblemente determinado por la propia concordia de las voluntades. Teóricamente por lo menos es cierta la afirmación de SALEILLES cuando dice que "los elementos de la falta contractual sólo pueden ser determinados por la convención misma (19).

3.—Lo lícito contractual y extracontractual.

Si, alejándonos un poco del tema estricto de este estudio, avanzáramos en el orden de ideas analizadas hasta aquí, llegaríamos directamente al debatido problema doctrinal y legislativo de la legalidad o ilegalidad de la "cláusula contractual de no garantía". Sin penetrar a los complejos aspectos doctrinales de tan interesante problema conectado a la entraña misma del derecho de obligaciones y que, a fines del siglo pasado, fué planteado en agudos términos jurídicos por SAINCTELETTE (19 bis), no

(19) R. Saleilles.—ob. cit.—pág. 432.

(19. bis). M. Sainctelette.—"De la responsabilité et de la garantie".—Bruxelles, 1884.—Cap. III.

está demás recordar aquí que la doctrina moderna del derecho civil admite, en principio, la legalidad de esas cláusulas y siempre que su presencia no interfiera principios de orden público.

El contrato de trabajo y las leyes sociales vinculadas a él forman parte en realidad de un cierto derecho público social-administrativo, producto sui-générís de nuestro tiempo comunitario. Es esta, por tanto, una zona que, no siendo de estricto derecho privado, excluye necesariamente la concertación de cláusulas de esa índole. Pero si el principio de la libertad de las convenciones en el derecho privado no permanece hoy intacto, por efecto reflejo de esas restricciones de derecho público, tampoco ha sido fulminado. Lo enervan, sin embargo, en numerosos casos, principios de orden público que aunque legislativamente indeterminados son doctrinariamente precisos. Fuera de esas restricciones, la voluntad de las partes es siempre libre en el derecho privado. De ahí que, en materia contractual, la responsabilidad sólo existe en la medida que ella está determinada en el contrato. En consecuencia, la esfera de lo lícito puede ser ampliada o restringida en virtud de la convención.

Desde el punto de vista procesal, hay otra nota que diversifica la responsabilidad civil contractual de la extracontractual. Me refiero, desde luego, a la carga de la prueba. En efecto, la responsabilidad extracontractual sólo surge cuando el actor prueba el acto ilícito que la origina. La carga de la prueba pesa entonces sobre el demandante. En cambio, para que se produzca la responsabilidad contractual basta que el acreedor establezca que la prestación no ha sido ejecutada por el deudor para que, automáticamente, se presuma la realidad de la ilicitud y la consiguiente responsabilidad. Al deudor corresponde en este caso la prueba de descargo. La prueba pesa entonces de modo sustancial sobre el demandado.

4.—Unidad jurídica de la reparación en la técnica moderna.

No obstante esos caracteres distintivos que, en la costumbre legislativa y en la realización procesal, diversifican una y otra forma de responsabilidad civil, podemos admitir su unidad teórica si atendemos exclusivamente a su origen que es siempre, invariable, el acto ilícito. La dualidad de forma no excluye la unidad de esencia jurídica. Una y otra forma se unifican por eso

en el resultado casi siempre idéntico: la indemnización reparatoria.

Por eso la técnica legislativa moderna, que tiene su más depurada expresión en el "Código Civil del Imperio Alemán" (1900), ha introducido en este aspecto una interesante innovación, al reflejar en la ley la afirmación de la ciencia. La infracción por el deudor de las obligaciones que le incumben, se rige en ese Código por las reglas especiales de las Obligaciones y la infracción de deberes jurídicos generales está legislada bajo el título de los Actos Ilícitos. De ambas causas pueden surgir, en distinto grado, formas diversas de responsabilidad civil. Pero como ambas formas se resuelven finalmente en el deber de indemnizar, el Código Alemán, con alto sentido técnico, agrupa unitariamente en la Parte General las reglas referentes a la obligación reparatoria. El acierto es indiscutible. Ese Código contempla la responsabilidad civil en la esencia jurídica de su efecto —obligación reparatoria— y prescinde de la circunstancia causal que para este efecto ya no interesa.

Afirma SALEILLES que "la falta llamada contractual no es en sí más que una falta delictual nacida con ocasión de un contrato" (20). Probablemente se puede argumentar contra tan explícita asimilación doctrinal. Pero como al legislador alemán le interesa la responsabilidad civil, no como una abstracción doctrinal, sino como una concreción vital que la ley debe canalizar, la instala en su Código precisamente en este aspecto de efecto, es decir, como obligación de indemnizar. Técnicamente importa poco por cierto que la obligación de indemnizar, considerada en sí misma, surja de una falta nacida dentro o fuera de contrato. Lo que legislativamente interesa es, sobre todo, la forma de hacer efectiva esta obligación.

El legislador alemán tuvo por eso gran precisión científica al ocuparse de la obligación reparatoria que es el efecto directo de la responsabilidad civil. Se desinteresó de la distinción formalista —contractual y extracontractual— proyectada hacia el pasado y trató la responsabilidad civil como una realidad presente de la que sólo puede interesar el alcance futuro de su efecto obligatorio. No interesa en este punto cómo se originó la obligación. Lo que interesa es cómo debe ejecutarse.

(20) R. Saleilles.—ob. cit.—pág. 368.

Toda esta elaboración legislativa está presidida por la más exacta idea jurídica que puede guiar al derecho positivo frente a este problema. Y esta idea es que a la ley civil sólo le interesa y sólo debe interesarle en este punto lo que constituye la auténtica e inconfundible finalidad del proceso lógico y jurídico de la responsabilidad: que las cosas queden como si no se hubiera producido el hecho que obligó a indemnizar. Es decir, que sea íntegramente reparado el equilibrio de intereses que el daño destruyó.

CAPITULO III.

NATURALEZA Y EFECTOS DISTINTOS DE LA PENA Y LA REPARACIÓN.

SUMARIO: 1.—Diversidad entre pena y reparación. 2.—Sumarísimo proceso histórico de la institución reparatoria. 3.—Concepción jurídica moderna de la reparación.

Diversificadas ya en el Capítulo I, la responsabilidad penal y la civil, acaso sea innecesario y redundante insistir en examinar la naturaleza y los efectos jurídicamente distintos de la reparación y de la pena, como me propongo hacerlo en este Capítulo. ¿No bastaría simplemente, para dejar establecida esta distinción, indicar que la pena se deriva de la responsabilidad penal y que la reparación surge de la responsabilidad civil?. Teóricamente es suficiente. Pero ocurre que en la práctica esos caracteres distintivos no siempre son tan claros.

La responsabilidad civil originada por un acto ilícito realizado fuera de toda relación contractual, tiene, como categoría jurídica, evidente proximidad fronteriza con la responsabilidad penal. Por eso no ha sido siempre fácil especificar su exacta naturaleza civil. A menudo un mismo acto ilícito debe presentarse a la doble consideración del derecho público y del derecho privado. De un lado el sujeto agente debe afrontar la pena. De otro lado es preciso realizar la reparación en beneficio del sujeto paciente. Efecto penal y efecto civil aparecen en tales casos precisos y distintos. No hay entonces confusión posible entre pena y reparación. Pero el caso interesante para nuestro análisis es otro.

1.—Diversidad entre pena y reparación.

En efecto, cuando, a causa de la violación de un deber jurídico general, alguien sufre un daño sin punición penal y el que causó ese daño sólo se ve obligado por el derecho privado a responder de él en cuanto a sus efectos, reparándolos, —responsabilidad civil extracontractual —entonces, cabe preguntarse, ¿éste deber de reparación es una pena o nó?

He aquí una cuestión doctrinal que no es estéril y cuya verdadera importancia sólo se ha percibido exactamente en épocas recientes. Esclarecer esa cuestión con un análisis histórico-jurídico equivale a entrar en un plan de observación retrospectiva, difícil por muy amplio y por eso mismo virtualmente imposible de ser realizado aquí. Significaría analizar todo el proceso científico que el derecho privado ha debido cumplir para alcanzar su adecuada delimitación actual. Pero si es difícil realizar aquí, en pocas líneas, una revisión acertada del proceso histórico que ha diversificado la pena de la reparación, conviene, sin embargo, recordar sumarisísimamente algo de sus más saltantes fases.

Ciertamente, la moderna idea jurídica de la reparación, ya separada de la idea de pena, es una especificación lograda por el último desarrollo científico del derecho privado. Por eso, al estudiar este punto, IHERING iniciaba su investigación (21), partiendo de una verdad histórica incontestable: en todos los pueblos primitivos ser víctima de una injusticia significaba marchar fatalmente arrastrado a la violencia de la venganza. En efecto, el hombre de una sociedad primitiva que siente lesionado su derecho en su persona o en sus bienes, antes que preocuparse de la reparación del daño y aún anulando a veces la posibilidad de tal reparación, sólo tiene esta preocupación obsesionante: la venganza. El derecho penal y el derecho civil, ausente el Estado y su autoridad coactiva, están confundidos en una sola nebulosa. Y la reparación del daño no es ni siquiera imaginada como satisfacción por la víctima en comunidad primitiva. Se quiere el sufrimiento del adversario y, generalmente, como explica SCHMITD, "la reparación civil está comprendida, está implicada en la pena" (22).

Se trata en este caso de la pena privada que el Profesor HUGUENEY ha estudiado minuciosamente en un trabajo aca-

(21) R. Von Ihering.—"La faute en droit privé".—(citado por Schmitd).

(22) Jean-Charles Schmitd.—"Faute civile et faute pénale". Th—París, 1928.

démico (23), trazando lo que, en cierto modo, podríamos llamar la morfología de la pena privada a través de la evolución histórica de la sociedad. Este análisis del Profesor francés puede guiarnos aquí.

Lo que presenta en primer término es el dificultoso desarrollo que, en las antiguas edades, tenía el proceso de consecuencias del acto ilícito, proceso a menudo nulo como reparatorio e intenso, aunque inútil, como vengativo. A su juicio, la pena privada tiene varios ciclos y ellos se cumplen, con expresiva analogía, en todas las sociedades primitivas. Pero antes de que la escala histórica sea íntegramente recorrida hay ya diferencias sustanciales. Así, entre el hombre de los remotos grupos nómades que, herido en su bienestar con un daño a su persona o a sus cosas, sólo se siente vindicado cuando, con golosa ferocidad, ve correr la sangre de quien lo dañó; y el hombre —bárbaro para la sensibilidad jurídica de hoy —que, en esa misma circunstancia, en vez de matar al causante del perjuicio se lo lleva a su casa y lo hace trabajar forzosamente en ventaja suya, existe evidentemente un largo proceso de evolución histórica. Mientras para el hombre de la primera hipótesis sólo existe el simplista enlace causal entre culpa y expiación; en el otro caso hay ya una idea de patrimonio e indemnización que supone una fecunda evolución. Hay, en efecto, un atisbo notable de la idea moderna del interés y de la reparación en el duro régimen de deudores por "*nexum*" de la Roma antigua, origen de uno de los episodios de las históricas luchas entre patricios y plebeyos. La célebre "*lex Paetelia Papiria*" que abolió este tipo de vinculaciones personales a cierta clase de deudas es calificada por TITO LIVIO —historiador por excelencia del pueblo romano y, según exacta frase de su émulo TACITO, "*praeclarus elocuentiae ac fidei*" —como "el principio de la libertad", expresión que revela la honda importancia histórica que significó esa modificación del régimen, a la vez penal y reparatorio, de la Roma antigua (año 441 a. J. C.).

Por eso cuando IHERING afirma que "la historia de la pena es una abolición constante" (24), nos señala, con el acostumbrado vigor de sus brillantes síntesis, un vasto horizonte de reflexiones. En la observación de ese horizonte tan compendiosa-

(23) Louis HUGUENET.—"La peine privé".—Th. Dijon, 1904.

(24) R. Von IHERING.—ob. cit.—pág. 4.

mente señalado así por el egregio maestro, distinguimos pronto como la reparación civil —que se orienta a subsanar el perjuicio patrimonial—, remotamente confundida con la pena y hasta hoy mismo entendida otras veces con equívoco como una forma de pena, va separándose más y más de esa esfera penal para quedar por fin totalmente inserta en el derecho civil, liberándose de dudosos caracteres penales, con todas las fecundas consecuencias de esta definición.

2.—Sumarísimo proceso histórico de la institución reparatoria.

La evolución histórica del Derecho tiene, en este aspecto, uno de sus procesos, por ostensible e intenso, más interesante. La venganza privada de los primitivos —que, reduciéndola a un esquema naturalista, ALIMENA comparaba a la “automática reacción de un protoplasma irritado”—es, sin duda, el primer estadio de la evolución. Sólo se llegará a otra etapa, no menos bárbara, cuando la interminable crueldad de las guerras privadas, con el permanente choque sangriento de los clanes primitivos, hizo surgir de su propio horror la ferocidad más limitada del “talión”. La venganza no puede ser ya ilimitada. Surge una limitación que, gráficamente —aunque con evidente impropiedad—, podríamos denominar “límite de derecho público”. En efecto, con su fórmula de metafórica exactitud vengativa, el “talión” establece un límite a la ferocidad inevitable.

Pero hasta ese momento no se ha avanzado nada y el movimiento sancionador se ha realizado exclusivamente en términos de castigo material irremisible. El elemento patrimonial o, más precisamente monetario, sólo aparecerá como fórmula sustitutoria con el régimen de las llamadas “compensaciones”. En el Derecho Germánico especialmente, este régimen señala ya un incipiente afinamiento de la sensibilidad y el raciocinio. Mediante la entrega de una cantidad de dinero, el inexorable derecho de venganza es entonces rescatado al ofendido por el ofensor o su familia.

Acercándose ya a la reparación pecuniaria de los daños civiles establecida por el desarrollo jurídico en las sociedades civilizadas del presente, el sistema de las “compensaciones” conserva, sin embargo, su índole irrecusablemente penal. Todavía están confundidas en ese instituto las categorías jurídicas distintas que son la pena y la reparación. Tal confusión sólo desaparecerá —

y FISCHER lo prueba así estudiando, en este aspecto, la evolución semejante de los derechos romano y nacional —germánico— cuando “se refina con el tiempo el sentimiento jurídico” (25). Vale decir, cuando aquella idea de “la pasión exaltada por el dolor”, de la que hablaba IHERING, cede su lugar preferente a la idea exacta del interés lesionado que, por estar legítimamente protegido, debe ser eficazmente sustentado.

3.—Concepción jurídica moderna de la reparación.

Con la depuración científica del moderno derecho privado, pena y reparación quedan, pues, técnicamente diversificadas en su naturaleza jurídica y, por consiguiente, en sus efectos. El eje de la evolución está en aquel cambio señalado por OERTMANN y al que nos referimos ya: “el derecho penal que era antiguamente derecho privado es hoy parte del derecho público” (26).

Vemos así que en tanto que la pena puede imponerse y se impone para la mera tentativa —o sea, actos exteriores demostrativos de voluntad delictiva—, la reparación sólo podrá surgir, como obligación legal, en el caso de daño consumado contra derecho.

Otro efecto de esa diversidad que tiene evidente sentido sustantivo es que la pena, por ser inherente a la persona, no es hereditaria. En cambio, la reparación, por ser una obligación legal de índole patrimonial, sí tiene este carácter transmisible.

Hay, por último, otra diferencia importantísima. Jurídicamente es imposible imponer pena a un hombre para castigar el hecho de otro. Pero, en cambio, inspirándose en sólidos motivos doctrinales, la ley puede imponer a un hombre la obligación de reparar un daño causado por otro que, por ciertos conceptos decisivos, está relacionado con él. De este modo, sin ser causante de un daño se puede ser legalmente responsable de él y esto lo veremos después en todas sus fecundas aplicaciones legislativas.

En suma, culminando con éxito científico un largo y dificultoso proceso evolutivo, la técnica del derecho civil moderno ha logrado separar por fin, con útiles consecuencias, la categoría jurídica de la pena —confinada ya en el derecho público y que sólo

(25) Hans A. Fischer.—“Los daños civiles y su reparación”. Trad. de W. Roces.—Madrid, 1928. Cap. I.

(26) Paul Oertmann.—ob. y loc. cit.

a este interesa —y la categoría jurídica de la reparación, que pertenece al derecho privado y extiende su dinámica influencia a todo el movimiento de las relaciones civiles.

CAPITULO IV.

EL ACTO ILÍCITO ANTE EL DERECHO PRIVADO.

SUMARIO: 1.—Caracteres del acto ilícito. 2.—Vieja diversificación de lo ilícito y nueva técnica del derecho civil. 3.—Analítica de los elementos del acto ilícito. 4.—Sustancia y accidente de la ilicitud. 5.—Uso y abuso del derecho. 6.—Limitación de la licitud por la utilidad.

Delimitadas con precisión (Capítulo I), las distintas esferas jurídicas de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil; examinada (Capítulo II) la unidad esencial y la dualidad formal de la responsabilidad civil; y, por último, establecida (Capítulo III) la diversificación técnica que, a través de la evolución histórica del Derecho, ha llegado a caracterizar la naturaleza y efectos jurídicos distintos de la pena y la reparación, se puede estudiar ya el criterio científico del derecho privado frente al acto ilícito.

1.—Caracteres del acto ilícito.

¿Qué es, en general, acto ilícito?. Para CHIRONI “todo hecho que produce la violación de un deber, tenga éste su razón de ser en la voluntad o en la ley es un acto ilícito” (27). Menos descriptivo y con más exacta concisión, VON TUHR afirma que es “todo acto humano que contradice el orden jurídico” (28). Esta es una magnífica definición general. Pero, para los fines de nuestro análisis debemos repetir con SOURDAT: “que un hecho sea ilícito no quiere decir que debe ser reprimido por la ley penal. Significa solamente que no constituye el cumplimiento de un de-

(27) G. P. Chironi.—“La culpa en el derecho civil moderno” Trad. de A. Posada.—Madrid, 1898. Cap. I.

(28) A. Von Tuhr.—ob. cit.—Cap. VIII.

ber impuesto o el ejercicio de un derecho reconocido por la ley" (29).

Ahora bien, como el orden jurídico es un equilibrio de recíprocos deberes y derechos que sólo puede ser modificado por la libre voluntad, la ruptura de este equilibrio por el acto ilícito implica casi fatalmente el desmedro o la vulneración de algún derecho, de lo que, con más vivaz expresión, alguien denomina "un interés jurídicamente protegido. Es en este aspecto que el acto ilícito tiene interés doctrinal y cabida legislativa en el derecho privado.

Por eso cuando un acto reúne las características de transgresión de un deber jurídico, para el derecho privado, es un acto ilícito y no interesa a la finalidad de este derecho que, por otro lado, el acto merezca o nó una pena en la esfera del derecho público. Al derecho privado le interesa aquí solamente si hay o nó transgresión de un deber jurídico y si, producida ésta, se ha lesionado el derecho de otro. La cuestión se convierte entonces en un problema de obligaciones. Ha surgido una obligación de reparar cuyo origen, por no ser una obligación voluntariamente pactada, sólo puede ser este otro: la ley.

2.—Vieja diversificación de lo ilícito y nueva técnica del derecho civil.

Se explica así que, renovando en esta materia el sistema técnico-legal, el derecho civil moderno ha abandonado aquella arcaica clasificación, por formalista inútil, que se empeñaba en distinguir, como origen de obligaciones legales, el delito del cuasi-delito, caracterizando uno y otro por la presencia y la ausencia, respectivamente, de ese elemento tan sutil y a menudo procesalmente inasible que, en los actos de esta índole, es la intención.

Ha sido superada entonces la anticuada calificación romanista que, llevada por Pothier, al Código napoleónico se extendió con éste a la legislación civil de los países latinos. La doctrina francesa ha seguido, sin embargo, tradicionalmente adicta a esa inútil clasificación civil de los actos contrarios a derecho. Los tratadistas franceses se mantienen en esta impertérrita adhesión, obligados, ciertamente, por el sistema del Código napoleónico

(29) M. A. Sourdat.—ob. cit.—Tomo I.—Cap. 1^o.

aún impermeable a la renovación de sistemática jurídica de nuestro tiempo.

Pero un sólido fundamento doctrinal sostiene a la nueva técnica. En efecto, frente al acto humano contrario a derecho que causa además un daño a otro cuyo interés estaba jurídicamente protegido por esa norma violada: ¿qué le importa, para sus fines, al derecho civil que el infractor tuviera o no tuviera intención de producir el daño que debe reparar?. Lo que al derecho privado le importa es que se ha violado una norma y que, además, se ha causado un daño. Por consiguiente, hay responsabilidad y debe repararse el daño. Y es esta obligación de carácter reparatorio y de origen legal lo que, en este caso, interesa al derecho civil. Toda otra consideración pertenece al derecho público penal.

De ahí que tanto las transgresiones que en el dominio del derecho público se llaman delitos como las que, siendo también transgresiones de deberes jurídicos, no están penalmente calificadas como tales, son reducidas por la moderna técnica legislativa civil a la categoría genérica de "*actos ilícitos*".

Así, los Códigos que —como el alemán, el suizo, el brasileño y el peruano de 1936— siguen esa técnica moderna, omiten la calificación, anticuada e inútil, de delitos y cuasi-delitos. Desde un punto de vista rigurosamente científico, sólo atienden a garantizar la reparación de los efectos dañinos de los actos contrarios a derecho, prescindiendo de calificar el elemento intención.

3.—Analítica de los elementos del acto ilícito.

Situándose en este punto de vista estrictamente técnico del derecho privado, ENNECCERUS define con irreprochable exactitud el acto ilícito. Es —dice— "la conducta culposa contraria a derecho, de la cual el ordenamiento jurídico deriva, como consecuencia sustantiva, el deber de indemnizar" (30). Y a continuación analiza los elementos de esa definición, análisis que seguiré de cerca aquí.

Según ENNECCERUS para que exista acto ilícito que obligue a reparación es preciso entonces, en primer lugar, *un acto*, o sea la realización querida o previsible de un resultado exterior. Puede consistir en un hacer o un omitir, porque de ambos modos es posible llegar a un resultado exterior querido. La coacción fí-

(30) L. Enneccerus.—ob. cit.—Tomo II.—cap. 5.

sica excluye así el concepto del acto, de la misma manera que —tratándose de negocios jurídicos— excluye la exteriorización de la voluntad.

El segundo requisito que señala el maestro alemán es la *violación del ordenamiento jurídico*, o sea la transgresión de un mandato o una prohibición de derecho realizada en virtud de ese hacer o no hacer que implica el acto. Con gran agudeza jurídica, el maestro entiende aquí el acto en el lato sentido que tiene en este orden de ideas y en el que debe tomarse: como una proyección exterior de la voluntad. Ahora bien, tal violación del ordenamiento jurídico—del derecho objetivo—representa casi siempre, a la vez, la violación de algún derecho subjetivo de otra persona, porque, como afirma en un párrafo ya citado el lúcido SALEILLES, “la contravención de la ley es una violación de todos los intereses privados que la ley protege” (31).

El tercer elemento que, según la definición citada, caracteriza al acto ilícito es *la culpa del autor*, entendiendo por tal el elemento voluntario que se encuentra dentro del proceso de hechos que enlazan el efecto con la causa del acto ilícito. De ahí que, en ciertos casos, la negligencia puede ser en sí misma una culpa.

El cuarto elemento es, por último, lo que precisamente sitúa al acto ilícito en la órbita del derecho civil: *el nacimiento de un deber de indemnizar*. Para el derecho privado ésta es la consecuencia sustantiva del acto. Y es obvio que el deber de indemnizar sólo puede surgir si se ha causado un daño. De manera que, expresado en razón de causa y nó de efecto, como lo hace ENNECERUS, este cuarto elemento es *el daño*.

4.—Sustancia y accidente de la ilicitud.

¿Cuál de esos cuatro elementos puede ser considerado como sustancial para caracterizar al acto ilícito?. A riesgo de incurrir en un pleonismo hay que responder que, para el derecho privado, el elemento esencial del acto ilícito es la ilicitud. Es decir, ese carácter del acto que le infunde su contradicción con la norma, asignándole así la índole de violación del ordenamiento jurídico. En efecto, los otros elementos —culpa y daño— concurren a integrar el fenómeno jurídico que es el acto ilícito. Pero la ilicitud

(31) R. Saleilles.—ob. cit.—loc. cit.

es la esencia misma que califica al acto. Y así, mientras es en cierto modo posible concebir un acto ilícito sin culpa y un acto ilícito sin daño; es inconcebible, en cambio, un acto que, sin violar norma alguna de derecho, pueda ser calificado como ilícito. El acto ilícito tiene, pues, esta esencia incontrastable: violatorio de la norma. Es este su elemento sustancial y necesario. Culpa y daño resultan entonces sus elementos accidentales y contingentes o, con más propiedad, sus elementos integrantes para la producción de efectos externos.

Esta investigación puramente intelectual acerca de la esencia del acto ilícito, esta búsqueda aparentemente inocua del sustancial elemento que le asigna su carácter e informa su naturaleza típica es, sin embargo, una investigación trascendental, en el exacto sentido lógico del concepto. ¿Por qué?. Porque las formas en que el acto ilícito puede presentarse tienen infinita variedad vital, al punto que no se les puede reducir a enumeración legislativa. Precisa saber entonces cuál es, en la variable multiplicidad de las formas, la invariable unidad de fondo que califica el acto ilícito.

Vale decir, cuál es el elemento que, aislado o con otros, conforma el acto ilícito. Precisado este elemento sustancial, ya podemos operar con seguridad para tratar el concepto de acto ilícito. Sin ese elemento no habrá nunca acto ilícito. Inversamente, aunque él esté sólo será suficiente para asignar ilicitud al acto. Y esta es la trascendencia y proyección práctica que tiene la investigación aquí esquematizada que, siendo en su origen puramente intelectual, resulta derivativamente práctica.

Este elemento sustancial del acto ilícito es —decíamos incurriendo en inevitable duplicación de la idea —la ilicitud. Pero esto que parece redundante debe ser, no obstante, insistentemente afirmado, porque es una idea que, depurando esta categoría jurídica, recién toma posición en la doctrina para influenciar consecuentemente la legislación. Hasta ayer, en efecto, se veía ya en la culpa, ya en el daño, el elemento sustancial del acto ilícito, al ser apreciado así, en general, como categoría jurídica.

Hoy mismo sostiene esta opinión tradicional mi respetabilísimo maestro doctor CORNEJO que, estudiando el acto ilícito en su magnífica exposición de nuestro Código, se adhiere a la definición a mi juicio no muy técnica de DEMOGUE —en otros aspectos tan renovado —y termina afirmando que, en el acto ilícito

to, "el elemento esencial es la dañosidad" (32). Mi maestro, siempre tan moderno, sigue aquí la opinión tradicional. Es precisamente la opinión contra la que SALEILLES afirmaba: "El hecho no es ilícito en cuanto es dañoso. Es ilícito en sí, independientemente de la consecuencia dañosa para otro" (33).

Siguiendo la moderna técnica germana para la calificación de lo ilícito, otro de mis maestros, el doctor LEON BARANDIARAN, al tratar del acto ilícito comentando también nuestro Código, sigue la diversa opinión de un gran jurista germano — ZITTELMANN — y, de acuerdo con este criterio, señala así la esencia del acto ilícito: "Lo esencial es, de tal suerte, que se obre contra derecho o que el daño, en general, no pueda ampararse en aquél. . . . Se requiere que se viole o ataque un derecho ajeno sin justificación" (34).

Por consiguiente, para la moderna técnica del derecho civil, tan cuidadosa en el fecundo esclarecimiento de las figuras y categorías jurídicas, no es la dañosidad "el elemento esencial" del acto ilícito. Por eso un acto puede ser dañoso sin ser ilícito, así como, opuestamente, puede concebirse un acto ilícito que no cause un efecto perceptible en el derecho privado. Lo que en ambas hipótesis diversas desaparece de manera idéntica es solamente la obligación reparatoria. En el primer caso, a pesar de haber daño, esta obligación no puede existir por la razón muy simple de que falta la ilicitud. Y en el segundo caso, la ilicitud existe, pero, al no existir el daño no hay objeto de reparación.

De esta comprobación brota entonces una sobria pero útil conclusión acerca de la obligación reparatoria: para que un acto genere responsabilidad civil vale decir obligación de reparar, debe ser, a la vez, ilícito y dañoso. Es decir, contrario a derecho y, al mismo tiempo, causante de daño. En efecto, volviendo a la idea anterior, si no hay ilicitud ¿cómo se origina la obligación de reparar?. Y en la otra hipótesis, si no hay daño ¿qué sería entonces lo que habría que reparar?.

En suma, para que la obligación reparatoria surja, uno y otro elemento deben concurrir en el hecho. Y esto es, desde lue-

(32) Angel Gustavo Cornejo.—"Código Civil.—Exposición Sistemática y Comentario" Tomo I.—Ed. Gil.—Lima, 1938, pág. 374.

(33) R. Saleilles.—ob. cit.—pág. 360.

(34) José León Barandiarán.—"Comentarios al Código Civil Peruano".—Acto Jurídico, Tomo I.—Ed. Gil.—Lima, 1938, pág. 223.

go, muy distinto a señalar la dañosidad como esencia de lo ilícito según lo hace la opinión tradicional. Esa esencia —repetimos— está constituida solamente por la conducta contraria a derecho o exenta de derecho. Por eso, insistiendo en su idea, afirma SALEILLES, “la violación del derecho de otro es un hecho ilícito en sí mismo, independientemente del resultado” (35). Actuar contra derecho o sin derecho es, pues, la esencia calificativa del acto ilícito.

5.—Uso y abuso del derecho.

En este orden de ideas llegamos inevitablemente a un punto en que el problema del acto ilícito y su calificación y el problema del abuso del derecho juntan sus fronteras inciertas. Sin embargo, no debo abandonar mi propio tema. Y por eso, sin penetrar en el sugestivo dédalo doctrinal que podría desarrollarse siguiendo el recorrido conceptual de las contradictorias opiniones que juristas de todos los meridianos intelectuales han vertido en nuestra época acerca de este tema apasionante, sólo me detendré ligeramente aquí. Trataré de anotar simplemente algunos aspectos que, sin duda, contribuirán a esclarecer el análisis elemental del acto ilícito que me ocupa en este lugar.

Cuando se afirma que la esencia sustantiva del acto ilícito es actuar contra derecho o sin derecho, puede ser planteada en seguida una razonable interrogante: ¿hasta qué punto es posible ejercitar lícitamente el derecho propio sin llegar al acto ilícito por colisión con el derecho de otro? Estamos en el dintel del problema del abuso del derecho. Pero ¿para qué perdernos inexpertamente en su inagotable riqueza filosófica?. Limitémonos a avisarlo a través de la idea de la ilicitud que estamos examinando, sin avanzar más para no alejarnos demasiado del objeto de este estudio.

El ejercicio de los derechos no puede ser, como ya vimos, una potestad ilimitada. El origen y la esencia misma del orden jurídico es la convivencia. Y esa idea básica excluye lógicamente la posibilidad conceptual de derechos ilimitados. El derecho subjetivo es sustancialmente una relación. Y toda relación supone por lo menos dualidad de términos. Esos términos que se relacionan son, en este caso, el individuo y el grupo social.

(35) R. Saleilles.—ob. cit.—pág. 366.

Es la unidad que actúa en la pluralidad. Y esta relación entre uno y todos es la que determina, en el derecho privado, a la vez la extensión y la limitación de facultades y deberes.

En el ejercicio de sus propios derechos está así implícito para toda persona un deber general: el respeto a otros derechos que, como el propio, están protegidos por la ley. Esa zona de libre acción comprendida entre el derecho propio y el ajeno y que no puede ser determinada nunca en forma general y abstracta es la zona de lo ilícito. Más allá de su cambiante límite, comienza la opuesta zona de lo ilícito.

Por eso es ilícito el ejercicio abusivo del derecho, o sea aquel "que no puede tener más finalidad que dañar a otro" (36). La antigua máxima jurídica: "*qui iure suo utitur nominem laedit*" era interpretada antes como dogma inmutable y, apoyándose exageradamente en ella, no pretendía que el que tiene un derecho puede ejercitarlo sin reserva alguna y sin preocuparse en lo absoluto de los perjuicios que el ejercicio sobrado de la facultad puede ocasionar a otro. Pero hoy una fórmula como esa que por absorbente resulta irreal es jurídicamente inconcebible. En el derecho moderno no puede existir facultad hasta ese punto ilimitada. La razón es muy simple: todo titular de derecho tiene, al mismo tiempo, el irrenunciable carácter de sujeto social. Al limitar su libertad, ese carácter recorta inexorablemente su facultad.

Si hay dos maneras de ejercitar un derecho, una perjudicial y otra no, escoger la primera equivale en el derecho moderno a cometer un acto ilícito. Aquí, al lado del derecho que teóricamente nace con dos vías de realización, surge automáticamente un deber que viene a limitarlo imponiéndole una de estas dos vías y excluyendo la otra. Pero ¿cuál será la solución del derecho privado ante el caso en que para el ejercicio satisfactorio del propio derecho sea preciso lesionar el legítimo interés de otro?. Inspirado ostensiblemente en la teoría alemana de que el derecho más débil debe ceder ante el más fuerte, DEMOGUE afirma que "sería absurdo admitir que hay un derecho oponible a otro derecho. El derecho objetivo no puede reconocer simultáneamente de-

(36) A. Von Tuhr.—ob. cit.—Cap. IV.

rechos inconciliables" (37). Pero en la práctica el caso no es imposible y en tales casos parece que la solución equitativa al problema de la colisión sólo puede ser una: ejercitar el derecho reparando el daño que inevitablemente origine su ejercicio al legítimo interés de otro.

6.—Limitación de la licitud por la utilidad.

En suma, el propio derecho puede ejercitarse hasta donde sea útil al titular. Un derecho irregularmente ejercido y que, por tal concepto, perjudique a otros es asimilable al acto ilícito. Los codificadores alemanes afirman por eso que "los elementos materiales del delito (se refieren al civil) no es necesario fijarlos legislativamente. Ellos resultan —agregan— de todo interés privado que está bajo la protección del derecho" (38).

El derecho privado pone así a la órbita de lo lícito un límite de convergente bivalencia: la propia utilidad que concluye y el daño a otro que comienza. Puede decirse entonces que lo lícito termina donde comienza lo ilícito y lo ilícito comienza donde el derecho,, por falta de interés, debe ya extinguirse o, más propiamente, no debe ya ejercerse.

Ahora bien, este límite oscilante y flexible no puede prefijarse con abstracta exactitud legislativa. La opinión del legislador alemán, es aleccionadora en este punto. En conclusión, cada tipo de relación jurídica debe ser confrontado en cada caso con la norma positiva y la resultante podrá dar en cada caso la extensión variable de lo lícito. Todo lo que salga de esa esfera sitúa las consecuencias en la opuesta esfera de lo ilícito. Y la regla es así en esta materia que todo acto que viole un interés privado protegido por el derecho es, en principio, un acto ilícito.

(37) René Demogue.—"Traité des Obligations en général". Tomo III.—Ed. Roussen.—París, 1923.

(38) "Exposición de Motivos del Código Civil para el Imperio Alemán".—II.—pág. 724.—(cit. por Saleilles).

CAPITULO V.

LA CULPA COMO ELEMENTO DEL ACTO ILÍCITO Y CONDICIÓN DE RESPONSABILIDAD.

SUMARIO: 1.—Elementos de la culpa. 2.—Formas de la culpa. 3.—Ponderación de la culpa. 4.—La exclusión de culpa. 5.—Modalidades de la culpa.

Estamos analizando el acto ilícito siguiendo el enunciado de ENNECCERUS y hemos visto esquemáticamente cuales son sus elementos constitutivos. Examinamos ya en el Capítulo anterior el elemento fundamental en virtud del cual el acto queda calificado como ilícito. Vamos a examinar ahora otro elemento que, en general debe integrar el acto ilícito como condición de responsabilidad: la culpa.

La culpa es, en el exacto sentido del adjetivo castellano, el elemento deleznable del acto ilícito. Es decir, el elemento que por resbaladizo y deslizante, complica la calificación del acto ilícito en cuanto es origen de obligación reparatoria, introduciendo un factor a menudo inasiblemente psíquico en un proceso de resultados indiscutiblemente físicos. Una demarcación precisa de la culpa es necesaria por eso para establecer su función de elemento del acto ilícito que obliga a reparar y su influencia como condición de responsabilidad.

1.—Elementos de la culpa.

¿Qué es la culpa?. Para el profesor PLANIOL es el “falta-miento a una obligación preexistente” (39) y esta definición es tácitamente aprobada por SOURDAT que la reproduce (40). Pero prefiere entre varias la definición muy precisa de ENNECCERUS. En un sentido amplio —dice— “culpa es una falta de la voluntad en virtud de la cual una persona puede ser hecha responsable del acto contrario a derecho cometido por ella” (41).

Este enunciado verbalmente tan conciso tiene evidente riqueza ideológica. Al lado del elemento subjetivo que es la falta de la

(39) M. Planiol.—ob. y loc. cit.

(40) M. A. Sourdat.—ob. cit.—I, 412.

(41) L. Enneccerus.—ob. cit.—cap. V, 426.

voluntad —que comprende ahí dolo y negligencia —ENNECCERUS, sin perder de vista la verdadera índole de lo ilícito, pone el elemento objetivo de la culpa: el acto cometido por la persona debe ser contrario a derecho. Esta calificación de la culpa incita a reflexionar.

La inculpación supone entonces la ilicitud del hecho inculpado y, al mismo tiempo, relación verdadera entre la persona y el acto. Supone además presencia de la voluntad, sea en forma positiva, vale decir activa, o en forma inhibitoria o negativa. Y en efecto, analizando el aspecto subjetivo de la culpa vemos que la falta de la voluntad puede presentarse en dos formas. De ahí que la doctrina califique el acto ilícito como doloso o como culposo.

En el acto doloso hay una acción directa de la voluntad. En cambio, en el acto simplemente culposo la acción de la voluntad es oblicua. En el primer caso hay entonces una proyección intensa y radical de la voluntad sobre el resultado, porque no hay término intermedio que detenga la fuerza de su efecto. En el otro caso la acción de la voluntad se proyecta sólo en forma oblicua sobre el resultado. Por tanto, hay un término intermedio entre el propósito del acto y su resultado que disminuye la intensidad con que la voluntad se proyecta sobre éste. Por eso la culpa tiene en ese caso efecto restringido.

2.—Formas de la culpa.

Esa distinción de dos clases de responsabilidad es generalmente aceptada por la clasificación doctrinal, aunque posteriormente se asimilen sus efectos civiles bajo el enunciado unitario de actos ilícitos. Y así, en tanto que ENNECCERUS distingue el dolo de la negligencia, VON TUHR hace análoga distinción bajo los términos semejantes de dolo y culpa propiamente dicha o, como él dice, *culpa strictu sensu*. Para VON TUHR el dolo es "la voluntad encaminada a producir una transgresión" (42). Como señalaba anteriormente, hay así en este caso una proyección directa de la voluntad que, partiendo del acto, se proyecta sobre el resultado. Se obtiene lo que se persigue y se persigue lo que se quiere: la voluntad actúa en línea recta.

(42) A. Von Tuhr —ob. y loc. cit.

Para el mismo maestro germano la culpa “consiste en no poner la diligencia necesaria en las relaciones sociales. Puede consistir —agrega— en actos imprudentes o en la omisión de providencias que el agente se hallaba obligado a tomar (*negligentia*)” (43). Hay en esta hipótesis, como ya señalaba también, una proyección de la voluntad que, partiendo del acto, se dirige oblicuamente sobre el resultado. Es decir, que se obtiene un resultado no querido al lado de otro resultado que si era deseado y perseguido (culpa). O, en otra posibilidad de la hipótesis, se obtiene un resultado no querido por ausencia de querer especial para impedirle (negligencia). En ambos extremos de la hipótesis la voluntad actúa en forma oblicua.

Enmarcando con su acostumbrada precisión técnica los elementos del dolo, ENNECCERUS los señala en el desarrollo de este enunciado: “querer de un resultado contrario a derecho con la conciencia de infringirse el derecho o un deber” (44). Por consiguiente: el acto debe referirse a un resultado contrario a derecho; ese resultado debe ser querido; debe existir conocimiento de la norma prohibitiva. Pero no es preciso que tal conocimiento de exacto y explícito. Esto lo explica muy bien VON TUHR cuando dice: “No hay dolo cuando no se tiene conciencia de contravenir el derecho, aunque esta ignorancia nazca de un error, en cuanto a los hechos o en cuanto al orden jurídico. En cambio—agrega— basta que haya conciencia de infringir el derecho, aunque se ignore que la acción es punible” (45).

El dolo es, pues, un factor distinto a las intenciones, o sea los motivos que impulsan al agente hacia la acción. Violar o destruir la propiedad ajena es un acto doloso y al derecho civil le importa poco que el acto violatorio se haya consumado por maldad, por simple malicia o, como lo haría un anarquista, por móviles idealistas convertidos en odiosa obsesión. Por eso es que VON TUHR afirma: “Las intenciones tienen en derecho civil menos importancia que en derecho penal” (46).

Al lado del dolo está la otra forma de culpabilidad. Es la que llama VON TUHR “culpa en sentido estricto”, distinguiendo el descuido y la negligencia y que, acaso con mejor técnica,

(43) A. Von Tuhr.—ob. y loc. cit.

(44) L. Enneccerus.—ob. y loc. cit.

(45) A. Von Tuhr.—id.

(46) A. Von Tuhr.—ob. y loc. cit.



ENNECCERUS califica genéricamente de negligencia, sin que esta simplificación genérica excluya las dos formas en que puede presentarse: activa o inhibitoria. La culpa en sentido restringido que él denomina precisamente negligencia es, a su juicio, "la omisión de la diligencia exigible en el tráfico, mediante cuya explicación podría haberse evitado un resultado contrario a derecho que no se ha querido" (47).

Distingue en seguida ENNECCERUS dos casos de conducta negligente. El primero es aquel en que conociendo la posibilidad de que una manera de actuar tendrá un resultado contrario a derecho, el agente acalla esta preocupación y omite la previsión exigible en el tráfico, confiando irresponsablemente en que tal resultado no se produzca en su caso. Para ENNECCERUS esa es "negligencia consciente" y la refiere a la significativa expresión romana "luxuria". Es decir, el acto de cuyas consecuencias se hace caso omiso porque sólo interesa su provechosa o placentera realización.

Hay en este caso conciencia del peligro en el agente. Pero, al mismo tiempo, hay cierta caprichosa y frívola confianza en que, como secuela indeseada del acto deseado, no sobrevenga ese resultado. Existe caprichosa despreocupación, pero nó malicia. Por ser ostensiblemente relacionado al acto aquel posible resultado es previsible. Pero no es especialmente buscado. Se busca, sin embargo, aquello que casi inevitablemente acarreará ese resultado previsible y no querido. La conducta puede ser calificada en esta hipótesis como caprichosa y frívola irresponsabilidad. Es un matiz psicológico interesante en la negligencia y bajo el sugestivo título de "El epicureísmo en el derecho privado" (48) el jurista M. PERITCH ha escrito un original ensayo acerca de estos sutiles aspectos de la culpa, cuya extensión e intensidad es casi siempre tan difícil de graduar y compulsar.

3.—Ponderación de la culpa.

Hay otro caso de conducta negligente señalado por ENNECCERUS: aquél en que, ignorándose la posibilidad del resultado contrario a derecho, podría, no obstante, haberse evitado ob-

(47) L. Enneccerus.—id. id.

(48) M. Peritch.—"De l' épicureisme dans le droit privé". En la "Revue critique".—1908, págs. 478 y sts.

servando simplemente la diligencia exigible en el tráfico humano. Esto es lo que con más propiedad se llama negligencia. Y este factor de descuido es el que sirve al eminente BIBILONI, autor del Anteproyecto argentino, para caracterizar la culpa cuando afirma que "consiste en la omisión de los cuidados que en presencia de las circunstancias hubiera empleado una persona prudente y razonable y con los cuales se habría evitado el hecho" (49).

Ahora bien: ¿cómo precisar este límite de diligencia que necesariamente debe ser enunciado en forma abstracta? Tal demarcación es siempre variable. El Derecho Romano la tipificaba en la diligencia normal usada en su actuación social por el "*bonos paterfamilias*". La exégesis histórica define el contorno del concepto, presentando la analogía que existió en Roma entre el buen padre de familia y el "*bonus civis romanus*", es decir el romano honorable.

Pero una concepción de la diligencia condicionada a esa figura extraña resulta hoy anacrónica. Se trata entonces de encontrar un paradigma, un tipo de razonable diligencia en la actuación humana. Vale decir, un patrón de medida o, según la expresión del derecho inglés, un "standard" de diligencia.

Así, abandonando aquel prototipo inspirado en el Derecho Romano que por impreciso y meramente histórico resulta hoy inadecuado, el moderno Derecho Civil Alemán ha optado por un nuevo "standard" de diligencia cuyas notas exteriores son por cierto más concretas. Concibe la diligencia como el conjunto de precauciones y cuidados que usa en sus relaciones "el comerciante bueno y honrado". Desde luego hay que entender esta expresión no en su estricta simplicidad literal sino en su verdadero alcance ideológico. Ese prototipo legislativo del B. G. B. tiene flexible adaptabilidad y VON TUHR explica esta flexión de la ley alemana cuando dice: "la medida de diligencia que la ley exige de la persona se ajusta a lo que *un hombre consciente de la categoría social de que se trata* (un comerciante ordenado, un buen hombre de negocios, un buen obrero etc.) hubiera puesto su parte en las circunstancias del caso concreto" (50).

La diligencia exigible tiene así un patrón abstracto en el Derecho Alemán. Pero él permite y exige en cada caso su concreta

(49) Juan Antonio Bibiloni.—"Anteproyecto de reformas al Código Civil Argentino" Buenos Aires, 1929.—Tomo II.

(50) A. Von Tuhr.—ob y loc. cit.

adaptación. Queda superado en esta forma el prototipo inmóvil del Derecho Romano que por su anacrónica imprecisión está siempre sujeto a la exégesis histórica y perjudica así la técnica legislativa o hace problemática la apreciación doctrinal.

Pero ya sea definida la diligencia mediante este sistema técnico de abstracción teórica y concreción práctica instalado en el Código Alemán, ya sea definida genéricamente a la manera del Derecho Inglés como la "conducta de una persona prudente y razonable" (51); el hecho es que la diligencia tiene siempre un promedio de exigibilidad que está en relación con el tiempo, el lugar, la persona y el modo de la relación existente. De ahí que, en un modernísimo y erudito estudio acerca de este punto, el jurista italiano CARLO PRADELLA afirma (52) que la figura del "hombre medio" que, bajo una u otra expresión, hoy sustituye a la del "*bonos paterfamilias*" del Derecho Romano, no es una ficción legal sino una realidad vital, porque la sociedad como el cuerpo humano tiene un centro de gravedad y ese centro de gravedad del conjunto social es precisamente ese "hombre medio". Es la diligencia de ese "hombre medio" la que exige el derecho a la conducta humana que se proyecta a lo social. Incurrir en negligencia es no actuar conforme a ese promedio. De este modo el concepto originariamente abstracto alcanza en cada caso la necesaria concreción.

4.—La exclusión de culpa.

Naturalmente que si el hecho es imprevisible o si, a pesar de ser previsible, resulta de todos modos inevitable la culpa desaparece. Estamos entonces ante dos supuestos de extraordinario valor doctrinal y cuya exacta apreciación no es tan simple. Me refiero a las nociones de "caso fortuito" y de "fuerza mayor".

Sin ser idénticas estas dos nociones son, sin embargo, homologables. Hay en ambos casos una fuerza externa que súbitamente excluye la culpabilidad. Por eso es usual en la doctrina moderna poner ambos términos bajo un signo análogo en la vida jurídica. Pero mientras el caso fortuito ("*casus*") califica un suceso que imprevistamente y en forma notoria impide el cumplimiento

(51) S. Halsbury.—"Laws of England".—Tomo XXI. v.: "Negligence".—Nos. 628-30.

(52) Carlo Pradella.—"La figura dell' uomo medio nella storia del diritto en el sistema giuridico privato". Turín, 1934.

de un deber jurídico; se califica de fuerza mayor ("*vis maior*") aquella condición de invencible o inevitable del suceso que impide el cumplimiento del deber jurídico.

Tal es evidentemente la idea del maestro PLANIOL cuando afirma que caso fortuito y fuerza mayor son "dos términos que corresponden a un mismo concepto". Por su parte, el profesor austriaco EXNER —cuya opinión fué expuesta por el doctor OLAECHEA, desde la Cátedra de Derecho de Obligaciones de la Universidad de San Marcos (53)— ve en el caso fortuito un hecho externo a la voluntad del agente pero que tiene su origen en la misma esfera de hechos de que se trata. En cambio, la fuerza mayor es, para él, una fuerza que sea natural o del hombre es siempre extraña a la esfera de acción sobre la que viene a proyectarse.

El profesor argentino COLMO no concede importancia a la distinción entre ambos términos y señala que se identifican en sus efectos. Pero no toda la doctrina se desinteresa de aquella distinción. Para los profesores COLIN y CAPITANT, por ejemplo, la fuerza mayor es irresistible, invencible: en tanto que el caso fortuito es un obstáculo que se puede vencer mediante un extraordinario despliegue de voluntad (54). Pero este distingo que es tan sutil no es práctico. Sin duda es más real y más exacto identificar doctrinariamente ambos términos atendiendo a sus efectos que sustancialmente se encierran en ésto: la exclusión de culpa.

Ese es el aspecto que nos interesa aquí. Y es en este punto en el que BIBILONI se detiene con especial interés. "Hay profesiones —dice el autor del Anteproyecto argentino— que no podrían ejercerse si la posibilidad de la previsión constituyese culpa. El cirujano sabe que en determinado número de casos, no obstante estar indicada la operación, se produce la muerte o la mutilación y, sin embargo, está justificado su proceder no obstante el riesgo e interesa a la sociedad que ejerza su ministerio sin temor

(53) Es lamentable que por no existir una versión exacta de esas recordadas lecciones con que el doctor Manuel Augusto Olaechea, presentó, desde su Cátedra de la Universidad Mayor de San Marcos, la teoría de las obligaciones y de la contratación en el nuevo Código Civil de 1936, no sea posible seguir aquí la exposición que en esa ocasión hiciera de la teoría expuesta por Exner en su moderno estudio sobre "La noción de la fuerza mayor".

(54) MM. Colin et Capitant.—"Cours élémentaire de Droit Civil Français".
—II.

de las consecuencias. El límite —agrega— está en la impericia” (55).

La afirmación de que la imposibilidad de prever no excusa en los actos ilícitos derivados de culpa es rebatida con lucidez por el mismo BIBILONI, porque, a su juicio, “es contradictorio establecer que la culpa es omisión de cuidados necesarios y concluir, por otro lado, que ella existe a pesar de la imposibilidad de prever el suceso. ¿Qué cuidados puede exigirse para que no se produzca lo que no puede siquiera conocerse?” (56).

Tratando este punto, DEMOGUE hace una interesante indicación. Reconoce primero la imposibilidad de inculpar un resultado verdaderamente imprevisible. Pero agrega que la ley limita con sus disposiciones de índole diversa este campo de lo imprevisible. ¿Cómo?. La respuesta la ofrece sin dificultad: “prohibe —dice— determinadas maneras de actuar, porque prevé que ellas pueden conducir a resultados ilícitos (57). En tales casos —concluye— el que actúa de manera prohibida está automáticamente en culpa. Es el caso, por ejemplo, de quien viola reglamentos de tráfico que en lo administrativo tienen, de hecho, forma y eficacia de ley.

En el desarrollo de su exposición, distingue DEMOGUE dos clases de disposiciones legales prohibitivas. Son unas aquellas que, definiendo resultados dañosos (homicidio, incendio etc.), exigen una investigación psicológica en el agente de la violación para apreciar la existencia o inexistencia de culpabilidad. “Pero hay otras disposiciones—afirma DEMOGUE—que son reglas de policía y prohíben actos de resultados dañosos, por ejemplo: velocidad excesiva de vehículo, falta de luz, etc. Cualquiera que viola esas reglas contempladas como medios de causar daños es responsable del daño causado”. Y completando la idea podría agregarse que no es posible invocar en ese caso imprevisibilidad del resultado como razón excluyente de culpa.

La conclusión que interesa obtener en este punto es que no se puede invocar caso fortuito ni resultado imprevisible cuando el hecho dañoso producido no sólo era evitable actuando conforme a ley sino que, además, era previsible al representar precisamente el resultado que la norma quiere impedir con su precepto.

(55) J. A. Bibiloni.—ob. cit.

(56) J. A. Bibiloni.—ob. cit.

(57) R. Demogue.—ob. y loc. cit.

No actuar conforme a este precepto equivale lógicamente a aceptar el resultado ya previsto como corolario de su violación.

Llegamos entonces a la conclusión de que la culpa —como expresión de la voluntad activa o inhibitoria del agente— sólo desaparece en el caso que el hecho sea imprevisible: caso fortuito. O en el caso que, a pesar de ser previsible, sea inevitable: fuerza mayor. Y sin detenerme más en estas nociones, examinaré otros aspectos de la culpa considerada como fenómeno psico-físico de consecuencias jurídicas.

5.—Modalidades de la culpa.

Examinando los caracteres del acto ilícito en el Capítulo anterior, vimos que ENNECCERUS consideraba como primero y fundamental elemento algo obvio: la realización de un acto. Y desarrollando su idea agregaba: acto, o sea la realización querida o previsible de un resultado exterior.

Entonces bajo la denominación general de *acto*, el maestro alemán, y con él la mejor doctrina, encierra tanto el hacer como el no hacer. Esto último tiene apariencia contradictoria, porque el no hacer en realidad no es un acto. Pero salvando el obstáculo verbal hay que ir aquí al contenido ideológico de los términos. Y si el acto es la forma en virtud de la cual se llega un resultado exterior: ¿no es evidente que se puede llegar indistintamente a tal resultado querido haciendo y omitiendo?

De ahí que la culpa asume estas dos formas: hacer y no hacer. Si con estas dos actitudes opuestas puede violarse igualmente la norma y con ella el derecho de otro, el resultado es idéntico. Por eso dice PLANIOL que la culpa es un hecho psicológico y que ella “puede estar acompañada sea de un acto positivo, sea de un acto de abstención” (58).

Son las dos formas de culpa que ya distinguían los romanos: “*in faciendo*” ó “*in non faciendo*”. Esta distinción tiene hoy una significación meramente teórica puesto que en ambas formas de culpa la técnica del derecho civil actual ve un sólo e idéntico fenómeno que es la violación de un deber o la omisión de una obligación, no importa que ella sea de hacer o de no hacer.

(58) M. Planíol et G. Ripert.—ob. y loc. cit.

Pero se discute con sutiles raciocinios si en la esfera de las relaciones extracontractuales es posible considerar una culpa de no hacer. Ya CICERON meditaba acerca de este tema, pero planteándolo más en su raíz filosófico-moral que en su aspecto jurídico cuando, en uno de sus célebres tratados, afirmaba: "Hay dos clases de injusticias: la que se hace y la que se deja hacer pudiendo impedirse" (59).

Ahora bien, el Derecho rige sobre la humana actuación con una extensión más restringida que la de la Etica y no todo lo que la Etica condena es condenado por el Derecho, porque el objeto de sus normas distintas, siendo semejante, no es idéntico. Por eso no se puede jurídicamente calificar de culpable cualquier abstención, aunque sea dañoso su resultado. ¿Cuál es entonces el criterio para calificar de culpable una omisión?

En este punto hay un perfecto acuerdo entre dos maestros de la doctrina como son PLANIOL y CHIRONI, perito en este problema de la culpa. Dice el profesor PLANIOL que la culpa por abstención sólo existe "si el que se abstiene tiene obligación de actuar" (60). Y, por su parte, afirma CHIRONI que "en el campo de las relaciones extracontractuales se responde por la culpa *in non faciendo* cuando la ley impone, con respecto al derecho ajeno, la obligación de hacer" (61). La violación del deber jurídico es entonces idéntica cuando se hace lo que no se debía hacer y cuando no se hace lo que se debía hacer. Varía la forma y permanece invariable el contenido de la actuación irregular.

No es preciso que me ocupe aquí de otras modalidades de la culpa —"*in vigilando*", "*in eligendo*", "*in custodiendo*"—, unificables bajo el signo común de formas indirectas de culpa. La mayor importancia e interés de estas nociones se traslada al ámbito legislativo y trataré por eso de su alcance doctrinal al examinarlas a través de los correspondientes dispositivos de nuestra ley civil.

(59) M. T. Ciceron.—"De los deberes".—I, 57. Ed. Garnier.—París, 1928.

(60) M. Planiol et. C. Ripert.—ob y loc. cit.

(61) G. P. Chironi.—ob. cit.—Cap. I.

CAPITULO VI.

EL DAÑO COMO ELEMENTO DEL ACTO ILÍCITO Y OBJETO
DE LA REPARACIÓN.

SUMARIO: 1.—El daño reparable y su extensión. 2.—Limitación del daño. 3.—Apreciación del daño. 4.—Daño moral y reparación pecuniaria— 5.—Objeción teórico-técnica a la reparación material del daño moral. 6.—Solución de la práctica reparatoria.

Cuando en Matemáticas una cantidad depende de otra u otras en virtud de una o varias operaciones o vínculos se dice que es una "función" de aquéllas. Sólo se concibe entonces tal cantidad como realización de las que son sus condiciones.

Sin forzar la analogía pero usando este esquema matemático, podemos concebir la idea de daño reparable como una "función" de las ideas concurrentes de ilicitud y culpa. ¿Por qué?. Porque sólo presuponiendo la idea de acto ilícito y anexa a esta idea la de culpa—eventualmente sustituible por la de riesgo—, podemos llegar a la idea subordinada de daño en el sentido que nos interesa aquí: daño que obliga a la reparación.

1.—El daño reparable y su extensión.

Se explica así que BIBILONI sólo llegue a la idea de daño después de haber calificado y definido primero la idea de acto ilícito y en seguida la idea de culpa. Presupuestos ambos factores es posible, en efecto, llegar al concepto de daño reparable que representa una resultante. Afirmadas tales nociones el autor del Anteproyecto argentino avanza a la consideración legislativa del daño declarando: "Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria en su persona, bienes o derechos" (62).

Se presupone desde luego, de acuerdo con las nociones anteriores, que el hecho causante de daño no es conforme a derecho y que se ha hecho posible por realización imputable, es decir por culpa o negligencia calificada.

Al examinar el concepto de daño reparable la primera noción que hay que considerar es la de su extensión o alcance. Esta no-

(62) J. A. Bibiloni.—ob. y loc. cit.—Art. 5.

ción es por cierto inseparable de la relación de causalidad que vincula el daño al hecho imputable que lo origina. Pero ¿hasta qué punto puede extenderse esa relación de causalidad entre el acto ilícito causante y el daño causado?. Es el problema de la extensión del daño reparable. Lo analizaré brevemente.

El daño que obliga a reparación es necesariamente un efecto de la causa que es el acto culpable. Ahora bien: ¿el lazo causal une la falta sólo con el daño inmediato o con todos los subsiguientes efectos?. Si el daño causado provoca indirectamente otros perjuicios, ¿debe considerarse en la reparación sólo al daño originario, aislándolo de los derivados, o éstos deben ser considerados junto con aquél como un daño indivisible y único?.

Es un problema tanto o más difícil que el de la ponderación de la culpa al que en ocasiones se encuentra vinculado. La cuestión ha preocupado desde los tiempos clásicos. Ya JULIUS PAULUS — el gran Pretor durante el imperio de Severo y uno de los Cinco Grandes de la Ley de Citas de Teodosio — calificó de "inícuo" poner a cargo del actor de un hecho las consecuencias directas e indirectas, inmediatas y remotas de este hecho. Fiel a la orientación romanista que invariablemente la inspira, la doctrina francesa contemporánea del Código napoleónico—DUMOULIN y POTHIER— se inclinó a clasificar las consecuencias del daño atribuyendo eficacia sólo a las directas y necesarias.

Pero no toda la doctrina moderna se afilia a esta concepción y se ha llegado a considerar el daño como una unidad indivisible que excluye, por tanto, toda artificiosa línea divisoria. Un daño— se ha pensado —es el hecho que lo origina junto con todas las consecuencias. Y así mientras la doctrina francesa con DEMOLOMBE y BAUDRY-LACANTINIERY, concordando con GIORGI en Italia, se mantuvo adicta al concepto clásico del daño reparable —daño inmediatamente ligado al hecho que lo causa —; los pandectistas alemanes, y sobre todo WINDSCHEI, reaccionando contra ese sistema que era el del Código Prusiano, se pronunciaron por la extensión ilimitada del daño. Afirmaron precisamente aquella idea calificada de "inícuo" por PAULUS, o sea que existiendo un nexo de causalidad entre el hecho y las consecuencias, por lejanas que ellas sean, el daño las comprende a todas. Esta idea arraigó en el Derecho Alemán moderno que se inclina a aceptar el criterio de la causalidad para graduar la extensión del daño. Pero precisa siempre de la medida legal de limitación.

Explicando esa medida, ENNECCERUS, después de admitir que no es necesario que el daño se funde en el hecho, que pueden coparticipar otros hechos y que debe tenerse sólo “como regla que sin él no se habría efectuado el estado de hecho que obliga a la indemnización”. termina afirmando: “Hasta en la existencia de la relación condicional no puede considerarse como consecuencia del hecho lo que, según su naturaleza, era completamente indiferente para el nacimiento del daño ocurrido”. Y a continuación, para apoyar su tesis, ENNECCERUS propone como desarrollo una breve antología casuista: “El sastre que no entregó a tiempo el abrigo de pieles encargado, no es responsable —dice— si el viajero que por esa causa defirió su viaje fué dañado por un desastre ferroviario. El que causó una pequeña herida—agrega—no es responsable del daño causado por el hecho de que el herido, trasladado a una casa de curación, adquirió en ella el cólera, o porque el médico que lo vendó transmitió a la familia una infección, o porque el mensajero del farmacéutico que trajo el vendaje efectuó un robo” (63).

Como se ve, el casuismo jurídico puede ir aquí hasta el infinito. Por eso DERNBURG, después de analizar numerosos casos judiciales y enjuiciarlos a la luz de ese principio de rigurosa causalidad, llega a una conclusión adversa a ese sistema tan peligroso por inflexible y ciego. Opina que entender por daño no sólo las consecuencias directamente originadas en el hecho sino también, al lado de éstas, las que tienen su origen en circunstancias independientes, representa lo que él califica de “justicia de un ojo” (64), porque sólo tiene uno para mirar al damnificado y no lo tiene para ver el caso del causante del daño y presunto autor de los desastres sucesivos.

Proponer tal criterio para graduar el alcance del daño equivale ciertamente a convertir la Justicia en un odioso Polifemo que, sin alcanzar a analizar equitativamente las causas del hecho, las unifica todas con la mirada inmóvil de su ojo único. Solamente vé así una causa originaria que con abusivo simplismo sitúa en el hecho que inició todo aquello que, en realidad, es un complejo proceso de causas y efectos igualmente conectables a causas remotísimas.

(63) L. Enneccerus.—ob. y loc. cit.

(64) Dernburg.—“Das bürgerliche recht”.—II. 1. (traduc. y cit. por Bibiloni).

2.—Limitación del daño.

La necesidad de limitar el concepto de daño es evidente. A pesar de tener ostensible criterio extensivo en este punto, el Código Civil Alemán encuentra, so obstante, una moderada fórmula limitativa al declarar (art. 249) que, al indemnizar daños, hay que “restablecer el estado de cosas que habría existido si no hubiera ocurrido la circunstancia que obliga a indemnizar” Hay de todos modos un criterio valorativo del proceso causal, porque no es lógico que un hecho dañoso cualquiera —que, bien analizado, igualmente obedece a otras causas —sea considerado como origen de efectos infinitos. Hay un número de circunstancias que en realidad se derivan siempre de un hecho determinado. Pero al lado de esta secuela de consecuencias necesarias hay otras que son meramente accidentales. Para dar origen a estas últimas concurren visiblemente otros factores que no pertenecen ya al mismo proceso causal. Por consiguiente, no pueden ser incorporadas al daño. Si el daño tiene un momento en que principia debe tener también un momento de fin y extenderlo sin medida hasta el infinito equivale hacerlo absoluto, suscitando así una noción inexacta.

Ahora bien, dentro de un proceso de resultados de un acto: ¿en qué momento y en virtud de qué criterio se puede finalizar ese proceso de enlaces causales?. ¿En qué momento concluye el daño?. O, mejor dicho: ¿hasta qué punto se extiende?.

La dificultad reside precisamente ahí. En la necesidad de establecer límites al proceso causal están de acuerdo todos los autores, inclusive los que siguen la doctrina germánica. En lo que no existe acuerdo es en el criterio limitativo que, por lo demás, es bastante difícil encerrar en una fórmula abstracta. Por ejemplo, PLANK, que es uno de los autores del Código Alemán, reconoce que para apreciar la extensión del daño no basta simplemente la conexión causal. Considera que se necesita otra condición más. Pero afirma en seguida que esa condición no puede ser precisada siempre anticipadamente (65). Vale decir, en una fórmula abstracta y general con eficacia para todos los casos.

¿Con qué regla determinar entonces este límite?. La solución que el codificador alemán enuncia al finalizar su análisis no puede servir de solución legislativa. Opina que ante un daño que exi-

(65) Plank.—“Kommentar”.—II. art. 249. (cit. por Bibiloni).

ge reparación, el juez decidirá el límite del proceso causal. Para BIBILONI eso significa que "la regla legal no es regla" (66). Y ciertamente desplazando de ese modo la solución de la fórmula legislativa a la decisión judicial, los ilustres autores del Código Alemán no avanzan mucho a la solución de lo que en este punto hay de problema doctrinal.

Es necesario entonces mantener las limitaciones distintivas del daño y nó concebirlo como un todo que va del hecho hasta las lejanas consecuencias. Hay que admitir la distinción entre daño inmediato y mediato, directo e indirecto. Pero a menudo es difícil hacer esta calificación. Así el problema se traslada sin desaparecer. Por eso PLANIOL advierte que "es imposible formular una regla que permita decir cuando el perjuicio es una consecuencia demasiado lejana" (67) para poder considerarlo indirecto. Sin embargo, en su célebre comentario al Código prusiano, KOCH afirmaba que "la clasificación pertenece al lenguaje común" y agregaba: "Inmediato es lo que sin medio, sin intervención de una tercera cosa, nace de sí mismo. Mediato, por contraposición, es lo que tiene una causa que existe fuera de él" (68).

Si con ese criterio consideramos que el daño es sólo la consecuencia inmediata, deberá tenerse por tal la que nace directamente del hecho originario. Y consecuencia mediata será entonces la que, surgiendo derivadamente del hecho originario, recibe otro impulso que permite lanzar los resultados del hecho más allá del efecto que obedecía al primer impulso.

Pero nada esclarece mejor este problema de la limitación del daño que la distinción entre daños directos e indirectos ("*circa rem*" y "*extra rem*") magníficamente estudiados por la sabiduría jurídica del gran maestro germano MOMMSEN en uno de sus más célebres estudios (69). Siguiendo esta idea es posible asimilar el daño inmediato ("*utilitas circa rem ipsam*") a la idea de daño directo y, por consiguiente, de daño previsible; en tanto que el daño mediato ("*utilitas extra rem*") podrá paralelamente asimilarse a la idea de daño indirecto y, por consiguiente, imprevisible.

Así, operando con estos conceptos, es posible ya intentar en

(66) J. A. Bibiloni.—ob. y loc. cit.—Art. 5.

(67) R. Planiol et G. Ripert.—ob. y loc. cit.

(68) Koch.—"Allgemeines Landrecht".—I, 123. (cit por Bibiloni).

(69) T. Mommen.—"Die Lehre vom Interesse".—Berlin, 1855.

cada caso una limitación aproximadamente exacta del daño. Hemos visto que trasladar el criterio para la limitación del daño de la esfera legislativa a la judicial no es resolver el problema del límite. Significa simplemente desplazarlo. Es preciso siempre que el Juez tenga una pauta que inspire en este punto sus decisiones y las coordine. Y esa pauta, ese *criterium* para realizar la limitación puede ser sin dificultad el que hace consistir el daño causado por un hecho ilícito en todos los resultados que, por seguir al hecho en forma inmediata y directa, eran previsibles. De este modo, *contrario sensu* quedan excluidos del concepto de daño los resultados imprevisibles del hecho. Y el daño se limita entonces a lo que ENNECCERUS denomina "el primer resultado ilícito". Este primer resultado ilícito es por cierto el hecho mismo y nó los que cercana o lejanamente se derivan de él.

3.—Apreciación del daño.

Pero la limitación de su alcance reparatorio no es el único problema que plantea el concepto jurídico de daño. Hay otro de paralela importancia y que consiste en su estimación. No se trata ya de la medida del daño como cantidad de resultados nocivos. Se trata de la calidad de tales resultados. Y esta cuestión nos pone frente a un tema insistentemente debatido en el derecho civil moderno: ¿debe definirse la calidad y alcance del daño por su propia naturaleza o con relación a otros conceptos?. En otros términos: ¿el daño debe considerarse impersonalmente o como fenómeno concretamente referido a la persona dañada?.

Estas no son sutilezas. Bajo la apariencia de inútil formalismo hay aquí una interesante cuestión de fondo. Con análisis de extenso e intenso interés, el profesor alemán FISCHER la estudia en una obra especialísima que ya he citado (70). Por no alejarme demasiado de mi propio tema no seguiré todo el lúcido examen que hace del problema y me limitaré a una comprimida reseña.

El concepto de daño está inevitablemente vinculado al concepto de patrimonio. De este concepto parte FISCHER para su análisis. Pero el patrimonio —que para FISCHER, como para otros modernos, no es una unidad de cosas sino de derechos (71)

(70) Hans A. Fischer.—ob. cit.—Cap. II.

(71) N. Coviello.—en su ob. cit.—pág. 272, argumenta extensamente contra este concepto que, según él, constituye una inútil ficción.

— contiene cosas que encierran valores diversos. Ahora bien, este valor puede ser —es la distinción de la escuela vienesa de Economía —*de uso* o *de cambio* y si es cierto que tal distinción pertenece a la dogmática económica no es menos cierto que emana de la realidad del comercio humano.

Afirma entonces FISCHER que puede hablarse en cierto modo de *patrimonio de uso* —suma de bienes que sin ser fuente de utilidades monetarias sirve directamente a las necesidades del dueño —y de *patrimonio de cambio* o patrimonio productivo, es decir conjunto de bienes que, en virtud de su carácter circulatorio, sirven para obtener nuevos valores.

¿Y qué consecuencia le sugiere esta clasificación?. Es muy sencilla y a través de su formalismo accidental se ve su utilidad sustancial. Se trata de apreciar el daño, vale decir de ponderarlo ya no como cantidad de resultados nocivos de que hablamos antes, sino como calidad de ellos. Y al apreciar el daño, que es siempre quebranto de valores económicos, no puede olvidarse esa distinción de las diversas formas del valor.

Aunque el economista austriaco SCHELL—citado por FISCHER y que acaso no presentía la restauración moderna del primitivo comercio de trueque—afirmaba que “el valor de las cosas va tomando en la mente del hombre valor cada vez más vivo de valor de cambio, hasta cifrarse en el dinero, el cual, de este modo, acaba por absorber el concepto de valor”; esto no excluye ciertamente que una serie de bienes y derechos, sin encerrar virtud productiva y sin ser convertibles en dinero, entrañen un valor—de uso —para su titular. Por eso son valores patrimoniales susceptibles de daño y, por tanto, de reparación.

Surge así la idea del “interés” por contraposición a la idea más estricta del valor entendido como convertibilidad en dinero. Cuando CROME afirmaba que “el daño se aprecia individualmente, atendiendo a la especial situación del lesionado” (72), expresaba con exactitud este punto de vista del “interés”, que valoriza con un criterio más fino que el estrictamente económico y que es tan propio de los pandectistas alemanes.

La antigua concepción que apreciaba el daño “*vera rei aestimatio*” es sustituida por la más individualizadora y equitativa

(72) Crome.—“Teorías fundamentales de las obligaciones en el derecho francés”. (cit. por Fischer, en trad. de Roces).

concepción del "*id quod interest*" tan profundamente estudiada por MOMMSEN (73), con magna inspiración científica.

En suma, el daño debe apreciarse atendiendo a lo que el bien o derecho patrimonial lesionado representaba dentro del conjunto patrimonial del lesionado, es decir vinculándolo a la viva noción de interés.

4.—Daño moral y reparación pecuniaria.

Y llegamos por último a otro problema verdaderamente difícil que se suscita dentro de la noción de daño reparable: el problema del daño moral. Este no consiste por cierto en investigar la existencia del daño moral, porque dentro de ciertas hipótesis tal forma de daño es evidente. El problema surge a propósito de si es o nó posible su reparación pecuniaria dentro de términos de estricto derecho privado.

Para dilucidar esta cuestión es preciso delimitar previamente la idea de daño moral. Y es que a menudo se admite en este punto interferencias equívocas, aceptando como daño moral lo que, en realidad, es acción moral pero con definido reflejo patrimonial. En esos casos el daño tiene una iniciación de orden moral, pero su resultante es patrimonial. Y aquí volvemos a encontrar, aunque en forma oblicua, aquella idea de la extensión de la relación causal y de su alcance que antes analizamos. Recordando esas ideas podemos decir que el reflejo patrimonial de la dañosa acción moral es en este caso tan inmediato y directo que él es el daño mismo. No hay artificiosa prolongación del enlace causal.

Tratando este punto BIBILONI propone el ejemplo del médico al cual se atribuye errores y torpezas de tal magnitud que el daño inferido con esto al prestigio profesional, a pesar de su forma moral, es netamente patrimonial. Hay acción moral y directo efecto patrimonial. El descrédito produce la pérdida de la clientela. Y la acción que no se dirigía directamente sobre cosas o bienes tangibles origina indirectamente un daño patrimonial. En tales casos lo inmaterial, como indica CHIRONI, no es el daño sino el acto que lo irroga.

Por no despejar esta confusión es que se presenta a veces como "daños morales" perjuicios que vulneran directa o indirecta-

(73) T. Mommsen.—ob. cit.

mente el patrimonio y que, por consiguiente, constituyen lo que el Profesor civilista español ROCES —catedrático en Salamanca y visiblemente adicto a las orientaciones germánicas del derecho privado moderno —denomina “daños patrimoniales impropios” (74). Es decir, originados en la esfera de derechos no patrimoniales, pero que trascienden directamente a valores del patrimonio.

Pero el caso del daño moral que constituye problema es otro. Se trata del daño moral propiamente dicho que en nada afecta al patrimonio. ¿Cómo repararlo entonces con dinero?. Ese es el problema, y si en la práctica se resuelve en forma muy simple mediante una identificación legislativa, no puede llegarse a tan fácil solución en el campo científico de la teoría pura.

En efecto, si se admite el pago de dinero para subsanar daños morales: ¿tal pago es una indemnización o es una pena?. Volvemos con esta interrogante a la frontera doctrinaria de lo civil y lo penal que Capítulos atrás procurábamos delimitar. Este es el aspecto interesante del problema y, sin detenernos demasiado, conviene reflexionar sobre él.

El problema del daño moral es así el de la posibilidad e imposibilidad de su reparación pecuniaria sin abandonar para ello el ámbito doctrinal del derecho privado. Si lo moral es lo inmaterial, lo que por esencia no es apreciable en dinero: ¿cómo entonces reparar su menoscabo con dinero?.

La función inseparable y característica de la indemnización es efectivamente lo que IHERING llamó con su acierto “función equivalencial”. Es decir, aquella mediante la cual, con otros nuevos valores equivalentes, se sustituye los valores destruidos por el daño, subsanando así por nivelación el quebranto causado. Pero una operación de esta índole exige evidentemente valores e intereses cifrables en dinero por ser éste el instrumento común de equivalencia. Y ¿cómo tasar en dinero el honor que es un bien estrictamente moral?.

De ahí que en la autorizada opinión de BINDING los daños a bienes como ese son irreparables (75). Se puede y se debe aplicar en esos casos una pena al agente, pero no cabe compensar eco-

(74) Wenceslao Roces.—“Breves acotaciones sobre el régimen de reparación de daños en el Derecho Español”.—Madrid, 1928.

(75) Binding.—“Normen”.—I, pág. 170 y ss. (cit. por Fischer).

nómicamente al dañado si el daño es estrictamente moral. La razón es muy simple y es que los bienes inmateriales y el dinero son magnitudes incomparables.

5.—Objeción teórico-técnica a la reparación material del daño moral.

Pero avancemos al fondo puramente racional y científico del problema y a su aspecto teórico-técnico. Supongamos que la reparación es factible y admitamos que la suma de dinero tiene auténtico efecto reparatorio del daño moral inferido. Ahora bien: ¿eso es una indemnización o es una pena impuesta al agente?. Según la respuesta el problema se queda dentro del derecho privado o exige ya una acción pública de carácter penal.

Esto es lo interesante desde el punto de vista científico del derecho privado y de su delimitación técnica. Pero la respuesta es paralelamente difícil al interés de la cuestión. De ahí que FISCHER afirme que “todo es incertidumbre al entrar en la esfera de los daños morales”. Y agrega en seguida un análisis comparativo de las funciones distintas de la pena y la indemnización que contribuye a situar con acierto el contorno teórico del problema. Y aunque ya tratamos de este aspecto en el Capítulo III, estudiando los aspectos distintos de la pena y la reparación, urge insistir aquí.

“La pena se impone —escribe— para castigar la culpa del delincuente; la indemnización para reparar el daño del perjudicado. La pena puede existir sin necesidad de que el delito haya producido un daño (tentativa), cosa incompatible con la indemnización; la extensión y alcance de ésta se mide por la extensión y alcance del daño y no por el grado de culpabilidad. La finalidad de la indemnización es reparar un mal inferido. La pena se propone castigar un mal causado infligiendo al causante otro nuevo. La pena es siempre consecuencia de un delito; *en el régimen de indemnización el acto ilícito es una de las tantas causas determinantes*” (76).

No es difícil distinguir la pena de la indemnización cuando se trata de daño patrimonial. Tampoco se borra la visible línea de separación doctrinal cuando la reparación de un daño no patrimonial debe hacerse mediante el restablecimiento del estado de cosas que existía antes del daño.

(76) H. A. Fischer.—ob. cit. pág. 223.

Pero cuando se desea subsanar en metálico el daño inmaterial inferido: ¿en virtud de qué podemos distinguir la pena de tal indemnización?. Se dice que hay que aplacar el sentimiento jurídico herido y con esa idea como fundamento de la indemnización se ingresa ya a la esfera penal. Es la idea romana y germánica de la pena privada y no el concepto moderno de la reparación. Es en el fondo la vieja idea que concibe tal pena privada como una complacencia compensatoria o, en palabra del "*DIGESTO*" (44.—6.—3), como un "*solatium*".

La indemnización por daño moral tiene así más características de sanción penal que de reparación propiamente dicha. Y esta es una observación de carácter técnico que no permanece estéril. Origina otras nuevas observaciones, porque si se impone como sanción para quien agravia más que como satisfacción para el agraviado: ¿podrá constituir entonces una obligación de naturaleza civil que se trasmite a los herederos del agente y accesible por lo mismo a los acreedores del agraviado?. Si en tal hipótesis negamos a la obligación la naturaleza civil con todas sus consecuencias, tendríamos que aceptar aquí una idea hoy jurídicamente inconcebible o sea la penalidad hereditaria. Y no hay posibilidad de tercer término: o hay obligación civil o se admite la penalidad hereditaria.

Ahora bien, si negamos la posibilidad de la sucesión obligatoria, negamos, a la vez, ese carácter de obligación civil que tiene el deber reparatorio por daño causado y en virtud del cual queda incorporado al activo patrimonial del agraviado y al pasivo patrimonial del agente del daño.

Aparte de las dificultades de carácter práctico acerca de su valuación a que aluden todos los tratadistas, la indemnización en dinero por daño moral conduce a importantes problemas teóricos compendiables en la ya enunciada interrogante: ¿es indemnización o es pena?.

Pero en materia de daños al derecho civil sólo le corresponde en realidad una función a la vez muy importante y muy simple: lograr que sean reparados todos los daños causados sin derecho. Toda otra idea —de venganza, de compensación, de castigo, de sanción— queda fuera del ámbito del derecho privado. Por eso creo posible afirmar con ROCES que "hay razones para excluir las reparaciones debidas en caso de agravio al honor, la li-

bertad, los sentimientos, etc., del concepto técnico y genuino que ponemos bajo el nombre de indemnizaciones" (77).

6.—Solución de la práctica reparatoria.

Hay además dificultades prácticas vinculadas a esa calificación teórica del daño moral reparable con dinero. Las enuncian todos los tratadistas y PLANIOL, después de revistarlas, concluye que "la dificultad para apreciar el daño no es una razón para rehusar la indemnización" (78).

Es esa, en general, la conclusión favorable de casi toda la doctrina. Sin embargo, se le oponen críticas vigorosas como la que expone tan polémicamente BIBILONI, llegando en su apasionada requisitoria a proponer el caso sarcástico del marido engañado que reclama "el precio de su honor lastimado" y agregar: "Hasta se ha dado el caso de que, cobrada la suma al amante, los esposos se han reconciliado y unido y Demolombe, al tratar de ésto, dice que hechos de esa índole levantan una repulsión instintiva" (79).

Pero si en ocasiones el sistema indemnizatorio puede dar origen a esas "especulaciones malsanas y codicias agresivas" a que tan radicalmente alude BIBILONI; si es verdad, como también afirma él, que no se sabe cómo valorar el daño y que "no hay punto alguno en qué afirmar la estimación"; no es menos cierto que la Justicia no puede cerrar aquí un camino que, en muchos casos, aminorará ciertamente el complejo dolor de sufrimientos y pérdidas que, siendo irreparables en su esencia, son reparables en sus accesorias circunstancias.

Por eso, reconociendo la "agudeza y pugnacidad" de toda la argumentación adversa, mi maestro el doctor LEON BARANDIARAN dice que "más grave que todo, más injusto, es dejar impune, en base a tales consideraciones objetantes, un daño, un mal, que se ha padecido precisamente en lo más delicado y sagrado del existir humano: el sentimiento" (80).

Y si, como afirma PLANIOL, aquella objeción de que "es chocante invocar a la iusticia para hacer dinero sentimientos que precisamente deben distinguirse por su carácter desinteresa-

(77) Wenceslao Roces.—ob. cit.

(78) Planiol et Ripert.—ob. cit.

(79) J. A. Bibiloni.—ob. cit.—nota a los arts. 11 y 12,

(80) José León B.—ob. cit.—pág. 275.

do, sólo vale para ciertos casos de perjuicio moral"; se justifica ampliamente que la ley no acepte hacer regla de lo que es precisamente una excepción.

En conclusión, si la indemnización pecuniaria del daño moral es teórica y técnicamente objetable, como hemos observado en esta breve reseña; es, al mismo tiempo, prácticamente explicable y vitalmente justificable. Y es que a través de la rígida estructura científica del Derecho que complace tan hondamente a la razón por su lógica inflexible, debe pasar siempre el fino soplo integrador de lo vital cuando él viene a satisfacer rectamente al sentimiento de la Justicia que, en último término, es la aspiración ideal de la que ha nacido la ciencia jurídica y de la que incesantemente extrae su perdurable actualidad.

CAPITULO VII.

EL FUNDAMENTO DOCTRINAL DE LA ACCIÓN REPARATORIA.

SUMARIO: 1.—Dos puntos de vista distintos. 2.—El debate doctrinal en Francia. 3.—La obra de Saleilles y Josserand. 4.—El criterio reformista en la legislación francesa. 5.—La teoría objetivista en la doctrina francesa e italiana. 6.—La crítica de Planiol. 7.—La opinión de Duguit. 8.—Saldo doctrinal de la renovación.

En los tres Capítulos anteriores he examinado los elementos del acto ilícito como origen de responsabilidad civil y, por consiguiente, fuente legal de obligación. Analicé primero el acto ilícito en sí, para descomponerlo luego en dos de sus elementos constitutivos: la culpa y el daño.

Y determinados ya en todo su alcance doctrinal los elementos que suscitan la responsabilidad y con ella la obligación de reparar, conviene detenerse a examinar brevemente la base doctrinal de la acción reparatoria, diversamente enjuiciada en la doctrina.

1.—Dos puntos de vista distintos.

La pura especulación jurídica ha formulado acerca de este punto una cuestión que, si bien está ya esclarecida por la moderna doctrina, suscitó prolongados debates teóricos y sutiles problemas de hermenéutica legal. Reducida a su simple esquema ló-

gico la cuestión es ésta: ¿es la culpa originaria o solamente el daño originado el fundamento de la acción reparatoria?

He aquí una discrepancia que llena innumerables páginas de aguda intensidad polémica en la moderna bibliografía jurídica. Dos puntos de vista sustancialmente distintos se confrontan en este debate.

De un lado está el criterio subjetivista de los maestros clásicos afirmando que sólo un acto imputable y por consiguiente culpable, puede derivar responsabilidad. Se concibe la acción reparatoria surgiendo necesariamente de la culpa. No se admite en ésto diferencia alguna entre la responsabilidad de índole penal y la de índole civil.

De otro lado se presenta a la crítica jurídica la tendencia moderna a objetivar la responsabilidad. Se propone que la simple relación de causalidad entre un acto y el daño inferido al legítimo interés de otro, con exclusión del elemento subjetivo de la culpa, es suficiente para fundar la acción reparatoria.

El debate entre ambos puntos de vista alcanza las más álgidas expresiones críticas en la doctrina francesa. Por eso, a través de ella, seguiremos sucintamente la evolución doctrinal.

2.—El debate doctrinal en Francia.

Promulgado el Código Civil napoleónico en la primera hora del siglo XIX, sus normas de pura estirpe clásica iban a encontrarse pronto frente a un mundo en renovación vertiginosa. Se iniciaba la revolución industrial. Las relaciones de derecho privado, multiplicadas por la aglomeración humana que provoca la gran industria, alcanzan una intensidad tan compleja que saliéndose de la esfera estrictamente privada irrumpe en lo social. Quedaban vinculadas así al orden público y al derecho público que lo regula.

En los tiempos del derecho clásico, para que un sujeto causara a otro un daño que, fuera de la acción penal, obligara a la reparación, era necesaria la difícil concurrencia de una serie de factores inconexos. La gran industria produce también en ésto una revolución ostensible. Con sus complicadas máquinas de producción y de transporte, origen de peligros infinitos, la creciente industrial multiplica los riesgos de accidente involuntario. Los hechos dañosos que exigen reparación se convierten así en una pe-

nosa realidad cotidiana. Y al lado del desarrollo de fábricas y transportes que fué el más alto orgullo humano en ese inquietante siglo XIX, crecía con paralelismo terrible la cifra de accidentes fatales de origen industrial.

El apremio vital de esa dolorosa realidad cotidiana conduce pronto al conflicto legal. Porque ¿cómo aceptar judicialmente, sujetándose a las normas del *Code Civil*, las demandas de indemnización por accidentes industriales si los demandantes no podían probar la culpa del empresario?

Los jueces franceses tenían que rehusar en la mayoría de los casos la indemnización por accidente a los trabajadores industriales demandantes. Y, sin embargo, era clamorosamente cierto que, más allá de esa inadecuada letra de la ley, existía una justicia mayor que debía amparar a esos demandantes legalmente inermes. De esta situación contradictoria surge entonces en Francia el movimiento doctrinal hacia la objetivación de la culpa que pronto encontró eco en la jurisprudencia para suscitar con el tiempo fecundas reformas legislativas.

3.—La obra de Salleilles y Josserand.

La obra de dos brillantes juristas franceses de fin de siglo—Raymond Saleilles y Louis Josserand—abre esta nueva vía doctrinal. Frente a las nuevas realidades sociales, ambos critican el fundamento clásico de la acción de reparación.

Con la resplandeciente sagacidad de su alto talento jurídico, analizó SALEILLES el problema en uno de los famosos estudios de su breve y brillante existencia. Criticó la teoría de la reparación fundada en la culpa. “Es —escribió— una teoría individualista que parte de la idea del individuo como si estuviera sólo en el mundo y no tuviera que ocuparse sino de sí mismo. Para fundar su responsabilidad es necesario encontrar en él una voluntad culpable. Sólo entonces la ley le pide cuenta de sus actos. Este es, en efecto, el punto de vista penal, pero sería un gravísimo error convertirlo en fundamento de la responsabilidad civil. La teoría objetiva —agregaba— es una teoría social que considera al hombre como formando parte de una colectividad y lo trata como íntimamente vinculado a las individualidades que lo rodean” (81).

(81) Raymond Saleilles.—“Les accidents du travail et la responsabilité civil”. Paris, 1897.—(Cit. por Demogue).

Idéntica inspiración societaria guía la intervención de JOSSERAND que, concretando más, orientó su análisis hacia ésta cuestión sustancial: ¿quién debe soportar, en último termino, los riesgos de la empresa?. “El individuo —escribió— que agrupa en torno suyo otras actividades humanas, que se rodea de trabajadores y de maquinarias, crea una organización cuyo funcionamiento puede causar daños, aunque no exista culpa imputable a quien la dirige. Estos daños, estos accidentes inevitables que constituyen peligro inherente a la empresa forman precisamente, en su conjunto, el riesgo profesional. Y ¿quién debe soportar este riesgo sino aquél en cuyo interés funciona el organismo que ha producido el accidente?” (82).

Es evidente que toda actividad entraña riesgos a la vez para el que actúa y para terceros. Tal comprobación sirve de punto de partida a los argumentos de los dos publicistas. Aplicando un principio de incontestable justicia, afirmaron que el que se beneficia con una acción debe reparar el daño que con ella origine a otros. Recibir el eventual provecho de las buenas oportunidades equivale a aceptar la carga de las malas. Era la aplicación del viejo principio: “*ubi emolumentum, ibi onus*”.

La desproporcionada ventaja de las organizaciones industriales y de las empresas de transporte frente a los perjudicados por su ventajosa actividad reclamaba la aplicación del principio enunciado. Creaban riesgos en su provecho y era lógico, por consiguiente, que excluyendo todo concepto de culpabilidad o inculpabilidad se les exigiera la reparación de los daños provenientes de estos riesgos utilitariamente creados.

En esos casos, para engendrar la obligación reparatoria, se consideraba suficiente que, fuera de todo concepto de culpa, existiera una probada relación de causalidad entre la actividad del demandado y el daño sufrido por el demandante. Más allá de la culpa discutible quedaba el riesgo evidente y era éste el origen de la obligación de reparar.

4.—El criterio reformista en la legislación francesa.

Así surgió en la doctrina francesa la idea del “riesgo creado” como fundamento de la obligación reparatoria. Puesta espe-

(82) Louis Josserand.—“De la responsabilité du fait des choses inanimées”.—París, 1898. (cit. por Demogue).

cíficamente en la órbita de actividad industrial esta idea creó la teoría del "riesgo profesional". Se proponía la sustitución del antiguo principio de la imputabilidad como fundamento de responsabilidad por el principio de la simple causalidad.

Numerosos juristas de la nueva generación finisecular se alinearon entonces en defensa de esa idea como fundamento de responsabilidad. Sus opiniones procedieron en algunos casos y en otros casos siguieron a la promulgación de la famosa ley francesa de Accidentes de Trabajo (9 de abril de 1898), cuyo sustancial aporte jurídico fué liberar a los demandantes de indemnización por accidentes de trabajo de probar la culpa del demandado. El riesgo creado por el empresario equivalía a una presunción de culpa en su contra.

Restringida desde luego a las relaciones del capital y el trabajo, esa ley era la realización legislativa de las interpretaciones y desarrollos doctrinales que, como vía para consagrar en tales casos la justicia, había propuesto durante algunos años a la jurisprudencia francesa una dinámica corriente doctrinal. Y con esa ley quedaba consagrado el "riesgo creado" como fuente de responsabilidad civil.

Pero su intensa naturaleza social hacía confinar a esa ley con el derecho público. Las demás relaciones entre individuos, desprovistas de las características sociales y económicas que justificaban hacer del riesgo el fundamento de la acción reparatoria, continuaron reguladas por el principio absoluto del Código. La culpa subsistió así al lado del riesgo como fundamento de responsabilidad. Quedó inaugurado de este modo un régimen dual de responsabilidad civil. En las relaciones privadas del derecho común, regían las normas del Code Civil. En las relaciones determinadas por la actividad industrial y regidas por los principios nuevos de un naciente derecho social, la Ley de Accidentes del Trabajo imponía su vigencia. Los hechos justificaban esta dualidad del régimen.

5.—La teoría objetivista en la doctrina francesa e italiana.

No fueron pocos, sin embargo, los autores radicales que pretendieron extender ese principio de responsabilidad —el "riesgo creado"— a las demás relaciones de derecho privado. Brillantes

publicistas, y SALEILLES el primero, fomentaron esta corriente de heterodoxia doctrinal.

Después de haber examinado la responsabilidad civil en relación con los accidentes de trabajo en el estudio citado, SALEILLES avanzó más sobre la vía crítica por él mismo inaugurada. En otro estudio, como todos los suyos lúcido y brillante, trató de probar poco tiempo después que, dentro de la misma doctrina del Código napoleónico y siempre en general "lo que obliga a la reparación es el hecho del hombre constituido en daño" (83). Pretendía demostrar la existencia del riesgo como fundamento de la responsabilidad, más allá de la letra de ese Código clásico que exigía la culpa para fundamentarla. Afirmó que el Código, al mencionar la falta, identificaba esa idea con la de causa. Se trata simplemente —según SALEILLES— de establecer ahí la necesaria relación de causalidad que debe existir entre el hecho y el daño. De este modo la responsabilidad sólo desaparece si la relación de causalidad entre el hecho y el daño no existe. Y en consecuencia la simple prueba de ausencia de culpa no bastaba, en su opinión, para liberar de responsabilidad.

Esa concepción de que hay responsabilidad siempre que existe un daño es la idea de la culpa objetiva que más tarde se expresó con la paradójica fórmula doctrinal de "responsabilidad sin culpa". El razonamiento sutil del gran jurista francés conducía a demostrar que, aún en las estrictas relaciones de derecho privado —relaciones entre individuos—, el fundamento de la responsabilidad era, según el propio Código, el daño causado y no la culpa originaria.

Pero, como dice DEMOGUE, "esta teoría muy original estaba demasiado lejos de las concepciones del *Code* para que pudiera ser aceptada" (84). Y es que, en efecto, toda la habilidad de la argumentación del gran jurista no era suficiente para cambiar en este punto el Código de Napoleón. Sin embargo, sus ideas encontraron eco favorable en la opinión coincidente de otros juristas. Uno de ellos fué, por ejemplo, LEON MICHEL, Profesor en la Facultad de Derecho de París, cuyas recordadas lecciones

(83) Raymond Saleilles.—"Le risque professionnel dans le Code Civil".—En "Reforme sociale", 1898.—I, 634-657.

(84) R. Demogue.—ob. cit. T. III, pág. 452,

acerca de la Ley de Accidentes de Trabajo fueron editadas por la devota gratitud de sus discípulos (85).

Al examinar esta ley y confrontarla con los principios clásicos del Código napoleónico, LEON MICHEL, acercándose a la interpretación de SALEILLES, cree que la palabra "falta" no tiene en el Código una función sustancial de limitación y definición. Para él también lo importante es el hecho y la causalidad y no la culpa para determinar la responsabilidad. La función más importante de la culpa, según él, es negativa. Funciona como factor excluyente de responsabilidad en caso de que la víctima del daño sea culpable de él. La culpa de la víctima viene en este caso a deshacer la relación de causalidad que de otro modo existiría entre el daño que sufre y el hecho del autor que, en tal caso, sólo es una causa aparente. Actuando en forma inversa en esa hipótesis, la culpa fulmina la responsabilidad del autor del daño.

Menos radicales que las de SALEILLES, las ideas de LEON MICHEL demuestran con todo hasta qué punto las concepciones nuevas alejaban la responsabilidad de sus bases clásicas. La corriente nueva estaba en marcha y el sino societario de los tiempos contemporáneos alentaba su auge. El tema preocupaba a todos los estudiosos del derecho con idéntico y punzante interés.

Numerosas tesis académicas enfocan el punto álgido del debate por aquellos años inquietantes en que el siglo XX todavía era nuevo, y hay un girar insistente en torno a la idea de responsabilidad sin culpa. Los fenómenos del mecanizado mundo moderno, erizado de amenazantes peligros mortales, incitan a esa concepción que jurídicamente es quizás paradójica, aunque socialmente es exacta y justiciera.

Y no sólo en Francia la idea se abre paso. También se difunde en Italia. La expone VENEZIAN y posteriormente, en un notable estudio acerca de la responsabilidad sin culpa (86), el ilustre Profesor NICOLAS COVIELLO proclamó su aceptación de las ideas nuevas. Afirmó que la responsabilidad sustentada en la culpa se relaciona estrechamente con la pena y, en su opinión,

(85) Léon Michel.—"Responsabilité civil des patrons envers les ouvriers".—En la "Revue critique".—1901. (hay ed. especial cit. por Demogue).

(86) Nicolás Coviello.—"La responsabilità senza colpa". (En la "Rivista italiana per la Scienza Giuridica".—Vol. 23, 1897).

es una forma de penalidad subsidiaria. Y estando separado ya en el derecho moderno el dominio penal del civil, no existen las mismas razones —expresaba— para exigir la falta como fundamento de la responsabilidad. Pena y reparación son dos cosas diferentes. Por eso la responsabilidad sin falta no es, para el maestro italiano, ni injusta ni antisocial. La admite así para el caso en que, ejercitándose un derecho propio, se lesiona o sacrifica el derecho de otro. Era precisamente el caso del riesgo de las fábricas y de los transportes mecanizados.

Pero ¿era lógico desplazar tal criterio a todas las relaciones interindividuales del derecho común? ¿Debía sustituir el riesgo a la culpa como fundamento general de responsabilidad? Fueron muchos los autores que proclamaron la necesidad de esta sustitución. Pretendían que las necesidades sociales de la época exigían un cambio radical en los principios reguladores de la responsabilidad civil. La causalidad era propuesta para reemplazar a la culpabilidad como fundamento de la obligación reparatoria.

6.—La crítica de Planiol.

Frente a esa corriente que pretendía extender la útil modificación doctrinal a todas las relaciones del derecho privado incurriendo así en exageración y heterodoxia, reaccionó el maestro PLANIOL. La equilibrada lucidez de los estudios que en 1905 publicó acerca de este tema (87), rehizo el camino de la reflexión. Y con esas páginas de sabia y prudente inspiración el egregio maestro francés esclareció el problema, contribuyendo decisivamente a obtener la exacta solución doctrinal.

La idea del riesgo como fundamento de responsabilidad sólo pudo surgir —explicó— frente a la situación lamentable de los obreros víctimas de accidente de trabajo en la época anterior a la ley de 9 de abril de 1898. Al subsanar aquella situación haciendo pesar sobre la industria (en realidad sobre los Seguros) las cargas de los accidentes, esa ley cambió el fundamento de la responsabilidad sólo en el limitado terreno social-administrativo de las relaciones entre empresarios y obreros.

(87) Marcel Planiol.—“Etudes sur la responsabilité civile”.—En la “Revue critique” 1905.

En efecto, esa ley era virtualmente de derecho público. La inspiraba un criterio exclusivamente aplicable a ese tipo de relación sui-generis que, por su conformación económica y social, es el contrato de trabajo. Y ese criterio no puede aplicarse a las demás relaciones extracontractuales del derecho privado. Con semejante criterio como norma general del derecho común, el simple uso de cualquier derecho implicaría una responsabilidad, puesto que el ejercicio de un derecho cualquiera supone siempre actividad y donde hay actividad hay siempre riesgo.

Hasta la simple residencia en lugar cualquiera puede resultar eventualmente peligrosa a consecuencia de un inesperado cataclismo y PLANIOL se pregunta sorprendido si, en ese caso, el que envió a alguien a aquel lugar será responsable del desastre que le ocurrió. Siempre que la responsabilidad aparece como razonable y justiciera, la reparación es porque se encuentra una culpa como base, dice el clásico maestro. Y en las relaciones de derecho común la creación de un riesgo nuevo —concluye— no hace a su autor responsable de los daños que seguirán a él sino en el caso de que exista una regla de derecho que le prohíba crear el riesgo. Es decir, cuando incurre en falta.

La aparente simplicidad de su fórmula es, según PLANIOL, el motivo por el que la idea del riesgo como fundamento de responsabilidad sedujo precipitadamente a muchos espíritus. Ella suprime el análisis siempre incierto y difícil de la conducta y la intención. Y se pretende que con tal idea como fundamento de la responsabilidad, los hombres tienen más clara conciencia de la solidaridad que los une.

Pero frente a esas ventajas probables hay muy ciertas y poderosas objeciones y PLANIOL ensaya con éxito su sistemada exposición. Si se admite —objeta— la simple regla de causalidad para atribuir los riesgos a aquel que los ha creado, estamos otra vez, según él ante una regla primitiva. La inserción de la idea de falta en el proceso de la responsabilidad lentamente realizada a lo largo de la evolución histórica del Derecho, representa precisamente la superación científica de aquella simple regla primitiva que pretende restaurar su brusco imperio.

Alguien observaba (88), comentando precisamente esas ideas del maestro, que hacer del riesgo el fundamento general de

(88) M. Hauriou, citado por Demogue en su ob. cit.

responsabilidad equivale a restaurar, aparentemente refinada, la brutal concepción de responsabilidad vigente en las épocas primitivas. Y seguramente por eso es que PLANIOL advierte que no se puede aplicar al mundo de las relaciones jurídicas una ley física de causalidad y que llevar a esta esfera de relaciones el principio de simple causalidad sólo tiene apariencia de regla científica.

Avanzando más en su crítica, PLANIOL analiza la opinión que presenta la idea del riesgo como la más segura y depurada base de la responsabilidad civil. Afirma que si en ciertos casos esta idea satisface a la justicia no ocurre lo mismo cuando se generaliza. La idea del riesgo creado como sustento de responsabilidad no puede entenderse para una actividad cualquiera. Sería desplazar a un sólo lado la carga inevitable de los casos fortuitos y el maestro escribe que si la víctima es digna de piedad lo es igualmente el autor irreprochable de un daño imprevisto, del que es causa indirecta, si se le carga con el perjuicio pecuniario. Y refiriéndose a las relaciones comunes del derecho privado el maestro se pregunta: ¿la actividad de la víctima no ha sido necesaria, tanto como la del damnificado, para causar el desventurado acontecimiento?

Se presenta, por último, la idea del riesgo como una aplicación de la gran ley de la solidaridad social. Pero PLANIOL manifiesta que esa idea no puede llevarse tan lejos en el derecho privado. Si se admite que en forma tan radical debe soportar el hombre todos los daños causados por sus actos de manera directa o indirecta, lógicamente habrá que admitir también que tiene derecho a reclamar todos los beneficios causados por su actividad. Y nunca —dice PLANIOL— la teoría del enriquecimiento sin causa se ha llevado hasta tan lejos.

Concluye PLANIOL su poderoso análisis del problema demostrando que la teoría del riesgo como fundamento de responsabilidad encierra un trascendente error: borrar la idea moral que, precediendo a la jurídica, explica el principio de la responsabilidad civil. En efecto, si sólo se trata de garantizar los riesgos creados surgen —dice— otros medios de garantía. Y por ese camino se llega, según él, a un resultado opuesto al que se buscaba: a la supresión de la responsabilidad como instituto moral y jurídico. Si cubiertos los riesgos la responsabilidad del hombre

queda salvada, queda abolida así —dice PLANIOL— la regla de conducta que se impone al hombre en sus relaciones con sus semejantes.

7.—La opinión de Duguit.

Con más elementos de juicio, porque tenía ante sí, de un lado los intentos teóricos de los renovadores y de otro lado las medidas observaciones de quienes, como PLANIOL, no se deslumbraban por las teorías nuevas; el Profesor LEON DUGUIT, eminente expositor del positivismo comteano trasladado al Derecho, ofreció un aporte sustancial para concordar los términos en debate.

Expresó DUGUIT en una de sus más famosas obras (89), que él no pretendía sostener que la responsabilidad subjetiva hubiera desaparecido o debiera desaparecer completamente. En las relaciones de los individuos —escribió— subsiste y subsistirá probablemente mucho tiempo todavía. Pero el principio de la imputabilidad —agregaba— no puede intervenir cuando se trata de relaciones de grupos entre sí o de relaciones de grupos con individuos. Y con frecuencia existe realmente una relación entre grupos o entre grupos e individuos donde hay sólo una apariencia de relación interindividual. Y lo que se plantea no es entonces, según DUGUIT, una cuestión de imputabilidad sino una cuestión de riesgo. Se trata de saber cuál es el patrimonio que en definitiva debe soportar el riesgo que entraña la actividad del grupo.

Frente a esas hipótesis es posible —decía— que exista una responsabilidad objetiva y nó la responsabilidad subjetiva. No se trata en esos casos de averiguar si ha mediado culpa o negligencia. Se trata de averiguar quién debe soportar la carga del riesgo. No hay otra prueba que ofrecer —concluía— que la del perjuicio causado y practicada esta prueba la responsabilidad obra en cierta manera automáticamente.

La opinión de DUGUIT es, en suma, que no puede existir un sólo criterio —objetivo o subjetivo— para enjuiciar con él todos los casos de responsabilidad. Para las relaciones entre indi-

(89) Léon Duguit.—“Les transformations du droit privé depuis le Code Napoléon”.—París, 1912.

viduos, que son las que regula comúnmente el derecho privado, el maestro positivista admite los clásicos conceptos de responsabilidad. Pero cree que tal criterio no es igualmente adecuado ni justo para regular las relaciones de un individuo y un grupo o de grupos entre sí. Si analizamos bien esas relaciones que tienen como eje vastos patrimonios sociales están ya bajo un nuevo tipo de derecho social-administrativo y, en consecuencia, de carácter público, derecho característico de nuestra época.

Dentro de este tipo de relaciones, cuando la labor del individuo aprovecha particularmente a los miembros de un grupo—vale decir, a un patrimonio social—es justo, según DUGUIT, que sea el grupo, que sea precisamente ese patrimonio social el que soporta los efectos del riesgo que, en su beneficio e interés, ha hecho correr al individuo. Este concepto de la responsabilidad es el que debe aplicarse y se aplica a las relaciones de los trabajadores y las empresas en caso de accidentes industriales.

Y DEMOGUE admite que a las demás relaciones del derecho privado—relaciones interindividuales—es evidente que no se puede trasladar este criterio. Sería la paralización temerosa de toda actividad humana y nadie que medite con serenidad en sus efectos puede propugnar la generalización de tal criterio de responsabilidad civil.

Se llegó así en la doctrina al sistema mixto ya vigente en la legislación y consagrado por la jurisprudencia y que, al lado de la responsabilidad emanada de la culpa reconocida y consagrada por el derecho privado, admite otros casos de responsabilidad en virtud de conceptos sociales de irrecusable vigencia vital en los que la idea de riesgo prevalece como fundamento del proceso de reparación.

8.—Saldo doctrinal de la renovación.

He revistado sucintamente uno de los debates más persistentes promovidos por los estudiosos del Derecho en nuestra época. Y de este rápido examen parece quedar la impresión de que, por exageradas y generalizadoras, aquellas ideas nuevas quedaron congeladas al avanzar al ámbito del derecho privado y que los conceptos clásicos pudieron permanecer aquí invulnerables e idénticos.

Pero el Derecho no se diferencia mucho en su evolución a los procesos vitales simultáneos y es muy difícil que los principios queden invariables e inmóviles cuando ha pasado sobre ellos una corriente de renovación. La idea renovadora puede ser vencida en su integral forma primitiva. Pero deja siempre una inquietante huella. La múltiple realidad vital se refleja siempre exactamente en esa versión deseada y racional de la vida que es el Derecho.

Era natural y necesario —iera inevitable! —que algo de las nuevas ideas agitadas en el debate quedara en el fecundo cauce del derecho privado. Y no es difícil precisar ese aporte doctrinal de la renovación societaria en las ideas de responsabilidad dentro del moderno derecho civil.

Hoy existe una evidente intensificación y extensión de la idea social en el complejo sistema de relaciones que el derecho privado ordena. Anotaba DEMOGUE que “el sistema clásico de la responsabilidad, en conexión estrecha con las teorías individualistas y liberales, admite en principio la independencia de los individuos. Nadie debe nada a otro si se conduce con prudencia” (90). Y es precisamente con referencia a tal concepto general de la relación jurídica que se opera la renovación. Hoy ese margen de libre acción del individuo, antes tan vasto, se ha estrechado. El concepto de responsabilidad gana en extensión y profundidad, porque hoy se hace —según expresión de PLANIOL-RIPERT —“un análisis más fino de las ideas de causa y daño” (91).

En efecto, el examen de los actos ilícitos y sus efectos dañosos alcanza en el presente mayor precisión y es una tendencia actualmente imperante en la jurisprudencia comparada no limitarse en estos casos a la consideración aislada del hecho sólo, sino remontar el análisis a los antecedentes y circunstancias concurrentes e inculpar la imprevisión. Y como asevera SCHMITD “más que a sondear conciencias se atiende hoy a examinar si el hecho de haber tomado tal actitud en determinadas circunstancias es contrario a lo normal y peligroso desde el punto de vista social” (92).

Como se ve, la idea social está siempre presente y no urge

(90) R. Demogue.—ob. y loc. cit.

(91) M. Planiol et G. Rippert.—ob. y loc. cit.

(92) J. C. Schmitd.—ob. cit.—Cap. III.

de igual modo la noción de rigurosa culpa moral. No es el imperio de la brusca relación causal de los primitivos que se pretendió restaurar con el nombre de responsabilidad objetiva. Pero es evidente que la jurisprudencia moderna sitúa la culpa "cada vez más en el punto de vista social, es decir desde el punto de vista de la normalidad o anormalidad de un acto para estimar su carácter de lícito o ilícito" (93).

Los desmedros y perjuicios que una persona puede sufrir provienen de fuerzas de la naturaleza o de hechos del hombre. Para esta segunda hipótesis el derecho actual afina sus sentidos de apreciación y más que declarar si el autor del daño es moralmente responsable trata, sobre todo, de determinar en las dudosas alternativas qué patrimonio debe soportar el perjuicio.

Es el problema de la "atribución de los riesgos" como lo denominó con acierto GENY y que el eminente maestro GEORGES RIPERT ha estudiado con penetrante lucidez y honda sensibilidad moderna en su último libro "*Le régime démocratique et le Droit Civil Moderne*" publicado en 1936. "La sensibilidad democrática —escribe ahí el maestro— se conmueve ante esta nueva injusticia agregada por la civilización material a tantas otras que crea la desigual repartición de los bienes. Es esta injusticia una de las que derivan de la desigual repartición: los que gozan de la posesión de bienes materiales crean, por la explotación de sus cosas, nuevos riesgos: los desposeídos de riquezas sufren las consecuencias de esta explotación. Hay una clase social de autores de daños y una clase social de víctimas. Las gentes pobres son las más expuestas: son los obreros de la industria en permanente contacto con las cosas peligrosas; son los que circulan a pie por las rutas y son atropellados" (94).

No es, pues, sólo a los riesgos profesionales, vinculados hoy indisolublemente a la contratación, a los que se refiere el gran profesor francés. También se refiere a los riesgos de carácter extracontractual que surgen múltiplemente de la mecanización tan intensa de la vida moderna. Y es evidente que en esta civilización tan llena de peligros existe una irremediable "desigualdad de potencia" entre los diversos grupos sociales al punto que—co-

(93) J. C. Schmitd.—ob. y loc. cit.

(94) Georges Ripert.—"*Le régime démocratique et le Droit Civil Moderne*". Ed. Pichon-Durand.—París, 1936. Cap. VI.—pág. 329.

mo enseñan PLANIOL-RIPERT —no puede ser injusto “apreciar más severamente la conducta de aquellos que, teniendo las ventajas, deben aportar más cuidados en la acción” (95).

Efectivamente quienes gozan de la comodidad o de la utilidad que proporcionan las cosas deben responder de los daños que ocasionen con su uso. Se trata de un principio de justicia elemental. Lo que para uno es utilidad, comodidad o placer —un automóvil, por ejemplo —es para otro causa de injusto daño. Hay, pues, una desproporción evidente y es justo que quien recibe los beneficios de una cosa sufra también los perjuicios que se originen con ella. Y esta es una idea sobre la que RIPERT insiste con particular vehemencia. “La democracia no puede admitir —dice, con la inspiración socialista visible en su último libro —una organización económica que separe en la explotación los riesgos de los beneficios y si no encuentra una persona a quien pueda hacer soportar los riesgos concluye por exigir que la sociedad misma los tome a su cargo” (96).

No se vea en esta álgida manifestación del RIPERT de 1936 una simple influencia de la febricitante tensión socialista y a menudo demagógica que sacudía por aquellos años a la Francia crepuscular del “Front Populaire”. Lejos de la vulgar agitación, el insigne maestro civilista francés —Ministro hoy en la pequeña Francia de Vichy —, heredero final de la mejor tradición clásica del Derecho, se limita a enjuiciar sagazmente las situaciones nuevas y todo su libro tiene el tono grave de quien comprueba con la desoladora lucidez de la pena, la crisis aguda del derecho civil clásico que debe incorporar nociones nuevas y hasta extrañas, al tiempo que lo recorta cada vez más la invasión creciente del Estado.

Toda esta evolución de conceptos que el maestro comprueba y señala constituye precisamente el saldo de renovación que dejaron en la doctrina las ideas jurídicas que agitaron los años inquietos del siglo nuevo.

Más allá de las ideas de culpa y de riesgo está hoy la suprema regla del ejercicio normal de los derechos. “La infranqueable barrera entre lo moral y lo jurídico, tan cuidadosamente diseña-

(95) M. Planiol et G. Ripert.— ob. loc. cit.

(96) Georges Ripert.—“Le régime démocratique et le Droit Civil Moderne”.—ed. cit. Cap. VI.—pág. 328.

da por los juristas clásicos tiende a borrarse cada vez más" (97). En efecto, la esfera de alcance de la culpa se ha ensanchado, porque como dice SCHMITD, "las complicaciones y perfeccionamientos de la vida material moderna imponen reglas de conducta cada vez más numerosas y precisas que pueden estar inscritas en los textos legales o en los usos admitidos" (98). Es la idea expuesta por RIPERT en otra de sus obras modernas cuando dice que "en la vida social moderna, en la que reina la desigualdad de potencia y la lucha de intereses, es deber de cada uno considerar todos los daños que puede causar y apreciar si se debe en justicia reparación por crear riesgos para otros y para sí provecho y placeres (99).

Esta idea, ya triunfante, resplandece hoy en la doctrina e inspira a la jurisprudencia. Representa por sí sola toda la renovación vital del moderno sistema de responsabilidad y de reparación en el derecho privado actual.

Esas nuevas corrientes han llegado ya al derecho civil del Perú. Ellas circulan por los geométricos canales del Código Civil de 1936 y eso es lo que debo analizar en la Tercera Parte de esta Tesis.

(Continuará).

JERÓNIMO ALVARADO SÁNCHEZ.

(97) Manuel Pablo Olaechea.—"La crisis del Derecho Civil clásico".—1940.—Estudio monográfico inédito.

(98) J. C. Schmitd.—ob. y loc. cit.

(99) Georges Ripert.—"La règle morale dans les obligations civiles".—Paris.