

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

(Continuación)

TERCERA PARTE

LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACTO ILÍCITO Y NUESTRO CÓDIGO

CAPÍTULO I

EL ACTO ILÍCITO EN LA SISTEMÁTICA DE NUESTRO CÓDIGO.

SUMARIO: 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. PPA

¿Cuál es la respuesta legislativa que da al nuevo Código Civil del Perú a las numerosas cuestiones doctrinales examinadas a lo largo de las páginas anteriores?. Esto es precisamente lo que me propongo analizar en la Tercera Parte, con la que finalizo el presente estudio.

Pero ¿cuál debe ser el adecuado punto de partida para entender este examen?. La estructura de un Código se asemeja mucho a la de una obra arquitectónica y es difícil por eso analizar una de sus partes sin dirigir la mirada a la perspectiva del todo. De aquí la necesidad lógica de examinar la sistemática del Código —diseño y plan de conjunto— antes de intentar detener-

(*) Véase el No. II del Año VIII de esta Revista.

nos en alguno de sus institutos. Y aunque no puedo pretender realizar una revista total de la evolución histórica de nuestro derecho privado y su sistema, porque sería inoperante aquí, debo aludir brevemente a la renovación técnica aportada por el vigente Código.

1.—La renovación de nuestra sistemática legislativa.

Como toda legislación civil de estirpe neo-latina, el derecho privado que codificó el Perú republicano en 1852, tuvo irrecusable inspiración romanista. Esa influencia llegó hasta nosotros por doble vía para dar, en dos etapas distintas, fondo y forma a nuestro derecho privado.

Llegó primero con el derecho español para constituir, en trescientos años de vigencia, la raíz de casi todas nuestras instituciones jurídicas. Y llegó nuevamente la influencia romana, en moderna envoltura, al ser adoptado en la totalidad de su clásico sistema el paradigma legislativo del Código Civil que Napoleón promulgó para Francia en 1802.

Cuando, ya en nuestro siglo, se planteó la reforma de nuestra legislación civil, nuevas inspiraciones surgidas de las más depuradas fuentes romanas habían perfeccionado científicamente la técnica legislativa. La gigantesca obra de sistematización del derecho romano, cumplida egregiamente por los sabios pandectistas alemanes, influenciaba ya con intensa amplitud en todo el derecho comparado. El Código Civil Alemán, fruto primero y magnífico de tan fecundo esfuerzo científico, abrió al siglo nuevos horizontes desconocidos acerca de la técnica del derecho civil. La simbólica fecha en que se inició su esperada vigencia —1.º de Enero de 1900— marca, sin duda, una época nueva en la historia del derecho privado. Aparte de la nueva mentalidad jurídica que brilla en su contenido, ese Código aportó lo que principalmente interesa anotar aquí: una nueva técnica legislativa que, alejándose del sistema clásico francés, estaba destinada a influenciar en nuestra época con variable intensidad pero invariable extensión.

2.—La nueva técnica en nuestro Código. *ppa*

La huella de esta nueva técnica legislativa está discretamente marcada en nuestro Código vigente. Y es que, sin ser exacta-

mente adoptada, ella inspiró siempre la tarea de los codificadores. Ilustrada por la selección y guiada por la sagacidad, esta influencia, discreta y constante, ha sido pródiga en resultados legislativos. En ningún instante incitó al plagio. Representó, en cambio, acicate creciente para la depuración del anticuado sistema que estructuró el Código de 1852.

En efecto, los codificadores de 1922-1936 se situaron siempre en un límite de reflexivo respeto a la tradición jurídica, nacional, porque probablemente no hay disciplina menos pródiga en cambios radicales que esta ciencia lógica, de premisas perdurables, que es el Derecho.

Los codificadores tomaron, sin embargo, de la técnica moderna y especialmente germánica, aquello que —sin trastornar el fondo de nuestro sistema tradicional— era posible insertar en él para integrarlo y perfeccionar sus formas. A la vieja división del Código de 1852 —tres libros inorgánicos— ha sucedido en 1936 la racional división de la técnica suiza: cinco libros especiales y un título preliminar. Ya se sabe que una obvia razón de política jurídica alejó la idea de la más perfecta división legislativa alemana: Parte General y Parte Especial. El beneficio ideal que tal revolución sistemática hubiera representado, se habría congelado, con funestos efectos, en el páramo deplorable de nuestra realidad jurídica; y tan ostensible peligro justifica ampliamente la exclusión de aquel sistema teóricamente más perfecto.

Pero hay en el Libro Quinto ("Del Derecho de Obligaciones") del Código vigente, una sustancial innovación que se proyecta sobre todo el sistema del Código. Me refiero, desde luego, a la Sección Primera ("De los actos jurídicos"). Por su alcance y extensa eficacia equivale en cierto modo a una parte general. ¿Qué importa aquí la ubicación legislativa?. El hecho es que, en virtud de su propia índole, esta Sección extiende su influencia a toda la actuación jurídica que el Código regula.

Y sin detenernos en lo que representa toda esta Sección del Código en el progreso de nuestra técnica legislativa, urge aquí un examen sumarásimos del cuadro sistemático que estructura nuestro Derecho de Obligaciones.

Es evidente que sólo cuando entra en la esfera dinámica del Derecho de Obligaciones, el complicado entrecruzamiento de las relaciones jurídicas alcanza, junto con su máxima vitalidad, la totalidad de su eficacia. De ahí que la solidez y riqueza racional

de un Código, se refleja exactamente en la ordenación legislativa que da a esta materia de fondo inmutable y múltiples formas, en la que el libre juego de las relaciones humanas encuentra sus principios de organización racional. Y es que el Derecho de Obligaciones realiza precisamente el ideal científico de insertar la múltiple variabilidad de los fenómenos sociales —libre convención—, dentro de la unitaria invariabilidad de la lógica jurídica. Es la coordinación eminentemente racional de la esencia lógica y la circunstancia vital.

Esta esencia lógica que lo sustenta asigna al Derecho de Obligaciones la observada y comprobable universalidad de fórmulas legislativas. Pero, a pesar de esta uniformidad de fondo, hay variación en las estructuras; y si es posible en Matemáticas plantear un mismo problema de maneras diversas para llegar a la solución única, en el Derecho de Obligaciones —que, como las Matemáticas, hunde su raíz en la abstracción lógica— es posible también usar de sistemas distintos para alcanzar una idéntica finalidad racional. Y es, por consiguiente, fundamentalmente importante analizar aquí el sistema adoptado por nuestro codificador para legislar la Obligación.

3.—Renovada apreciación de las fuentes de obligaciones.

No se puede plantear exactamente el análisis legislativo de la obligación derivada del acto ilícito, sin encuadrarla en el marco general de las obligaciones y sus fuentes; del mismo modo que, inversamente, no se puede estudiar las obligaciones sin examinar sus fuentes, una de las cuales —aunque a través de la ley— es indirectamente el acto ilícito.

La expresa y analítica clasificación legislativa que, fiel a su modelo, contenía el Código de 1852 al declarar cinco fuentes para las obligaciones, ha sido reducida tácitamente, con sintetismo realista, a sólo dos. El nuevo Código sólo admite dos fuentes de obligación: la voluntad y la ley. Y es que, en efecto, el cuasi-contrato y el cuasi-delito de la clasificación de Justiniano, no existen realmente como directas fuentes de obligación. “No derivan su imperio de la voluntad sino de la ley” —enseña el codificador (100). Es decir, que no constituyen obligación directamen-

(100) Manuel Augusto Olaechea.—“Exposición de Motivos del Libro Quinto”. —pág. 15 Ed. Gil.—Lima, 1937.

te y por sí como ocurre con la actuación inmediata de la voluntad. Su eficacia es indirecta y opera a través del ordenamiento legal. Son simplemente obligaciones legales.

Queda otra fuente que nuestro antiguo derecho señalaba: el delito. Fiel siempre a su modelo, el Código derogado se esmeraba en distinguirlo del cuasi-delito. Y es que, como ya estudiábamos en páginas anteriores (101), los antiguos métodos legislativos, insertando equívocamente en lo civil una calificación sustancialmente penal, caracterizaban una y otra forma de ilicitud 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. La nueva técnica suprime ese error sistemático. ¿Por qué?. Porque a la ley civil no le interesa, no puede interesarle, el delito como odiosa expresión anti-social que precisa graduar para aplicarle luego adecuada sanción. Al derecho privado sólo puede interesarle el delito como causa de efectos civiles. Las especificaciones son en este caso inútiles, como quedó anotado en otro lugar de esta Tesis.

Adoptando esa técnica legislativa basada en las concepciones modernas, el Código de 1936, al mismo tiempo que "asimila las llamadas obligaciones cuasi-contractuales y las obligaciones legales" (102), señala análoga fuente directa —la ley— a las obligaciones que indirectamente surgen del cuasi-delito y el delito. Y no es necesario, por otra parte, hacer aquí ninguna distinción entre estas dos especies de hechos antijurídicos, porque en ambos casos—como ya estudiamos su efecto civil es el mismo: la reparación de los daños. El nuevo Código considera, pues, el delito y el cuasi-delito desde un punto de vista estrictamente civil. Es decir, "como actos ilícitos, cuyos efectos en el orden jurídico precisa reparar" (103). Esos efectos es lo único que interesa al derecho privado. Lo demás pertenece en esta materia al dominio del derecho público en su expresión penal.

4.—Ubicación legislativa de los actos ilícitos.

Todo esto explica que la materia que el Código de 1852, adicto a la sistemática francesa, concebía como "obligaciones que

(101) v.: Segunda Parte.—Cáp. IV, N.º 2.

(102) Manuel Augusto Olaechea.—"Exp. de Mot."—pág. 15.

(103) Manuel Augusto Olaechea.—"Exp. de Mot."—pág. 16.

nacen del consentimiento presunto" (epígrafe de la Sec. Séptima del Libro Tercero), el Código vigente la instala en la Sección Primera: "De los actos jurídicos", correspondiente al Libro Quinto ("Del Derecho de Obligaciones").

La finalidad legislativa de esta Sección es, de un lado, regular todas las manifestaciones de la voluntad como fuente de obligaciones; y, de otro lado, establecer las normas en virtud de las cuales la ley, sustituyéndose a la voluntad, origina en ciertos casos una obligación.

Encierra así esta Sección de nuestro Código la esencia de lo que denominan los maestros germanos "teoría de la adquisición, modificación y pérdida de los derechos", y es evidente la ventaja legislativa que se obtiene agrupando orgánicamente las formas en que puede surgir la obligación, sustentada siempre sobre el fondo dual y alternativo de la voluntad, que puede crear, modificar o extinguir derechos; y la ley que, en ciertos casos, se sustituye a la voluntad con idénticos efectos, porque, explica DEMOGUE, "para hacer surgir una obligación a cargo del actor del hecho ilícito, la ley supone la voluntad del deudor implícita en su manera de actuar y agrega a ella, como consecuencia, una obligación" (104).

Por eso, después de tratar las múltiples formas en que la actuación de la voluntad puede generar derechos y de reglamentar los requisitos que ella debe reunir para ser eficaz (Títulos I al VIII), esta Sección Primera consigna el Título IX: "De los actos ilícitos". Dentro de la sistemática de nuestro Código, los actos ilícitos, como fuente de obligación legal, están contemplados dentro de la materia de la Sección Primera ("De los actos jurídicos") que a manera de parte general, inicia el Libro del Derecho de Obligaciones.

Pero en este punto, mi maestro el doctor JOSE LEON BARANDIARAN plantea una objeción cuando dice que "el Código incurre en un defecto al consignar los dispositivos de la materia dentro de un título que forma parte de la Sección destinada a los actos jurídicos, siendo así que el acto ilícito no es una sub-especie del acto jurídico, pues el carácter determinante de éste es precisamente la licitud" (105).

(104) R. Demogue.—Ob. cit.—Tomo III, pág. 358.

(105) José León Barandiarán.—"Comentarios al Código Civil Peruano".—Tomo I: Acto Jurídico.—Ed. Gil, Lima, 1938.—pág. 214.

No me atreveré a discutir el valor doctrinal de la indicación anterior. Pero es una objeción demasiado formulista para tener verdadero alcance legislativo. Es evidente que el acto ilícito no es un acto jurídico en el exacto sentido doctrinal del término. Le falta aquella esencial condición de la licitud que señala mi maestro. Pero no es menos evidente que tiene, sin embargo, efectos homologables a los de un acto jurídico perfecto. Ese efecto análogo de crear obligación es lo que interesa aquí a la necesidad legislativa y lo que permite coordinar ambas especies de actos. Y la técnica legislativa exige que las distinciones y especificaciones doctrinales queden fuera del sistema legal.

De este modo si, tal vez, es posible señalar aquí un aparente defecto en el rigor de la nomenclatura doctrinal y de la especificación analítica, hay que admitir, en cambio, que la ubicación que se da a este Título responde al sistema del Código y constituye así un acierto, dentro de la estructuración sistemática que el codificador se propuso realizar.

CAPITULO II

EL ACTO ILÍCITO EN LA DOGMÁTICA DE NUESTRO CÓDIGO.

SUMARIO: 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 problema. 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.

Establecida ya en el Capítulo anterior cuál es la ubicación legislativa que motivadamente asigna la sistemática del nuevo Código al acto ilícito como origen de obligación reparatoria, conviene analizar ahora los elementos que, según la dogmática expresada en la fórmula legal, conforman el acto ilícito en el vigente derecho civil peruano.

1.—Permanencia exterior de la fórmula legislativa.

Suprimidos los artículos que en el Código de 1852 distinguían el delito y el cuasi-delito, el nuevo Código ha conservado,

en cambio, la fórmula del Código derogado (art. 2191) que decía:

“Cualquiera que por sus hechos descuido o imprudencia cause un perjuicio a otro está obligado a subsanarlo”.

En efecto, bajo el título: “De los actos ilícitos”, el Código vigente consigna en primer término la fórmula siguiente:

“Art. 1136.—Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo”.

La muy leve variación de palabras no altera, como se ve, la identidad exterior de ambas fórmulas. Y, sin embargo, por encima de esta exterior identidad, existe en nuestra ley civil vigente una diversa apreciación intrínseca del acto ilícito y sus elementos.

En este orden de ideas, tan generales y de tan vasto alcance, es evidente que la variación sistemática no representa un simple cambio de arquitectura superficial y exterior. Supone, por el contrario, una paralela variación dogmática que da fondo al exterior ordenamiento legislativo en el que se refleja.

No se puede decir en este punto que el dogma depende del sistema; pero sí que el sistema responde exactamente a la necesidad del dogma. Y esto lo vemos claramente aquí. El antiguo Código condicionaba la reparación de los daños a la probada existencia de dolo o culpa en el hecho, descuido o imprudencia que originaba la acción civil. Para calificar el origen de la obligación reparatoria no partía, pues, de la noción eminentemente objetiva de lo ilícito. Fundaba el proceso reparatorio trasladando al derecho civil dos nociones sustancialmente subjetivas procedentes de las calificaciones del derecho penal. Me refiero a las ideas de dolo y de culpa consignadas en los dos artículos que precedían al citado 2191 a. C. C.

Con tal método, la responsabilidad civil extracontractual era lo que precisamente no debe ser: un desdoblamiento equívoco de la responsabilidad penal. Como ocurre en lo penal, una rigurosa

calificación moral debía preceder también aquí a la responsabilidad. Y, en efecto, sin la prueba de la culpa —factor subjetivo y, por esto, generalmente inasible en lo procesal —la acción de reparación no podía prosperar dentro de las normas del Código derogado..

Pero el método legislativo estaba ahí sujeto, como siempre, a la concepción doctrinal y se explica lo esencial que resultaba entonces la prueba de la culpa para fundar la acción reparatoria. ¿Por qué?. Porque ese Código concebía en tales casos la obligación como nacida del “consentimiento presunto” (106) y esta presunción sólo era viable cuando alguna manifestación exterior venía a demostrar la existencia interior —dolo o culpa —de ese consentimiento que podía estar o nó asociado al acto.

La asociación de ese consentimiento al acto era, pues, fundamental. La obligación se originaba de este modo en la voluntad que se presumía y, a la vez, en la ley que, bajo ciertas reglas, establecía los casos en las que funcionaba la presunción.

En suma, por una combinación de factores voluntarios presuntos y de factores legales expresos, la obligación de reparar giraba en torno a las nociones penales, o si se quiere subjetivamente éticas, del dolo y la culpa. Era un sistema rigurosamente subjetivista.

2.—Variación paralela de sistema y dogma.

La variación que en este punto ha realizado el codificador no es meramente sistemática. Hay también en el nuevo Código, una paralela variación dogmática, porque precisamente el dogma recurre al sistema para la cumplida satisfacción de su necesaria expresión legislativa.

Efectivamente, nuestra vigente ley civil se ocupa en forma genérica “de los actos ilícitos” como fuente de obligación legal. El precepto de su art. 1136 (“Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo”), presupone necesariamente que esos hechos se hayan cumplido contra el derecho o sin derecho. Por esa razón los pone bajo el epígrafe calificativo de “actos ilícitos”, es decir, contrarios a derecho. Y para ser más explícito el Código agrega en el siguiente art. 1137, cuyos incisos analizaremos más adelan-

(106) v.: Código Civil de 1852.—Libro Tercero, Sección Séptima: epígrafe.

te, los casos en que, existiendo exterioridad dañosa y por lo mismo apariencia ilícita, un acto puede considerarse, no obstante, legítimo.

La base de la obligación reparatoria de índole extracontractual es entonces en nuestro Código no el concepto subjetivo de la culpa, sino la más exacta y objetiva idea de la ilicitud. Si actuando ilícitamente —contra lo dispuesto en la ley, reglamentos administrativos o municipales, etc. —alguien causa un daño a otro, está obligado a indemnizarlo. Ilicitud y daño concurren para hacer surgir la obligación reparatoria. La actuación contraria a la ley, la conducta ilícita es, por sí sola, una culpa y no interesa en tal caso la intención.

Hay así en nuestro Código vigente, una aplicación de esa técnica moderna —dogma y sistema— que estudiábamos en el Capítulo IV de la Segunda Parte de esta Tesis con observaciones que convienen exactamente al método de nuestra ley. Tal como ahí afirmábamos siguiendo a SALEILLES, un hecho puede ser dañoso sin ser ilícito así como, inversamente, puede ser ilícito sin ser dañoso, porque —transcribo al maestro —“el hecho no es ilícito en cuanto es dañoso. Es ilícito en sí, independientemente de la consecuencia dañosa para otro” (107).

Esta concepción está en el fondo de la estructura legislativa del Código vigente. Bajo sus normas, un acto generará responsabilidad civil, vale decir obligación de reparar, cuando sea, a la vez, ilícito y dañoso. Es decir, contrario a derecho y causante de daño. En efecto —y como reflexionábamos páginas atrás —, si no hay ilicitud en el acto ¿cuál sería la fuente de la obligación?. Y en el otro caso, si no hay daño ¿qué sería entonces lo que habría que reparar?. Ilicitud y daño deben, pues, concurrir para originar la obligación reparatoria.

3.—Objetivación de la responsabilidad en el Código vigente.

Acerca de la responsabilidad civil extra-contractual hay así en nuestro Código una paralela variación de sistema y dogma. No es que exista hoy en nuestra ley civil la llamada “culpa objetiva” como norma de reparación. Es, simplemente, que la culpa se objetiviza ahora en nuestra ley al identificarse con la ilicitud. Para

(107) Raymond Saleilles.—“Etude sur la théorie générale de L' Obligation”.—ed. cit. pág. 360.

hacer surgir la obligación reparatoria basta que, al actuar sin derecho o contra el derecho, se cause un daño. Lo esencial es ahora la objetiva ilicitud del acto dañoso. *f*

Comentando la concepción doctrinal que informa en este punto al Código Alemán, afirmaba SALEILLES que "siempre que hay un daño causado por un hecho considerado como ilícito debe haber indemnización" (108). Nuestro Código, con una concepción semejante, declara que se debe reparación por los hechos, descuido o imprudencia que causen daño a otro, a condición por cierto de que la actuación sea ilícita, como se desprende del epígrafe que califica todas las hipótesis legales del Título ("De los actos ilícitos").

Ahora bien ¿cuál es el criterio para apreciar la ilicitud de un acto dañoso?. Nuestro Código lo consigna de manera indirecta y tácita cuando, en el mencionado art. 1137, presenta las condiciones que pueden eximir de ilicitud a un acto dañoso. Este artículo declara en primer término:

"Art. 1137.—No son actos ilícitos:—1.º Los practicados en el ejercicio regular de un derecho".

De esta declaración se deduce entonces *contrario sensu* y en sus "Comentarios" lo hace así el doctor LEON BARANDIARAN, que hay acto ilícito en "el ejercicio irregular, anormal o abusivo del derecho" (109). Pero esta medida de la libertad personal para el ejercicio del propio derecho en contraposición con el interés legalmente protegido de los demás, no se puede prefijar legislativamente. Hasta para la misma doctrina es esta una noción fatalmente sutil y aparentemente casuista. Como ya indicaba en otro lugar de esta Tesis (110), el problema de determinar las condiciones del lícito ejercicio de los derechos se conecta estrechamente a un moderno desarrollo doctrinal: el problema del abuso del derecho, acerca del cual se ha escrito tanto en nuestro tiempo.

La ley nos lleva en este punto a la reflexión doctrinal, porque ¿cómo determinar con el simple auxilio de su fórmula abstracta hasta qué punto el ejercicio de un derecho puede ser regu-

(108) R. Saleilles.—ob. y loc. cit.

(109) José León B.—ob. cit. pág. 240.

(110) v.: Parte Segunda.—Cap. IV, 4 y 5.—de esta Tesis.

lar?. El problema toca la raíz medular del Derecho. Es el problema de la libertad y la facultad confrontándose con la obligación y el deber. Es el compendioso problema del ejercicio de los derechos.

En este orden de ideas, el Código no puede ir más allá del enunciado abstracto y general. Lo demás es necesariamente desarrollo doctrinal y aplicación legislativa, vale decir, jurisprudencia. Determinar en teoría general cual es la extensión objetiva de cada derecho es muy difícil, por no decir imposible.

El doctor SOLF Y MURO advierte en este punto que “la determinación de esta zona inmune en que puede moverse el hombre impunemente, es de gran importancia en la práctica para dar una guía a quien quiera conducirse en la vida con certera seguridad; pero la solución de este problema no es posible darla *a priori*. La materia está ligada a la teoría del abuso del derecho” (111).

No es muy simple la cuestión del límite de los derechos y DEMOGUE anota por eso que “no es suficiente decir, como lo hace Larombiere, que nuestro derecho tiene por límite el derecho y la libertad de los otros” (112). ¿Cómo determinarlo entonces?.

La opinión de COVIELLO es que el límite al ejercicio de un derecho lo ofrece “el contenido del mismo derecho o una especial disposición de la ley que restringe su contenido normal”. Y agrega: “Dentro de estos límites, el que tiene un derecho puede ejercitarlo sin preocuparse en lo absoluto de las consecuencias perjudiciales que pueden derivar para otros” (113). Es la afirmación de una antigua y ya citada máxima. Pero VON TUHR —que tiene una inspiración ostensiblemente social— no es tan radical en este aspecto y afirma que “cuando se ejercita un derecho hay que respetar los derechos ajenos; pero no los simples intereses” (114), agrega en seguida, desarrollando su idea mediante conceptos que luego analizaremos.

Al referirse a los límites dentro de los que debe moverse el ejercicio de los derechos, VON TUHR consigna en primer término este principio que define su opinión: “Es ilícito el ejercicio abusivo, el que no puede tener más finalidad que dañar a otro”

(111) Alfredo Solf y Muro.—“Actas de la Comisión Reformadora del Código Civil”.—Séptimo Fascículo.—pág. 30.

(112) R. Demogue.—ob. y loc. cit.

(113) N. Coviello.—ob. cit.—Cap. XVI, N.º 153.

(114) A. Von Tuhr.—ob. cit.—Cap. 10, III.

(115). Es precisamente el caso que de manera expresa prohíbe el Código Alemán (Parte General. —Sección Sexta: “Del ejercicio de los derechos”) con la regla del artículo No. 226: “No se permitirá ejercitar un derecho cuando su ejercicio sólo pueda tener por objeto causar perjuicio a otro”. Es la actuación que ya el derecho común del medioevo prohibía bajo el nombre de “*aemulatio*”. Son los actos que el derecho moderno llama aún “emulativos” y que COVIELLO caracteriza por el hecho de que “mientras producen un daño material a otro, no benefician a su autor” (116).

Por sus fuentes doctrinales y legislativas, nuestro vigente Código parece inspirarse en este punto —límite al ejercicio de los derechos— en la concepción germánica expresada en la citada opinión de VON TUHR y en el propio texto de la ley civil alemana, fórmula legal que nuestro legislador pospuso por una razón de sistema, incorporando, en cambio, la fórmula suiza, aunque lamentablemente incompleta. Pero es siempre la concepción germánica y el fondo es análogo en nuestro Código y el alemán, porque es idéntico el fin perseguido.

En efecto, cuando nuestro Código (art. 1137) declara que “el ejercicio *regular* de un derecho” no puede constituir un acto ilícito, implícitamente admite que a pesar de la regularidad, el ejercicio de un derecho puede originar daño al derecho de otro, porque —como advierte COVIELLO— “muy frecuentemente acontece que un derecho se lesiona precisamente por el ejercicio de otro derecho” (117). Pero este es el caso del conflicto o colisión de derechos y aunque la ley no consigna ni puede consignar normas específicas para regularlo, la doctrina establece un orden lógico —condicionado siempre a la esencia e índole de las facultades que encierran— para determinar la prelación de derechos.

4.—Conexión entre irregularidad del derecho y abuso del derecho.

Hay otra arista de más difícil mensura en este problema de la limitación de los derechos, o sea de la regularidad de su ejercicio. Es el del límite incierto y variable de la utilidad del ejercicio, límite importante porque la utilidad asigna regularidad exterior al ejercicio de un derecho.

(115) A. Von Tuhr.—ob. cit.—Cap. 10, III.

(116) N. Coviello.—id. id.

(117) N. Coviello.—ob. cit.—Cap. XVI.

¿Dónde termina para un derecho el libre juego de su uso, ingresando en la esfera prohibida del abuso?. Por vías legislativas hemos llegado otra vez al debatido problema del abuso del derecho que procurábamos soslayar en otro lugar de esta Tesis (118) para no abandonar el propio tema. Pero volvemos a encontrarnos con esta noción, porque el inc. 1.º del art. 1137 de nuestro Código se conecta necesariamente a ella. En efecto, cuando la ley habla en ese artículo del “ejercicio regular de un derecho” nos pone ante la fórmula excesivamente comprimida de su Título Preliminar que dice:

“Art. II.—La ley no ampara el abuso del derecho”.

fórmula que nos revela cuál es el concepto que tiene nuestra ley del “ejercicio regular” de los derechos.

Según la conexión existente entre las normas del Código es evidente entonces que pueda asimilarse el concepto del ejercicio irregular del derecho al concepto de ejercicio abusivo. Y como la ley no ampara el abuso del derecho”, ese ejercicio abusivo o irregular puede ya considerarse como acto ilícito. Por consiguiente, si tal acto causa un daño a otro implica el deber de indemnizar, puesto que sólo la regularidad del ejercicio del derecho puede liberar al acto dañoso del carácter de ilícito que, por sus efectos, *a prima facie* ostenta (art. 1137, inc. 1.º).

Hasta aquí todo es perfectamente coordinado y lógico. Pero el problema legal surge en el momento en que precisa calificar como abusivo o irregular el ejercicio de un derecho. Es en este punto que la legislación se resigna al inevitable silencio, en tanto que la doctrina discute y la jurisprudencia vacila.

El Código derogado en su artículo 2211 declaraba: “No hay obligación de indemnizar los daños causados en el ejercicio de un derecho; a no ser que entre los modos de ejercerlo se haya escogido voluntariamente el que era perjudicial”. Y comentando este artículo en una Tesis académica, el doctor ALZAMORA SILVA decía ya en 1926: “El art. 2211, tal como está redactado, condena lo que dentro de la moderna terminología jurídica denomi-

(118) v.: Segunda Parte, Cap. IV, 5.— de esta Tesis.

nase uso abusivo de un derecho" (119). Pero no logramos salir de la cuestión planteada: ¿cuándo el ejercicio de un derecho, por ser abusivo, es irregular al punto de convertirse en acto ilícito y originar eventualmente obligación reparatoria?

Sólo puede hallarse respuesta a la cuestión admitiendo la interferencia de conceptos particularmente éticos en relaciones como éstas que, en realidad, no pueden ordenarse mediante conceptos estrictamente técnicos del Derecho y que obligan a recurrir a la matriz ética de lo jurídico.

X Cuando el doctor ANGEL GUSTAVO CORNEJO, con su poderosa facultad analítica y su sobresaliente ilustración, examina este aspecto del Código vigente, enseña que "el principio en su aspecto jurídico se concretiza en esta forma: la pretensión que no tiende a la protección de un interés legítimo y cuya satisfacción lesionaría intereses protegidos de otro, no puede prevalecer" (120).

La dificultad regresa, sin embargo, con punzante obstinación. Porque ¿cómo calificar ese "interés legítimo"? ¿Qué es lo que precisamente asigna legitimidad a un interés al punto de poder sobreponerlo, sin injuria a la justicia, sobre los intereses de otro, protegidos también y, a pesar de eso, lesionables?

Un interés es legítimo —se dice— cuando, además de estar protegido por la norma legal y tener así categoría de derecho subjetivo, reporta utilidad efectiva a su titular y no se ejercita con el sólo propósito de dañar a otro. Es la idea del citado artículo 226 del Código Alemán. Y como explica el doctor CORNEJO analizando el espíritu semejante que se infiere de la letra de nuestra ley civil "la tipicidad del abuso requiere una confirmación objetiva de que el agente no persigue un interés propio y de que obra únicamente con el fin de perjudicar a otro. Se trata de calificar el objeto jurídico del derecho y no la calificación moral del mismo. El objeto *principal* (121) —agrega— no debe ser otro que perjudicar al adversario, porque no abusa del derecho el que lo ejercita en su provecho propio" (122), desde que ese es preci-

(119) Lizardo Alzamora Silva.—"El dolo en nuestra legislación civil" (Tesis de Doctorado en Derecho).—Ed. Minerva.—Lima, 1926. pág. 248.

(120) Angel Gustavo Cornejo.—ob. cit. Cap. IV.

(121) Principal—dice ahí el doctor Cornejo—pero otros maestros afirman que, para conformar el abuso, el objeto del ejercicio del derecho, único y exclusivo, no simplemente principal, sea el dañar a otro.

(122) A. G. Cornejo.—ob. cit.—pág. 85.

samente el fin esencial que el hombre persigue al ejercitar su derecho: aprovecharse de él, aún con desmedro del interés de otro.

⁴⁶**5.—Derecho e interés, elementos del problema.**

Este problema del abuso del derecho, en los últimos tiempos tan asendereado, estrecha sus extensos límites y modera así su persistente apremio lógico cuando logramos establecer la esencia y función diferente de esos conceptos relacionados y fácilmente confundibles, pero distintos, que son el derecho —interés jurídicamente protegido— y el mero interés.

En este punto COVIELLO explica muy bien que “el que sobrepasa los límites del uso normal se queda siempre dentro de los límites de su derecho, tal como está reconocido y garantizado por la ley. En consecuencia, —agrega— si en el conflicto de los derechos de igual naturaleza puede tenerse en cuenta el criterio de la normalidad del uso, para evitar que un derecho sea sacrificado en favor de otro igual y realizar así su coexistencia armónica no es justo seguir el mismo criterio cuando un derecho se encuentra frente a un simple interés material o de hecho, que justamente por ser tal, debe ceder ante el interés legítimo, esto es, ante el derecho” (123).

Es una opinión análoga a la ya citada de VON TUHR: “Cuando se ejercita un derecho hay que respetar los derechos ajenos; pero nó los simples intereses” y con idéntico criterio, aunque observando el problema desde ángulo distinto —el del lado lesionado— OERTMANN explica que “como el derecho debe constituir únicamente protección de intereses, estaría en contradicción con su concepto el que, sin relación a un interés existente por parte del sujeto, se ejercitara solamente en perjuicio de otro” (124).

En ese instante de la hipótesis legal —cuando, sin interés alguno se ejercita el derecho sólo para causar perjuicio a otro— es precisamente que surge el abuso y la ley retira su amparo a ese derecho ya deforme o inútil para convertirlo en ejercicio irregular. Ahora bien, este ejercicio irregular de un derecho es en nuestro Código un acto ilícito, tal como inequívocamente aparece del inc. 1.º del art. 1137. Por consiguiente, si actuando en esa forma

(123) N. Coviello.—ob. y loc. cit.

(124) Paul Oertmann.—ob. cit.—Tercera Parte: Cap. I.

se causa un daño a otro es evidente que, según la técnica de nuestro Código, ha surgido una deuda de reparación.

Analizando el problema desde un punto de vista práctico, esta asimilación del abuso del derecho al acto ilícito es una posibilidad que difícilmente se realiza. Es preciso para ello, como hemos visto, que el acto reúna requisitos difícilmente concurrentes, porque, como advierte OERTMANN, "para que la hipótesis legal se dé es preciso que la finalidad de perjudicar sea la única y hasta que aparezca como indudable. Se comprenderá —agrega— que con tales restricciones, la prohibición tiene solamente posibilidades de aplicación relativamente modestas" (125).

Esto mismo referente a la doctrina del Código Alemán puede aplicarse al sentido y a la letra de nuestro Código. En efecto, si de un lado la ley (art. 11.—T. P.) niega su amparo al acto abusivo del derecho, de otro lado declara que no es acto ilícito el ejercicio regular de un derecho. Por consiguiente, si con tal ejercicio regular de un derecho se daña el interés de otro no se debe reparación alguna, porque esa es precisamente la supremacía que tiene el derecho —interés jurídicamente protegido— sobre el mero interés. Ante el derecho, el interés debe ceder siempre.

Pero no ocurre lo mismo cuando el daño al simple interés de otro se causa al ejercitar irregularmente un derecho. Aquí se observa ya la utilidad del art. 11 del Título Preliminar del Código. ¿Por qué?. Porque si se ejercita abusivamente un derecho —finalidad probadamente sustancial de perjudicar— la ley (art. 11.—T. P.) le retira su amparo y el daño que se cause con su ejercicio, privado ya del amparo legal, obliga a la reparación, porque —según el inc. 1.º del art. 1137, invocado aquí *contrario sensu*— el ejercicio de un derecho en tales condiciones es equiparable ya al acto ilícito.

La declaración eminentemente teórica del Título Preliminar (art. 11) de nuestro Código tiene así una evidente utilidad dentro del mecanismo de su moderna sistemática. Y prescindiendo de otras fecundas aplicaciones específicas de la declaración a diversas situaciones normadas por el Código (126); me refiero aquí sólo a su utilidad en relación con la regla práctica contenida en

(125) Paul Oertmann.—ob. cit.—Tercera Parte: Cap. I.

(126) v.: Código Civil, arts. 163, 170, 189, 241 in. 1.º, 850, 859, 861, 989, 1098 y otros.

los arts. 1136 y 1137 sobre obligación legal reparatoria originada en actos ilícitos.

Es en este orden de ideas que me interesa anotar la útil y proporcionada coordinación que existe entre lo que el citado art. 11.—T. P. del Código tiene de abstracto y meramente declarativo y lo que hay de concreta y vital función práctica en los arts. 1136 y 1137-inc. 1.º. Sobre todo, debo detenerme con interés a señalar la existencia de esa relación, de esa necesaria “conexión interna entre las disposiciones afines que regulan el abuso del derecho y la responsabilidad por acto ilícito”, porque, reclamándola en esos términos, mi maestro el doctor CORNEJO, después de buscarla en un análisis cuya luminosa huella me ha orientado aquí, la declara virtualmente inexistente en nuestro Código por falta de solidez.

Yo me aparto atrevidamente y a riesgo de caer en el error de esa opinión magistral que exageradamente exige aquí a la lógica legislativa que sea explícita hasta la reiteración. La relación, “la conexión interna entre las disposiciones afines que regulan el abuso del derecho y la responsabilidad civil por acto ilícito” que con razón reclama mi maestro, existe en el Código, a mi juicio, de una manera implícita. Admito que precisamente por estar envuelta en esta forma tácita, tal relación no aparezca indubitable. Sin embargo, no creo que sea posible por eso declararla inexistente o desprovista de la necesaria solidez para existir.

Son estas, en suma, las reflexiones que, ciñéndome a su letra y con el auxilio de las fuentes doctrinales y legislativas, me ha sugerido el rico contenido jurídico del inc. 1.º del art. 1137, aparentemente tan equívoco. Y el alcance y vigencia que este artículo tiene sobre todos los demás del Código, basta para justificar la extensión con que me he detenido en su exégesis.

6.—La legítima defensa, causa excluyente de ilicitud y sus condiciones.

Continuando en el examen del art. 1137, vemos que en su inc. 2.º declara que “No son actos ilícitos”:

2.º—Los practicados en legítima defensa de sí mismo y de un tercero”.

Estamos así frente a un concepto cuya exégesis realiza nuestro derecho penal en su parte general. Pero como es obvia la

utilidad de la defensa privada para la vida de los derechos civiles, el codificador incorpora aquí esta hipótesis para excluirla de ilicitud y con eso de responsabilidad.

La defensa privada —justicia privada, la llaman los alemanes, porque es la "*selbsthilfe*" del derecho germánico medioeval —es el uso que hace el individuo de la fuerza personal para realizar la defensa de sus derechos. Ahora bien, por su misma esencia excepcional, este medio de protección jurídica está condicionado a circunstancias exactas. En condiciones normales, ante las trasgresiones del propio derecho, se puede y se debe invocar la autoridad y la protección del Estado interponiendo la oportuna acción, porque la existencia del Estado y de su autoridad judicial excluye la necesidad de que los individuos usen normalmente de su propia fuerza para defender sus derechos. Quedan entonces, como excepción, algunas circunstancias anormales y el Derecho debe situarse ante ellas para señalar las condiciones de su existencia jurídica.

Dentro de nuestro sistema jurídico, la delimitación de las condiciones mediante las cuales la defensa privada puede convertirse en legítima está contenida en la ley penal. En efecto, el art. 85-inc. 2.º del Código Penal declara exentos de pena —y se infiere que también de responsabilidad criminal —a:

“El que obra en defensa de su persona o derechos, o de la persona o derechos de otro, siempre que ocurran las circunstancias siguientes: 1.º—agresión ilegítima; 2.º—necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; 3.º—falta de provocación suficiente de parte del que hace la defensa”.

No haciendo el nuevo Código Civil una calificación distinta de las circunstancias de la defensa legítima que incorpora como causa excluyente de responsabilidad, es lógico y hasta necesario concluir que admite plenamente la calificación del Código Penal. Y así es en la realidad jurídica, porque las condiciones que hacen una defensa legítima no varían al pasar del ámbito penal al civil. Iguales en ambos casos los efectos —eximir de responsabilidad, para liberar en un caso de la pena y en

el otro de la reparación— son iguales también las condiciones. Y así, probada la necesidad de la identificación, debo analizar aquí la legítima defensa de los derechos civiles a través de esas tres condiciones que el Código Penal señala y el Código Civil acepta.

La primera condición es, como vimos, que la agresión contra el derecho que se defiende —puede ser el del sujeto mismo o el de un tercero— sea ilegítima. Es decir, arbitraria y no fundada, por tanto, en norma alguna. Ocupándose de este punto, VON TUHR, el insigne maestro civilista alemán, dice: “se permite el empleo de la fuerza defensiva, la legítima defensa, para repeler ataques arbitrarios contra la integridad física, la vida, la libertad, el honor, el patrimonio y demás bienes jurídicos. La protección de la legítima defensa —agrega, precisando el alcance del instituto— no afecta a la propiedad, sino a la posesión, puesto que sólo se trata de defender lo existente”. (127).

Pero al lado de esa condición —agresión ilegítima— que nuestro Código Penal (art. 85, inc. 2.º) consigna, la doctrina del derecho civil exige otra condición igualmente imprescindible y que el Código Civil Alemán incorpora en la letra de su art. 227. Tal condición imprescindible es que el ataque, además de injusto, sea actual. Ni pasado ni futuro, sino solamente presente. ¿Por qué? Porque si el ataque pertenece al pasado, la urgencia de la defensa privada ya no existe. Como anota COVIELLO, existe ya en ese caso “un nuevo estado de hecho” (128) y es preciso entonces recurrir a la intervención judicial, interponiendo la acción correspondiente. Y es obvio, de otro lado, lo que advierte VON TUHR acerca de que el ataque no puede ser tampoco “una simple amenaza para lo futuro” (129). Desde luego que en el caso de despojo la exigida actualidad del acto agresivo no excluye, sino precisamente supone, un cambio momentáneo. Pero COVIELLO dice muy bien que “el cambio momentáneo no equivale a un nuevo estado de hecho” (130).

La segunda condición legal para la defensa privada legítima de los derechos propios o de tercera persona es, según vimos, que exista una “necesidad racional del medio empleando para impedir la o repelerla”. Esto no necesita desarrollo alguno.

(127) A. Von Tuhr.—ob. cit.—Cap. X.

(128) N. Coviello.—ob. cit.—Cap. XIV.

(129) A. Von Tuhr.—ob. y loc. cit.

(130) N. Coviello.—id. id.

La esencia misma de la institución es la defensa. Todo lo que en virtud de ella se haga debe responder, pues, a este y solamente a este objetivo. "Los daños causados al ofensor en legítima defensa —afirma VON TUHR— no deben exceder de la medida necesaria para repeler la agresión. En lo que exceda a este límite (*excessus tutelae*), el agente procede contra el derecho, y si incurre en culpa, viene obligado a indemnizar los daños producidos" (131).

Retira así el Derecho el arma que eventualmente concedió y la vuelve entonces contra el mismo que no acertó a usarla sin exceso. Ahora bien, para apreciar esa "necesidad racional del medio empleado" señalada en nuestra ley penal y admitida implícitamente por nuestra ley civil, se supone que dicha necesidad "ha de estimarse —como enseña OERTMANN— en relación con las circunstancias especiales de cada caso" (132).

Avanzando más en la consideración de este problema, resbaladizo y sutil como todos los que se refieren a la extensión de los derechos subjetivos, OERTMANN se muestra radicalmente favorable al que defiende con exceso. Cree que "mientras la necesidad se dá, nada importa que el acto defensivo proporcione al atacante un daño mayor que aquel de que el otro se defiende, como sucede, por ejemplo, cuando alguien, para salvar los bienes que intentan robarle, dispara contra el ladrón y le produce la muerte". Y agrega una idea extraordinariamente útil para el esclarecimiento de este problema: "Ni en el derecho civil, ni en el derecho penal —afirma— procede nunca, en materia de legítima defensa, establecer una ponderación entre los intereses en pugna" (133). Pero la limitación queda siempre en pie. "Que la defensa no exceda de los límites que son necesarios, según las circunstancias"— dice exactamente COVIELLO.

La tercera condición para la legitimidad de la defensa privada es, en nuestro sistema jurídico, la "falta de provocación suficiente del que hace la defensa", según establece el invocado artículo de nuestra ley penal. Tal condición es de evidente necesidad. Se trata de un acto sustancialmente defensivo y si el que hace esa defensa se ha visto en la necesidad de ir a ella, porque su provocación antecedió al ataque contrario; ya no es el defensor, dentro de semejante proceso, un simple sujeto pasivo que se

(131) A. Von Tuhr.—*id.*, *id.*

(132) P. Oertmann.—*ob. cit.* Tercera Parte, Cap. II.

(133) P. Oertmann.—*ob. cit.*—Tercera parte.—Cap. II.

defiende. Por lo contrario, un acto agresivo propio ha antecedido a esa necesidad en que luego se ve. La aparente agresión de que es víctima quien en esas circunstancias se defiende, ya no es ilegítima. Es simplemente la respuesta a su provocación. Y estamos otra vez, de regreso, frente a la primera condición que analizamos como esencial para conferir licitud a la defensa privada de los derechos propios o de tercero: que la agresión sea ilegítima.

Dentro de esas tres condiciones, que nuestro Código Penal enuncia y el posterior Código Civil vigente, al no sustituirlas, implícitamente acepta con sólido fundamento doctrinal, debemos enmarcar así la idea de la legítima defensa, tan minuciosamente analizada hasta en sus más ricos e imperceptibles matices por la moderna doctrina del derecho civil.

Los actos que, producidos dentro de esas tres condiciones, constituyen la legítima defensa de sí mismo o de un tercero, no son actos ilícitos, según expresa declaración del inc. 2.º del art. 1137 de nuestro Código Civil. Hay así en este orden de ideas un riguroso paralelismo entre nuestro derecho penal y nuestro derecho civil. Un mismo criterio debe presidir entonces la determinación de las condiciones en virtud de las cuales un acto puede considerarse de defensa privada legítima. Y en cuanto a los efectos producidos en ambas esferas jurídicas por la idénticamente condicionada licitud de tales actos, la analogía no se rompe. El derecho penal exime de pena a sus autores. El derecho civil, declarando esa clase de hechos excluidos de la ilicitud, exime a sus autores de la responsabilidad civil. Vale decir, de la obligación reparatoria.

7.—El estado de necesidad y la lesión lícita en la cosa ajena.

Estamos analizando el art. 1137 que, en su tres incisos, agrupa las hipótesis de actos que, pudiendo ser dañosos, no son ilícitos y no obligan, por consiguiente, a la reparación. Hemos analizado ya dos de estas causas excluyentes de ilicitud. Nos falta entonces analizar el contenido del inc. 3.º del art. 1137, cuyo objeto es declarar que "No son actos ilícitos":

"3.º—El deterioro o destrucción de la cosa ajena, a fin de remover un peligro inminente, siempre que las circunstancias justifiquen el he-

cho practicado y que éste no exceda de los límites indispensables para conjurar el peligro”.

Representa esta regla la incorporación a nuestro derecho civil de la figura jurídica llamada “estado de necesidad”, establecida ya en nuestro moderno Código Penal (art. 85-inc. 3.º) como causal de exención de pena, vale decir de responsabilidad criminal.

El estado de necesidad viene aquí a conferir licitud a una especie de actos que, siendo dañosos para otro, no crean responsabilidad civil para el autor, porque al ser cometidos en ese determinado estado de cosas que, con gráfica expresión, la doctrina llama “estado de necesidad”, no pueden ser ya actos ilícitos. Una razón vital se alza entonces sobre la razón legal y el acto es lícito.

La hipótesis de “estado de necesidad” está enmarcada en nuestro Código dentro de muy precisos requisitos. Se trata en primer lugar del deterioro o destrucción de cosa ajena. En segundo lugar, este ataque a la cosa ajena debe fundarse en la existencia de un peligro inminente que justifica, por tanto, el hecho practicado. Y en tercer lugar este ataque no debe exceder de los límites indispensables para conjurar el peligro.

Se trata en esta hipótesis de la lesión inferida a la cosa de otro y nó, como en la legítima defensa, a otra persona. En ambos casos existe un peligro que, viniendo del exterior, obliga al actor a proceder por su cuenta —“autoayuda”, dicen los alemanes— en forma extraordinaria. Pero hay entre ambas hipótesis semejantes una disminución que OERTMANN señala con acierto. “La diferencia estriba únicamente —dice— en que el peligro que las cosas constituyen *no puede ser antijurídico*, como puede serlo el ataque de un hombre” (134). Indica con esto que la actuación dañosa realizada en estado de necesidad no excluye totalmente la posibilidad de que, en ciertos casos, suscite siempre una obligación reparatoria. ¿Por qué? Porque si el ataque de un hombre puede ser antijurídico y crear por eso, frente a él, un derecho pleno de defensa en favor de la persona atacada; no ocurre lo mismo con el peligro de las cosas. Aquí la situación peligrosa es susceptible de apreciación y, por tanto, de gradua-

(134) P. Oertmann.—ob. y loc. cit.

ción. Lo que para una persona excesivamente nerviosa o sensible aparece como un peligro mortal, puede ser en la objetiva realidad un simple riesgo transitorio.

El peligro de las cosas supone entonces una apreciación subjetiva en la que puede haber error por exceso. No ocurre eso, en cambio, cuando el ataque proviene de persona, porque en tal caso —y prescindiendo de las características del atacante y de la forma y objeto del ataque— hay siempre una exteriorización antijurídica objetiva producida por un sujeto jurídico. Cualquier cosa que se haga frente a tal actuación representa la justa réplica a la actuación misma producida en esa forma racionalmente antijurídica.

Esto induce a pensar —y así lo enseña OERTMANN— que “a diferencia de lo que sucede en materia de legítima defensa, aquí —en el estado de necesidad— se ponderan los intereses en pugna” (135). Esta es una idea extendida en la doctrina alemana. La propicia así el tantas veces citado Profesor VON TUHR, cuando dice: “El que se encuentra ante un peligro para su persona o sus bienes (o cualquiera persona que quiera salvarle) está autorizado para disponer de las cosas ajenas, en la medida necesaria para evitar el peligro, siempre que el daño que lo amenace sea muy superior a los causados por las medidas que tome para salvarse” (136). Sugiere también, como se ve, esa previa “ponderación de intereses” de que habla OERTMANN.

¿Qué conclusión se puede deducir de ese principio? La que ya avistaba líneas antes al comparar el peligro objetivo e indudable del ataque proveniente de persona, con el peligro de las cosas que puede ser cuestionable por lo mismo que, en ciertos casos, su existencia es meramente subjetiva, es decir originada en la apreciación. Es la conclusión que OERTMANN expresa así: “Sólo es lícito el daño o la destrucción del objeto peligroso cuando, además de ser necesario para evitar el peligro, no es desproporcionado con el peligro en cuestión”; principio teórico que el maestro ilustra con el siguiente ejemplo: “Un cazador no tendría, por consiguiente, derecho a matar a un perro valioso que, sin poner en peligro la caza en general, hubiere dificultado la caza de una liebre, por ejemplo” (137).

¿Qué ocurrirá entonces en el caso que el ataque a la cosa ajena cometido en estado de necesidad sea desproporcionado con

(135) P. Oertmann.—ob. y loc. cit.

(136) A. Von Tuhr.—ob. cit.—Cap. X.

(137) P. Oertmann.—ob. y loc. cit.

el peligro en cuestión? Mi maestro el doctor LEON BARANDIARAN manifiesta en este punto que "el hecho cometido dentro del supuesto del inc. 3.º del art. 1137, no debe dar lugar en lo absoluto a reparación, según resulta del dispositivo, pues él es lícito". Y agrega: "La solución así impuesta es peligrosa. Los Códigos modernos no proceden de esta manera" (138). Efectivamente nuestro Código no contempla en forma expresa aquella posibilidad y parece aceptar la solución peligrosa de que habla el citado maestro. Pero yo creo que de la letra del inciso que aquí estudio y sin necesidad de recurrir a la argumentación doctrinal se puede deducir sin agravio a la lógica lo que la doctrina alemana propugna: que se adeudará indemnización en la medida del exceso.

En efecto, en la letra de este inciso hay, a mi juicio, una ostensible condición implícita. ¿Por qué? Porque si de un lado declara que no es acto ilícito el ataque a la cosa ajena para remover un peligro inminente; de otro lado condiciona la licitud de este acto al requisito de "que las circunstancias justifiquen el hecho practicado y que éste no exceda de los límites indispensables para conjurar el peligro" (art. 1137-inc. 3.º). Y *contrario sensu* se puede entonces deducir de aquí que si hay exceso en la actuación dañosa o si las circunstancias no justifican el acto, aún realizado en las circunstancias de necesidad, pierde ya la totalidad de la licitud que condicionalmente le confiere la ley. Y no siendo ya totalmente lícito el acto, puede dar origen a una deuda de reparación que cubra la extensión del exceso. En mi concepto y discrepando en ésto de mi maestro el doctor LEON BARANDIARAN, no es, pues, tan radical como se pretende la exclusión de reparación en esta hipótesis legal de nuestro Código.

Al lado de esa hipótesis —que, en la forma implícita indicada, parece estar inserta en nuestra ley— hay otra que la doctrina alemana propugna y el *B.G.B.* contempla (art. 228), pero a la que no hay alusión alguna, ni directa ni indirecta, ni expresa ni implícita, en nuestro Código. Me refiero al caso en que el estado de necesidad que obliga a actuar a la víctima de él en la forma dañosa se ha producido precisamente por su culpa. En opinión de OERTMANN este evento "no quita licitud al acto realizado por el sujeto, pero obliga a éste a indemnizar el perjuicio". Y agrega un ejemplo descriptivo: "Si *A* —dice— ondeando un paño rojo, ha incitado al ataque al toro de *B*, y luego, para sal-

(138) José León Barandiarán.—ob. cit.—art. 1137.

var su vida, se ve obligado a disparar contra él y matarlo, el acto será lícito, pero a condición —bien justificadamente— de indemnizar el perjuicio” (139).

Parece contradictorio en la opinión del maestro germano que admitiendo que el acto es lícito considere posible, al mismo tiempo, una obligación reparatoria. Pero la contradicción es sólo aparente. Hay licitud en el acto mismo que se consuma; pero, en el ejemplo propuesto, no hubo la misma licitud en el proceso de provocación que suscitó el estado de cosas en que hubo de consumarse el acto lícito de defensa.

Inspirado en esa concepción doctrinal el Código Alemán dice en la segunda parte del mencionado art. 228: “Si el autor ha causado el peligro, estará obligado a indemnizar daños y perjuicios”. Y es que, como ya indicábamos, hay siempre “ponderación de intereses” cuando se trata de la defensa privada en estado de necesidad. Como exactamente advierte DEMOGUE, “el acto de necesidad protege un derecho preferente ante todo otro de menor valor desde el punto de vista del interés social, pero no es especialmente preferente a aquel del lesionado. Este debe, pues, ser indemnizado, porque él es víctima de una verdadera expropiación por utilidad privada, que no tiene un carácter de utilidad social sino por repercusión” (140).

Siguiendo esta corriente doctrinal nuestro Código establece de manera expresa un caso de actuación dañosa para otro y que a pesar de ser lícita por utilidad social engendra obligación reparatoria. Es en el Libro Segundo (“De los derechos reales”), cuyo Título II (“De la propiedad inmueble”) declara:

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

artículo que es una reproducción doctrinalmente idéntica y literalmente semejante a la que el Código Alemán consigna (Libro Tercero: “De los derechos reales sobre las cosas”.—Sección tercera: “De la propiedad”) en el art. 904 que dice: “El

(139) P. Oertmann.—ob. y loc. cit.

(140) R. Demogue.—ob. y loc. cit.

propietario de una cosa no estará autorizado para prohibir que un tercero intervenga en ella cuando esta intervención es necesaria para evitar un peligro actual, y el perjuicio de que el tercero esté amenazado sea muy superior al que se infiera al propietario. Este podrá pedir la reparación del daño sufrido”.

La ponderación de intereses está, pues, en la base de la solución legislativa germánica que nuestra ley adopta de modo casi literal. Pero esta solución reparatoria que nuestro Código instala de manera específica para los daños a la propiedad inmueble de otro inferidos por motivos de utilidad social ¿existe también para daños causados, en estado análogo, a otra clase de cosas? ¿Es posible entender en forma semejante el inc. 3.º del art. 1137 que aquí analizamos?

Considero que dentro del precepto de nuestra ley civil no hay inconveniente lógico para concebir en tales casos esa ponderación de intereses. Vimos ya como el inc. 3.º del art. 1137, al indicar que las circunstancias deben justificar el hecho practicado, reconoce implícitamente una condición. Si las circunstancias justificatorias no existen, tampoco puede existir la licitud que precisamente ellas asignan al acto. Y si, en otra hipótesis, tales circunstancias justificatorias se extinguen en determinado momento del acto (“que éste no exceda de los límites indispensables para conjurar el peligro” — dice claramente nuestra ley), se extingue simultáneamente y en ese mismo límite la licitud de la actuación dañosa. Creo, por consiguiente, que, en esos casos, la aludida condición implícita puede servir de base a esta ponderación de intereses que la doctrina vincula al acto consumado en estado de necesidad.

8.—La licitud de actos dañosos en nuestro sistema legal.

Y con la exégesis de los tres incisos del art. 1137, en la que me he extendido hasta aquí, tenemos ya una rápida y general visión de la estructura dogmática que sirve a nuestro Código para calificar al acto ilícito.

La norma positiva y general del art. 1136 se desarrolla, especificando sus efectos, mediante la norma negativa y especial contenida en los tres incisos del art. 1137. Una idea fundamental queda entonces de esta exposición y no es inútil insistir en ella. Me refiero a la idea de la ilicitud del acto como condición indispensable para que surja de él obligación reparatoria. Lo hemos dicho ya varias veces siguiendo la mejor doctrina: no

hasta que el acto sea dañoso; debe ser también ilícito para que obligue a la reparación.

El Anteproyecto de Código Civil Argentino de JUAN ANTONIO BIBILONI es expreso en este punto y en el artículo primero del Título correspondiente a los Actos Ilícitos inserta este precepto: "Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito si no fuese expresamente prohibido por las leyes y las disposiciones municipales u otras emanadas de la autoridad competente".

Nuestro Código, por señalada razón de técnica, no hace una declaración semejante. La ilicitud es un concepto doctrinal y, por consiguiente, procede su exclusión del texto legal. De ahí que nuestra ley se limita a consignar la declaración general del art. 1136 bajo el epígrafe calificativo del Título ("De los actos ilícitos") y a continuación exonera de ilicitud (art. 1137) determinada clase de actos que, por ser dañosos, tienen cierta exterioridad ilícita y son, sin embargo, actos investidos de intrínseca licitud no surgiendo de ellos por eso obligación alguna.

Esto, expuesto aquí en síntesis, es lo que he analizado a lo largo del presente Capítulo, concordándolo con el art. II.—T. P. del Código, cuyo contenido integra la concepción doctrinal de la ilicitud vigente en nuestro sistema legal.

Y, para concluir, conviene anotar aquí que si el Código no define la ilicitud por ser concepto doctrinal, ni reproduce tampoco aquella disposición que el Código derogado contenía en el art. III de su Título Preliminar y que decía: "A nadie puede impedirse la acción que no está prohibida por la ley"; este principio subsiste siempre, no obstante, en nuestro sistema legal pero incorporado ya a la Constitución de la República como una de las fundamentales garantías sociales de que gozan todos los habitantes de la República. En efecto, el art. 24 de la Constitución encierra una declaración semejante a la ya citada del Anteproyecto Bibiloni:

"Nadie está obligado a hacer lo
que la ley no manda, ni impedido
de hacer lo que ella no prohíbe".

Este artículo constitucional ofrece así una pauta legal para la calificación de lo ilícito. ¿Qué importa que no esté situado dentro del Código Civil? Precisamente el Código no la incluye, porque existe ya en nuestro sistema legal y con forma de garan

tía constitucional. Tiene, por tanto, eficacia y vigencia sobre todos los actos civiles que el Código regula. Y aún en la extrema hipótesis de la contradicción, el propio Código ofrece la solución legal cuando en su Título Preliminar declara:

“Art. XXII.—Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera”.

CAPITULO III

LA CULPA COMO ELEMENTO CALIFICATIVO DE RESPONSABILIDAD EN EL CÓDIGO

SUMARIO: 1.—La culpa en el método legislativo. 2.—La culpa extra contractual 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 en el Código vigente.

Examiné primero la ubicación que dá la sistemática de nuestro Código al acto ilícito como fuente de obligación legal, para analizar enseguida el criterio dogmático que inspira la calificación de la ilicitud en nuestra ley civil vigente.

Analizado el acto ilícito en su esencia —contrario a derecho o sin derecho— conviene analizarlo ahora en su forma de realización. Ya nó el acto ilícito como categoría abstracta, sino como concreta realidad civil. Vale decir, con relación al agente y, por consiguiente, analizando la culpa como elemento de responsabilidad.

1.—La culpa en el método legislativo.

El análisis debe concretarse aquí a la culpa que informa los actos ilícitos producidos fuera de toda relación contractual. La separación y distingo entre una y otra clase de culpa sólo puede admitirse, en efecto, desde el punto de vista legislativo que es el

de este examen, porque, doctrinalmente, la culpa es un concepto unitario como ya estudiamos en otro lugar de esta Tesis (141).

La esencia jurídica es en ambos casos idéntica. La diferencia es meramente accidental y referida sólo a la forma en que emerge el efecto obligatorio: en el caso contractual la culpa surge como consecuencia derivada de una obligación ya existente; en tanto que en el caso extracontractual la culpa origina la obligación, surgiendo de la infracción de un deber jurídico que puede tener o no contenido u objeto patrimonial. Pero lo fundamental es que, en una u otra hipótesis, la falta de diligencia determina siempre la responsabilidad y ésta hace surgir una obligación: la reparación.

Hay que advertir, sin embargo, que existiendo un vínculo obligatorio convencional el acto constitutivo de la obligación puede llegar a determinar el margen de la diligencia exigible en ella. La voluntad de las partes determina así la extensión de la culpa. No ocurre lo mismo fuera de las relaciones contractuales, porque en esta amplia esfera de relaciones legales toda negligencia que produzca daño y se identifique con un acto ilícito determina la responsabilidad y la consiguiente obligación reparatoria.

De este modo en las relaciones contractuales la ley, en este punto como en todos, sólo funciona como norma supletoria de la voluntad de las partes. En este caso para graduar la culpa y determinar la extensión de lo lícito. En este orden de situaciones la ley sólo puede ser preceptiva por excepción. Es decir, para limitar el ámbito de la libre convención y nuestro Código lo hace así mediante el art. III de su Título Preliminar que declara:

"Art. III.—No se puede pactar contra las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres".

Por el contrario, para regular las relaciones extracontractuales la ley tiene que ser preceptiva por generalización y no simplemente por excepción como en el caso anterior. La razón es obvia. Se trata de una esfera jurídica en la que la ley es la única norma, porque no en ella no hay ni puede haber convenciones privadas *a priori*.

(141) V.: Segunda Parte, Cap. II, Nos. 1, 2 y 3, de esta Tesis.

Por eso casi todos los Códigos regulan en forma separada una y otra clase de culpa y CHIRONI opina coincidentemente que "no es posible medir la responsabilidad contractual con las normas relativas a la culpa extracontractual" (142). Por surgir de la libre convención, presunta siempre en el acto contractual, aquella obliga en forma diversa a la que se origina en un deber general transgredido.

Nuestro Código no es en esto una excepción y hace también la aludida separación de sistemática legislativa. En la Sección Segunda de este Libro ("De las obligaciones y sus modalidades") trata de la culpa como elemento de ilicitud consumada dentro de las relaciones contractuales (Título IX: "De la inejecución de las obligaciones"); y consigna en el Título referente a Actos Ilícitos (Sección Primera.—Título IX) la declaración referente a los actos ilícitos de carácter extracontractual en los que, como veremos, hay siempre una culpa expresa o tácita.

Pero si por una razón de sistema legislativo el Código ubica separadamente ambos grupos de normas, la doctrina exige siempre su relación. Y, en efecto, el criterio que tiene nuestra ley civil acerca de la culpa está en el artículo de la Sección Segunda, Título IX ("De la inejecución de las obligaciones") que dice:

"Art. 1322.—La culpa consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar".

concepto que nada impide transferir el ámbito de los deberes generales cuya violación constituye acto ilícito y obtener de este modo una pauta legal con la cual apreciar el factor diligencia en el cumplimiento de esa clase de deberes.

Y si dentro de la relación obligatoria especial y voluntariamente creada del contrato, la culpa es un concepto eminentemente relativo ("aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar"); con mayor razón debe ser concepto relativo tratándose de la culpa relativa al incumplimiento de de-

(142) G. P. Chironi.—ob. cit.—Cap. I.

beres generales y más cuando en ese orden de normas el Código no ofrece otra idea distinta del concepto culpa.

2.—La culpa extracontractual en nuestro Código.

El enunciado del art. 1136 no menciona expresamente la culpa del agente. La razón sólo puede ser una: la idea de culpa es consustancial con la de responsabilidad. El Código dice:

“Art. 1136.—Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo”.

Ahora bien, la palabra *hechos* supone la actuación humana y, como ya estudiábamos en la Primera Parte de esta Tesis, la actuación humana supone, a su vez, la voluntad en la medida en que concibe la responsabilidad. Un hecho en el que no interviene la voluntad humana —caso fortuito, fuerza mayor—, o un hecho en el que la voluntad humana se ve interferida súbitamente por una imperiosa solicitud vital —legítima defensa, estado de necesidad— no puede derivar responsabilidad ni suscitar deuda de reparación a cargo del autor del daño causado dentro de tales circunstancias.

En el enunciado legislativo del art. 1136 la culpa es entonces un evidente presupuesto racional, porque según la exacta enseñanza, ya comentada, de ENNECCERUS “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”. De donde se deduce que si no existe tal “falta de la voluntad”, la persona no puede ser hecha responsable. Entre la responsabilidad de carácter moral y la de carácter jurídico, que se funda en aquella, no existe distinción en este punto. Es imprescindible en ambos casos el factor imputabilidad. Y sólo en determinadas circunstancias —por razones de alta equidad social que estudiaremos en el Capítulo siguiente— se puede llegar a prescindir, excepcionalmente, del factor personal de la culpa en el proceso generatriz de la responsabilidad civil.

Cuando el art. 1136 menciona los “*hechos*” supone que, para derivar obligación, tales hechos deben ser imputables. Vale decir, supone la presencia de la voluntad en forma activa y positiva; así como al mencionar enseguida el “*descuido*” y la “*im-*

prudencia" como origen de daño supone la voluntad en su forma inhibitoria o negativa (143).

Comprende entonces este enunciado legislativo las dos formas de culpa: "*in faciendo*", "*in non faciendo*". En otros términos, se refiere al acto dañoso y a la omisión dañosa del acto que debía cumplirse como deber jurídico, porque, como enseña CHIRONI, "para producir responsabilidad es igual que la culpa acompañe a un acto positivo ("*in faciendo*") o a una omisión ("*in non faciendo*"), siempre que existan en el hecho o la omisión los elementos de la ilicitud culposa" (144).

El "descuido" que menciona nuestra ley como causal de daño ilícito es precisamente la negligencia que —según el enunciado de ENNECCERUS que analizamos ya en otro lugar de esta Tesis (145)— está constituida por "la omisión de la diligencia exigible en el tráfico, mediante cuya aplicación podría haberse evitado un resultado contrario a derecho que no se ha querido". Ahora bien, la negligencia se reduce generalmente a una omisión y para que ésta engendre responsabilidad hay determinado requisito, porque no toda omisión, aunque derive de ella un daño a otro, obligará a la reparación.

¿Cuál debe ser en este punto el criterio legal? El Anteproyecto argentino de BIBILONI inserta en esta materia un precepto útil y exacto que existe ya en el vigente Código Argentino (art. 1074) y que dice: "Todo el que hubiera causado un perjuicio a otro por cualquiera omisión, será responsable *solamente cuando una ley o disposición le imponga la obligación de cumplir el hecho omitido*". Nuestro Código no contiene un principio análogo a éste del Código Argentino, conservado por la proyectada reforma de BIBILONI. Pero, en cambio, el ya citado art. 24 de la Constitución de la República que debe ser invocado en este punto como parte de nuestro sistema legal, declara:

"Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda.....".

principio que el Código derogado insertaba en forma inversa dentro de su Título Preliminar, cuyo art. III decía: "A nadie puede impedirse la acción que no está prohibida por la ley".

(143) v. esta Tesis: Segunda Parte, Cap. V, 5.

(144) G. P. Chironi, —ob. y loc. cit.

(145) v. esta Tesis: Segunda Parte, Cap. V, 1.

La ubicación y la forma del principio han variado, pero el fondo nó. Y de este modo, según el principio hoy instalado en la Constitución, los deberes jurídicos tienen también en nuestro derecho positivo un límite mucho más estrecho y exacto que los deberes simplemente morales o filantrópicos: el límite que declara el mandato de la ley.

Nuestro Código señala también la "*imprudencia*" como origen de daño ilícito. Es otra de las formas de culpa y el "DIGESTO" la declaraba en aquella ley trascrita por BIBILONI y que dice: "La negligencia es una especie de culpa como lo es la imprudencia y la impericia" (L. 132.50. XVIII. D.). Son esas las formas del actuar que oscilan entre el hacer y el no hacer, entre el acto positivo y la inhibición culpable. Con vigoroso sistetismo, WINDSCHEI enlaza por eso todas estas formas del actuar ilegítimo y culpable afirmando: "Culpa es lo opuesto a diligencia" (146).

La responsabilidad que genera un acto ilícito puede derivar entonces de un daño originado por "hechos, descuido o imprudencia". Esas son las tres palabras en las que el art. 1136 expresa el supuesto legal. Pero si hay tres palabras sólo hay, en la realidad del supuesto legal, dos formas distintas de causar el daño: los *hechos* (actos directamente dañosos) y el *descuido o la imprudencia* (actos oblicuamente dañosos).

De un lado están los hechos que, según el claro sentido del supuesto legal, son actos directamente producidos por el autor y directamente sufridos por la víctima. Y del otro lado está el descuido o imprudencia que consiste en actos oblicuamente producidos por el autor, pero siempre directamente sufridos por la víctima. Cambia la dirección inicial, pero nó el resultado del proceso antijurídico. Y ¿qué conclusión práctica se deriva de esa distinción teórica? Es una de fecunda sencillez para el análisis probatorio: en el daño producido por el hecho hay una relación de causalidad radical, directa, casi automática entre el daño y la culpa originaria; pero en el daño que se produce por descuido o imprudencia la relación causal, que siempre existe, es indirecta, oblicua y, no siendo automática, es más exigente su demostración.

(146) Windscheid.—"Pandekten", 265, 2.—(citado por Bibiloni).

3.—La exclusión de culpa en nuestro Código.

¿Cómo funciona según nuestro Código la exclusión de culpa en los actos ilícitos? No hay en el título correspondiente ninguna referencia expresa al caso fortuito ni a la fuerza mayor como causales de exclusión de culpa y, por consiguiente, de responsabilidad en los actos aparentemente ilícitos producidos con la concurrencia de esos factores. ¡Y, sin embargo, tales nociones doctrinales están implícitas en este Título de nuestro Código con toda su eficacia liberadora. La perfección técnica y la rigurosa trabazón lógica de esta parte de nuestro Código exige precisamente no expresar inútilmente lo que, por ser obvio, es tácitamente necesario.

El Anteproyecto Bibiloni sigue en este sentido un método distinto y consigna, acerca de ésto, la declaración siguiente: "No hay culpa cuando el hecho realizado no se podía prever, o si previsto no podía evitarse". Encierra así en forma expresa las dos hipótesis excluyentes de culpa: que "el hecho realizado no se podía prever" (caso fortuito); y que, aunque "previsto no podía evitarse" (fuerza mayor). La fórmula legislativa argentina incorpora de ese modo a la letra del Código esas dos nociones doctrinales para que funcionen también aquí como excluyentes de culpa, del mismo modo que funcionan en la inejecución de obligaciones convencionales. Pero, más riguroso en su método, nuestro legislador elude en este punto toda expresa alusión a lo que necesariamente está implícito en el supuesto legal.

En efecto, el enunciado del art. 1136 ("Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo") se refiere evidentemente a la actuación más o menos voluntaria del hombre —directa o indirecta; acto u omisión; hecho voluntario o descuido negligente — y de ninguna manera puede admitir entonces nuestra ley que ese sujeto ("cualquiera") esté obligado a indemnizar lo que no es resultado de su conducta, sino de un hecho imprevisible e inevitable, pero de todos modos extraño a él.

En conclusión, sin volver al análisis de las nociones aludidas —análisis que hice ya en el lugar adecuado de esta Tesis (147)—, considero oportuno observar que ambas nociones están tácitamente comprendidas en el enunciado legislativo del

(147) v. esta Tesis: Segunda Parte, Cap. V, 4.

art. 1136 y que, por consiguiente, son aplicables dentro del supuesto legal. x

4.—Culpa indirecta y responsabilidad por hecho de otro.

Vamos a examinar ahora las formas de culpa indirecta admitidas en nuestro Código y que, según la concepción del derecho civil moderno, deben presuponerse necesariamente para poder admitir la responsabilidad por hecho de otro.

Efectivamente, en el exacto sentido civil en que la concebimos hoy, el sistema de derecho romano no conoció la responsabilidad por otro. Las acciones noxales que se daban en Roma contra el propietario de un esclavo causante de daño, a pesar de presentar cierta analogía exterior con esta forma moderna de la responsabilidad por otro, obedecían por cierto a una razón muy diversa derivada de situaciones socio-jurídicas características. Y en realidad era el esclavo el perseguido y castigado. La acción contra el dueño respondía exclusivamente a la idea que los romanos tuvieron de la esclavitud. El esclavo no era dueño de nada y ni siquiera él mismo se pertenecía. No era sujeto sino objeto de derecho. Para ser eficaz, la condenación debía dirigirse entonces contra el dueño, no tanto como propietario sino, sobre todo, como poseedor del causante del daño. La persecución al dueño del esclavo se cumplía en este caso en cuanto que era detentador de aquél. Pero podía liberarse de esa calidad o atributo personal que le traía conflicto abandonando al esclavo y cediendo su potestad de "*dominus*". La alternativa era, pues, ésta: o pagar el valor del daño —respondiendo así por acto de alguien que, sin ser él, representaba, no obstante, algo propio—; o entregar al esclavo —"*noxae dare*"— a manera de indemnización.

De las características de esta acción del derecho romano clásico se desprende claramente que tal modo de ejecución "*in arbitro dómine*" no constituía propiamente lo que hoy es el caso de la responsabilidad por hecho de otro. La esencia y fundamento de las acciones noxales —que GAIUS expuso y desarrolló en un capítulo de sus "*Instituta*" (IV.8)— es algo típicamente romano. La existencia de la figura está referida, por consiguiente, a la de la esclavitud y se explica así que, fundándose en la existencia de análogas situaciones sociales, la acción noxal existiera también originariamente en el Código Civil del Perú de 1852 (art. 2193), quedando posteriormente suprimida por obra

de la revolución liberal acaudillada por el General D. Ramón Castilla y triunfadora en Lima el 5 de enero de 1855. Y esa proclamación liberal, que fulminó los restos de esclavitud que dejara subsistente del anacronismo del Estatuto Provisorio del General San Martín, alcanzó su consagración constitucional con las Constituciones de 1856 y 1860.

La figura jurídica de la responsabilidad por el hecho de otro que existe en el derecho moderno está necesariamente referida a la culpa indirecta. Es evidente que en el riguroso sentido literal de la expresión no se puede concebir la responsabilidad por otro. Ciñéndose al sentido estricto de los términos quizás equivale eso a una antinomia, puesto que responsabilidad supone personalidad, para suponer, a su vez, imputabilidad. Pero sin engendrar contradicción alguna puede admitirse esta expresión derivándose de la existencia excepcional de cierta clase de responsabilidad vinculada al hecho de otro. Para que ella sea viable es preciso entonces que entre el autor directo del daño y el responsable, exista una relación que haga de aquél un sujeto dependiente de éste. Sólo una relación especialísima puede vincular la responsabilidad propia de un sujeto a la actuación dañosa de otro.

Ahora bien, ¿cuál puede ser esa relación especialísima de tan intensa eficacia? Hay dos formas en que puede presentarse. O surgiendo de lazos jurídicos generados bajo el "régimen del *status*"; o derivándose del vínculo jurídico creado por el "régimen del contrato". Es decir, de vínculos jurídicos necesarios —verbigracia, los que determina la comunidad familiar—; o de vínculos jurídicos voluntarios como los que surgen del contrato (148).

En cualquiera de estas dos formas puede suscitarse esta esfera excepcional de responsabilidad dentro de la cual un sujeto debe responder por el acto dañoso cometido por otro. La ley presume en tales casos —puede presumirse *iuris tantum* o *iuris et de iure*— que, dentro de la relación existente, hay un deber jurídico de vigilancia a cargo de la persona hecha responsable. Si, por descuidar ese deber de vigilancia, el daño se consuma, la responsabilidad, pasando sobre el autor directo, apunta hacia aquél que indirectamente lo hizo posible. Y esto es lo que se denomina la "*culpa in vigilando*" que jurídicamente sustenta la responsabilidad por el hecho de otro.

(148) Véase esta Tesis: Primera Parte, Cap. III, 1.

Esa es la construcción legal, inobjetablemente razonable, sobre la que el derecho civil moderno asienta y organiza la responsabilidad indirecta. Concibe en primer término una relación de dependencia. Y, determinado por ella, presupone un deber de vigilancia. Faltar, a ese deber es, por tanto, una forma de culpa que indirectamente vincula la responsabilidad. ✕

5.—La culpa “in vigilando” en nuestro Código.

La ley debe señalar ese deber de vigilancia. Y nuestro Código lo atribuye a dos categorías de personas. Una categoría es la de quienes por estado son vigilantes legales de otros sujetos de derecho: padres, tutores, curadores (art. 1142). La otra categoría es la de aquellos que tienen a otro bajo sus órdenes (art. 1144) y conviene advertir que la ley no distingue aquí si esta autoridad que presupone vigilancia se origina en la necesidad o en la libre convención.

Existe en ambos casos un deber reconocido por la ley. Pero en un caso el deber se impone y en el otro existe la posibilidad de que él sea voluntariamente creado y aceptado. De ahí que en esta segunda hipótesis puede surgir un segundo elemento de culpabilidad, anterior al defecto de vigilancia. Es el que SALEILLES califica como “negligencia o descuido en escoger” (149) y que a menudo se presenta en las relaciones entre un principal y sus empleados. Y este anterior elemento de culpabilidad se denomina en la doctrina “*culpa in eligendo*” y es, como se ve, otra forma de culpa indirecta, unida a veces simultánea o sucesivamente a la culpa *in vigilando*.

Pero dejando de lado esta segunda forma de culpa para estudiarla especialmente a continuación, analicemos ahora el primer supuesto legal de culpa indirecta y responsabilidad por otro que contiene nuestra ley. Dice así:

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

¿Hay aquí una presunción *iuris tantum* o *iuris et de iure*? La respuesta interesa y podría deducirse del siguiente dispositi-

(149) R. Saleilles.—ob. cit.—pág. 403.

vo legal, si éste no intentara, como lo hace, una difícil solución intermedia. En efecto, el siguiente artículo dice:

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

Si, previa prueba de la *vis maior* causante del daño, la ley ordenara consecuentemente la liberación de culpa *in vigilando* y la consiguiente desaparición de la responsabilidad fundada en ella, entonces el art. 1142 encerraría inequívocamente una presunción *iuris tantum*. Sería el equivalente legislativo del artículo 2194, del Código derogado que establecía: “Cesa la responsabilidad declarada en los artículos anteriores, si los padres, guardadores y demás personas comprendidas en ellos, justifican que no pudieron impedir el hecho que causó el daño”. Y, lógicamente, cesando la responsabilidad, no surgía deuda alguna de reparación. La culpa *in vigilando* de la hipótesis legal era así en ese Código *iuris tantum*. La solución era inequívoca y perfectamente lógica. ¿Por qué? Porque si se prueba la existencia de una *vis maior* que, interfiriéndose en el evento dañoso, elimina la culpa *in vigilando*, lógicamente debe quedar junto con ella eliminada la responsabilidad, porque, como vimos ya, ella está estrictamente condicionada a la existencia de una culpa indirecta. Esta forma de culpa es la premisa inevitable y evidente de esta forma de responsabilidad.

Este criterio inspira, frente a esta cuestión, a las fórmulas legislativas universalizadas por los Códigos modelos. La comsigna, en efecto, el Código Francés (art. 1348) y también la consagra el Código Alemán, delimitándola correctamente al indicar que “la obligación de reparar no tendrá efecto si el obligado hubiese cumplido con su deber de vigilancia, o si el perjuicio hubiera sobrevenido igualmente a pesar de ella” (art. 832).

Cambiando la fórmula del citado artículo 2194 del Código derogado, nuestro vigente Código no adopta esta regla de lógica irrecusable. Y vemos así que en el art. 1143 dispone que, probada la interferencia de *vis maior* en el proceso del daño, “los jueces pueden disminuir equitativamente la indemnización”.

Pero tal disminución no se justifica si existe la responsabilidad condicionada por la culpa. Y, en la hipótesis contraria, si

es axiomático que al no existir culpa *in vigilando* no puede existir la responsabilidad que sólo se funda en ella aquí, ¿en qué se fundará entonces la indemnización, aunque ella sea “equitativamente disminuida”? La interrogante se mantiene, porque este es un caso en el que no cabe la idea de riesgo.

He aquí un declive lógico extraño en la hermosa estructura racional de este Libro Quinto de nuestro vigente Código. Mi maestro el doctor LEON BARANDIARAN lo señaló ya en sus lúcidos “Comentarios” y yo sigo aquí su orientación. Como él, creo modestamente que la responsabilidad indirecta no puede sustentarse en la idea de riesgo. Lo único que jurídicamente puede darle sustento lógico es la idea de un deber de vigilancia del responsable sobre el autor directo del daño. Relacionado así al autor directo, el responsable es entonces, en virtud de esa culpa presunta en la ley, el autor indirecto y, además, el responsable.

Por eso dice en este punto el doctor LEON BARANDIARAN que la presunción de culpa “puede quedar establecida como presunción *iuris tantum* o *iuris et de iure*. Si lo primero, descartada la presunción, debe desaparecer todo deber de indemnizar. Si lo segundo, no cabe articular contra tal deber, que se impone necesariamente; y no cabe, por lo mismo, consentir en disminución alguna en la reparación. Es preciso optar por una u otra actitud. Pero el artículo 1143 ingenia una intermedia, teóricamente inadmisibles” (150).

En conclusión, según el sistema instalado en los arts. 1142 y 1143 de nuestro Código, quienes ejercen la patria potestad, la tutela o la curatela responden siempre de las personas sujetas a su guarda. Y lo más que puede obtener el presunto responsable si prueba la inexistencia de culpa *in vigilando* es una disminución de la indemnización que siempre tendrá que pagar.

Pero, separándome de la opinión del doctor LEON BARANDIARAN que, desarrollando este aspecto de nuestra ley, afirma: “el tutor, teniendo la guarda, es responsable del delito o cuasi-delito perpetrado por el menor” (151); creo que, por el contrario, hay que hacer una salvedad en cuanto a la tutela. La hace expresamente el Código en el Libro Segundo (“Del derecho de familia”), Sección Quinta (“De la tutela”) con esta disposición:

(150) José León Barandiarán.—ob. cit.—pág. 357.

(151) José León Barandiarán.—ob. cit.—pág. 260.

“Art. 515.—El menor capaz de discernimiento responde del daño causado por sus actos ilícitos”.

De este modo nuestra ley exonera al tutor de la responsabilidad indirecta en el supuesto que indica y que es por cierto el más común. Sobre la norma general del Título de los actos ilícitos (art. 1142) impera, en este caso, la norma especial del Título de la tutela (art. 515).

Y en el caso de la persona sujeta a curatela ¿cabe aplicar esa regla? El punto es discutible, en virtud del juego de los dispositivos de nuestra ley. En efecto, en el mismo Libro Segundo del Código, Sección Sexta (“De la curatela”). Título I (“Disposiciones Generales”) existe esta declaración:

“Art. 558.—Son aplicables a la curatela las reglas relativas a la tutela, con las modificaciones establecidas en los títulos siguientes”.

no aludiendo entre estas modificaciones a la que nos interesaría aquí.

Ahora bien, si la curatela fuera una institución establecida sólo para cuidar de sujetos privados de discernimiento, la aplicación de la regla del art. 515 sería imposible, porque el supuesto legal es ahí indubitable. Pero la curatela es en nuestro Código una institución de numerosas aplicaciones y el art. 555, que no urge transcribir, establece esas aplicaciones en sus 7 incisos. Y así, al lado de los débiles mentales (inc. 1.º) y de los enfermos mentales privados habitualmente del discernimiento (inc. 2.º); el art. 555 señala otros casos que pueden determinar la curatela, como son: el de los sordo-mudos (inc. 3.º), el de los pródigos (inc. 4.º), el de los ebrios habituales (inc. 5.º) y el de los que incurren en mala gestión (inc. 6.º).

En los supuestos de los incisos 3.º, 4.º, 5.º y 6.º, el sujeto puesto bajo curatela no está privado de discernimiento a pesar de ser civilmente incapaz. Entonces, si con un acto ilícito causa un daño: ¿quién debe responder? ¿Debe aplicarse el art. 1142 que declara la responsabilidad indirecta del curador? O, invocando la identificación legal que autoriza el art. 558 y a la que ninguna otra disposición se opondría en este caso, ¿sería válido aplicar la responsabilidad directa que el art. 515 establece para

el menor capaz de discernimiento que causa un daño con su acto ilícito?

He propuesto la hipotética aplicación de esas reglas como meras posibilidades, porque en este caso la verdadera solución legal no parece ser ni una ni otra de las posibles aplicaciones enunciadas. ¿Por qué? Porque en el propio Título de los Actos Ilícitos hay un precepto específico en este sentido y en virtud del cual, sin recurrir a ninguna otra regla, el curador puede liberarse de la responsabilidad del acto ilícito del incapaz confiado a su curatela. Es el artículo que dice:

"Art. 1139.—El incapaz queda obligado por sus actos ilícitos siempre que hubiese procedido con discernimiento".

Por consiguiente, en el caso del sujeto confiado a curatela, civilmente incapaz pero dueño de discernimiento, el daño que cause crea responsabilidad para él y no para su curador. La norma general del art. 1142 se aplica, en cambio, al caso en que, además de la incapacidad civil, esté privado del discernimiento.

Pero en este último caso si, conforme a ese art. 1142, la víctima del daño no ha podido obtener la reparación del curador del incapaz —o del tutor, porque la regla es para ambos casos de guardaduría legal— la ley abre un camino excepcional al prescribir esto:

"Art. 1140.—En caso de daño causado por un incapaz privado de discernimiento, si la víctima no ha podido obtener la reparación de la persona que lo tiene bajo su guarda, el juez puede, en vista de la situación de las partes, condenar al mismo autor del daño a una indemnización equitativa".

Se trata, como se ve, del caso en que no puede aplicarse el art. 1139 y en el que, por insolvencia del responsable subsidiario, el mandato del art. 1142 llega a perder su eficacia legal. Pero el daño existe siempre y cualquier otra solución será menos injusta que dejar a la víctima sin reparación del daño que, si bien es inimputable a su autor, es indiscutiblemente injusto. A toda

otra razón debe sobreponerse aquí, sobre todo en determinadas circunstancias, una razón de equidad.

Esa es precisamente la razón que considera nuestra ley cuando declara que el juez "en vista de la situación de las partes", puede imponer la indemnización al propio inimputable autor del daño. Usando irreprochablemente de la inducción legislativa, el doctor LEON BARANDIARAN afirma tratando este punto que, al referirse a la situación de las partes, "se sobreentiende que es a la recíproca situación económica". No es otro, en efecto, el sentido del art. 829 del *B.G.B.* en el que tiene su fuente ostensible este art. 1140 de nuestro Código. El comentario de los exégetas del Código Alemán es uniforme en este punto y el doctor LEON cita las opiniones semejantes de Endemann, Enneccerus y Crome. Según ellos no es sólo la desproporción económica entre el acaudalado autor o responsable del daño y la víctima sin fortuna, lo que debe inspirar al juez. Hay, al mismo tiempo, como opina ENNECCERUS, "otras circunstancias, por ejemplo el grado de desarrollo mental del agente, la malicia probada, el modo de la lesión y, en determinados casos, incluso las circunstancias de clase" (152). En suma, y transcribiendo al doctor LEON, "es un complejo de situación lo que el juez deberá tener en cuenta" (153).

De todo este dinámico juego de artículos de nuestro sistema de derecho civil resulta que la hipótesis de culpa *in vigilando* del art. 1142 queda bastante reducida en alcance. Casi podría decirse que sólo queda para el caso de los daños causados por los menores sujetos a la patria potestad. Y la particularidad radical de nuestra ley es en esto que ni la prueba de haber cumplido bien el deber de vigilancia ni la prueba de la fuerza mayor pueden determinar, según lo dispone el art. 1143, la liberación de la responsabilidad; aunque, a pesar de eso, disminuye la reparación.

6.—La culpa "in eligendo" en nuestro Código.

Nos queda por analizar el otro supuesto legal de culpa indirecta y responsabilidad por otro. Hemos examinado la primera categoría: la de las personas que por estado son vigilantes legales de otros sujetos de derecho, como los padres, tutores y curadores; y hemos visto cómo funciona en este orden de situacio-

(152) L. Enneccerus.—ob. y loc. cit. (cit., además, por el Dr. León B.).

(153) José León Barandiarán.—ob. cit.—pág. 251.

nes el sistema del Código, conectándose el derecho de las obligaciones al derecho de familia.

Estamos ahora ante la otra categoría de vigilantes legales que reconoce nuestro Código: la de aquellos que tienen a otro bajo sus órdenes. La declaración del Código es la siguiente:

“Art. 1144.—Todo el que tenga a otro bajo sus órdenes, responde por el daño que éste irroga”.

Y la ley no señala si se trata aquí de una autoridad original en la libre convención, pero tratándose del derecho privado esa idea se presupone. Por eso el doctor LEON BARANDIARAN afirma que “el art. 1144, usando una fórmula genérica, impone la responsabilidad por causa de dependencia convencional” (154).

El daño a que se alude en este artículo es por cierto sólo el que se causa en el desarrollo de la actividad a que se refieren las órdenes del responsable y en esto hay un paralelismo evidente entre la responsabilidad civil y la penal (155).

Sobre esto no urge insistir, porque es obvio. Cualquiera puede tener a otro bajo sus órdenes en determinada actividad y, desde luego, no va a responder de todos los múltiples actos de la vida civil de su subordinado. Se trata evidentemente sólo de la actividad a que se refiere su autoridad.

Al lado de la culpa *in vigilando* y, en otros casos, en vez de ella; el art. 1144 presume, como origen de la responsabilidad del que tiene a otro bajo sus órdenes, otra forma anterior de culpa indirecta: La culpa *in eligendo* que consiste, según SALEILLES, en “una negligencia culpable en el escoger”. El supuesto legal gira así en torno a la idea de comisión, porque, como advierte BIBILONI, “el hecho del servidor se realiza por encargo, por cuenta, en reemplazo del patrón” (156).

Tratando de la responsabilidad de los patronos por actos de sus empleados en el derecho civil francés, Bertrand de Greville proponía hace más de un siglo esta interrogación “¿No fué el servicio que el patrón aprovechó el que produjo el mal que exige reparación? ¿No se debe recriminar, asimismo, por haber dado su confianza a hombres malvados, inexpertos o imprudentes?

(154) José León Barandiarán.—ob. cit.—pág. 260.

(155) véase: Código Penal del Perú.—arts. 85.—inc. 5.º y 86.

(156) J. A. Bibiloni.—ob. cit.—nota de la pág. 549.

¿Sería justo que terceros fuesen víctimas de esa confianza inconsiderada, causa primordial, fuente verdadera del daño verificado?" (157).

La doctrina admite, pues, en este punto, una presunción de culpa *in eligendo* que, además, en ciertas circunstancias puede ir acompañada de la culpa *in vigilando*. Ahora bien, si el comitente prueba haber puesto de su parte toda la diligencia y que, por consiguiente, no existe a su cargo la culpa *in eligendo* ni tampoco la culpa *in vigilando*: ¿es posible la liberación de responsabilidad?

La cuestión equivale a esta otra: ¿la presunción de culpa es, en este caso, *iuris tantum* o *iuris et de iure*? Este es un punto doctrinalmente debatible y divide a las legislaciones. Hay Códigos —como el francés, el italiano, el argentino— que, estableciendo en este caso la presunción de culpa *iuris et de iure*, no admiten, en consecuencia, que se libere de responsabilidad al comitente o patrono, aunque pruebe fehacientemente su diligencia en escoger o la imposibilidad de impedir el daño. Otros Códigos de tendencia moderna —como nuestros modelos: alemán, suizo y brasilero— establecen para este caso una presunción de culpa *iuris tantum*.

Nuestro Código ha preferido alejarse en ésto de sus nuevos modelos. El art. 1144 contiene por eso una presunción de culpa *iuris et de iure* a cargo del que tiene a otro bajo sus órdenes. Pero hay evidentemente dos limitaciones de buen sentido sobre las que con acierto insiste el doctor LEÓN en sus "Comentarios": "La primera es —dice— que el hecho delictual sea de culpa del subordinado; la segunda es que se haya realizado en ejercicio de la función del encargo o empleo respectivo" (158).

7.—Convención excluyente de culpa.

Presupuesta en la hipótesis legal la dependencia convencional queda por analizar otro aspecto. Tratándose de una forma de convención hay libre juego de la voluntad. Entonces, al contratar los servicios de un dependiente ¿podrá el patrón estipular que el dependiente responda de los daños causados en el ejercicio de la actividad que le confía?

En principio, no hay inconveniente lógico alguno, pero aten-

(157) Citado por el Profesor brasilero Dr. Nilo C. de Vasconcellos en un estudio acerca de este punto ("Revista da Critica Judiciaria".—Brasil, Sao Paulo.—Nov.—1937).

(158) José León B.—ob. cit.—pág. 261.

diendo a las circunstancias en que se gestan convenciones de esa índole no es difícil encontrar fundamento jurídico y base legal para una respuesta negativa. Nuestro Código declara, precisamente, en su Título Preliminar que:

“Art. III.—No se puede pactar contra las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres”.

Ahora bien ¿interesa al orden público —podemos preguntar con SALEILLES— que aquellos que emplean servicios de otro respondan por los daños que éstos causan en el ejercicio de sus funciones? La respuesta afirmativa podemos obtenerla del propio texto de nuestra ley. ¿Por qué? Porque, al suponer una relación de dependencia que erige una presunción de culpa *iuris et de iure* a cargo del que ejerce la autoridad patronal, tácitamente admite que hay en este punto un interés de orden público. Y así como no se admite prueba de descargo contra una presunción de esta clase, tampoco puede pactarse contra ella. No existe libertad de convención frente al precepto legal.

Un antiguo axioma doctrinal sustenta, por otra parte, la justicia de la negativa legal a convenciones de esa índole. Tomándolo del “DIGESTO” (lib. 50.-Tit. 17), nuestro derogado Código Civil de 1852 lo incorporaba bajo el epígrafe doctrinal de “principios de las obligaciones que se forman sin convenio”, —aunque esa ubicación de la anticuada sistemática no resta al principio su validez general— en el inc. 3.º del artículo 2110: “El que quiere aprovecharse de un hecho, no puede dejar de someterse a sus consecuencias”.

Ese es precisamente el caso del que aprovecha la comodidad de disponer de un servicio. La conclusión brota entonces de todo esto sin dificultad alguna: no se puede pactar la exclusión de culpa en el caso del art. 1144.

8.—La culpa “in custodiendo” en nuestro Código.

Llegamos ahora a un precepto legal que presupone otra forma de culpa *in vigilando*. Me refiero al art. 1145 que contiene la presunción de esa culpa referida a los animales y que por eso se le denomina más exactamente culpa *in custodiendo*. El Código declara:

“Art. 1145.—El dueño de un animal o el que lo tiene a su cuidado, debe reparar el daño que éste cause, aunque se hubiese perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el accidente tuvo lugar por hecho de un tercero”.

Dejando de lado la idea de riesgo que acaso está implícita en esta hipótesis legal, pero que no corresponde analizar aquí; la responsabilidad del poseedor por los daños causados por animales se sujeta a un proceso racional idéntico al que analizamos a propósito de la culpa in vigilando. Si se tiene consigo un animal que, según se deduce de su naturaleza o se puede inferir de los indicios, es capaz de causar estragos de cualquier clase —daño a las personas o a las cosas—, existe por tal motivo una obligación especial de vigilancia.

En virtud de esa presunción surge la responsabilidad, en primer término a cargo del dueño, porque se supone que es el propietario el que posee al animal. Pero como la responsabilidad se deriva aquí no tanto de la idea de propiedad —que importa un riesgo— sino de la idea de relación de vigilancia —culpa *in custodiendo*—, la responsabilidad puede entonces transferirse, según el precepto legal, a “el que lo tiene a su cuidado”.

Cabe, no obstante, plantear una cuestión relacionada con el precepto del ya analizado art. 1144. Ante el daño causado por un animal hay dos posibles responsables: el dueño del animal o el que lo tiene a su cuidado. En el primer caso no hay problema. Pero consideremos la otra posibilidad: debe responder el que tiene a su cuidado el animal. Se plantea con esto una cuestión de hermenéutica legal que no está desprovista de interés.

En efecto, si la persona que tiene a su cargo el cuidado o custodia del animal ha sido encargada por el dueño de esta tarea en virtud de una convención especial, existiendo así, por consiguiente, un presupuesto de autoridad patronal o, dicho en forma inversa, de dependencia: ¿debe responder el dueño o el empleado del dueño?. En otros términos: ¿se aplica el art. 1144 o el precepto del art. 1145?.

No considera esta hipótesis en sus “Comentarios” el doctor LEON, probablemente porque, existiendo dos artículos —uno para casos generales (art. 1144) y otro para el caso especial

(art. 1145)—, le parecerá, sin duda, que una evidente razón de hermenéutica aconseja aplicar sin vacilación la norma especial al caso especial.

Respetando las razones de esa probable opinión de mi maestro, inferida de la omisión de esta cuestión en sus “Comentarios”, creo que el problema existe y debe ser especialmente contemplado. El Código Alemán lo hace así en su art. 834 que dice: “El que por medio de contrato se encargue de sustituir al dueño de un animal en la vigilancia de éste, será responsable del daño que cause a un tercero.....”, agregando la posibilidad liberatoria usual en las presunciones *iuris tantum*. El B. G. B. concibe así un sólo responsable para el caso de obligación convencional de cuidar un animal y no deja lugar a vacilación alguna.

En cambio, dentro del mecanismo legal de los arts. 1144 y 1145 de nuestro Código cabe pensar, frente a esta hipótesis legal de la culpa *in custodiendō*, que puede existir junto a ella una responsabilidad concurrente del dueño del animal y patrón del guardián fundada —aparte de la idea de riesgo, vinculada a la propiedad— en la presunción de una previa culpa *in eligendo* referida, por tanto, al art. 1144.

En suma, este puede ser un caso de responsabilidad solidaria y de este modo quedaría sujeto a la norma del art. 1147, que analizaré más adelante al tratar de la acción de reparación.

Pero hay otro aspecto de interés legal en este art. 1145: la subsistencia de la responsabilidad aún en el caso que el animal “se hubiese perdido o extraviado”. La idea no es extraña y el Anteproyecto Babiloni establece un precepto igual. Y es que, en tal hipótesis, hay buen sustento jurídico para mantener firme la responsabilidad a cargo del dueño del animal extraviado, porque, como vimos, ella reposa precisamente en la presunción de culpa *in custodiendo* y, según exacta anotación del doctor LEON, “ya en el hecho mismo de producirse el extravío hay una culpa anticipada del dueño del animal o de quien lo tenía a su cuidado; y el daño producido en tales circunstancias le es imputable” (159).

Por último, ¿la presunción de culpa es, en este artículo, *iuris tantum* o *iuris et de iure*? La última parte del artículo (“a no ser que pruebe que el accidente tuvo lugar por culpa de un tercero”) deja ver que admite prueba en contrario. aunque la restrin-

ge a una sola y determinada hipótesis liberatoria. Pero por admitir ya esa prueba excepcional la presunción es *iuris tantum*.

9.—La compensación de culpas en nuestro Código.

Hemos visto hasta aquí, a través de los distintos supuestos legales de nuestro Código, la culpa en función positiva dentro del proceso calificativo de la responsabilidad. Queda por analizar la función negativa de la culpa en el proceso discriminador de la responsabilidad. Vale decir, la inversa culpa concurrente de la víctima en el daño causado. Nuestro Código dispone acerca de este supuesto:

“Art. 1141.—Cuando el hecho de la víctima ha contribuido a causar el daño, la obligación de repararlo se disminuye en los límites en que la víctima contribuyó a causarlo”.

Es un precepto análogo al que insertaba el Código derogado en su artículo 2199 que decía: “La estimación del daño está sujeta a reducción, si el que lo sufrió se ha expuesto a él imprudentemente” Y el fundamento doctrinal de esta disposición no exige mayor exégesis. Como enseña el doctor CORNEJO este supuesto “corresponde al caso que la doctrina clásica designaba con el nombre de compensación de culpas” (160).

Esa fórmula recordada por el maestro expresa muy bien la morfología de la hipótesis legal. Existen, en efecto, dos culpas paralelas que no se excluyen entre sí. Son opuestas, pero concurrentes. Y de este modo se produce su natural compensación en cuanto al efecto de la graduable responsabilidad. La culpa de la víctima no borra la concurrente culpa del actor. Pero si bien no la excluye, compensa la fuerza de su efecto. ¿Cómo?. Nuestra ley lo dice expresamente: disminuyendo la obligación de reparar el daño “en los límites en que la víctima contribuyó a causarlo”.

Puede darse el caso, dentro del supuesto legal, del consentimiento expreso de la víctima. En opinión del doctor LEON tal consentimiento “libra, en principio, de responsabilidad al agente” (161). Y SALEILLES opina en forma análoga cuando dice:

(160) Angel Gustavo Cornejo.—ob. cit.—Tomo I.—pág. 377.

(161) José León B.—ob. cit.—pág. 253.

“Si la víctima ha consentido en el hecho del cual le puede provenir daño, no hay en el agente intención culpable. Puede haber en el agente infracción del orden público — agrega, precisando con exactitud la naturaleza del hecho — si el acto en sí es ilícito, como en el caso de duelo o de mutilación de un conscripto a pedido suyo para exonerarse del servicio. No hay en estos casos agravio al interés privado. De donde se deduce — concluye — que puede haber en el mismo hecho delito penal sin que haya delito privado” (162)

Sin embargo, nuestro Código — que no hace alusión explícita a este consentimiento especial de la víctima — no admite tampoco en el caso del art. 1141 la explicable liberación de responsabilidad del agente en las condiciones del supuesto legal. A diferencia del Código Suizo (art. 1144), el juez no está facultado para suprimir la indemnización en las condiciones de esa hipótesis de culpa concurrente de la víctima. El efecto liberatorio de esa culpa inversa es sólo parcial y la responsabilidad del agente se mantiene a pesar de ella. Disminuye la obligación reparatoria, pero no la suprime. Lo que ocurre es, pues, como ya indicamos, que las inversas culpas concurrentes se compensan, pero no se excluyen.

10.—La culpa del depositario en el Código vigente.

Antes de concluir este Capítulo consagrado a estudiar la culpa como elemento calificativo de responsabilidad extracontractual, considero útil consignar aquí una última observación. Es sobre la responsabilidad de los hoteleros por la custodia de las cosas a su cargo que se pierden o son robadas. El Código vigente ha introducido una fundamental variación, a la vez de sistema y dogma, acerca de esta especie de responsabilidad y considero por eso conveniente aludir aquí a esa rectificación legal.

El Código derogado establecía en forma ilimitada esta especie de responsabilidad y consignando el precepto respectivo bajo el Título: “Obligaciones que nacen de delitos o de cuasi-delitos”, ese Código presuponía implícitamente en este caso una especie de culpa invigilando. En efecto, el artículo 2195 declaraba: “De las cosas perdidas o robadas en un buque o posada, es responsable el patrón o posadero, según las reglas prescritas en el título del depósito”.

(162) R. Saleilles.—ob. cit.—pág. 383.

El Código vigente, con una inspiración más exacta y más justa, ha cambiado esta regla legal en fondo y forma. Se trata aquí de un tipo especial de responsabilidad vinculada a un contrato. Una ostensible razón de técnica justifica entonces la instalación de las reglas referentes a esta clase de responsabilidad dentro de las normas del contrato de Depósito y nuestro legislador lo hace así. Y esta forma de responsabilidad está legislada por eso en la Sección Quinta ("De los diversos contratos"), Título IX ("Del Depósito") de este mismo Libro Quinto.

El codificador ha cambiado a la vez, en este orden de situaciones, el injustificado rigor del antiguo Código. En cuanto a esta clase de responsabilidad ha variado pues, en forma simultánea el fondo dogmático y la forma sistemática. Y los artículos respectivos del vigente Código dicen así:

"Art. 1624.—Se reputa depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en los hoteles y posadas. Los hoteleros y posaderos responden de ellos como tales depositarios, con tal que se hubiese dado conocimiento a los mismos, o a sus dependientes, de los efectos introducidos, y que los viajeros por su parte observen las prevenciones que dichos hoteleros, o sustitutos, les hubiesen hecho sobre cuidado y vigilancia de los efectos".

"Art. 1625.—La responsabilidad a que se refiere el artículo anterior, comprende los daños causados en los efectos de los viajeros, tanto por los criados o dependientes de los hoteleros o posaderos como por los extraños; pero nó los que provengan del robo a mano armada, o sean ocasionados por otros sucesos de fuerza mayor; ni los que provengan de la falta de los mismos viajeros o de las personas de su séquito o de sus visitantes".

La brillante Exposición de Motivos de este Libro del Código, obra maestra del codificador doctor OLAECHEA, fundamenta

sobresalientemente el cambio legislativo: "La responsabilidad de los hoteleros —escribe— se ha modificado profundamente en el derecho moderno. El Proyecto adopta las fórmulas del Código español, retocadas por las del novísimo Proyecto de Código franco-italiano de Obligaciones y Contratos. El codificador español aportó un sentido de mitigación a la clásica responsabilidad de los hoteleros: la observancia por los viajeros de las prevenciones que los hoteleros a sus representantes les hubiesen hecho sobre el cuidado y vigilancia de sus efectos. Tal espíritu de mitigación es enteramente justo y ha inspirado uniformemente todas las codificaciones dictadas en el curso de este siglo" (163).

Y con esto concluimos el análisis de la culpa como elemento calificativo de responsabilidad civil por acto ilícito en nuestro Código. A través de las diversas modalidades del concepto, hasta el extremo límite de la culpa contractual, hemos analizado la intervención de esta noción doctrinal en los preceptos de nuestra ley civil.

Nos queda ahora por examinar otros casos de responsabilidad que, más allá de la idea de culpa, consagra nuestro Código. Ellos suponen ya la interferencia de otra noción doctrinal —el riesgo— y ésto, dentro del método de la Tesis, exige Capítulo especial.

CAPÍTULO IV

EL RIESGO COMO ELEMENTO CALIFICATIVO DE RESPONSABILIDAD EN EL CÓDIGO

SUMARIO: 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.

Hemos visto en el Capítulo anterior los diversos casos en que nuestra ley civil pone en función la noción presunta de culpa como elemento calificativo de la responsabilidad. Pero hay

(163) Manuel Augusto Olaechea.—"Exposición de Motivos del Libro Quinto". ed. cit. pág. 53.

otras hipótesis legales en que no se puede aludir con exactitud a la existencia de culpa y que, no obstante, determinan siempre responsabilidad. Y, para sustentarla, aparece entonces la noción de riesgo como otro elemento calificativo de responsabilidad.

1.—El riesgo, elemento de responsabilidad en nuestro Código.

Frecuentemente se intenta presentar las nociones de culpa y de riesgo como antitéticas o, por lo menos, en insalvable oposición legislativa. Pero esta dilemática alternativa, tan simétrica como errónea, no existe en la realidad conceptual.

En efecto, un Código puede admitir, sin agravio a la lógica, supuestos legales de responsabilidad calificados por la noción de culpa; y, al lado de ellos, supuestos de responsabilidad calificados por la idea del riesgo. Nuestro Código adopta este método. Y es que —como advertía el doctor MANUEL AUGUSTO OLAECHEA a la Comisión Codificadora con la invariable lucidez de su elevado juicio jurídico —“el fecundo sentimiento de la solidaridad social, que aflora en todos los pueblos cultos, aconseja admitir, como fuente de responsabilidad civil, al lado de la noción pura de la falta, el principio objetivo derivado de la repartición de los riesgos” (164).

Inspirándose en la dualidad señalada así en el origen de la obligación legal reparatoria, el vigente Código incorpora en el Título respectivo (“De los actos ilícitos”) algunos supuestos legales de responsabilidad que, semejantes a los que existen en otras reglas del Código (“De la propiedad”), no pudiendo referirse a la noción de culpa emergen de la noción de riesgo. Según enseña el codificador doctor OLAECHEA, “sólo éste principio jurídico puede explicar satisfactoriamente la responsabilidad del agente en una multitud indefinida de casos” (165). Algún caso de esos está específicamente considerado en nuestro Código y un atento examen de su articulado permite observar, además, de qué modo orgánico se inserta la idea de riesgo en la concepción general de la responsabilidad extracontractual que informa a nuestro civil.

(164) Manuel Augusto Olaechea.—“Memorándum”: 24.XI.1926.—(Actas de la Comisión Reformadora del Código Civil.—Sexto Fascículo.—pág. 363).

(165) Manuel Augusto Olaechea.—“Memorándum”: 24.XI.1926.—(Actas de la Comisión Reformadora del Código Civil.—Sexto Fascículo.—pág. 363).

2.—Coordinación legislativa de riesgo y culpa.

Un caso en el que la noción de riesgo se une perceptiblemente a la noción de culpa en una de sus formas (*in custodiendo*) para originar la responsabilidad es, por ejemplo, el del ya analizado art. 1145 referente a la reparación de daños causados por animales. Y es que —enseña con sobria exactitud el propio codificador— “desde el punto de vista del derecho científico, la noción del riesgo tiende a asociarse a la idea romanista de la falta” (166).

En la hipótesis legal del art. 1145 se comprueba efectivamente la proyección paralela de ambas nociones. Al lado de una culpa presunta hay ahí, como concurrente elemento calificativo de responsabilidad, un principio de riesgo. ¿Por qué? Porque —como sagazmente explicaba el Presidente de la Comisión Reformadora del Código doctor JUAN JOSE CALLE— “el que quiere aprovecharse de las ventajas y facilidades que proporcionan los elementos de la naturaleza puestos al servicio del hombre, ya que el uso de estos elementos comporta siempre peligro, debe estar obligado a indemnizar los daños y perjuicios que su empleo ocasione” (167). Y este es precisamente, en una de sus manifestaciones, el principio de riesgo implícito en el art. 1145 que examinábamos en el Capítulo anterior desde el paralelo punto de vista de la culpa, de otro lado presupuesto también ahí.

Ahora bien: ¿funciona igualmente esta idea del riesgo cuando, más allá de la noción de culpa, el art. 1140 establece la responsabilidad de un incapaz inimputable por su acto dañoso? La responsabilidad no puede en esa hipótesis fundarse en la idea de riesgo, porque enseña la doctrina —y lo expresa muy bien el doctor LEON— que la responsabilidad por riesgo sólo existe cuando el daño se produce por razón de cosas o animales de que nos servimos, de algo que tenemos y empleamos” (168) y nunca entonces por hecho de persona. En tales casos es la culpa, en alguna de sus formas, lo que jurídicamente sustenta la responsabilidad.

166) Manuel Augusto Olaechea.—“Memorándum”: 1.º IV.1926.—(Actas.—Fasc. 6.º pág. 377).

(167) Juan José Calle.—“Memorándum”.—1.º XII.1926.—(Actas de la Comisión Reformadora del Código Civil.—6.º fascículo. pág. 377).

(168) José León B.—ob. cit.—pág. 227.

Pero si no podemos atribuir a la noción de riesgo la base jurídica de la responsabilidad en el ya estudiado supuesto legal del art. 1140, por la ya indicada razón doctrinal de que el riesgo es una noción que sólo puede referirse a cosas o animales y no a personas; podemos observar, eso sí, una objetivación de la culpa que la ley establece aquí por excepción y con expresas taxativas. Y advierte en este punto el doctor OLAECHEA: "El concepto tradicional de la falta como fuente de responsabilidad resulta transformado también en lo que atañe a la responsabilidad de las personas inconscientes"; y relacionando la evolución doctrinal con las normas del derecho comparado, agrega en seguida: "Códigos tan progresivos y justamente celebrados como los de Suiza y Alemania acuerdan una indemnización a la víctima del daño causado por un enajenado, salvo el caso en que con ella quedase el loco reducido a la mendicidad" (169).

Y esa es la concepción doctrinal y la fuente legislativa del art. 1140. Lo que hay en el fondo de ese supuesto legal no es una idea de riesgo, sino una culpa que altas razones de equidad social, determinadas por la situación de las partes en pugna, conducen a objetivar. Existe desde luego la excepción que el codificador señala: el caso en que la indemnización deje al enajenado, responsable aunque inimputable, en la mendicidad. Esta excepción no necesita expresarse en el artículo, porque él contempla precisamente la situación inversa de las partes. Pero si se quiere mayor seguridad legislativa para fundar la exoneración por esa causa, debe atenderse a la norma general que declara:

"Art. 1138.—Cesa la obligación de reparar el daño en cuanto la reparación privase al deudor de los recursos necesarios para su subsistencia y para el cumplimiento de su obligación legal de suministrar alimentos".

Tampoco es la idea de riesgo la que sustenta la responsabilidad en el caso que regula el ya examinado art. 1144. La responsabilidad del patrón por el hecho del dependiente a que se refiere ese artículo, se sustenta no en la aparente idea de riesgo —

(169) Manuel Augusto Olaechea.—Mem. cit.—Actas:—Fase. 6.º pág. 364.

que, repetimos, se refiere siempre a cosas —, sino en la idea de culpa *in eligendo* que, como ya vimos, presume ahí la ley con rigurosa presunción *iuris et de iure*.

3.—El riesgo del edificio y su responsabilidad en nuestro Código.

Pero nada de lo que acabamos de señalar excluye la realidad legislativa, previamente afirmada, de una verdadera coordinación de las nociones disímiles del riesgo y la culpa que el codificador ha implantado en nuestro régimen legal de la responsabilidad extracontractual. Y vemos así que la noción del riesgo, que no se haya en los artículos examinados, se encuentra, en cambio, en la inspiración doctrinal del art. 1146 que dice:

“Art. 1146.—El dueño de un edificio es responsable del daño que origine su caída, si ésta ha provenido de falta de conservación o construcción”.

Tratándose de daño causado por las cosas, como en el caso de este supuesto legal, estamos ya frente a la noción de riesgo. En tales casos la responsabilidad se produce no por acto de la persona, sino por la naturaleza de las cosas que le pertenecen. Y esa es la idea del precepto específico del art. 1146 que reproduce sin variación doctrinal el artículo 2196 del Código derogado.

Una cosa inanimada como es un edificio produce daño y el propietario debe repararlo. La responsabilidad no dimana en este caso de la culpa, porque evidentemente no hay relación de causa y efecto entre el hecho de ser propietario del edificio y el daño que éste produce al derrumbarse. No puede hablarse exactamente de culpa. Pero hay un perjuicio que se deriva de un riesgo creado por la cosa y que, por lo tanto debe atribuirse al dueño. Ciertamente no hay en este caso la “relación de causalidad necesaria entre la persona responsable y el hecho... productor del daño” (170). Sin embargo, como explica en seguida con fina sensibilidad moderna el sabio codificador, “el principio de la responsabilidad causal no se concilia con el estado actual de la civilización, porque no ofrece siempre soluciones incontestablemente equitativas, y mantener el principio en toda su amplitud históri-

(170) Manuel Augusto Claechea.—Mem. cit.—Actas: loc. cit.

ca equivale a romper el equilibrio de los deberes sociales" (171).

Ahora bien, según nuestra ley la responsabilidad en esta hipótesis está a cargo del propietario. Nuestro Código no imita aquí a uno de sus modelos —el Código Alemán— que en este caso pone la responsabilidad no a cargo del propietario, sino del poseedor del edificio. El legislador peruano mantiene aquí el sentido del art. 2196 del Código derogado y esta continuidad legislativa no se inspira por cierto en simple motivo tradicional. Obedece a una razón doctrinal que no es difícil señalar.

En efecto, si el propietario es en realidad quien, en último término, recibe los verdaderos beneficios que produce la cosa es lógico que los riesgos que se derivan de ella queden igualmente a su cargo. Se aplica aquí un principio clásico ya aludido en otro lugar de esta Tesis y que el Código derogado consignaba, de modo equivalente, en el artículo 2110-inc. 3.º que declaraba: "El que quiere aprovecharse de un hecho, no puede dejar de someterse a sus consecuencias".

La propiedad del edificio es aquí ese hecho que aprovecha al propietario; la caída del edificio es la consecuencia a la que el dueño no puede dejar de someterse. Se justifica entonces que sea el propietario el que responda por el daño y no, como en el Código Alemán, el poseedor del edificio cualquiera que sea el título en virtud del cual posea.

Hay cuestiones adjetivas vinculadas al precepto de este art. 1146. Una de ellas es el sentido en que debe entenderse ahí la palabra edificio. La cuestión se ha planteado ya comentando artículos análogos (836 y 838) del Código Alemán y acerca de ella "ciertos autores —dice el doctor LEON— se pierden en divagaciones casuísticas". Pero WARNEYER, en su magistral comentario al *B. G. B.*, encierra la cuestión en un seguro marco conceptual de solución: "Edificio es —escribe— una construcción firmemente adherida al terreno, que es de cierta duración, que tanto facilita la entrada de personas como también la impide a personas extrañas; su característica y finalidad es servir de albergue para hombres, animales y cosas. No es necesario que precisamente los cimientos sobre los cuales reposa el edificio estén incrustados en el suelo; basta que edificio constituya un conjunto inmóvil por su propia masa" (172).

(171) Manuel Augusto Olaechea.—Mem. cit.—Actas: loc. cit.

(172) Warneyer.—"Kommentar zum B.G.B.".—(Citado por el Dr. León.—pág. 268).

Otra cuestión es la referente a la calificación de inmueble dada a una construcción ya nó en relación a su ubicación en el espacio, sino a su proceso en el tiempo. El doctor LEON anota que, para determinar la responsabilidad del propietario en la hipótesis señalada, se discute "respecto a si es necesario que la construcción se ~~haya~~ completamente terminada o nó"; y opina en seguida: "El propietario no responde sino cuando la caída del edificio ha provenido de falta de conservación o de vicio en la construcción. Se requiere, de consiguiente, que tenga la cosa bajo su cuidado y que la haya recibido del empresario o arquitecto. Luego mientras esté en construcción el edificio no le puede alcanzar la responsabilidad" (173).

La opinión del ilustrado comentarista señala ahí, como se ve, otro elemento más de responsabilidad implícito en el supuesto legal del art. 1146: la entrega del edificio al propietario por el empresario o arquitecto. Y es que este artículo se conecta necesariamente a normas contractuales establecidas por el Código y ésto lo vamos a examinar a continuación.

4.—La culpa del constructor, elemento alternativo de responsabilidad.

Efectivamente el problema de responsabilidad por el riesgo creado por un edificio y puesto a cargo del propietario no termina siempre en tan sencilla conclusión. Hemos visto ya el fundamento doctrinal del art. 1146 que establece la responsabilidad del propietario de un edificio por el daño que éste cause con su caída parcial o total. La responsabilidad del propietario está siempre en primer término. Pero hay una alternativa: la responsabilidad, tratándose de caída por vicio de construcción, puede atribuirse a una culpa del constructor. Es evidente que en esa hipótesis el daño se vincula a esa culpa.

Dentro de normas determinadas, nuestro Código autoriza tal proyección alternativa de la responsabilidad. En efecto, cuando en este mismo Libro Quinto, Sección Quinta ("De los diversos contratos") legisla en el Título V ("De la locación-conducción") el régimen jurídico de la locación de obra establece:

"Art. 1555.—La recepción de la obra, sin observación del propietario, descarga de responsabilidad al

(173) José León B.—ob. y loc. cit.

empresario, por falta de conformidad de la obra con lo que fué estipulado, o por vicios externos".

Como se ve, este supuesto legal trata de la exoneración de responsabilidad que se produce a favor del empresario en el momento mismo en que el propietario le recibe la obra sin observaciones. Pero la responsabilidad que este acto extingue es sólo referida a las estipulaciones del contrato y a los *vicios externos* de la cosa. Se trata de la ordenada ejecución de la convención bilateral y la responsabilidad de índole contractual vinculada a ella.

Pero es evidente que esa responsabilidad ordinaria del contrato y que se extingue normalmente con su aceptada ejecución no excluye en este caso especial otra más amplia responsabilidad que, en cuanto al objeto de su obra, existe siempre, dentro de determinado plazo, a cargo del constructor de un edificio. Se trata de defender no ya el simple interés del propietario, sino también la vida, la salud y los bienes de terceros. Por eso el Código agrega:

"Art. 1556.—Si la obra se destruye total o parcialmente, dentro de cinco años, por vicio de su construcción, es responsable el empresario o arquitecto.

Es también responsable de la destrucción por defecto en el suelo, o por la mala calidad de los materiales, aunque éstos le hubiesen sido suministrados por el propietario".

De este modo, por disposición expresa de nuestra ley civil, la responsabilidad que, fundada en una idea de riesgo, establece el art. 1146 a cargo del propietario del edificio que produce daños al caerse en forma parcial o total, se traslada automáticamente al constructor, liberando al propietario, si se produce dentro del plazo y condiciones que establece el citado art. 1556.

5.—La responsabilidad exclusiva del dueño.

Queda la otra posibilidad del hecho: la caída se produce por falta de conservación del edificio o, fuera ya del plazo del art. 1556, por defecto de construcción, determinando así la responsa-

bilidad del dueño. Pero hay en nuestro Código preceptos específicos que, enervando en esa hipótesis la responsabilidad del propietario del edificio, pueden llegar hasta hacerla virtualmente nula. ¿Cómo?

Hemos visto ya que en el supuesto legal del art. 1146 la responsabilidad del dueño está fundada en la idea del riesgo inherente a la cosa y atribuible, por consiguiente, al dueño de ella. Ahora bien, si en este caso concreto del edificio surge un riesgo en determinadas circunstancias, nuestro Código da una acción a los terceros que por tal motivo se sienten amenazados. En efecto, en el Libro Cuarto ("De los derechos reales"), Sección tercera ("De la propiedad"), al legislar sobre las limitaciones sociales al derecho de propiedad, declara:

"Art. 860.—Si amenaza ruina algún edificio u obra puede pedirse su reparación o su demolición".

Y aún para los casos en que esta norma no fuese suficientemente eficaz, el art. 1137-inc. 3.º, que tan minuciosamente analizamos páginas atrás, no reputa acto ilícito:

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

Ante las facultades concedidas por el art. 860 y el inc. 3.º del art. 1137, podemos entonces preguntar: ¿habrá alguien que, sintiéndose verdaderamente amenazado en forma permanente —es el caso del vecino —por la ruina total o parcial de un edificio, no haga uso de alguno de esos recursos legales? Sólo hay un caso en que se explica que no se use de ellos y es precisamente el caso en que no se ve el peligro que en realidad amenaza. Y en tal caso, probado lo oculto del peligro, es evidente que decrece en gran proporción la responsabilidad del dueño por el riesgo de la cosa. No siendo perceptible el riesgo para los propios amenazados no puede hablarse propiamente de riesgo creado que es lo que en este caso sustenta la responsabilidad. Ella existirá siempre, porque,

fundándose en altas consideraciones sociales, preceptivamente lo dispone así la ley. Pero de una sólida y certera prueba en el sentido indicado puede resultar por cierto un decisivo descargo de responsabilidad, legalmente fundado a favor del dueño en el juego de los citados artículos del Código y en conexión con lo dispuesto en el ya examinado art. 1141 acerca de la culpa concurrente de la víctima, culpa que, en este caso, sería una negligencia típica.

La última cuestión vinculada al art. 1146, cuyo análisis terminamos aquí, es la referente a las clases de daños que se debe reparar en el caso de la caída de un edificio. El desastre puede producir efectivamente estragos diversos: muertes, lesiones, deterioros en edificios vecinos o en cosas de otro. Pero el artículo no hace en este punto salvedad alguna ni distingo especial. Dice simplemente que el dueño del edificio "Es responsable del daño que origine su caída". Es decir, responde de todos los efectos del desastre. Pero esta materia de los efectos de la responsabilidad es decir de la reparación de los daños, corresponde al siguiente Capítulo y debo analizar todavía otras normas del Código vinculadas a la noción de riesgo.

6.—El riesgo general de las cosas inanimadas en nuestro Código.

¿Hay otros casos de responsabilidad por riesgo de las cosas inanimadas en el Código vigente? El doctor LEÓN lamenta aquí precisamente un notorio vacío del Código, advirtiéndole que "no contiene un precepto genérico al respecto"; y opina que esto "es sensible, pues en el estado actual de las cosas y relaciones humanas, precisa legislar con criterio particular cuando se trata de determinar si hay responsabilidad y en qué forma, en el caso de daños ocasionados por cosas de que somos propietarios o de las cuales nos servimos" (174).

En efecto, hay aquí una omisión lamentable, porque hubiera sido útil en este lugar del Código una disposición de carácter genérico, sobre todo por haber quedado suprimidos los casos específicos que contenía el artículo 2198 del Código derogado que decía: "Se obligan también a reparar los daños que causen: 1.º—El que tiene alguna cosa puesta o suspendida en un lugar por donde pasan o en que se paran los hombres, y cuya caída puede causar

(174) José León B.—ob. cit.—pág. 265.

daño. 2.º—El que corre por las calles a bestia, o en cualquier especie de carro. 3.º—El que va dentro del carro y ordena la carrera al conductor. 4.º—El que arrea bestias por las calles haciéndolas correr. 5.º—El que caza con armas de tuego o pone trampas en el camino”.

La eficacia general que caracteriza a la compendiosa fórmula del art. 1136 del Código vigente explica tal vez la supresión. Dentro de esa fórmula están todos los casos específicos, porque es la declaración genérica de la responsabilidad extracontractual. Pero una especificación legislativa referida a esta hipótesis tan fecunda del riesgo de las cosas inanimadas no habría sido inútil. El Anteproyecto de reformas al Código Civil Argentino, tantas veces citado porque es bastante completo e inspirado en este aspecto de la responsabilidad civil extracontractual, contiene una fórmula específica muy simple pero eficaz que dice: “Cuando de cualquier cosa inanimada resultara daño a alguno, su dueño responderá de la indemnización”; precepto que comprende: “1.º—Explosión de máquinas o inflamación de sustancias explosivas; y 2.º—Caídas de edificios o de otras obras, aunque sean causadas por defecto de construcción” (175).

Las circunstancias actuales de la vida urbana justifican plenamente un precepto como ese que, declarando casos específicos, contiene principalmente una declaración de carácter genérico en virtud de la cual se atribuye al dueño de toda cosa inanimada la responsabilidad por los daños causados por la existencia de ellas.

Efectivamente, el hombre medio de la ciudad moderna —y prescindimos por el momento del trabajador de fábrica— por perspicaz que sea su natural instinto de conservación y a pesar de toda la prudencia que use para dirigir sus pasos, está siempre acechado de ciegos peligros para su persona y sus bienes. El progreso material, cuyos imprescindibles instrumentos son las máquinas y el riesgoso movimiento de grandes fuerzas naturales, supone peligros fatales.

Ahora bien, estos riesgos inevitables, convocados por la necesidad del progreso moderno, al mismo tiempo que son para muchos —para casi todos— potenciales fuentes de peligro; son para otros —para algunos pocos— efectivas fuentes de prove-

(175) J. A. Bibiloni.—Ant. cit.—Cap. V.

cho. Esta desproporción no es en principio ilegítima. Pero se convierte en tal en el momento mismo en que esa fuente de peligro potencial, que implica la creación de un riesgo cualquiera, se hace peligro efectivo y origina un daño a alguien; sin excluir, por otra parte, el beneficio, efectivo también, que simultáneamente se deriva para quien ha creado e instalado la cosa que origina el daño.

He aquí el problema de la responsabilidad por riesgo de las cosas inanimadas reducido a su esquema fundamental y planteado en términos extracontractuales. Y lo planteo así, porque el riesgo creado por las industrias para quienes trabajan en ellas debe tratarse, según la técnica del derecho privado moderno, dentro de términos contractuales. Nuestra ley lo hace así y ésto lo examinaremos después.

Entonces, limitándonos por el momento al análisis de la responsabilidad derivada en general para terceros por los riesgos que crean las cosas inanimadas, surge aquí esta cuestión: ¿qué dispone acerca de ellos nuestro Código?

Se trata en esta hipótesis de lo que el sabio maestro SALEILLES califica como "un hecho perfectamente lícito, realizado en virtud de un derecho; pero es un hecho que, siendo completamente lícito, se realiza corriendo el que lo ejecuta los riesgos y peligros de la aventura" (176). Y por supuesto lo que interesa en este punto es el caso en que el riesgo se resuelve en la consumación de un daño.

Tal caso plantea entonces este problema jurídico: el hecho es en sí legítimo, porque representa el ejercicio de un derecho; pero ese hecho legítimo importa un riesgo y ese riesgo, implicado en el hecho y eventualmente realizable, se ha convertido ya en daño para otro. Frente a este caso: ¿cuál es, cuál puede ser la solución legal ofrecida por nuestro Código?

Hemos visto que en el Título correspondiente a los Actos Ilícitos no hay un precepto genérico acerca de la responsabilidad por riesgo de las cosas. Sólo se contempla ahí el caso específico del art. 1146, referente a la caída de edificio. ¿Podrá decirse por eso que falta la solución? Creo que no cabe aquí esa afirmación.

¿Por qué? Porque un Código es un cuerpo de leyes orgánicamente coordinadas entre sí y precisamente lo que diferencia al

(176) Raymond Saleilles.—"Bulletin de la Société d'études législatives".—Tomo IV, 1905.—(Cit. por el Dr. Calle).

técnico del empírico o del mero aficionado es la exactitud científica con que puede realizar siempre esta tarea de conectar eficazmente las normas de los distintos Libros del Código. Y aquí tenemos un caso en que, con el auxilio de la doctrina, precisa realizar la conexión legislativa de las diversas normas para integrar homogéneamente las disposiciones de un Título del Código que, sin esta conexión, aparecería incompleto.

En efecto, tratándose del riesgo creado por las cosas y del que, según la doctrina moderna del derecho civil, se deriva responsabilidad para el propietario es lógico ir al Libro Cuarto ("De los derechos reales"), el cual en su Sección Tercera ("De la propiedad") consigna disposiciones aplicables a estos casos de responsabilidad que están situadas en el Título II ("De la propiedad Inmueble") a manera de restricciones legales a la propiedad contra las que no hay posibilidad de pactar, porque precisamente el art. 851 del Título I ("Disposiciones generales") declara:

"Art. 851.—Las restricciones legales de la propiedad establecidas por interés público no pueden modificarse ni suprimirse por acto jurídico".

y, de otro lado, asegurando la rigurosa eficacia de esa declaración, se establece:

"Art. 866.—Las restricciones de la propiedad territorial que resulten de las disposiciones legales tienen efecto para todos aunque no estén inscritas en el Registro"

Y bien: ¿cuáles son esas normas restrictivas de las que puede derivarse responsabilidad para el propietario de una cosa que implica un riesgo? En el lugar ya indicado del Código, está en primer término la siguiente limitación general:

"Art. 859.—El propietario en ejercicio de su derecho y especialmente en sus trabajos de explotación industrial, debe abstenerse de lo que perjudique las propiedades conti-

guas o vecinas, o la seguridad, el sosiego y la salud de sus habitantes.

Están prohibidos los humos, hollines, emanaciones, ruidos, tropidaciones y molestias análogas, que excedan de la tolerancia que mutuamente se deban los vecinos en atención a las circunstancias".

El artículo, aunque concretándose al caso de la propiedad inmueble, se refiere precisamente a la hipótesis que nos interesa aquí: la responsabilidad del propietario derivada del simple riesgo de la cosa. En otros términos, al caso en que, ejercitando su derecho, el propietario de una cosa riesgosa causa con ella daño a otro en su persona —"la seguridad, el sosiego y la salud" —o en sus bienes. Y para ser más amplio el artículo alude expresamente a los "trabajos de explotación industrial", prohibiendo específicamente "humos, hollines, emanaciones, ruidos, trepidaciones y molestias análogas".

El artículo traza de este modo el marco legal de la responsabilidad del propietario. Reconoce que tales actos del propietario pueden estar fundados en el "ejercicio de su derecho". Pero en virtud de esta disposición el Código restringe precisamente ese derecho señalando que el propietario "debe abstenerse de lo que perjudique las propiedades contiguas o vecinas, o la seguridad el sosiego y la salud de sus habitantes", agregando en seguida lo que está especialmente prohibido.

De acuerdo con la Constitución de la República que, en su art. 34, declara:

"La propiedad debe usarse en armonía con el interés social. La ley fijará los límites y modalidades del derecho de propiedad";

el Código Civil de 1936 ofrece aquí esos límites y su importancia es decisiva, porque son esos límites legales a este derecho los que determinan las condiciones de su "ejercicio regular", del que trata el ya examinado inc. 1.º del art. 1137.

En consecuencia, excederse de los límites legales al derecho de propiedad, demarcados por tan precisas condiciones, equivale a restar regularidad al ejercicio de ese derecho. Por consiguiente,

los actos realizados en tal situación constituyen ya actos ilícitos, según aparece del citado art. 1137-inc. 1.º y entonces los daños que se cause con ellos obligan a la reparación.

Y para precisar aún más la responsabilidad que incumbe al propietario por el daño causado a otro con su actividad —la cual presupone tácitamente el riesgo implicado en las cosas que son instrumento u objeto de su actividad —, el Código agrega al citado art. 859 otro precepto que dice:

“Art. 861.—Aquél que sufre o está amenazado de un daño porque otro se excede o abusa en el ejercicio de su derecho, puede exigir que se restituya el estado anterior, o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por el daño sufrido”.

artículo que complementa al citado anteriormente, cuyo objeto, como vimos, es limitar en determinados sentidos las facultades derecho de propiedad, que hoy no puede ya entenderse con la invulnerable intensidad que los maestros clásicos atribuyeron al dominio hasta el punto de concebir el “*ius abutendi*” como una de sus facultades.

Entonces, todo lo que representa una transgresión de esos límites legales es ya ejercicio abusivo del derecho. O, lo que es lo mismo, no tiene el amparo de nuestra ley civil (art. II del T. P.) y es, por consiguiente, un ejercicio irregular equivalente al acto ilícito (art. 1137-inc. 1.º). En suma, crea una deuda de reparación.

De este modo, mientras de un lado faculta nuestra ley (art. 859) a quien se ve perjudicado por una actuación abusiva de esa clase para que exija la reparación *in natura* del perjuicio causado; de otro lado, reconociendo en una actuación de esa índole un acto ilícito (Art. 1137-inc. 1.º), obliga al propietario a pagar indemnización por el daño causado a otro con su hecho, según el precepto general del art. 1136.

Podemos así llegar a la conclusión de que si bien es cierto — como anota el doctor LEON BARANDIARAN —que nuestro Código no consigna un precepto genérico acerca de la responsabilidad por el riesgo de las cosas inanimadas, en el Título que trata

de los Actos Ilícitos; no es menos cierto que él abre siempre el camino legal para hacer efectiva una responsabilidad de esta índole con los citados artículos mediante los cuales limita el derecho real de propiedad. Y complementando la eficacia de esas restricciones, nuestra ley dispone preventivamente (Art. 851) que no se puede pactar modificación ni liberación de ellas y que no admiten tampoco (Art. 866) limitación alguna en sus efectos.

Evidentemente es incontestable la coordinación de las normas de nuestro Código en este orden de ideas. Los arts. 859 y 862 —apoyados, a su vez, por los arts. 851 y 866 —están conectados al art. 1137-inc. 1.º, y los efectos de la responsabilidad así calificada deben sujetarse a lo dispuesto en el art. 1136 que es el precepto general de la responsabilidad extracontractual.

Al considerar esta hipótesis de riesgo de cosas inanimadas que, por su vinculación a las diversas y extendidas formas de explotación industrial, es sin duda la hipótesis más útil por más común, nuestro Código reitera el principio clásico de que “el que quiere aprovecharse de un hecho no puede dejar de someterse a sus consecuencias”, que ya anunciaba el art. 2110-inc. 3.º del Código derogado.

El vacío del Código es, pues, en este punto, simplemente aparente, por lo menos en cuanto a la más útil de las hipótesis de riesgo de las cosas. Todo se reduce a una mera cuestión de sistemática. La idea de la responsabilidad por el riesgo general de las cosas inanimadas vive en el Código y no sólo en virtud del aludido mecanismo técnico de los dispositivos citados. Vive en virtud del moderno y justiciero espíritu que lo anima y que, además de reflejarse en sus artículos, está explícitamente declarado en los documentos de trabajo de la Comisión Codificadora.

Como elemento de responsabilidad, el riesgo ha sido instalado en nuestra ley al lado del otro elemento tradicionalmente determinante de ella —la culpa —, porque, como advertía el doctor OLAECHEA, “esta amplificación doctrinal constituye una nota característica de la civilización actual, que la legislación ha consagrado *en algunos casos* y que la jurisprudencia de los tribunales reitera con su elevada autoridad” (177).

Esa es la idea que inspiró al sabio ponente del Libro Quinto del Código y que, ampliamente desarrollada por él con la in-

(177) Manuel Augusto Olachea.—Mem. cit.: Actas, Fasc. 6.º pág. 363.

transferible lucidez de su facultad persuasiva, fué apoyada con sólida argumentación doctrinal por la honda y erudita experiencia jurídica del venerable Presidente de la Comisión doctor JUAN JOSE CALLE (178), mereciendo también la adhesión, irreprochablemente fundada (179), del prudente jurista y codificador doctor ALFREDO SOLF Y MURO.

7.—El riesgo profesional y su responsabilidad en nuestro sistema legal.

Nos queda por analizar un último aspecto referente al riesgo como elemento de responsabilidad: el riesgo profesional; es decir el riesgo que existe para los trabajadores de empresas industriales por la razón misma de trabajar en condiciones inevitablemente peligrosas. Y he dejado este aspecto para el fin del Capítulo no sólo por la naturaleza principalmente contractual de esta clase de responsabilidad, sino, sobre todo, porque ella, no puede ser planteada con exactitud en términos de riguroso derecho privado.

En efecto, separándose ya del prolífico tronco científico del derecho civil y tomando contacto con el derecho público-administrativo nace hoy, con evidente e innegable vigor, un derecho especial denominado ya por la costumbre “derecho del trabajo”. Las especiales condiciones vitales de nuestro tiempo explican y aún más, justifican este régimen jurídico singular. En este orden de situaciones el derecho privado no puede extender su influencia más allá de ciertas normas y principios generales. Todo lo demás —y cada día con más creciente intensidad —es materia de reglamentación administrativa y de leyes especiales.

Siguiendo el método que marca esta orientación científica, nuestro Código no ha incorporado directamente en sus dispositivos las normas referentes a la responsabilidad por riesgo profesional. Esas normas constituyen la materia de la “Ley de Accidentes de Trabajo” (Ley N.º 1378, de 20 de enero de 1911) y de otras leyes y reglamentos que, dentro de aquella matriz fundamental, la complementan. Ha surgido de este modo un régimen jurídico especial, sujeto a variaciones y modificaciones constantes y ésto explica su acertada exclusión del Código que, como

(178) Juan José Calle.—Mem. cit.—Actas, Fasc. 6.º págs. 366-378.

(179) Alfredo Solf y Muro.—Memorándum acerca de la responsabilidad en los Actos Ilícitos. (Actas, Fasc. 7.º pág. 29).

sustantivo cuerpo de leyes, debe ostentar seguridad y permanencia.

Por otra parte, esta clase de responsabilidad por el riesgo creado por las empresas a sus propios trabajadores tiene, como ya indiqué, inequívoca naturaleza contractual. Nace con ocasión del objeto de un contrato.

Interesa entonces subrayar aquí que la responsabilidad por riesgo profesional tiene esta doble característica: está fundamentalmente relacionada al derecho público-administrativo y es naturalmente contractual. Lo primero determina su exclusión de las normas de derecho privado del Código y su sujeción a una legislación especial en evolución incesante por los mismos variables factores económico-sociales que la condicionan. Y en cuanto a la segunda característica, o sea la naturaleza contractual de esta clase de responsabilidad, el Código, atendiendo a esa naturaleza, no puede situar esta forma de responsabilidad al lado de la que se origina en actos ilícitos, suscitando así obligación legal de reparar.

El Código adopta entonces el siguiente procedimiento de técnica para legislar esta forma especial de responsabilidad: reconoce la existencia civil del contrato de trabajo, pero refiriéndolo a normas específicamente consagradas en leyes de la materia y entre las cuales está por cierto la Ley de Accidentes del Trabajo y sus anexas. De este modo la estructura civil del contrato de trabajo está dentro del Código. Pero su contenido de garantías sociales y económicas, eventualmente variables, está sujeto a leyes especiales que precisamente el Código considera irrecusables presupuestos para la validez jurídica del contrato.

Explicando este método legislativo aplicado al contrato de trabajo, el doctor OLAECHEA enseña: "Hay posibilidad de introducir esta categoría específica en el nuevo Código Civil extrayendo de la contratación del trabajo los principios fundamentales o las bases en que debe reposar la legislación especial que ha de atender a toda la indispensable labor de reglamentación" (180).

Por eso en la Sección Quinta ("De los diversos contratos"), el legislador ha instalado esta categoría en el Título VI ("Del contrato de trabajo"), integrado sólo por dos artículos. En el

(180) Manuel Augusto Olaechea.—"Exposición de Motivos del Libro Quinto", pág. 49.

art. 1571 ofrece el Código el concepto jurídico de este contrato y en el siguiente art. 1572 señala preceptivamente las condiciones tácitas en todo contrato de esta índole, declarando:

“Art. 1572.—El contrato de trabajo, sea individual o colectivo, supone el pago de salario en dinero efectivo; la jornada máxima de ocho horas de labor; el descanso semanal; la prohibición del trabajo de menores de catorce años; la limitación del trabajo de menores de dieciocho años, condicionada a la educación y desarrollo físico; la igualdad del salario, sin distinción de sexo, por trabajo igual y su adecuación a las necesidades de la vida del obrero; la indemnización por accidentes; los seguros obligatorios; y la intervención del Estado para asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos correspondientes”.

Se declara al mismo tiempo la naturaleza contractual de la obligación reparatoria en caso de daño por riesgo profesional y la vinculación de este contrato a principios de orden público cuya salvaguarda corresponde al Estado.

Y como según este método legislativo, todo contrato de trabajo “supone” todas esas condiciones, será nulo el que se pacte contra ellas o fuera de ellas. La indemnización por accidentes, o sea la sujeción a las Leyes especiales que consagran la responsabilidad por el riesgo profesional, es una de esas condiciones implícitas del contrato de trabajo. Indirectamente, el Código incorpora así a su régimen la responsabilidad por el riesgo profesional.

El evidente acierto de esta solución legislativa presenta una fundamental concordancia con la conclusión a que llegaba el tratadista español OYUELOS cuando afirmaba que “fundado como está sobre este principio del riesgo profesional, el principio de la indemnización por accidentes del trabajo, está fuera del Código Civil y es ajeno a él”.

Nuestro codificador avanza sobre esta comprobación doctrinal hacia una depuración de la técnica legislativa y encuentra un método feliz. Pone dentro del Código lo que el problema de la

responsabilidad por riesgo profesional tiene de fondo de obligación contractual. Pero, al mismo tiempo, deja fuera de sus normas el formal contenido variable de lo que en este caso —como enseña el propio codificador doctor OLAECHEA— es materia propia “de la legislación específica social, destinada por su naturaleza a formulaciones, que, en general, no pueden ser fijadas en los preceptos permanentes de un Código Civil, porque su contenido es un orden de relaciones subordinado a factores que varían en el espacio y en el tiempo y que, por último, deben ser adecuadas a las circunstancias especiales de la industria”.

El magistral sentido lógico del codificador brilla una vez más aquí y con su convincente fundamentación dejo concluida la materia de este penúltimo capítulo.

CAPITULO V

LA REPARACIÓN DEL DAÑO Y LA ACCIÓN DE REPARACIÓN EN NUESTRO CÓDIGO

SUMARIO: 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.

Llegamos con este último Capítulo al problema que, desde el punto de vista legislativo, queda por analizar en este estudio: la responsabilidad civil por acto ilícito referida al objeto de la obligación —reparación del daño— y a la forma y características de la acción.

Hay todavía quienes confunden el problema sustantivo de la responsabilidad —situación jurídica que crea obligación—; con

el problema derivado o secundario de normar la realización del efecto legal de la responsabilidad, o sea la obligación de reparar el daño causado. La confusión se explica por la doble función del daño en este proceso jurídico. Es lo primero que debemos analizar aquí.

Un daño causado ilegítimamente es el punto de partida del juicio de responsabilidad civil extracontractual. Pero en seguida el daño en sí mismo —como cantidad o calidad de hechos dañosos— pasa a un segundo plano. Se trata primero de enjuiciar la responsabilidad y desde el punto de vista técnico todavía no tiene importancia sustancial la apreciación del daño. Este sólo interesa primitivamente como origen del proceso.

Lo que, sobre todo, es fundamental en este punto son las condiciones de licitud o ilicitud del acto que causó el daño, porque es a ellas a las que debe referirse la cuestión primera y sustancial: la responsabilidad.

1.—El daño como objeto de obligación legal.

La calificación del acto causante de daño determina la responsabilidad y ésto produce entonces una consecuencia jurídica automática: la obligación legal de reparar el daño que originó el proceso de la responsabilidad.

El daño —hasta ese momento origen y fundamento de la acción —se convierte así en el objeto de la obligación. Al problema teórico de calificar la responsabilidad sucede entonces el problema práctico de realizar la reparación del daño. Y este problema presenta numerosas cuestiones que desde el punto de vista doctrinal fueron ya tratadas en otro lugar de esta Tesis (181) y que ahora vamos a examinar siguiendo las normas de nuestra ley civil.

Y urge aquí una breve exégesis de carácter histórico. Condicionado por su modelo, el Código Civil de 1852 adoptó el método romanístico de separar las normas reparatorias aplicables a los casos de responsabilidad contractual de las que debían regir en los casos de responsabilidad extracontractual, o sea la que, según la terminología de ese Código, se producía por efecto de delitos y cuasi-delitos.

(181) Véase esta Tesis: Segunda Parte, Cap. VI.



Había así en ese Código dos clases de normas reparatorias. Unas (arts. 1272 a 1276) consignadas bajo el epígrafe legislativo de "Efectos de los contratos" que debían ser aplicadas, por consiguiente, a la reparación de daños derivados de la inejecución o ejecución imperfecta de una obligación convencional. Y las otras (arts. 2199 a 2203) que el legislador de 1852 ponía bajo el epígrafe de "obligaciones que nacen de delitos o de cuasi-delitos" y, por consiguiente, específicamente dirigidas a la reparación de daños considerada como obligación legal.

2.—La obligación reparatoria y la nueva técnica legislativa.

La nueva técnica del derecho privado expresada en la sistemática legislativa moderna ha superado ese sistema clásico. ¿Cómo? Realizando la unificación legislativa de la institución reparatoria. El Código Civil Alemán es la más depurada manifestación de esta variación sistemática que encuentra un sólido fundamento doctrinal.

El origen de la obligación legal reparatoria en cada uno de esos grupos de casos —inejecución de obligaciones o consumación de acto ilícito y dañoso fuera de la relación contractual— es ciertamente distinto. Pero el efecto o, más determinadamente, el objeto de la obligación —la indemnización— es en ambos casos idéntico. Y esta identificación no es superficial ni falaz.

El concepto general de *indemnización* corresponde exactamente al concepto general de *daño civil*. No hay un sólo daño civil efectivo que, siendo imputable en virtud de las reglas jurídicas de la responsabilidad, no engendre una deuda de indemnización. Inversamente, sólo se concibe la indemnización —en su exacto sentido técnico— para cancelar consecuencias dañosas de un hecho contractual o extracontractualmente ilícito.

De este modo, atendiendo al efecto sustancial, son teóricamente identificables y, aún más, asimilables, el régimen de reparación de los daños contractuales y de los extracontractuales. Y es axiomático que lo que admite la teoría del Derecho puede traducirlo en norma la legislación.

Esta identificación que, como vamos a comprobar más adelante, existe en nuestro Código de manera implícita según su sistema, ha sido expresamente realizada, en virtud de su depurada técnica por el Código Civil Alemán. Abandonando la formalista estructura sistemática del derecho clásico, el *B. G. B.* considera

la obligación reparatoria no en su origen dual sino en su efecto único. Es decir, en su objeto que es la reparación "*in natura*" o, en defecto de ella, la subsidiaria indemnización.

Ese Código legisla entonces la obligación reparatoria en sí. Prescinde de la idea inútil de su origen, porque —como ya decíamos en otro lugar de esta Tesis (182)— técnicamente nada importa a su esencia jurídica que la obligación de indemnizar surja dentro o fuera de un contrato. Lo que legislativamente interesa en este punto es la forma de hacer efectiva la obligación.

En suma, la obligación de reparar daños no debe ser confundida con el problema distinto de la calificación de la responsabilidad. Aquí el problema consiste, y ya lo advertíamos en otro lugar en cómo se debe ejecutar la obligación y no en cómo se originó. La obligación de reparar queda entonces desligada del pasado y situada en el presente para que, si es preciso, se proyecte al porvenir.

Inspirado en esta exacta concepción, el Código Civil Alemán instala la obligación reparatoria —derivadamente, la indemnización— en el primer título del Libro de Obligaciones (Lib. II, Sec. 1.ª; "Contenido de las relaciones obligatorias") que lleva el epígrafe genérico de: "Obligación de prestar".

La deuda de indemnización es, pues, para la técnica exacta del B. G. B., una simple obligación y la ley debe atender en este caso a reglamentar su cumplimiento. Por eso el artículo 249 dice: "El que esté obligado a indemnizar daños y perjuicios deberá restablecer el estado de cosas que habría existido si no hubiere ocurrido la circunstancia que le obliga a indemnizar". ¿Qué importa para el fin buscado el origen contractual o extracontractual de esa circunstancia?

En esa fórmula legal del Código Alemán está perfectamente determinada la noción científica de la reparación. Se trata, en efecto, de que las cosas queden como estaban, es decir como si el daño no hubiera ocurrido. Esa es la finalidad y el único objeto de la reparación. Por eso se debe buscar primero la reparación "*in natura*" del perjuicio causado. Al dinero le corresponde sólo una función subsidiaria. De ahí que, completando su declaración la ley civil alemana agrega en ese mismo artículo 249: "Si los daños y perjuicios se deben por lesión causada a una persona o por deterioro de una cosa, podrá el acreedor exigir, en lugar de la repa-

(182) Véase esta Tesis: Segunda Parte, Cap. II.

ración, la suma necesaria para procurársela". Pormenorizadas reglas prácticas completan el sistema reparatorio del Código Civil Alemán.

3.—La obligación reparatoria en el sistema del nuevo Código.

Nuestro legislador no adoptó para el vigente Código el método legislativo del *B. G. B.*, porque él está sustancialmente vinculado a la depurada sistemática germánica que, por obvias razones de política jurídica a las que ya aludimos (183), no pudo ser totalmente aceptada para estructurar nuestro Código.

Sin embargo, el Código vigente presenta en esta materia una modificación técnica inspirada en la unificación teórica de la obligación reparatoria, dual en su origen. ¿Cuál es esa modificación? El Código no consigna ninguna norma acerca de la forma de efectuar la reparación de daños en el Título referente a los Actos Ilícitos. Ha prescindido en este lugar de aquellas normas que el Código derogado consignaba en su Título equivalente ("Obligaciones que nacen de delitos o de cuasi-delitos") acerca de la estimación del daño, modos de reparación, etc., y que figuraban en los arts. 2199, 2200, 2201 y 2202 del extinguido Código. ¿Cuál es la razón de tal supresión?

Una razón a la vez dogmática y sistemática explica la supresión. En efecto, se trata en este Título de los Actos Ilícitos de determinar las condiciones en que surge la obligación reparatoria. La materia está por eso dentro de la Sección referente a los Actos Jurídicos, es decir a los actos que tienen efectos legales. El objeto de esta Sección es inconfundible: consignar las reglas fundamentales acerca de los dos principios-fuentes de los que puede surgir la obligación y que, como hemos visto, son la voluntad y la ley.

No hay para qué tratar aquí entonces de las numerosas formas con que la ley o la voluntad pueden crear obligación y mucho menos de los múltiples objetos y efectos del vínculo obligatorio. Todo eso pertenece a la materia de las obligaciones y de los contratos. La técnica exige así la separación legislativa de la materia referente a los Actos Jurídicos. Y lo que en esa Sección se legisla del Acto Ilícito no es ni puede ser lo relativo al objeto

(183) Véase esta Tesis: **Tercera Parte**, Cap. I. 1 y 2.

de la obligación legal que genera, sino sólo lo que se refiere a las condiciones en que esta obligación se genera.

He aquí por qué al tratar del Acto Ilícito nuestro Código no se refiere sustancialmente al daño ni a las condiciones de su reparación. Ese es el objeto de la obligación y en este lugar —insistimos— sólo se trata de determinar las formas o condiciones en que la obligación se origina.

No hay, en cambio, ninguna objeción científica ni técnica que impida situar la noción de daño y el criterio legal de la reparación al tratar la inejecución de obligaciones. En ese caso el daño es, al mismo tiempo, el efecto de una obligación convencional no ejecutada y el objeto de una nueva obligación de carácter legal. Todo cabe entonces, en este orden de ideas, en el ámbito legislativo de las obligaciones.

Entonces el daño queda legislado en ese lugar del Código (“De la inejecución de obligaciones”) en el doble aspecto que puede tener: como efecto de obligación convencional inejecutada y, a la vez, como objeto de obligación legal, que en este caso surge precisamente de la inejecución. No hay inconveniente alguno para trasladar esta noción legal del daño producido por inejecución de obligación para enjuiciar con ella el daño que se deriva del acto ilícito extracontractual.

En conclusión, tal como lo enseña la doctrina moderna del derecho privado, el daño civil es para nuestro Código un concepto unitario por más que tenga origen dual.

4.—Normas reparatorias en nuestro Código.

Aplicando el indicado procedimiento técnico: ¿cuál es el concepto que tiene nuestro Código acerca de la reparación de daños civiles? Este criterio legal está en el mismo Libro Quinto, Sección Tercera (“De los efectos de las obligaciones”), en cuyo Título IX (“De la inejecución de las obligaciones”) hay esta declaración:

“Art. 1323.—Los daños y perjuicios de que responde el deudor son los previstos, o los que se hubiese podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean necesaria consecuencia de su falta de

cumplimiento. En caso de dolo responde el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, como efecto directo e inmediato".

Se objetará aquí que este artículo, como lo indica expresamente su propio texto, se refiere al daño derivado de la obligación no ejecutada y nó al daño causado a otro, fuera de toda relación convencional, violando deberes jurídicos generales con "hechos, descuido o imprudencia", según la fórmula del art. 1136. Pero esa objeción, analizada según nuestra actual técnica legislativa, resulta por formalista ineficaz.

Se trata aquí de conocer el criterio que nuestra ley civil tiene acerca del daño reparable. Ahora bien, por una fundada razón de orden científico y sistemático que ya señalamos, el Código no se ocupa de esto en el Título relativo a los Actos Ilícitos, que sólo trata de la forma de constituirse la obligación legal y nó de su objeto.

Pero como el Código es un cuerpo de leyes no puede declararlo todo en un mismo lugar ni repetir sus conceptos cada vez que precisa servirse de ellos. Por fortuna nuestro Código no ha incurrido ni en uno ni en otro de estos opuestos pero semejantes defectos de técnica legislativa. Tratar de todas las nociones vinculadas a la calificación del daño reparable en el Título "De los actos ilícitos" de la Sección "De los actos jurídicos", sería un capricho legislativo, porque hay razones científicas para negarles sitio ahí y ya vimos cuales son esas razones. Sería además una repetición inútil, un pleonismo legislativo, porque esa noción de daño reparable necesariamente debe tratarse y está tratada en otro lugar del Código.

Por consiguiente, se debe aceptar como criterio legal de daño reparable, aplicable al daño extracontractual, lo que en ese artículo 1323 hay de concepto genérico. Este procedimiento técnico tiene evidente sustentación doctrinal y, al comentar este aspecto de nuestro sistema legislativo, el doctor LEON BARANDIARAN admite "que se puede aplicar en esta parte el artículo 1323, aún cuando éste se haya destinado a arreglar la responsabilidad contractual" (184). Es el mismo recurso técnico expresamente indicado para este fin por el Anteproyecto argentino de BIBILO-

(184) José León B.—ob. cit.

NI que, legislando la estimación del daño, consigna la siguiente fórmula indirecta: "Para la estimación se aplicará las reglas establecidas por los arts. 519 y 521" —que son, en la numeración provisoria del Anteproyecto citado, las normas referentes a la inejecución de obligaciones. Se dispone ahí explícitamente lo que nuestro Código establece de manera implícita, aunque evidente.

Entonces, según el fundamento doctrinal que informa a ese art. 1323 de nuestro Código, analicemos cuáles son las condiciones de reparación para el daño extracontractual. Es esta una materia que plantea en la doctrina numerosas y difíciles cuestiones a las que he aludido ya en otro lugar de esta Tesis (185). No insistiré por eso aquí en el decisivo aspecto doctrinal de esos problemas. Pero siguiendo ese mismo esquema doctrinal, analizaré brevemente ahora el aspecto legislativo de esos problemas en nuestro sistema legal.

¿Qué extensión tiene en nuestra ley el daño reparable? El art. 1323 dice, que el deudor responde sólo de los daños "previstos o de los que se hubiesen podido prever al tiempo de constituirse la obligación". La primera parte de la fórmula es clarísima y de incontestable aplicación a este caso: se responde de los daños previstos. La segunda parte ("los que se hubiese podido prever, etc."), exige una previa asimilación conceptual.

Estamos frente al caso de una obligación legal —reparación de daño —emanada del acto ilícito. ¿Debe aplicarse a esta hipótesis la segunda parte de la fórmula legal del art. 1323? No es imposible aplicarla. En efecto, si en esta hipótesis la obligación se constituye no en el momento en que se declara la responsabilidad, sino en el instante mismo en que se realiza el acto ilícito y en ese instante se puede prever determinados daños, no hay, a mi juicio, ningún obstáculo lógico para aplicar literalmente esta parte de la fórmula legal a esta especie de daño.

Pero, deteniéndonos en el fondo mismo de la cuestión, lo importante es anotar que nuestro Código tiene acerca del daño un criterio limitativo. De este modo, declarada la responsabilidad por un acto ilícito y surgida así la deuda de reparación, el objeto de esta obligación es, según nuestro Código, el daño directo y necesario derivado del acto. Y como ya indicaba en la citada parte doctrinal de este estudio, el daño directo es el previsible. Es el daño intrínsecamente vinculado al acto como su consecuencia ne-

(185) Véase esta Tesis: Segunda Parte, Cap. VI.

cesaria e inevitable y no es preciso insistir aquí en nociones ya suficientemente desarrolladas.

Según nuestro Código no se puede entonces llevar el enlace causal hasta el infinito en ese fantástico proceso reparatorio que, como recuerda BIBILONI, ya PAULUS, el insigne maestro romano, calificaba como "inícuo". La reparación debe dirigirse sólo al resultado dañoso que, por seguir siempre al daño en forma inmediata y directa, es previsible "al constituirse la obligación" (art. 1323). Vale decir, aplicando a este caso —obligación legal—, al producirse el acto ilícito. Sólo se debe reparación del daño que, según indicamos ya, ENNECCERUS denomina "primer resultado ilícito". Es decir, el hecho mismo y sólo él; nó los que cercana o lejanamente se derivan de él, sin que ésto excluya por cierto, acerca del hecho mismo, la doble consideración del "*damnum emergens*" y el "*lucrum cessans*". Indica en este punto SALEILLES, y en este sentido debe entenderse la regla, que "la indemnización deberá cubrir la integralidad del daño" (186). O sea, que debe hacerse siempre esa doble consideración.

La aplicación de la regla legal del citado art. 1323 a la reparación del daño extracontractual responde además a un principio evidente de justicia. ¿Por qué? Porque si en el daño producido por la inejecución culpable de una obligación convencional, a pesar de existir un vínculo anterior y directo entre el acreedor y el deudor, sólo obliga la ley a responder por las inmediatas consecuencias previsibles; es lógico que esta norma rija también para el daño causado por el acto ilícito al que no precede ninguna relación obligatoria especial, sino que es él mismo el origen de esa relación.

En conclusión, se aplica a los daños de origen extracontractual el precepto legal del art. 1323 y, por consiguiente, sólo se responde en tal caso de los resultados directos y necesarios del acto. En ambos supuestos —inejecución de obligaciones y acto ilícito extracontractual— el orden de ideas es el mismo. En consecuencia, la reparación debe sujetarse en ambos casos al resultado realizado y a las consecuencias necesarias y nó a los resultados provenientes de causas concurrentes o conexas. †

(186) R. Saleilles.—ob. cit.—pág. 420.

5.—Ejecución de la obligación reparatoria.

El daño reparable suscita otro problema legislativo: el de la determinación de la forma de hacer efectiva la reparación. Dos posibilidades de ejecución presenta a veces la obligación reparatoria: la reparación natural y la reparación en metálico.

El derecho antiguo excluía virtualmente la posibilidad de la reparación natural. Prefería la sencillez del régimen de indemnizaciones en metálico. Pero el derecho moderno, posterior al análisis luminoso de los pandectistas alemanes, consagra otro criterio en el Código Civil Alemán. Es el criterio del ya citado artículo 249 de ese Código que dice: "El que esté obligado a indemnizar daños y perjuicios deberá restablecer el estado de cosas que habría existido si no hubiera ocurrido la circunstancia que lo obliga a indemnizar".

La regla fundamental es ahí la reparación "*in natura*" del perjuicio causado. Y precisamente comentando este artículo del B. G. B., SALEILLES afirma que "la regla será, en primer lugar, la de la restitución natural, a falta de la cual tendrá lugar la indemnización en dinero" (187).

Pero el daño de que tratamos aquí, el daño civilmente reparable —y no hemos llegado todavía a la categoría excepcional del daño moral— tiene siempre una expresión patrimonial o, en último término, puede ser reducido a ella. Ahora bien, el patrimonio es, según exacta concepción de FISCHER, "conjunto de derechos evaluables en dinero que corresponden a una persona" (188). Por consiguiente es en el fondo un concepto aritmético y el daño que lo vulnera puede tasarse en dinero. Esa es la fuerza del elemento subsidiario de reparación que es el dinero. El acreedor no obtiene como reparación lo mismo que conservaría o tendría sin el daño, sino otra cosa equivalente: una suma de dinero.

Conviene advertir que esa suma, como enseña SALEILLES, "deberá ser calculada según el valor de la cosa el día del daño y no se tomará en consideración los acrecentamientos posteriores de valor sino en el caso en que la víctima pruebe que, sin la pérdida sufrida, habría aprovechado seguramente de ese mayor valor" (189).

(187) R. Saleilles.—ob. cit.—pág. 423.

(188) Hans A. Fischer.—ob. cit.—Cap. III.

(189) R. Saleilles.—ob. cit. pág. 423.

Y ¿qué dispone nuestro Código acerca de esta cuestión de la forma de realizar la reparación? ¿Sigue el principio de la reparación "*in natura*" del Código Alemán o se mantiene en el sistema más simple de la orientación clásica?

Cuando nuestro Código declara en su art. 1136 que el que, dentro de las condiciones correspondientes, "cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo": ¿se refiere genéricamente al concepto de indemnización como reparación de daños, tal como lo indica la etimología misma de la palabra — "*in-demne*", sin daño — ; o se refiere al concepto específico en que se usa la palabra, o sea la reparación en metálico, la indemnización como pago de dinero?

Ante esta cuestión, cree que nuestra ley, usando la palabra "indemnización", que es la expresión de un concepto sumamente amplio y rico, no excluye la reparación "*in natura*" para los casos en que ella sea posible. Ahora bien, la simple reparación de una cosa dañada significa solamente la indemnización del "*damnum emergens*" y ya sabemos que la reparación debe ser completa. Por eso, si ha habido además "*lucrum cessans*", no será completa la reparación mientras tales perjuicios no sean reparados.

El sentido de nuestra ley es entonces que la indemnización debe cubrir todo el daño reparable, y hemos visto ya cuál es la extensión que el Código asigna (art. 1323) a este concepto de daño reparable. Lo que no debe hacerse jamás, al menos tratándose de daños patrimoniales, es extender la indemnización con fines de punición. Esa es ya tarea que pertenece al derecho público penal.

Claro que, como dice IHERING, "la justicia no sería completa si el que destruye insidiosamente un bien patrimonial sólo es castigado con indemnizarlo" (190). Y reflexionando sobre ésto se pregunta FISCHER: "¿quién le paga al perjudicado el disgusto, la indignación y los malos ratos?". Pero en seguida él mismo ofrece la respuesta agregando: "aquí está la misión de la pena: en aplacar el sentimiento jurídico herido" (191).

Es decir que, cuando surge la idea de la pura sanción, el problema cruza los linderos del derecho privado para ingresar al campo del derecho penal. Y, por lo demás, nuestro Código que, conforme a su estructura sistemática, no legisla en forma abstracta y genérica la obligación de reparar, exige así que la obli-

(190) R. Von Ihering.—"La lucha por el derecho", pág. 75. (cit. por Fischer).

(191) H. A. Fischer.—ob. cit. Cap. III, N.º 3.

gación legal de esta índole se sujete a las normas generales consignadas en la Sección Segunda ("De las modalidades de las obligaciones") y en la Sección Tercera ("De los efectos de las obligaciones") del Libro Quinto, en cuanto ellas le sean aplicables (arts. 1171, 1172, 1190, 1233, 1234 y otros).

6.—La solidaridad de la obligación reparatoria y el sistema general de obligaciones.

En cuanto a la solidaridad de la obligación en caso de pluralidad de responsables de un daño, el legislador ha considerado necesario consignar una disposición expresa estableciéndola. Ubica esa disposición en el propio Título referente a los Actos Ilícitos:

"Art. 1147.—Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, el que pagó la totalidad de la indemnización, puede repetir contra los otros y el juez fijará la respectiva proporción según la gravedad de la falta de cada uno. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales".

Y bien: si todas las normas legislativas del Derecho de Obligaciones rigen sobre la obligación legal de reparar ¿para qué entonces —se dirá objetando la técnica del Código —se consigna aquí esa disposición, cuando hay un título especial sobre obligaciones solidarias? Propongo la pregunta, porque es de este modo precipitado y arisco como se usa criticar la técnica del actual Código Civil que, al no poder seguir, algunos juzgan defectuosa.

Sin necesidad de recurrir a la doctrina o a las fuentes, la propia letra del Código ofrece la respuesta a esa cuestión. Es en la Sección Segunda ("De las modalidades de las obligaciones"), cuyo Título IV ("De las obligaciones mancomunadas y de las solidarias") que contiene esta declaración fundamental:

"Art. 1209.—La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores, en una sola obligación, no

implica que cada uno de aquellos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a ésto cuando la ley o la obligación expresamente lo determine constituyéndola con el carácter de solidaria”.

Aquí está entonces la explicación. La solidaridad de la obligación no se presume. Debe constituirse con tal carácter para que esta modalidad tenga realidad jurídica. Y tratándose de obligaciones legales, la ley que es la fuente de la obligación y que quiere dotarla del máximo de garantía, debe constituir expresamente la solidaridad de la obligación cuando así lo considere útil. Este es precisamente el caso.

Nuestro Código, perfectamente lógico, aplica aquí sus propias directivas. Por eso el art. 1149 no es un pleonismo legislativo, ni —en el otro extremo de la cuestión aparentemente dilemática— resta nada con esta expresa disposición a la vigencia tácita de todas las otras normas del Derecho de Obligaciones aplicables aquí.

Sirve, en cambio, para asegurar los derechos del demandante en caso de pluralidad de responsables. Esta situación no es imposible. Aparte de otros casos surgidos dentro de la expresa solidaridad de los varios responsables, existe entre otros el caso de implícita solidaridad que observábamos páginas atrás al estudiar la interesante conexión de los arts. 1144 y 1145. La responsabilidad concurrente crea ahí, por ejemplo, obligación solidaria en virtud de lo que dispone el art. 1209 y lo que declara el art. 1147.

7.—La transacción como extinción de la obligación reparatoria.

Siendo la obligación reparatoria una obligación civil es evidente que se le puede aplicar todos los modos civiles de extinguir obligaciones en cuanto ellos son compatibles con la índole de la obligación misma.

No sólo por la simple “*solutio*” se extingue la deuda de indemnización. No hay razón teórica ni impedimento legislativo alguno en nuestro régimen legal para someter esta clase de deudas a las normas legales de la novación, la compensación, la condonación, aunque esto último sea en la práctica virtualmente in-

concebible. Y hasta la misma consolidación que también aparece como virtualmente inaplicable aquí, no es imposible en una extrema hipótesis y considerando la circulación de los patrimonios en los medios civiles muy desarrollados.

Pero nuestra ley es expresa en cuanto a la transacción. Efectivamente, el Código declara:

"Art. 1316.—Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga del delito".

Esta disposición viene aquí a reiterar el carácter civil de la obligación reparatoria, aún en el caso en que ella provenga del delito. Y aunque el art. 76 del Código Penal declara que:

"Es nulo todo contrato entre el damnificado y el delincuente sobre reparación civil";

esta nulidad *ope legis* no alcanza a la transacción, porque nuestro Código Civil, corrigiendo una imperfección sistemática del Código derogado, no reconoce en la transacción un contrato, sino sólo lo que es en realidad: un modo de extinguir obligaciones.

Y respaldando el fondo doctrinal del art. 1310, el Código establece también:

"Art. 1315.—Sólo los derechos patrimoniales son susceptibles de transacción";

norma que justifica al art. 1310, porque: ¿qué es, para el acreedor, la deuda de indemnización sino un derecho patrimonial?

La conclusión se desprende lógicamente: no hay razón científica alguna que, dentro de nuestra estructura legal, pueda oponerse a la extinción de una deuda de indemnización de esta clase mediante la transacción, aún en el caso extremo de que su origen se encuentre vinculado a un hecho que, de otro lado, supone la acción pública penal.

8.—Reparación del daño moral según nuestro Código.

Todavía nos queda por examinar un aspecto sustancialmente interesante en la vigente concepción legislativa. Me refiero al daño moral. No volveré a la amplia consideración del problema,

hecha ya en otro lugar de esta Tesis (92). Por necesidad de método, debo suponer aquí presentes las nociones ahí enunciadas. Y solamente trataré ya aquí de las disposiciones de nuestro Código vinculadas a esta materia.

La primera que debemos considerar es la disposición que se encuentra en el Título referente a los Actos Ilícitos y que dice:

"Art. 1148.—Al fijar el juez la indemnización, puede tomar en consideración el daño moral irrogado a la víctima";

texto que *prima facie* parece indicar que nuestra ley no concibe reparación para el daño moral aislado. Pero debemos atender a lo que anota el doctor LEON cuando afirma: "En el Código actual el art. 1148 está referido al caso del acto ilícito. O sea, que no concierne en general a la reparación del daño moral".

Lo que, sobre todo, revela esta fórmula legal es que el Código admite la reparabilidad pecuniaria del daño moral implicado en un acto ilícito de carácter patrimonial y, flexibilizando la fórmula para permitir su adaptación a las formas vitales, deja al juez la razonable posibilidad de "tomar en consideración el daño moral" al fijar la indemnización de un daño.

Pero esta fórmula especial de nuestro Código, destinada a esa hipótesis de daño conjunto patrimonial y moral, no debe entenderse de ninguna manera como una rígida particularización de la reparabilidad pecuniaria del daño moral. Precisamente el Código consagra repetidas veces la reparación pecuniaria del daño moral exclusivo y de modo especial en el Libro Segundo ("Del derecho de familia"). Al legislar un campo de relaciones jurídicas fundadas primordialmente sobre bases morales y efectivas y, por consiguiente, vinculadas tan estrechamente al honor, la ley civil debe ser especialmente cuidadosa para amparar esos valores jurídicamente consagrados.

El derecho inglés es en este aspecto muy especialmente fino y el notable Profesor de Oxford SUMMER MAINE ha escrito acerca de esto con gran sagacidad: "Cada injuria importa un daño aunque no cueste ni un cuarto de penique, porque con ella el hombre ve dañado su derecho" (192). Y en seguida distingue entre "substantial damages" y "nominal damages", para colocar

(192) Henry Summer Maine.—"Treatise of damages".—London, 1884, 4.^a ed.—pág. 13.

en esta segunda categoría aquellos daños que no existen en ningún punto con cantidad, a pesar de pedirse una suma de dinero en reparación (193).

Con inspiración semejante, nuestro Código establece casos de reparación pecuniaria para daños esencialmente morales. Por ejemplo, en el caso del art. 14 sobre protección del nombre; y en los siguientes artículos del Libro Segundo: art. 79, sobre ruptura de esponsales; art. 111, sobre infundada oposición de tercero a la celebración de un matrimonio por alegado impedimento falso; art. 156, sobre nulidad de matrimonio; y art. 264, sobre realización de divorcio.

Como se ve, corresponden todos estos casos al Derecho de Familia en el que los intereses de índole moral deben ser particularmente protegidos por la obvia razón ya señalada.

De manera tácita adopta así nuestra ley un método parecido al del Código Alemán que sobre esta materia establece en su artículo 253: "Si se tratase de un perjuicio que no sea pecuniario, sólo podrá exigirse la reparación en metálico en los casos determinados por la ley".

En lo referente a la cuestión tan discutida en la jurisprudencia francesa sobre quiénes pueden reclamar judicialmente el daño moral, nuestro Código no deja lugar a vacilación. En una norma de carácter general sobre las acciones, instalada adecuadamente en el Título Preliminar, declara:

"Art. IV.—Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral. El interés moral sólo autoriza la acción cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley"

Con inequívoca exactitud, restringe así nuestro Código el acceso legal a una acción que, por su delicadeza, debe tener una limitación.

Insistiendo, por último, sobre el art. 1148 cabe anotar que él establece una evidente conexión entre el régimen sobre reparación civil que instaló el Código Penal de 1924, cuyo art. 66- in 3.º, preceptúa que la reparación debe comprender:

(193) Henry Summer Maine.—Ob. cit.: "A sum of money that may be spoken of but has no existence in point of quantity".

"La indemnización del perjuicio material o moral irrogado";

y se ve así que el sistema general de nuestro régimen jurídico de reparación de daños ha consagrado reiteradamente la reparabilidad pecuniaria del daño moral.

Más allá de todas las objeciones de carácter técnico, que es posible oponer a esta idea, que fueron ya enunciadas en el respectivo lugar de esta Tesis, el legislador peruano, en virtud de altas consideraciones éticas inseparables del Derecho, y a las que aludimos también, ha consagrado la figura jurídica del daño moral económicamente reparable dentro de términos civiles, sin tener que aceptar, como podría pensarse, la interferencia de conceptos punitivos del derecho público penal.

Hondas razones inspiraron esta decisión del codificador y él las expone sobriamente: "No nos han parecido bastantes—declara el doctor Olachea—las observaciones relativas al carácter pasajero de estas situaciones, ni las dificultades invocadas para relacionar los daños morales y las indemnizaciones. A través de estas y de otras observaciones, la institución se ha instalado en los Códigos modernos y tiene sus desarrollos en la jurisprudencia de los tribunales" (194).

La idea que preside a nuestra ordenación legislativa es aquí la misma que ya subrayamos comentando la generalidad de las normas reparatorias: que el daño sea indemnizado completamente en todos sus aspectos. Es decir, que el orden de intereses violado quede lo más aproximadamente igual a como estaría si no hubiera ocurrido la trasgresión.

Por eso, como señala FISCHER, "la cuantía del daño y su apreciación deben quedar al libre arbitrio judicial" —ilustrado por los peritajes y la doctrina se muestra unánimemente inclinada a que sea el juez quien flexiblemente adapte la ley al caso concreto para lograr soluciones que de otro modo no serían adecuadas a la cambiante morfología de los casos.

Dentro de cierto margen legal, nuestro Código opta por este método. Pone así una fundada esperanza en la creciente elevación del nivel científico de nuestra judicatura y confía en la probada sabiduría de los Tribunales que revisan las sentencias.

(194) M. A. Olachea.—"Exp. de Mot. del Libro Quinto".

9.—La transmisión de la obligación reparatoria y la prescripción de la acción.

Queda por analizar un último aspecto de la obligación reparatoria: el referente a su transmisión.

El Código derogado contenía acerca de este punto una disposición expresa en su artículo 220 que declaraba: “La obligación de indemnizar pasa a los herederos del responsable dentro del término designado en el artículo 2209”; o sea, el referente al plazo de prescripción que en ese Código era de 3 años.

En el Título que legisla sobre los Actos Ilícitos no existe, en el Código vigente, ese artículo ni otro equivalente. Una razón de técnica sustenta la supresión. En efecto, en la Sección Tercera (“De los efectos de las obligaciones”), Título I (“Disposiciones Generales”) se declara:

“Art. 1232.—La obligación, cuando no es inherente a la persona, se transmite a los herederos”.

Ahora bien, la obligación reparatoria no tiene ese carácter excluyente de “*intuitu personae*”. Es simplemente una obligación legal de contenido patrimonial. Hay que aplicarle entonces la norma general del art. 1232. Y llegamos así a la conclusión de que es una obligación transmisible a los herederos. El plazo de la prescripción de la acción queda siempre implícito para dar eficacia a la transmisión de la obligación.

Y en cuanto a este plazo hay una modificación. Obligado por su sistema, el Código derogado lo establecía en el propio Título de los delitos y cuasi-delitos y en su artículo 2207 declaraba: “El término para intentar estas acciones es de tres años”.

La depurada sistemática del Código vigente cambia aquí también el orden legislativo. En la Sección Primera (“De los actos jurídicos”), cuya índole general dentro del Libro Quinto y dentro del Código en general, hemos señalado ya varias veces, está el Título X que regula la prescripción extintiva, puesto que la adquisitiva, siendo un modo de adquirir cosas, pertenece al Libro Cuarto (“De los derechos reales”).

En el Título X de la Sección denominada “De los actos jurídicos”, agrupa entonces el codificador las normas que regulan las diversas formas de prescripción liberatoria. Y tiene su lugar

aquí el plazo de prescripción de acciones. El art. 1168 fija estos plazos en sus 8 incisos, uno de los cuales establece que prescribe:

“6.º—A los dos años, a partir del día en que se causó el daño, la acción para exigir su reparación”.

Se ha reducido así en un año el plazo del Código derogado. ¿Por qué? Quizás la siguiente indicación de SALEILLES acerca de la reducción establecida, con relación a leyes anteriores, por el Código Civil Alemán nos ofrezca la respuesta: “Se considera como equitativo —escribe— no exponer al adversario a perder sus medios de defensa. En esta materia hay motivo para desconfiar de una acción que se ha diferido. Si el daño es serio, la víctima no tarda en demandar; si espera es que quiere especular sobre el daño que pretende haber sufrido” (195).

En realidad, hay buenas razones para creerlo así. Ni siquiera la insolvencia ostensible y actual del potencial demandado es motivo para no intentar la acción. La calificación de la responsabilidad, y con ello el surgimiento de una obligación reparatoria, es, como ya vimos, cuestión distinta a la ejecución de la obligación que, ella sí, una vez declarada, puede ser pospuesta hasta la ocasión en que sea exigible con probabilidades de ejecución o de cualquier otra forma legal de extinción.

10.—La acción de reparación en el actual sistema legal civil y penal.

En cuanto a la prescripción y otras características de la acción de responsabilidad civil emergente de un hecho ilícito sujeto, de otro lado, a la acción penal; se planteaba hasta hace poco tiempo numerosas cuestiones que sólo podían ser resueltas con el auxilio de la jurisprudencia de los tribunales. Así lo hizo, con su acostumbrada sagacidad analítica mi maestro el doctor LEON BARANDIARAN al tratar de tales cuestiones en sus “Comentarios al Código Civil Peruano”.

Pero hoy todas esas cuestiones resultan ya anacrónicas. El nuevo Código de Procedimientos Penales (Ley N.º 9024), vigente desde el 18 de marzo de 1940, no legisla acerca de la reparación civil. No trata este procedimiento. Lo ubica, en cambio, en

la Ley N.º 9014 que, en cierto modo, es anexa al nuevo Código de Procedimientos Penales.

No me detendré a analizar el fondo general de las diversas cuestiones tratadas en esa ley ni tampoco al extraño método de dualidad seguido en esta ocasión legislativa tan propicia para la unificación orgánica de procedimientos. Sólo nos interesa aquí una cosa y a ella debemos ceñirnos.

Reformando en este punto todo nuestro sistema legal, el art. 2.º de la Ley N.º 9014 declara:

“La reparación y la indemnización civil se rigen por lo dispuesto en el Código Civil”.

Desplaza, pues, hacia la esfera del derecho privado todas las cuestiones relacionadas con la reparación que antes, sin excluir la jurisdicción civil, eran ventilables de oficio por la acción pública en la jurisdicción penal. Con esta Ley, todo el sistema legislativo de la reparación de daños queda encerrado dentro de las normas del derecho privado. Muchas de las cuestiones doctrinales antiguamente planteadas quedan con esto suprimidas de raíz.

Mi maestro el doctor ZAVALA LOAYZA, expresando sus ilustrados motivos, censura esta unificación: “¿Y cómo—se pregunta—lo más opuesto, lo que originó la primera división en la vida jurídica de los pueblos, lo que es de carácter público, va a sujetarse a la ley que rige los intereses privados de individuo a individuo? (196).

Sin pretender dogmatizar, en este caso por muchos motivos, creo que, situándose en el espíritu y en la técnica del derecho civil moderno, esa objeción es contestable. No es bueno discrepar de los propios maestros, pero debemos preguntarnos aquí: ¿qué otra cosa sino intereses privados, sean ellos materiales o inmateriales, es lo que la reparación civil pretende subsanar?

Ciertamente no hay impedimento lógico decisivo para no aplicar a este proceso reparatorio procedente de la esfera penal, las mismas normas que regulan análogo proceso cuando su cercano origen está en la propia esfera civil. La única objeción considerable que puede oponerse a esta solución legislativa es de orden simplemente práctico. Se refiere a aquellas “dificultades con

(196) Carlos Zavala Loayza.—“El Código de Procedimientos Penales y su promulgación”. (En el diario “El Comercio” ed. del lunes 11 de marzo de 1940).

que tropiesen las víctimas del delito para obtener la reparación de daños", invocadas en la Exposición de Motivos del Código Penal de 1924 por su autor el inolvidable maestro de San Marcos doctor VÍCTOR M. MAURTUA. "Es absolutamente necesario—agregaba—convertir en acción pública la que se refiere a la reparación civil" (197). Y, fundado en esa idea, lo hizo así el citado codificador, autor del Código Penal vigente.

Pero esa búsqueda incorporación es precisamente una prueba de que ella más que a la naturaleza jurídica del instituto, vale decir más que a una razón científica, obedecía a una razón de política jurídica expresada claramente por el codificador doctor MAURTUA.

Para el doctor ZAVALA LOAYZÁ, maestro en la Universidad de San Marcos y hoy Presidente de la Corte Suprema de Justicia, las razones de oposición a la unificación realizada son de orden poderosamente científico. "Hay un abismo —afirma— entre la reparación civil que se impone como pena y la que se declara para indemnizar actos del orden civil" (198).

Me permito discrepar de esa ilustrada opinión tradicionalista de mi maestro el doctor ZAVALA LOAYZÁ. El derecho civil moderno, magistralmente sistematizado por los pandectistas alemanes, ve en ambos casos un idéntico objeto obligacional. ¿Cuál puede ser entonces el impedimento científico para realizar la identificación instalada hoy en nuestro sistema legal?

El doctor ZAVALA LOAYZÁ considera que aquello significa "confundir la vida penal y civil" (199). No argumentaré contra ese juicio del Presidente de la Corte Suprema de la República, porque no sabía qué título invocar para poder hacerlo. Pero recurro a la autorizada opinión del jurista español doctor NICETO ALCALÁ ZAMORA, Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia. Con una ostensible orientación doctrinal germánica, el doctor ALCALÁ ZAMORA ha comentado recientemente nuestra legislación procesal penal y opina en esa ocasión con criterio opuesto al del doctor ZAVALA LOAYZÁ.

"La acción civil para obtener la indemnización de los daños causados por el delito —escribe el doctor ALCALÁ ZAMORA—

(197) Víctor M. Maurtua.—Exposición de Motivos del Código Penal vigente.

(198) Carlos Zavala Loayza.—loc. cit.

(199) Niceto Alcalá Zamora.—"La reforma procesal penal en el Perú".—Segunda parte art. 7.—(En la "Revista del Foro", Lima, diciembre de 1939, pág. 347).

pertenece al derecho civil y no puede, en manera alguna, corresponder al derecho penal, no teniendo, como no tiene, un sólo trazo entre los peculiares de la acción penal" (200). En efecto, siendo accesoria a la pena, la reparación civil se separa de aquella en cuanto a su finalidad. Se establece en beneficio de las víctimas del delito y se dirige específicamente a subsanar los intereses vulnerados por el hecho ilícito.

Como advierte el ya citado Profesor español, comentarista de nuestro procedimiento penal, "la acción a que da lugar el daño originado por el delito reúne todos los caracteres de las acciones civiles de condena o prestación que se plantean ante los tribunales civiles". No se agravia entonces a la lógica del Derecho, poniendo esa acción bajo las normas legislativas del derecho privado. La acción pública penal queda así reducida a su propio y único objeto de orden público: imponer la punición al delincuente.

En conclusión, la acción de reparación de daños, nazca de hechos incursos en la esfera penal o de hechos simplemente civiles, está sujeta en nuestro actual sistema legislativo a un sólo régimen que es el del Código Civil.

11.—La obligación reparatoria y el Derecho Internacional Privado vigente.

Para concluir, debo referirme a un aspecto que hay que considerar finalmente en todas las cuestiones del derecho privado. Es el aspecto de los límites de la ley en el espacio y el conflicto de leyes que constituyen problemas propios de la moderna ciencia del Derecho Internacional Privado.

Los problemas que esta ciencia resuelve —enseña, con brillante facultad de síntesis, el doctor GARCIA GASTAÑETA, maestro de esta disciplina en San Marcos— tienen su origen "en la existencia de una comunidad jurídica entre los pueblos, en virtud de la cual se puede aplicar una ley extranjera a una relación jurídica determinada, cuando así lo exige alguno de los elementos de hecho que integran dicha relación jurídica" (201).

Ahora bien, en la relación obligatoria creada *ope legis* por el acto ilícito ¿es posible que exista alguno de esos "elementos de

(200) Niceto Alcalá Zamora.—"La reforma procesal penal en el Perú".—Segunda parte art. 7.—(En la Revista del Foro", Lima, diciembre de 1939, pág. 347).

(201) Carlos García Gastañeta.—"Derecho Internacional Privado".—2.^a ed., Lima, 1930, pág. 110.

hecho" que obliguen a aplicar a la relación jurídica la ley extranjera? Después del amplio análisis realizado en esta Tesis brota ante esa interrogante la firme respuesta negativa.

Un principio de orden público explica aquí la vigencia absoluta de la *lex fori*. Tratándose de obligaciones nuestro Código establece por eso la territorialidad de la ley. El Título Preliminar del Código, en el que se agrupa las normas de esta índole, declara:

"Art. VII.—La naturaleza y efectos de la obligación se rigen por la ley del lugar donde fué contraída";

y no se debe entender el participio "contraída" como una especificación referida de modo exclusivo a las obligaciones convencionales. No cabe en este punto distinción alguna entre obligaciones convencionales y legales. Contraer una obligación no es solamente crearla por contrato. Significa sencillamente adquirirla. Por consiguiente, el principio alcanza a la obligación legal de reparar daños derivados de acto ilícito.

Esta disposición del Código Civil Peruano vigente está de acuerdo, por otra parte, con el Tratado de Derecho Civil Internacional suscrito por los Delegados del Perú en el memorable Congreso de Montevideo de 1889 y cuyo Título X ("De los actos jurídicos") contiene este principio en su art. 38:

"Las obligaciones que nacen sin convención, se rigen por la ley del lugar donde se produjo el hecho ILÍCITO E ILÍCITOS de que proceden".

Inspirándose en el mismo principio, unánimemente aceptado por la doctrina, el Código de Derecho Internacional Privado Americano, obra del ilustre jurisconsulto cubano doctor ANTONIO SANCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVÁN, cuyo nombre ostenta, —suscrito por la adhesión del Perú en la Sexta Conferencia Internacional Americana que se reunió en La Habana en febrero de 1928 —declara en su Título Cuarto ("De las obligaciones y contratos"), art. 168:

"Las que se deriven de actos u omisiones en que intervengan culpa o negligencia no penadas por la ley,

se regirán por el derecho del lugar en que se hubiere incurrido en la negligencia o la culpa que las originen”.

En conclusión, nuestra ley civil se sujeta de manera absoluta en este punto a la doctrina incontestable del Derecho Internacional Privado y al compromiso de las convenciones internacionales suscritas por los plenipotenciarios de la República.

Y finalizando este largo análisis legislativo debo citar otra norma consignada en el Título Preliminar del Código Civil y que respalda todo el sistema legislativo analizado. Es la norma que, sin hacer distinción entre peruanos y extranjeros ni entre obligaciones convencionales y legales, declara preceptivamente:

“Art. XIV.—Ningún habitante del Perú puede eximirse de las obligaciones contraídas en la República conforme a las leyes”.

CAPITULO FINAL

CONCLUSIONES

Del examen del Código Civil del Perú, realizado en los cinco Capítulos de la Tercera Parte de esta Tesis, surgen las siguientes conclusiones fundamentales:

1.—Para que un hecho cualquiera obligue a la reparación debe ser, además de dañoso, ilícito. Vale decir, contrario a la ley o realizado fuera de la ley.

2.—Un hecho lícito en sí puede, no obstante, originar responsabilidad si se convierte en ejercicio abusivo del derecho.

3.—La culpa es en nuestro Código la regla calificativa de la responsabilidad. En casos que la ley determina, y por consiguiente en forma excepcional, hay otro elemento calificativo de la responsabilidad que es el riesgo. Y ambos elementos calificativos presuponen siempre la ilicitud de la actuación dañosa.

4.—El Código consagra tácitamente la exclusión de responsabilidad para el evento de caso fortuito y el de fuerza mayor.

5.—El Código consagra la responsabilidad por otro, suje-

tándola a precauciones de culpa *iuris tantum* o *iuris et de iure*, usando en algunos de esos supuestos de un método propio en cuanto a las pronunciaciones.

6.—La responsabilidad por daños derivados de negligencia directa o indirecta del hotelero depositario no se considera ya en nuestro Código como responsabilidad extracontractual. Está vinculada a un contrato y, modificándola en su fondo, el Código la legisla dentro de las normas del Contrato de Depósito.

7.—El Código pone a cargo del propietario el riesgo del edificio. Pero — dentro de Contrato de Locación de Servicios— establece un elemento alternativo en la responsabilidad por daño derivado de la caída: la culpa del constructor dentro del plazo fijado en la ley.

8.—El Código no establece un principio general de responsabilidad por riesgo de las cosas inanimadas. Pero —en el Título de la Propiedad— instala el supuesto de esta especie de responsabilidad que, por más frecuente, es el más útil.

9.—El Código consagra indirectamente —dentro del marco contractual del contrato de Trabajo— el principio de la responsabilidad por el riesgo profesional, cuyo régimen está sujeto a legislación y reglamentación especial.

10.—Las normas reparatorias del Código están legisladas en el Título de Inejecución de las Obligaciones. Pero en virtud de la sistemática del Código esas normas son aplicables también a la obligación legal reparatoria derivada de un hecho ilícito.

11.—Según el criterio legal del Código, el daño reparable está limitado exclusivamente a las consecuencias directas y necesarias del hecho ilícito. Hay que excluir de tal concepto, por consiguiente, los resultados derivados de causas concurrentes o conexas.

12.—El Código no establece expresamente la preferente reparación innatura de los daños civiles. Pero tampoco la excluye y, por consiguiente, cabe adoptarla cuando ella es posible y satisface mejor a la necesidad reparatoria.

13.—Aunque de manera tácita por razón de sistemática, el Código establece que la obligación legal reparatoria está sujeta a todas las normas aplicables del Derecho de Obligaciones.

14.—El Código establece expresamente la solidaridad de la obligación reparatoria en el caso de pluralidad de responsables, aplicando así su propia norma sobre el origen expreso —legal o convencional— de la obligación solidaria.

15.—Siendo la obligación reparatoria una simple obligación civil, el Código admite implícitamente que ella puede acabarse por cualquiera de los medios civiles de extinguir obligaciones. Pero establece expresamente la posibilidad legal de la transacción por una razón de política jurídica vinculada a una declaración del Código Penal la que, según el vigente sistema legal, es ya inaplicable a la transacción.

16.—El Código consagra la reparabilidad pecuniaria del daño moral y aplica específicamente esta solución a casos determinados, casi todos del Derecho de Familia. Siendo técnicamente objetable esta disposición reparatoria, como lo reconoce el codificador, es sin duda vitalmente equitativa y esa es su razón legislativa.

17.—Por razón de técnica, el Código omite declarar, como lo hacía el derogado, que la obligación reparatoria se trasmite a los herederos del responsable. Le basta establecer, como lo hace en las disposiciones generales sobre los efectos de las obligaciones, que toda obligación que no es inherente a la persona se trasmite a los herederos.

18.—Al legislar orgánicamente la prescripción extintiva, el Código reduce el plazo de la prescripción de la acción de responsabilidad de tres a dos años.

19.—El sistema legal vigente, borrando la dualidad civil y penal de la acción de reparación, elimina un motivo de prolongadas discusiones casuísticas y de confusión en la jurisprudencia. Según novísimas leyes, la reparación de daños por un hecho sometido a la jurisdicción penal, se rige también, como los hechos civilmente ilícitos y sus consecuencias obligatorias, según las normas del Código Civil.

20.—Conforme a la doctrina del Derecho Internacional Privado y sujetándose a las normas vigentes en virtud de las convenciones suscritas por el Perú acerca de la materia, el Código establece la territorialidad de la ley para todas las obligaciones sin hacer distingo alguno entre las convencionales y las legales.

JERÓNIMO ALVARADO SÁNCHEZ.