

## La indemnización por el cuasi delito en el Código Civil de 1852.

*Recurso de nulidad interpuesto por don José Barriga en la causa que sigue con don Juan Tavera, sobre indemnización. — Procede de Puno. —*

### DICTAMEN FISCAL

Señor:

La obligación de indemnizar los daños causados por los actos que el Código Civil de 1852, consideraba como cuasi-delitos, se contempla con criterios distintos, en ese Código y en el que actualmente rige. En una ejecutoria suprema, expedida recientemente y que corre a fojas 324 de los Anales Judiciales correspondiente al año 1943, al reproducir los fundamentos del dictamen fiscal, se establece claramente los fundamentos del Código, que permite prescindir del concepto clásico de la culpa y su noción subjetiva, para atender al elemento objetivo del daño. La teoría del riesgo, la de la guarda de las cosas y otras muchas surgidas ante las exigencias de la vida moderna y de los nuevos conflictos y necesidades que origina, han producido la variación de nuestra legislación, es por eso explicable, que el Código Civil vigente, establezca aparentemente sin restricciones, en el artículo 1144 que: "todo el que tenga a otro bajo su cuidado responde por el da-

ño que éste irrogue”, y que fije norma análoga en el artículo 1145 para el dueño de un animal que cause daño.

La solución no era la misma bajo el régimen del Código Civil anterior, que no admitía otras fuentes de las obligaciones, que la ley, los contratos, cuasi-contratos, delitos y cuasi-delitos; que establecía en el artículo 2210 como principio que regía los cuasi-delitos, la necesidad del descuido o imprudencia, y que definía los cuasi-delitos en el artículo 2190, como hechos ilícitos, cometidos sólo por culpa y sin dolo.

La culpa, era elemento indispensable dentro del Código antiguo, para establecer la responsabilidad y no hay explicación alguna para que lo que pasaba con la responsabilidad por hecho propio no se aplicara con mayor razón todavía, a la responsabilidad derivada de hecho ajeno. No importa que la segunda parte del artículo 2199, dijera simplemente, que el padre, y en su defecto la madre, están igualmente obligados por los perjuicios que causen los hijos que tienen bajo su patria potestad. La necesidad de la culpa, está en la letra y en el espíritu de todo el Código. Así en el Código Napoleón, que inspiró al nuestro y que estableció también, en términos generales, la responsabilidad de los padres, en una parte de su artículo 1384, pero en otra parte del mismo artículo agrega: “la responsabilidad anterior se hará efectiva, a menos que los padres, maestros y artesanos, prueben que no han podido impedir el hecho que dá lugar a esta responsabilidad”.

Nuestro Código Civil de 1852, no consignaba la restricción en el mismo artículo, pero lo hacía en el

artículo 2194 del mismo Título, al prescribir: "Cesa la responsabilidad declarada en los tres artículos anteriores, si los padres, guardadores y demás personas comprendidas en ellos, justifican que no pudieron impedir el hecho que causó el daño".

Resulta así, que antes del Código de 1936, la obligación de indemnizar fuera de contrato, no podía existir sin culpa, en el acto propio por descuido, impericia o negligencia, y en el hecho ajeno, por lo que se llamaba la culpa in-eligendo o la culpa in-vigilando que era la aplicable a los daños causados por los menores que estaban al cuidado de sus padres.

En el caso de autos, el hecho por el que se trata de hacer efectiva la responsabilidad, fué practicado el 16 de julio de 1936 y la demanda fué entablada en 31 de agosto de 1936, antes del 14 de noviembre de ese año, fecha en que entró en vigencia el Código actual. Es necesario por lo mismo, aplicar los principios del Código de 1852 y establecer, si el acto que motivó la demanda y que fué practicado por un menor, que no había cumplido cinco años, según la partida que corre a fojas 16, puede ser atribuído a culpa in-vigilando de sus padres, es decir, si estos pudieron o nó, preveer e impedir el hecho que causó el daño, según lo exigía el artículo 2194 del Código Civil que entonces regía.

El exámen cuidadoso de los autos, lleva a una conclusión negativa. Todos aceptan, y así lo establece el fallo de Primera Instancia, que al amparar la demanda establece que "no se ha producido prueba sobre el momento y forma en que se produjo la lesión por la circunstancia de haberse realizado el hecho, en

el interior de la casa donde habitaban las familias del demandante y demandado, y entre ellas los menores”.

Resulta, entonces, que estaban en el departamento ocupado por la familia del demandado, sólo, tres menores, la víctima, de 10 años, que fué a buscar a su amigo, también de la edad de 10 años, a quien acompañaba un hermano de 4 años y 10 meses. Ninguna persona, actor o testigo, ha declarado en el expediente, sobre la forma como se desarrollaron los hechos y atendiéndose a la versión del demandante, obtenida seguramente de su hijo de 10 años, hay que aceptar que éste, conversaba con su amigo de la misma edad, cuando el menor de 5 años, que comía un pedazo de carne de corchero, le lanzó a la cara, el hueso de la carne que comía, ocasionándole bien sea por la fuerza del golpe, bien sea por deficiencias y errores en la curación, como afirman, el demandado y un perito médico que ha intervenido en el expediente, la pérdida de un ojo. Aunque no hay prueba de que pasaran las cosas en la forma narrada en la demanda, nadie niega, que el lanzamiento del hueso por el menor de 5 años, afirmado por el actor, y negado por el demandado, se produjo en una forma del todo sorpresiva, y por lo mismo imprevisible. El demandante afirma que lo practicó un menor de 5 años, edad en que no hay discernimiento, y por lo mismo, no puede haber responsabilidad. Por más esfuerzos que se hagan, no hay como aplicar en este caso, la figura de la culpa in-vigilando, porque dadas las circunstancias, nadie habría podido prevenir ni impedir el hecho, ya que aunque no se hubiera tratado de familias de modesta situación económica y social de la ciudad de Puno, es

difícil imaginar qué clase de cuidados y vigilancia serían necesarios, para evitar que un menor de 5 años, arrojara sorpresivamente, un objeto que tenía en la mano.

Si el hecho se hubiera realizado fuera del domicilio del menor a quien se imputa el daño, podría decirse, que hubo falta de cuidado, al dejar salir sin la vigilancia de una persona mayor, a un menor sin discernimiento. Si el objeto que se dice lanzado, hubiera sido una arma, o por lo menos, un instrumento cualquiera, de aquellos que se consideran capaces de ocasionar daños, la falta de vigilancia habría consistido en dejarlo en poder de un menor que no salió de su casa, ni tenía en sus manos otra cosa, que el trozo de carne que estaba comiendo. No hay prueba de que el menor de 5 años lanzara el trozo de carne y hueso, a la cara del visitante, pero, si así pasaron las cosas, el hecho, y sobre todo, la magnitud del daño, desproporcionado con su causa, resulta una desgracia, obra de la fatalidad, de la que la víctima y sus padres, nunca se lamentarían bastante, pero en la que no es posible, dentro de las disposiciones de la ley que entonces regía, descubrir una culpa y hacer efectiva como consecuencia de ella, una responsabilidad.

En esta interpretación están conformes los comentaristas antiguos y modernos del Código Napoleón, inspirador de nuestro Código de 1852. Baudry y Lancantinerie, dicen: "Todo delito o cuasi-delito, supone la imputabilidad, cuando el acto procede de una voluntad libre, lo que es necesario para que constituya una culpa, ya que resulta del artículo 1382, que faltando la culpa, el agente no está obligado a indemnizar."

zar: todo hecho del hombre que cause un daño a otro, obliga a aquel que incurre en la culpa que origina el daño, a indemnizarlo”.

Aubry et Rau, afirma: “Un hecho aunque dañe a otro, no es imputable a su autor y no constituye un cuasi-delito, sino cuando hay en quien lo practica, una culpa positiva, sea por lo menos, negligencia o impericia (artículos 1382 y 1383). Resulta entonces, que los hechos que haga valer el demandante, deben ser de tal naturaleza, que hagan caer sobre el demandado, una culpa, una impericia o una negligencia, suficientemente caracterizadas y capaces de producir por una relación de causa a efecto el daño que se trata de reparar”. — (Curso de Derecho Civil Francés — Tomo VI, pág. 365, N° 446).

Planiol y Ripert, tratándose de la responsabilidad contractual, en el Tomo VI de su Tratado de Derecho Civil, dicen: el art. 1382 del Código Civil establece el deber general de no perjudicar a tercero, pero subordina la responsabilidad y la obligación de reparar el daño, a la existencia de la culpa. Por tanto, la culpa es el elemento capital de la responsabilidad civil. El Código no la define, limitándose a expresar que está constituida no solamente por todo acto voluntario, sino asimismo, por todo acto de negligencia o de imprudencia. (Artículo 1383).

Y al tratar especialmente de la responsabilidad de los padres y de la presunción de su culpa, agregan Planiol y Ripert: “La presunción queda descartada, si los padres prueban que no han podido impedir el hecho que dá lugar a la responsabilidad (artículo 1384, párrafo 5°). La Corte de Casación deja a los Tribu-

nales de Instancia una amplia libertad para poder apreciar esa responsabilidad. Pero puede notarse la siguiente regla: la ausencia, aún cuando fuera legítima, del padre en el momento de los hechos, no excluye por sí sola su responsabilidad. Por otra parte, los Tribunales buscan generalmente, una razón decisiva, como la culpa del padre (especialmente la falta de educación o de vigilancia), o la culpa de la víctima. A falta de la primera, el padre es generalmente declarado irresponsable....”

La Jurisprudencia de nuestros Tribunales ha sancionado estos principios, en numerosas ejecutorias, expedidas no sólo antes, sino aún después de promulgado el Código Civil. A fojas 358 del Tomo V de la Revista de los Tribunales, se encuentra la ejecutoria de 9 de octubre de 1935, publicada bajo el rubro que indica la necesidad de la culpa y que dice: “El conductor de un automóvil que ocasione un accidente, por inobservancia de las reglas de tráfico, está obligado a indemnizar los perjuicios que cause”.

El año anterior, la ejecutoria de 3 de abril de 1934, establece el mismo principio, y el rubro de la ejecutoria dice: “Es improcedente la demanda de indemnización contra el conductor de un vehículo, sino se acredita la culpa de aquél”. (Revista de los Tribunales. Tomo IV, fs. 29).

Como primera ejecutoria de la misma colección de la Revista de los Tribunales, Tomo VI, aparece un caso de responsabilidad por hecho de un empleado, en el que el dictámen fiscal dice: “El Supremo Tribunal al aplicar las disposiciones del Código Civil, referentes a la indemnización del daño por cua-

si delito, ha adoptado la teoría subjetiva, que contiene el texto de esas disposiciones, estableciendo la culpa como base de la responsabilidad, y ha aplicado el artículo 1268 sólo a la culpa contractual". En el mismo tomo, a fs. 172 corre la ejecutoria de 10 de junio de 1936, que basa también en la culpa la responsabilidad. La ejecutoria lleva el siguiente rubro: "El empresario de una obra se halla obligado a indemnizar el hecho de la muerte de una persona, ocasionada por las deficiencias de construcción de la obra a su cargo". Y la invocación de la culpa como fundamento de la responsabilidad, aparece aún en ejecutorias pronunciadas después de la vigencia del nuevo Código, pudiendo citarse entre otras, la expedida en 15 de setiembre de 1939, y publicada a fs. 314 del Tomo IX de la Revista de los Tribunales, bajo el rubro: "El dueño de un edificio, es responsable del daño que origine su caída, si ésta ha provenido de falta de conservación o construcción".

Por las razones expuestas, el Fiscal Suplente que suscribe opina, que HAY NULIDAD en la sentencia de vista, de fs. 170, confirmatoria de la de Primera Instancia de fs. 144, salvo mejor parecer.

Lima, 6 de junio de 1944.

**De la Jara y Ureta.**

---

**RESOLUCION SUPREMA**

Lima, 22 de setiembre de 1944.

Vistos; de conformidad con el dictámen del Señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de vista de fojas 170 su fecha doce de abril de 1943: reformándola, y revocando la apelada de fojas 144, su fecha 20 de mayo anterior, declararon infundada la demanda interpuesta a fojas una por don Juan Eduardo Tavera, de la que absolvieron a don José Barriga; sin costas; y los devolvieron.

**Portocarrero. — Benavides Canseco. — Frisancho. — Noriega.**

Con lo expuesto por el Señor Fiscal y por los fundamentos de la sentencia de Primera Instancia, y considerando además: que conforme al artículo 2191 del Código Civil anterior, aplicable al caso por razón de la fecha en que se realizó el hecho de que deriva la acción, el padre y a su falta la madre están obligados por los perjuicios que causen los hijos que tienen bajo su patria potestad; que si bien según el artículo 2194 del mismo Código tal responsabilidad cesa cuando los obligados acreditan que no pudieron impedir el hecho que causó el daño, esta disposición legal no puede tener un sentido absoluto, puesto que nada justificaría que las consecuencias de ese hecho las soporte exclusivamente la víctima y no las comparta, si quiera en su aspecto económico el causante del daño

o quien por este causante deba responder; que tan exacta es esta consideración, que el principio de la responsabilidad exclusivamente subjetiva no ha podido subsistir por más tiempo en nuestra legislación y, para restablecer la Justicia se ha adoptado, fundamentalmente, el de la responsabilidad objetiva, pasando la culpa a segundo término cuando se trata de la responsabilidad civil, bien que manteniendo el principio de equidad que contiene el artículo 1143 del actual Código Civil, por cuya virtud los jueces, pueden, simplemente, disminuir la indemnización en los casos del antes citado artículo 2194 del Código anterior, mi voto es por la NO NULIDAD de la sentencia de vista que confirmando la apelada declara fundada la demanda, y que don José Barriga debe pagar a don Eduardo Tavera la suma de 5.000 soles como indemnización por el daño causado al menor Manuel Tavera Urizar.

**Ballón.**

Se publicó conforme a ley.

*A. Eguren Bresani*, Secretario.

Cuaderno No. 346 de 1944.

---