

PRINCIPIOS DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL *

I. INTRODUCCION

1. Presentación

Este capítulo tiene como objetivo tratar un tema donde, aparentemente, las cosas se reducen a que quien causa un daño a otro (o a sus intereses, lo que es igual) debe repararlo junto con los perjuicios.

Alrededor de esta idea central se ha edificado toda una amplia normativa (legislativa y, particularmente, jurisprudencial) como respuesta a la innumerable cantidad de problemas que el tema plantea.

Nuestra tarea será la de presentar en forma sistemática los principios del régimen jurídico de la llamada "responsabilidad extracontractual". Para este efecto utilizaremos los desarrollos de la metodología real objetiva (en particular, las perspectivas de Heck y Rümelin, integradas con las ideas y observaciones de Pugliatti, Falzea, Busnelli y Natoli) y combinaremos en la fase expositiva y reconstructiva los procedimientos de la lógica común (por ejemplo en la determinación inductiva de los caracteres comunes de todas las hipótesis que serán estudiadas) con el papel del dato real en la determinación concreta del efecto (con base en el principio de conveniencia lógica y axiológica) o sea, el papel del problema concreto y de los interesados reales afectados (en su relación con los valores del sistema) como criterios para la determinación de la eficacia.

La casuística costarricense ofrece múltiples e interesantes ejemplos de cada uno de los problemas que encuadraremos dentro del tema "responsabilidad civil extracontractual"; y a ella nos referiremos constantemente.

Objetivos y limitaciones

Este capítulo sobre las conductas y actividades que son fuente "causal" de la llamada "responsabilidad extracontractual" tiene propósitos didácticos y a ello obedece su estructuración; además, intenta referirse únicamente a los aspectos generales del tema, sin entrar al estudio detallado de las múltiples formas de responsabilidad civil. Se quiere ofrecer un panorama de los caracteres comunes de la responsabilidad extracontractual, de las formas fundamentales que presenta (subjetiva y objetiva), de los requisitos para la imputación de un daño a un sujeto, de los caracteres del daño resarcible, del daño moral, de los aspectos generales de la responsabilidad subjetiva, incluidos temas como el dolo, la culpa, la responsabilidad directa e indirecta y el concurso de culpa y también de los aspectos principales de llamada teoría del riesgo creado. Quedan por fuera las responsabilidades especiales (médico, notarios, ferrocarriles, imprenta, del Estado, del productor, aviación, etc.).

* Este capítulo fue publicado en forma independiente por el I.N.S., Instituto Nacional de Seguros, San José, COSTA RICA, 1984.

2. Metodología

El hecho de que el estudio se limite a los principios generales no significa que el enfoque sea sólo teórico. En cada uno de los temas se intentará la ejemplificación con base en situaciones reales extraídas de los casos que se han presentado ante nuestros tribunales, en los cuales los principios analizados han sido desarrollados y aplicados.

La materia de la responsabilidad civil extracontractual es muy amplia. Sería imposible cubrir su contenido en un trabajo como éste. Si bien la legislación es relativamente parca sobre el tema (por lo menos en el Código Civil las reglas fundamentales se encuentran en unos pocos artículos)¹ el estudio de la materia ha alcanzado un notable desarrollo²; se ha hecho resaltar, por ejemplo, que sólo la bibliografía de los Mazeaud sobre el tema comprende alrededor de dos mil títulos...

La casuística es, por su parte, sumamente variada como veremos; por ésto hemos procedido básicamente a un trabajo de sistematización de la materia; con base en una organización seleccionada de la información ofrecemos aquí un cuadro sobre los aspectos generales tratando, sobre todo, de identificar los principios más que queriendo dar exégesis de datos aislados.

Somos conscientes de que la búsqueda de los antecedentes de un instituto jurídico ayuda a la comprensión de su sentido actual; sin embargo, este trabajo no persigue la realización de una investigación de este tipo, sin perjuicio de algunas referencias históricas que haremos; bástenos, por el momento, recordar que en los ordenamientos arcaicos la reacción frente al daño se configuró como venganza privada contra el ofensor³ o contra su grupo. Frente a esta situación la ley del talión tuvo el sentido de contener dentro de ciertos límites la venganza y evitar sus excesos⁴, por lo que representa ya un cierto grado de evolución. La reacción se va a transformar, más tarde, en compensación económica, con lo que alcanza su sentido moderno.

3. Responsabilidad. Acepciones

Una misma palabra a menudo es usada en sentidos diversos y hasta opuestos. En otros casos es posible extraer de una etimología común aspectos semánticos generales que encuentran concreta manifestación diferenciada en los usos particulares de cada vocablo.

Con la expresión "responsabilidad", tanto en el lenguaje corriente como en el jurídico, se designa una pluralidad de fenómenos, lo que obliga a la realización de una clara delimitación teórico-general que sirva de marco y guía para el estudio de las diferentes especificaciones.

Otros suelen identificar la responsabilidad con la obligación; sin embargo, la obligación es, más bien, la situación jurídica a cargo del sujeto al cual se le imputa -subjetiva u objetivamente- la responsabilidad; la obligación extracontractual es la concreción del efecto jurídico del hecho dañoso y no la atribución de eficacia en que consiste la responsabilidad.

A menudo se identifica con "deuda", frente a lo cual son válidas las consideraciones antes expuestas.

Más impreciso todavía es el uso de la palabra "responsabilidad" como sinónimo de "car-

1 "De modo constante nos encontramos con una escasísima reglamentación, con un aparente desinterés por la materia de la responsabilidad civil. En efecto, sólo cinco artículos con el Código Civil francés, dieciséis en el Código Civil italiano de 1942, nueve artículos en el Código Civil español, cuando la misma materia ocupa trescientos artículos del Derecho Civil inglés, de Jenks y ciento diecisiete del Derecho de obligaciones sudafricano de Lee Hoore" ROGEL VIDE, Carlos, *La Responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Español*, Editorial Civitas, S.A., 1977, p. 21.

2 *Op.ult. cit.*, p. 20.

3 Sistema que sigue vigente hoy en algunas comunidades de Sicilia donde "onore" (honor), "vendetta" (venganza) y "omerta" (ley del silencio) son las reglas del juego.

4 BARUCH, Bernardo, *Entrevista*, junio de 1983.

ga", es, en la teoría de las situaciones jurídicas, un "tener que" hacer algo, "si se quiere" un determinado resultado ventajoso. Por ejemplo, en la carga de publicidad registral y precisamente, la no realización de la carga no determina la responsabilidad, sino solamente la no obtención de la ventaja.

A veces se usa la expresión con el sentido de "exigencia", con un contenido amplio. Cabe observar, sin embargo, que jurídicamente existen exigencias que, al no tener posibilidades de coacción no generan responsabilidad; la ausencia de norma secundaria⁵ no les quita su carácter de exigencias jurídicas.

Se habla, en otras ocasiones, de "responsabilidades" para hacer referencia a las funciones que comprende un determinado cargo.

También el término es usado como sinónimo de "capacidad mental", por ejemplo cuando se afirma que un sujeto no es responsable de sus actos.

En el uso corriente, la palabra responsabilidad a veces adquiere la connotación de "responsabilidad moral", e, inclusive, en el mundo jurídico, como cuando se habla de las causales de divorcio o separación judicial.⁶

En otros casos se usa la expresión "responsabilidad" para hacer referencia a situaciones potenciales de obligación, como cuando se habla de la responsabilidad en la garantía de evicción y vicios ocultos en la compraventa.⁷

También se usan derivados de la expresión con un sentido objetivo, por ejemplo cuando el (artículo 981 del Código Civil expresa que "Todos los bienes que constituyen el patrimonio de una persona *responden* al pago de sus deudas..."). Es claro que no se trata de una responsabilidad de los bienes sino de la persona deudora.

Caracteres particulares asume la palabra "responsabilidad" cuando se refiere al ámbito contractual. Así, por ejemplo el (artículo 702) Código Civil establece: "El deudor que falte al cumplimiento de su obligación será *responsable* por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito".⁸

Más frecuentemente se habla de "responsabilidad civil" (sin especificarse a veces que es "extracontractual") para los casos previstos a partir del artículo 1045 del Código Civil y por algunas leyes especiales. A esta última acepción dedicamos el presente estudio.

En la mayor parte de los sentidos expuestos (del término "responsabilidad") encontramos una idea unificadora; la de una atribución (a un sujeto) de una situación de necesidad jurídica, como consecuencia de una imputación de una conducta o actividad que ha afectado la esfera jurídica ajena en forma negativa. Se ha considerado que la idea de responsabilidad, en un sentido muy genérico, parte del reconocimiento de un vínculo entre un sujeto y un acto o actividad. El comportamiento positivo (acción) o negativo (omisión) es referido (imputado) al sujeto con sus consecuencias.⁹ La imputación es, así, resultado de un juicio doble, como lo ha aclarado Pugliatti: con relación al comportamiento se tiene un juicio fenomenológico o "histórico", que consiste en la constatación de su génesis; con relación a las consecuencias, tenemos un juicio

5. A la que se refiere KELSEN, Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, U.N.A.M., Textos Universitarios, México, 1969, p. 71

6. NINO, Carlos Santiago, Introducción al Análisis del Derecho, 2a. edición, Depalma, Buenos Aires, 1980, págs. 183 a 186.

7. V. PUGLIATTI, Salvatore, Responsabilità Civile, Giuffrè-ed, Milano, 1968, p. 74 y p. 173. Con relación a la garantía en la cesión v. SALA DE CASACION, 10 y 40 hs de 14 de julio de 1939.

8. Sobre el tema v. BARCELONA, Pietro, Gli istituti fondamentali del Diritto Privato, Jovene -ed., Napoli, 1972, p. 281.

9. PUGLIATTI, op. cit., supra 7, p. 11

axiológico por el que se afirma la necesidad de que los sujetos soporten las consecuencias de los propios hechos productores de daños.

Es por estas razones que hemos desechado como válidas las expresiones "culpa" u "obligación" para definir el contenido de lo que es la "responsabilidad".

En efecto, cuando la expresión es usada como sinónimo de culpa se incurre en error, pues no pueden ser sinónimos dado que existen otros criterios de imputación.

En los casos en que se usa como sinónimo de "obligación" se confunde la imputación con la situación jurídica que se imputa. La obligación es la situación jurídica derivada de la atribución de responsabilidad a un sujeto.

En los otros casos citados (exigencias, cargas) el uso del término es poco técnico. Parece preferible limitar el vocablo a la situación por la cual se realiza la atribución de un efecto jurídico "de necesidad" (de un resarcimiento), sea como consecuencia de una culpabilidad o de un riesgo creado en las hipótesis de responsabilidad extracontractual o de la violación de un vínculo preexistente en los casos de responsabilidad contractual.

II. PARTE GENERAL

1. El principio general de la responsabilidad extracontractual.

Cómo se desarrolló en las legislaciones europeas el principio general de la responsabilidad subjetiva?

Con el Iusnaturalismo moderno se afirma, en términos generales que todo daño, sea que derive o no de preexistentes valoraciones jurídicas, deben ser resarcido, idea que influyó sobre el Código Napoleón. Esta resarcibilidad no depende, en principio, de que existan disposiciones específicas que tipifiquen el correspondiente comportamiento productor de daños. Se ha hecho ver que si examinamos las obras de Domat y Pothier, los dos grandes juristas, en que se inspira el Código Napoleón, esta posición aparece claramente delineada. En "Las Leyes Civiles en su orden natural" de Domat, cuando se describen las especies de daños, encontramos la idea de que todas las pérdidas y los daños derivados de una conducta deben ser reparados por la persona que los ha causado. Pothier, en su "Tratado de las Obligaciones". afirma que delito es el hecho de la persona que con dolo causa un daño a otros, mientras que cuasidelito es el cometido por imprudencia no excusable.¹⁰

En Francia el artículo 1382 del Código Civil establece con gran amplitud que "cualquier hecho del hombre que causa a otro un perjuicio, obliga a aquél por cuya culpa sucedió a repararlo."¹¹

En Alemania, cuando se llega a la Codificación se impone la obligación de resarcimiento a quien deliberadamente o por negligencia haya lesionado ilícitamente la vida, el cuerpo, la salud, libertad, la propiedad o algún derecho de otros. En tal forma, el legislador alemán termina codificando el principio de la responsabilidad civil con la misma amplitud reconocida por los franceses.¹²

Así, en las principales codificaciones europeas se estructuró un principio general de responsabilidad subjetiva; no se hace una determinación de formas típicas, sino que se dicta una norma de carácter general¹³; se introdujo así un principio por el que se equiparó, a los efectos del

10. V. LIPARI, Nicolò, *Diritto Privato. una ricerca per l'insegnamento*, laterza, Bari, 1974, p. 465

11. *Código Civil francés.*, Imprenta Alonso, Madrid, 1850.

12. Así LIPARI, op. cit., supra 10., p. 468.

13. Así RESCIGNO, Pietro, *Manuale del Diritto privato italiano*. Jovene, Napoli, 1976, p. 679

resarcimiento, el dolo con la culpa.¹⁴ Se desarrolla así un supuesto general y abstracto del acto ilícito por el cual la responsabilidad no está ahora, como en el Derecho Romano, referida a figuras particulares.¹⁵

Los ejemplos pueden ser interminables: un automovilista por imprudencia atropella a un peatón, un cazador por descuido hiere a otra persona, los animales de un sujeto causan daños en los predios conlindantes, una pared se derrumba y causa daños en el inmueble contiguo, una persona daña la reputación de otra mediante publicaciones difamatorias y muchísimos otros supuestos que iremos analizando.¹⁶

¿En Costa Rica, hay tipicidad o atipicidad de la responsabilidad subjetiva?

Ante la presencia del artículo 1045 del Código Civil, podemos afirmar la atipicidad de la responsabilidad subjetiva, ya que en nuestro Ordenamiento, al igual que en muchos otros, como Italia, Francia, Suiza y Austria se formula un principio de amplísima generalidad.

En los sistemas donde más bien se establece un elenco de figuras ilícitas, la formulación legislativa se realiza mediante una valoración comparativa del interés amenazado o afectado por una conducta y el interés que esta conducta persigue. Igualmente, en los sistemas atípicos como el nuestro, es tarea del intérprete realizar esta confrontación.

La existencia de disposiciones concretas que permiten solicitar indemnización en los casos de violación del derecho a la imagen o del derecho del nombre o pseudónimo, por ejemplo, podría hacer pensar en la atipicidad del daño material, pero tipicidad del daño moral. A nuestro juicio, las disposiciones concretas, como las que permiten solicitar resarcimiento en los casos de violación de los llamados derechos de la personalidad no son sino especificaciones del principio general (del artículo 1045 del Código Civil). Ello explica el paso en nuestra jurisprudencia a una alternativa indemnizatoria genérica del daño moral.¹⁷

En la referida confrontación de intereses es primordial que se tome en cuenta como criterio orientador el interés de la comunidad, o como expresan algunos, la utilidad pública. Así por ejemplo, la imagen de una persona no debe reproducirse (deber no hacer) sin su consentimiento; sin embargo, hay casos en que el interés público se superpone a este derecho privado y se autoriza la difusión de la imagen ajena, por ejemplo, cuando se justifica por la función pública del sujeto o por necesidades de policía.

Como conclusión preliminar de lo expuesto hasta aquí, observemos que se reputa acto ilícito dañoso todo comportamiento que lesione la esfera de intereses ajena, sin que el interés de la comunidad lo justifique.

¿Dónde se encuentra formalizado el principio general de la responsabilidad extracontractual?

Se ha afirmado que el artículo 1045 del Código Civil sienta el principio general de la responsabilidad extracontractual.¹⁸ Sin embargo, la citada disposición, una de las más importantes de la convivencia civil y del ordenamiento jurídico, no es suficiente para cubrir todo el sistema

14. V LIPARI, op. cit., supra 10, p. 46 y 471.

15. Así MESSINEO, Francesco, *Manuale di Diritto civile e Commerciale*, Vol. V., Giuffrè-ed, Milano, 1958, p. 531.

16. Así COLIN Y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, Tomo 3, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1960, p. 775.

17. V. sentencias de la SALA DE CALIFICACION DE 16 y 20 hs de 18 de junio de 1958 y No. 7 de 15 y 30 hs de 15 de enero de 1970.

V. también AGUILAR, John, *El daño moral resarcible*, Tesis, 1976, p. 122.

18. BRENES CORDOBA, Alberto. *Tratado de las obligaciones y Contratos*, Imprenta Trejos Hermanos, San José, 1923, p. 343.

de la responsabilidad extracontractual. En realidad, la ley carece de una formulación general que incluya también los supuestos de la llamada "responsabilidad objetiva". El principio positivo general, más bien, es de orden constitucional (artículo 41 de la Constitución Política): "Ocurriendo a las leyes todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales".

Debe aclararse, sin embargo, que no existe un principio general de la responsabilidad objetiva, pues, más bien, como veremos más adelante, se afirma la excepcionalidad y tipicidad legal de esta modalidad de responsabilidad.

2. Comportamiento, daño y extracontractualidad.

El mundo jurídico es vida, valores e intereses que se formalizan en proposiciones normativas, en valoraciones y elaboraciones jurisprudenciales y en vivencia consuetudinaria.¹⁹

Aún cuando a primera vista lo que aparece es el daño, lo cierto es que, cronológicamente, éste es precedido por una conducta o actividad humana.²⁰ Es cierto que no siempre se tratará de una acción concreta de una persona; por ejemplo, un desperfecto mecánico puede hacer que proceda la indemnización; en todo caso, el criterio de imputación estará ligado, como se verá, a un hacer humano.²¹

a- ¿Qué es comportamiento en sentido jurídico?

El comportamiento, en sentido jurídico—como ya se explicó—, puede considerarse como fenómeno temporal que, a diferencia de los eventos (hechos naturales y hechos de vida), se caracteriza por estar constituido por una iniciativa humana externa que incide sobre intereses jurídicamente relevantes. A diferencia de los eventos hay un despliegue de fuerzas que emana de un sujeto y no se encuentra determinado externamente. Se trata de una iniciativa humana, pues, aunque la teoría del comportamiento en Psicología ha encontrado aplicaciones a nivel animal y vegetal²², el objeto de regulación del Derecho es precisamente el comportamiento humano en sociedad. Decimos que se trata de una iniciativa humana externa, pues si bien es cierto que el ser humano puede tener iniciativas que son internas, lo cierto es que para su importancia jurídica la iniciativa debe manifestarse, debe ser socialmente apreciable (aunque sea como omisión), debe darse objetivamente. El Derecho, a diferencia de la moral, se refiere a los aspectos externos de la actividad humana. Finalmente, afirmamos que este despliegue externo de energías incide sobre intereses jurídicamente relevantes; éste es fundamental de la juricidad de un determinado comportamiento y la razón por la cual el Ordenamiento jurídico lo toma en consideración y entra a calificarlo para preordenar o establecer la eficacia jurídica.

La teoría del comportamiento es de mayor amplitud que la teoría tradicional del acto jurídi-

19. Se puede hablar por ello de formalización simbólica y de formalización significativa. PEREZ, Víctor, *Existencia y Capacidad de las personas*. Lex Loci, San José, 1976, p. 28, aquí incluido.

20. V. ROGEL, *op. cit.*, supra I, p. 56.

21. En contra de lo expuesto se ha dicho:
"...un fallo de las máquinas apenas podría considerarse acción humana. Y, sin embargo, la indemnización puede proceder.
Una consecuencia se desprende de lo dicho hasta ahora: la acción no es siempre un ingrediente indispensable para que pueda hablarse de responsabilidad civil extracontractual y, por consiguiente debe ser revisada la postura doctrinal que la confirma como un elemento constitutivo de la misma". ROGEL, *op. cit.*, supra I, p. 59.
No compartimos esta tesis: una actividad empresarial, por ejemplo, no deja de ser un hacer humano.

22. TOMPKINS y BIRD, *The secret life of plants*. Harper and Row Publishers, New York, 1973.

co, en la que se ponían de relieve aspectos cognoscitivos, volitivos o formales (según fuera la concepción del acto).²³ El comportamiento, en cambio comprende toda iniciativa humana, sea o no voluntaria.

b- *En particular sobre el comportamiento omisivo*

¿Cuáles son las posibles formas que puede asumir el comportamiento extracontractual?

Prácticamente en todo ordenamiento jurídico se encuentra un principio general, sintetizado en la formulación de Ulpiano: "alterum non laedere" (no dañar a los demás).²⁴ Este principio se especifica en los supuestos de responsabilidad extracontractual que pueden estar constituidos por una conducta activa (positiva) o por una conducta omisiva.²⁵

Analíticamente, puede tratarse de un hacer algo de lo cual el sujeto debía abstenerse; o bien, puede tratarse de un no hacer algo que debió haber hecho. Se habla de conducta comisiva y omisiva, respectivamente.²⁶

A menudo las conductas omisivas se configuran como "negligencia", ésta es la falta de diligencia debida en la vida de relación. Se considera que cuando no se actúa de acuerdo a la diligencia exigida por las circunstancias se puede incurrir en responsabilidad. Es por esto que junto al "neminem laedere" (no dañar), de contenido fundamentalmente negativo, puede establecerse un deber hacer genérico de contenido positivo, un deber de diligencia.²⁷

Un ejemplo de omisión puede encontrarse en materia de accidentes ferroviarios. Tanto la jurisprudencia francesa como la nacional han afirmado la responsabilidad de la empresa ferroviaria que deja de tomar las precauciones exigidas por la situación, como el poner vallas que obstruyan el tránsito antes del pasado de cada tren.²⁸

Se ha hecho notar que en estos casos el nexo de causalidad se da entre el dejar de realizar cierta conducta y el resultado lesivo, por lo que resulta plenamente aplicable la idea de causalidad

23. Sobre las diversas concepciones acerca de los actos jurídicos v. PEREZ, Víctor, Los hechos jurídicos, Editorial Juricentro, San José, 1979, p. 44, aquí incluido.

24. PUGLIATTI, *op. cit.*, supra 7, p. 66.

25. La omisión culpable se ha considerado como "el descuido de cumplir deberes superiores, independientes de convenio, o de obligaciones impuestas erga omnes" BORREL MACIA, Antonio, responsabilidades derivadas de culpa extracontractual, Bosch-ed, Barcelona, 1958, p. 63. V. tamb. ROGEL, *op. cit.*, supra 1, p. 58.

Para Messineo, sin embargo "la abstención culposa es relevante con relación al resarcimiento, solamente cuando el sujeto tenía el deber de actuar (por ejemplo en el caso de omisión de auxilio en materia de tránsito) y no ha actuado o de hablar y no ha hablado y además ha omitido actuar con el fin de dañar. Fuera de estos presupuestos la abstención no es civilmente imputable" MESSINEO, *op. cit.*, supra 15, p. 536.

26. V. COLIN Y CAPITANT, *op. cit.*, supra 16, p. 801.

27. Deber de diligencia que se ha referido también a la fase de actuación de la relación jurídica obligatoria. V. PEREZ, Víctor. El comportamiento de las partes (acreedor y deudor) durante la fase de actuación de la relación obligatoria. Revista Judicial No. 3, marzo de 1977 y NATOLI, Ugo, La Regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio. Studi sulla buona fede, Giuffrè-ed., 1975.

28. Una compañía de ferrocarrileros, aunque esté dispensada por el pliego de condiciones de su concesión de establecer guardabarreras en los pasos a nivel, responde a un accidente causado por el paso de un tren si ha dejado de tomar todas las precauciones exigidas por la situación del lugar" COLIN Y CAPITANT, *op. cit.*, supra 16 p. 802.

"...en el presente caso la empresa concesionaria a que pertenece el tren, no había cumplido al momento de ocurrir el desastre con la obligación de poner guardas o vallas... y esta fundamental razón hace que la empresa incurra en responsabilidad" SALA PRIMERA CIVIL, No. 384, de 9.05 hs de 12 de setiembre de 1975.

eficiente a la que haremos referencia más adelante. Se ha dicho que "existe la relación de causalidad por parte de aquél que debiendo y pudiendo realizar o dejar de realizar algún acto con el que hubiera impedido el daño no lo realiza o deja de realizarlo".²⁹

3. Extrancontractualidad

a. Generalidades sobre la extracontractualidad

La extracontractualidad es una calificación especificadora que denota la falta de preexistencia de un vínculo concreto. La responsabilidad no viene en consideración por la inobservancia en vínculo determinado derivado de la ley o de un negocio, por lo que la responsabilidad extracontractual no es propiamente un sucedáneo para la restauración de la fuerza efectiva, como sí lo es la responsabilidad contractual.³⁰

Obsérvese que la expresión "extracontractual" se refiere, en general, a la ausencia de un vínculo previo (contractual propiamente dicho, o de otro tipo). Así, la responsabilidad extracontractual surge cuando se causa un daño sin que exista tal vínculo.³¹

En nuestro Código se usa la terminología tradicional de "delitos" y, precisamente, así se titula el correspondiente capítulo.

Existen casos en que un mismo comportamiento puede generar responsabilidad contractual frente a un sujeto y extracontractual frente a otro. Pensemos, por ejemplo, en el accidente de un taxi que transporta un pasajero, el cual resulta herido, al igual que un peatón; se puede afirmar que la responsabilidad frente al pasajero es contractual y frente al peatón es extracontractual.

¿Cuáles son los valores o situaciones jurídicas que, lesionados, generan responsabilidad extracontractual?

Se ha afirmado que hay responsabilidad extracontractual cuando hay violación de un derecho absoluto mientras que la violación de un derecho relativo genera responsabilidad contractual; sin embargo, se ha aclarado que puede haber responsabilidad por la lesión de un derecho de crédito por parte de un tercero.³² A nuestro juicio debe hablarse de lesión de cualquier interés jurídicamente relevante (no solamente de derechos absolutos o relativos).

¿Cómo se puede explicar la diversidad funcional entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual?

En la doctrina se ha hecho notar la existencia de una función diversa de estas dos formas de responsabilidad; en efecto. La responsabilidad contractual tiene la finalidad de garantizar al sujeto el equivalente económico de una prestación, de una actividad de cooperación de otro sujeto; en cambio, la responsabilidad extracontractual tiende a la tutela de la esfera jurídica subjetiva, frente a las injerencias de otros³³; es extracontractual la relación jurídica que se constituye cuando una persona viola la esfera jurídica de otra, sin que exista entre otros dos sujetos una relación jurídica anterior, o si, existiendo ésta nada tiene que ver con el comportamiento ilícito o la actividad productora del daño. Entra dentro de esta categoría, siempre que causen un daño, todas las

29. V. BORREL, op. cit., supra 25, p. 90

30. V. BARCELLONA, op. cit., supra 8, p. 285.

31. V. BORREL, op. cit., supra 25, p. 75 y p. 74: aunque "con ocasión de contrato puede surgir culpa aquiliana" y TRABUCCHI, op. cit., infra 35, p. 213.

32. V. BUSNELLI, Francesco Donato, la lesione del credito de pate di terzi, Giuffrè-ed.,m Milano, 1963.

33. V. LIPARI, op. cit., supra 10, p. 501.

violaciones al deber genérico de la diligencia en la vida social³⁴, la impericia, la negligencia y la falta, lo mismo que las conductas dolosas.

¿En qué consiste la diferencia entre culpa contractual y culpa extracontractual?

Se ha hecho la distinción sobre la base de que la culpa contractual consiste en el hecho de no haber cumplido la obligación a que el deudor estaba sujeto por el vínculo que lo ligaba con el acreedor; en cambio, la culpa extracontractual consiste en causar un daño a otro, que no es resultado dentro de una obligación, ya con intención de dañar, ya por la simple falta de las precauciones que la prudencia debe inspirar a un hombre diligente.³⁵

Desde una perspectiva más genérica podemos admitir que la justificación de la responsabilidad extracontractual se encuentra, como se ha dicho ya, en la violación del deber de no dañar,³⁶ aceptado en la tradición romanista como principio de Derecho³⁷; si bien encuentra antecedentes culturales documentales que se remontan a la idea AHIMSA (no hacer daño) de la tradición jainista de la India, con fundamento en enseñanzas upanishádicas que sirvieron de marco a la vida del mismo Gandhi. La distinción tiene importantes consecuencias con relación al Derecho aplicable; así lo ha manifestado reiteradamente la jurisprudencia.³⁸

b- *Extracontractualidad y carga de la prueba. La previsibilidad del daño*

La principal importancia práctica de la distinción entre el comportamiento extracontractual (en los casos de la llamada "responsabilidad subjetiva") y el contractual, se revela en materia de carga de la prueba. Se ha aclarado, por ejemplo, que "con relación a la ilicitud contractual existe una presunción de culpa para quien no ha cumplido la propia obligación, presunción que cae sólo cuando el deudor demuestre que el incumplimiento o el atraso no le son imputables (caso fortuito, fuerza mayor) para la ilicitud extracontractual, en cambio, la presunción no existe y quien pretende el resarcimiento debe demostrar la culpabilidad de aquél que él afirma es el autor del acto ilícito y causa directa del daño, según el principio general de que quien intente una acción debe dar la prueba de su fundamento".³⁹

Como ya se aclaró la "carga" es una particular modalidad de situación jurídica por la cual si el sujeto quiere obtener un determinado resultado favorable ha de realizar cierto comportamiento. De conformidad con el principio general de la carga de la prueba, todo el que intente una acción u oponga una excepción debe probar los hechos en que se fundamente.

¿Cuál es la diferencia entre responsabilidad contractual y extracontractual con relación a los daños previsibles?

En muchos ordenamientos la distinción es importante, también con relación a los daños

34. "La diligencia que el Código requiere, para que no subsista culpa, es la diligencia media, la que se puede pretender normalmente del hombre medio". Así TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, Cedam, Padova, 1971, p. 221.

35. COLIN y CAPITANT, *op. cit.*, supra 16, p. 802 y 803.

36. PUGLIATTI, *op. cit.*, supra 7, p. 45.

37. En este sentido MESSINEO, *op. cit.*, supra 15, p. 533 y TORRENTE, Andrea, *Manuale di Diritto privato*, Giuffrè-ed., Milano, 1968, pags. 606 y 607.

38. "En el caso de daños y perjuicios derivados de culpa aquiliana no pueden tenerse como violados los textos legales que se refieren a las obligaciones contractuales" SALA DE CASACION, No. 96 de 1963, y No. 13 de 1965.

Creemos, sin embargo, que algunos de estos textos establecen reglas generales y su imprecisa ubicación únicamente puede fundamentar criterios de orden formal. "La doctrina...considera aplicables al campo de la responsabilidad aquiliana las normas contenidas en los artículos..." ROGEL, *op. cit.*, supra 1, p. 43.

39. TRABUCCHI, *op. cit.*, supra 34, p. 213; y COLIN y CAPITANT, *op. cit.*, supra 16, p. 803.

indemnizables; se admite, generalmente, que, en materia contractual, si no hay dolo, no hay responsabilidad en cuanto a los daños imprevisibles.⁴⁰ Se limita así el resarcimiento al daño que podía preverse en el momento en que surgió la obligación. En la responsabilidad aquiliana⁴¹ se comprenden también los daños no previsibles.

En nuestra doctrina, don Albeto Brenes Córdoba⁴² ha expresado que "los daños y perjuicios reclamables -en la responsabilidad contractual- son aquéllos que fueron previstos o que pudieron serlo al tiempo de contraer la obligación...Pero esto no reza, como es de suponerse, con el deudor que ha procedido con dolo". Sin embargo, también se ha sostenido la tesis opuesta; el profesor Octavio Torrealba expresa que, en realidad, nuestra ley no hace tal distinción.⁴³

4. Los elementos de la responsabilidad civil extracontractual

Tradicionalmente se ha hablado de tres elementos que han de encontrarse presentes en el supuesto que genera la responsabilidad extracontractual: el daño causado, la antijuricidad y la culpabilidad.

Este planteamiento ha sido contruido con base en la doctrina de la responsabilidad subjetiva, a la que resulta felizmente aplicable (pero no a la responsabilidad objetiva); en efecto, bajo esta luz, ante una conducta ilícita extracontractual el intérprete deberá determinar la existencia de un daño y de su causa, establecer si ese daño es antijurídico y, si lo es, realizar su imputación a un sujeto determinado en la razón de su culpabilidad.⁴⁴

¿Cuáles son los elementos de la responsabilidad extracontractual según las nuevas direcciones doctrinales, legislativas y jurisprudenciales que admiten la responsabilidad objetiva?

Las nuevas tendencias favorables a la parcial superación del principio de la culpa, prescinden de la anterior delimitación y toman, más bien, en cuenta, como elementos necesarios, la existencia de un daño y una conducta o actividad que sirva como criterio de imputación de ese daño. Así, por ejemplo en la responsabilidad objetiva tendríamos el daño y al creación de un riesgo como elementos del supuesto; una nueva caracterización ha surgido y nuevos criterios diversos de la culpa se han venido desarrollando como respuesta al desarrollo industrial y al desarrollo de los medios de transporte.

¿En qué sentido puede afirmarse que toda imputación de responsabilidad está ligada a un hacer humano?

De conformidad con el principio de que el sujeto es el punto de conexión entre la parte condicionante de la norma (o supuesto) y la parte condicionada (efecto, o situación jurídica cuan-

40. V. TRABUCCHI, op. cit., supra 34., p. 221; MESSINEO, op. cit. supra 15, p. 550 TORRENTE, op. cit. supra 37, p. 608.

41. "El daño derivado de acto ilícito denominado usualmente "Extracontractual" se llama, también con terminología de origen romano, "aquiliano", porque en el Derecho Romano, la disciplina de la figura se remontaba a una Lex Aquilia, que concedía la "Actio Legis Aquilia". Sin embargo, en rigor, daño "extracontractual" tiene una acepción más amplia que daño aquiliano" (en cuanto incluye daños que no son antijurídicos en algunos casos)". MESSINEO, op. cit. supra 15, p. 532. "Gran parte de la doctrina y nuestra misma jurisprudencia ven en la responsabilidad aquiliana el origen nuestro artículo 1045" SALA DE CASACION, No.13 de 1965.

42. BRENES CORDOBA, op. cit. supra 18, p. 91. Así también el artículo 74 de la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, abril de 1980.

43. TORREALBA, Octavio, Indemnización de daños y perjuicios imprevisibles. Revista de Ciencias Jurídicas, 40, enero-abril, 1980, Colegio de Abogados, Universidad de Costa Rica.

44. Para un desarrollo histórico del tema; v. POUND, Roscoe, Introducción a la filosofía del Derecho, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1972, p. 99 y ss.

do se concretiza)⁴⁵ y con base en la idea de que los efectos jurídicos se producen como resultado de hechos (eventos o compartimientos) jurídicos, que son en definitiva el criterio de imputación⁴⁶, tenemos que afirmar que en toda forma de responsabilidad extracontractual se encuentra presente una conducta o actividad humanas; ésto se ve muy claramente en las hipótesis de responsabilidad subjetiva (sea directa o indirecta) donde se busca en una culpa (en sentido amplio) el fundamento de la imputación; sin embargo, también en los casos de responsabilidad sin culpa encontraremos un sujeto responsable, no ya por haber actuado en forma ilícita y culpable, sino porque con su actividad ha creado una fuente de posibles peligros que, en caso de actualizarse produciendo daños, generan el deber de resarcirlos.

El problema de la responsabilidad refleja la exigencia de fijar, según criterios de oportunidad, las condiciones con base en las cuales un año debe correr a cargo de un determinado sujeto. La responsabilidad se resume en definitiva en la imputación a un sujeto de un supuesto productor de daños.⁴⁷

Algunos autores, al hablar de los elementos de la responsabilidad extracontractual, incluyen aspectos como la capacidad de actuar, el resarcimiento y la obligación resarcitoria.⁴⁸ Todos estos aspectos y algunos otros que se suelen citar tienen su importancia dentro del planteamiento general, pero no son propiamente elementos "del supuesto" de la responsabilidad extracontractual. En primer lugar, la capacidad de actuar es un aspecto que se toma en consideración en relación con el tema de la imputabilidad y culpabilidad, pero carece de importancia en materia de responsabilidad objetiva (piénsese, por ejemplo, en los daños que se producen en un establecimiento industrial del que -gracias a una herencia- es propietario un menor de edad). El resarcimiento no es tampoco elemento del supuesto, sino que su ubicación correcta es la de "componente de hecho del efecto jurídico".⁴⁹ La obligación resarcitoria es, más bien, uno de los efectos jurídicos que surgen del hecho, junto al crédito correlativo que nace a favor del lesionado, no uno de los elementos del supuesto que genera la responsabilidad. Con base en las anteriores consideraciones pasamos a delimitar los elementos comunes a las diversas formas de responsabilidad extracontractual, los elementos del supuesto capaz de generarla, los aspectos que deben converger en el hecho productor de esta modalidad de eficacia constitutiva⁵⁰ generadora de derechos y obligaciones.

A nuestro juicio y siguiendo en ésto la posición de autores como Rogel Vide⁵¹ y Busnelli⁵², preferimos pensar en que, para que se verifique el supuesto se requiere la presencia de dos elementos:⁵³

45. FALZEA, Angelo, *Efficacia Giuridica. Voci di teoria generale del diritto*, Giuffrè-ed, Milano, 1970, p. 272.
46. *Op. ult. cit.*, p. 285.
47. Así BARCELLONA, *op. cit.*, supra 8, p. 307.
48. AMADOR, Manuel, *Nociones elementales de la responsabilidad civil extracontractual*, Revista Judicial No. 15, Corte Suprema de justicia, San José, marzo de 1980, p. 93
49. El componente de hecho del efecto jurídico es la conducta valorada como debida o como posible por la norma. V. FALZEA, Angelo, *o. cit.* supra 45, p. 288.
50. *Op. ult. cit.*, p. 326
51. ROGEL, *op. cit.*, supra 1, p. 26.
52. BUSNELLI, Francesco Donato, *nuove frontiere della responsabilità civile*, Revista *JUS*, Anno XXIII, Gennaio-Giugno, 1976, fasc I y II, pág. 69.
53. Nuestra jurisprudencia sin embargo ha dicho que para que exista un deber de indemnización es preciso

- a- un comportamiento que sirva de criterio de imputación (sea un dañar culpable o un daño derivado de la creación de un riesgo)⁵⁴ y,
- b- un resultado lesivo de intereses jurídicamente relevantes (un daño, en sentido amplio, material o moral).

Esta formulación comprende tanto los casos de responsabilidad subjetiva, como los de responsabilidad objetiva.

Veamos separadamente estos elementos, comenzando por el daño para luego observar sus especificaciones según cada criterio de imputación:

a- *El daño elemento de la responsabilidad extracontractual*

Estamos ante un elemento necesario, trátase de responsabilidad subjetiva u objetiva. El término "daño" es, por ahora, usado en sentido amplio, comprensivo de los daños y perjuicios.⁵⁵

Algunos hablan de daño a un derecho subjetivo, pero la lesión jurídicamente relevante puede referirse a hipótesis donde la remisión al derecho subjetivo es inadecuada, por lo que se ha preferido aquí recurrir al término "intereses", para evitar estrecheces.⁵⁶

Así, la existencia de una lesión a un interés jurídicamente relevante y merecedor de tutela (ésto es, dotado de relevancia axiológica positiva) es el primer aspecto necesario.⁵⁷

Esta observación encuentra sentido práctico si observamos, por ejemplo, que en tema de responsabilidad subjetiva, no todo comportamiento ilícito es fuente de responsabilidad civil. Para que surja el derecho al resarcimiento es imprescindible que el acto, además de ilícito, produzca daño, o sea produzca lesión o invasión de la esfera jurídica ajena. El daño es resarcible sólo si resulta de una lesión a un interés lícito digno de tutela; así, la ganancia posible de una actividad ilícita, por ejemplo, no es resarcible a título de lucro cesante.⁵⁸ En síntesis, el daño es elemento configurador del supuesto de la responsabilidad extracontractual.⁵⁹

¿Cómo se determina y valora el daño?

Desde el punto de vista práctico, la prueba del daño es una condición necesaria para que pueda prosperar la acción que persigue un resarcimiento. Esto ha sido reiteradamente afirmado por la doctrina⁶⁰ y por nuestra jurisprudencia.⁶¹

En cuanto a la valoración el daño se ha mantenido una cierta flexibilidad y se ha insistido

que concurren varios elementos: la obligación debe emanar de un contrato o de la ley, debe señalarse un sujeto pasivo y uno activo, determinarse un vínculo jurídico que permita imputar el hecho..." SALA PRIMERA DE LA CORTE, No. 5 de 14 y 30 horas 25 de enero de 1983.

- 54. Donde algunos han configurado la obligación de evitar daños, siendo la de repararlos sustitutiva. BACH, Eugene Louis, *Reflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 76 année, avril-juin, No. 2, 1977, Sirey, Paris, p. 232 y 233 y ANGE DEAK POPA, *Raspundurea Civila*. Editura Stiintifica, Bucuresti, 1970, p. 58
- 55. VIDE, op. cit., supra 1, p. 60
- 56. Así PUGLIATTI, op. cit., supra 7, p. 47
- 57. V. ORGAZ, Alfredo, *El Daño Resarcible*, Omeba, Buenos Aires, 1960, p. 35.
- 58. Op. ult. cit., p. 17
- 59. V. TRIMARCHI, Pietro, *Istituzioni di Diritto Privato*. Giuffrè-ed, Milano, 1973, p. 124, BARCELLONA, op. cit., supra 8, p. 291.
- 60. BORREL, op. cit., supra 25, p. 336.
- 61. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL No. 938 de 16 hs de 27 de octubre de 1975 y No. 1160 de 14 y 30 hs de 22 de diciembre de 1976. SALA SEGUNDA CIVIL No. 59 de 15 y 25 hs de 22 de enero de 1974. "Si el actor no hizo demostración alguno de los elementos necesarios para concederle indemnización por lucro cesante, relacionada, por ejemplo, con la condición del vehículo, su uso y el término que duró la reparación...la reclamación es improcedente" TRIBUNAL SUPERIOR SEGUNDO CIVIL Sección Prime-

en la equidad y el prudente arbitrio.⁶² En cuanto al tiempo en el que debe fijarse el valor de la cosa destruida, la mayoría de los autores afirman que debe ser el momento en que se dicta la sentencia; sin embargo, algunos opinan que sería más lógico tomar en cuenta el momento del cumplimiento, y que es el verdadero momento de la reparación.⁶³

b- *Los criterios de la imputación.*

Tradicionalmente, la doctrina de la responsabilidad extracontractual ha sido construida sobre los esquemas de la responsabilidad subjetiva y esto se ha reflejado en la determinación de sus elementos. Esta perspectiva es incompleta pues la experiencia jurídica (doctrinaria, legislativa y jurisprudencial) muestra, a la par de la culpabilidad, otros criterios diferentes.

5. Responsabilidad subjetiva y objetiva. Planteamiento general

Tomemos dos ejemplos para ilustrar la explicación:

Un niño quiebra un vidrio con una piedra.

Un trabajador bananero muere accidentalmente, durante su jornada laboral, debido a un atropello de un vehículo ferroviario de la empresa para la que trabaja.

En estos dos ejemplos encontramos algunos aspectos comunes y algunas diferencias:

En ambos casos se ha producido un daño; han resultado lesionados valores jurídicos y han surgido, reclamando tutela, intereses jurídicamente relevantes.

En los dos ejemplos una actividad humana, en un caso la energía física del niño y la concomitante culpa de sus encargados y en el otro la puesta en marcha de una empresa que crea riesgos, se considera como causa justificante de la atribución de responsabilidad.

Los fundamentos de la atribución en cada caso son, sin embargo, muy diferentes:

En el caso del niño entrarán en juego criterios particulares como causalidad entre conducta y daño, antijuricidad y culpabilidad, será necesario establecer si el resultado dañoso fue producto de la energía del niño o de una omisión de sus encargados, será necesario valorar si existió alguna causa de justificación capaz de quitarle antijuricidad a la conducta y, finalmente, será necesario determinar la existencia de alguna forma de dolo o culpa (en el ejemplo la tradición ha hablado de culpa "in vigilando" de los padres, aunque algunos hablan de "culpa in educando").

En cambio, en la segunda hipótesis, la del trabajador bananero, el panorama es diferente. Viso el interés lesionado, se pasará a determinar simplemente la existencia de una actividad creadora de un riesgo y a su titular vendrá imputada la responsabilidad. No se tratará entonces de buscar una causalidad directa entre la conducta, y el daño, pues ésta es, lógicamente, mediata (la creación del riesgo) no se tratará ya de ver si la actividad de la empresa que produjo el daño es o no lícita; finalmente, tampoco será necesario establecer la existencia de una intencionalidad o culpabilidad, pues independientemente de ésta nace la responsabilidad para la empresa.⁶⁴

ra, No. 130 de 15 hs de 17 de marzo de 1981.

"Se debe confirmar la resolución recurrida que rechazó el cobro de los daños y perjuicios por no haber sido comprobados" TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL Sección Primera, no. 480 de 9 y 50 hs de 6 de agosto de 1981.

V. tamb. SALA DE CASACION 1949, II sem. tomo único, p. 852 y TRIBUNAL SUPERIOR CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, No. 1524 de 10 y 35 hs de 12 de agosto de 1975.

62. SALA DE CASACION No. 178 de 15 hs del 27 de noviembre de 1974.

63. Así BORREL, *op. cit.*, supra 25, p. 238.

64. Es interesante recordar que ya en Roma (XII Tablas, Actio de pauperie) se consideró la posibilidad de un "daño causado sin actitud antijurídica" (Fragmento D. 9.113).

En caso de culpa en cambio la responsabilidad tenía su base en la "Actio Legis Aquiliae". En la fase clásica la "Actio de pauperie" se amplía a los "no quadrupes". En la Fase Post Clásica se observan casos de responsabilidad objetiva derivada del simple hecho de ser el amo de un esclavo o de un animal, o de vi-

a- *Culpabilidad e imputabilidad.*

Se ha considerado que la responsabilidad por culpa está caracterizada por una función compleja: confluyen en ella componentes reparatorios y componentes sancionatorios (referidos al comportamiento culpable del que causa el daño) junto a componentes preventivos (referidos a toda la sociedad, indirectamente estimulada a comportarse según diligencia).⁶⁵

En estos casos la culpabilidad es la fuente de imputación; se atribuye el deber de resarcir a quien por dolo o culpa, siendo persona responsable de sus actos, causa un daño; para la configuración de la responsabilidad subjetiva se requiere la presencia conjunta de tres elementos: la antijuricidad, la culpabilidad y la causalidad entre conducta y daño.⁶⁶

b- *Imputabilidad y riesgo creado*

Junto a la Culpabilidad existe el criterio del riesgo creado. La idea de responsabilidad objetiva, se ha dicho, fue proclamada por dos eminentes juristas franceses: Josserand (*La responsabilité du fait des choses inanimées*, 1897) y Saleilles (*Les accidents du travail et la responsabilité civile*, 1897).⁶⁷

En esta forma de responsabilidad se prescinde del elemento culpa como criterio de imputación y en su lugar se pone una conducta o actividad (de un sujeto físico o jurídico) caracterizada por la puesta en marcha de una actividad peligrosa o la mera tenencia de un objeto peligroso. El riesgo creado y, más precisamente, la conducta creadora del riesgo es aquí el criterio de imputación.

III. LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA (o responsabilidad por culpa)

Como ya se ha adelantado la responsabilidad subjetiva requiere la presencia conjunta de tres elementos:

- la antijuricidad
- la culpabilidad
- y la causalidad entre conducta y daño

Pasamos de inmediato al estudio separado de cada uno de estos elementos:

1. La antijuricidad

a- *La antijuricidad en general.*

Se ha observado que la antijuricidad constituye una nota que envuelve un primer examen valorativo, desde el punto de vista jurídico, de un fenómeno del mundo físico proveniente de un

vir con ventanas a la calle, o de explotar una posada o un barco. V. FLORIS MARGADANT, Guillermo, *La responsabilidad objetiva en el Derecho Romano*, Jurídica, Universidad Iberoamericana, México, julio, 1974, p. 262.

65. V. BUSNELLI, op. cit, supra 52, p. 61

66. En nuestra jurisprudencia se ha admitido esta división; especial mención merece el fallo de la SALA PRIMERA CIVIL de 9 hs de 22 de octubre de 1965 (en CASACION No. 18 de 15 y 50 hs de 26 de enero de 1966) dictado por los Señores magistrados Juan Jacobo Luis, Antonio Jiménez Arana y Fernando Coto Albán, relativo a un derrame de agua de un local dado en arrendamiento que produjo daños en otro local también arrendado, del mismo propietario.
Se dijo ahí: (con relación al artículo 1045 del Código Civil) "En el caso se configuran todos los elementos doctrinarios requeridos: a) hecho ilícito de omisión. Sobre el propietario...pesa la clase de reparación o sustitución que necesitaba el tubo; b) imputable a la Sociedad "x" por cuanto ésta pudo impedir con la oportuna y debida vigilancia el perjuicio y c) que efectivamente la rotura...ocasionó el daño..."

67. V. ROGEL, op. cit., supra 1 p. 26.

ser humano. Se trata de una calificación que conlleva una valoración negativa del Ordenamiento frente a una conducta.

¿Cuáles son las formas de valoraciones jurídicas fundamentales y a qué tipo de comportamientos se refieren?

Para comprender los caracteres de la antijuricidad es útil recordar que el Derecho ordena, prohíbe o permite, ésta distinción nos remite a los tres tipos fundamentales de valoraciones jurídicas (deber hacer, deber no hacer y poder hacer, respectivamente).⁶⁸

El acto precedido por un "deber hacer" se denomina "acto debido", el precedido por un "deber no hacer" se califica de "acto ilícito" y el precedido por un "poder hacer", acto lícito.⁶⁹

"Ilícito", etimológicamente significa "no permitido", lo cual es equivalente a "prohibido". La reacción del ordenamiento frente a este tipo de conductas puede ser de muy variadas formas (pena, indemnización, caducidad del derecho, nulidad, etc.).⁷⁰

¿Cuál es la diferencia entre "ilícito" e "ilegal"?

Conviene aclarar también la diferencia entre "ilícito" e "ilegal"; el concepto de ilicitud es más amplio, pues se refiere a una transgresión a cualquier prohibición jurídica (o a una omisión de acción debida), aunque no esté formalmente expresada del todo en el sistema, mientras que la "ilegalidad" hace referencia específica a la ley (aunque no sólo en su forma, pues puede haber antijuricidad por contrariedad a los principios de una ley, aunque no sea clara la transgresión de su letra, caso en el que siempre habría "ilegalidad"), pero, por extensión, se aplica a otras disposiciones, por ejemplo de orden reglamentario e inclusive a reglas técnicas.⁷¹

¿Cómo debe entenderse sustancialmente la ilicitud?

El acto es ilícito, desde el punto de vista —como ya se ha expuesto— sustancial, en la medida en que revela una incidencia negativa sobre el ordenamiento, considerado como sistema de valores; se trata de un comportamiento opuesto a los intereses jurídicamente relevantes de un determinado sistema.⁷²

Quedan comprendidos dentro de la categoría de los comportamientos ilícitos, los casos de incumplimiento de un deber positivo (se habla por ejemplo de ilicitud contractual en los casos de no ejecución culpable, de lo que se debía hacer según los términos del contrato y de omisión de la diligencia debida según las circunstancias en los casos de "negligencia").

El criterio hasta aquí expuesto es el que toma en cuenta la situación jurídica anterior a la conducta.

Desde otro punto de vista —como ya se ha expuesto— se afirma que la ilicitud puede definirse en función de sus consecuencias y se habla, entonces, de "actos con efectos disconformes" (o "no conformes"). "La definición del hecho ilícito como "hecho con efectos no conformes" ha sido propuesta desde diversos ángulos metodológicos: para Kelsen la "disconformidad" radica en la sanción (para él el acto antijurídico es el supuesto al cual la norma jurídica enlaza la sanción)⁷³ ...para Betti la "disconformidad debe buscarse con relación a la voluntad"⁷⁴ ...otros ponen énfasis

68. V. PEREZ, Víctor, los hechos Jurídicos, Editorial juricentro, San José, 1979, p. 36, aquí incluido.

69. V. TORRENTE, op.cit., supra 37, p. 605

70. V. ORGAZ, op. cit., supra 57, p. 21

71. ORTIZ ORTIZ, Eduardo. "Límites y Contralor de la discrecionalidad administrativa en Costa Rica". Revista Judicial, No.28, marzo de 1984, Corte Suprema de Justicia, San José.

72. Debe aclararse que la clasificación que ha servido de base al presente desarrollo del concepto de ilicitud tiene sus limitaciones, pues en la práctica las categorías dichas se presentan, con frecuencia entremezcladas; por ejemplo, cuando se realiza un contrato, habiendo previa obligación de contratar, éste es un acto debido y un acto lícito al mismo tiempo.

73. KELSEN, op. cit., supra 5, p. 89

74. BETTI, Emilio, Teoría General del Negocio Jurídico, Editorial Revista, de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 60

más bien en la conformidad o falta de ella respecto a los fines del ordenamiento⁷⁵ otros hablan de conformidad respecto al Ordenamiento, globalmente considerando⁷⁶ ...y hay quien sostiene, en cambio, que la conformidad o disconformidad de los efectos se da respecto al interés del autor^{77,78}

b- *La antijuricidad como elemento del comportamiento ilícito extracontractual civil*

En los casos de responsabilidad subjetiva la antijuricidad de la conducta es elemento constitutivo necesario del supuesto causal.

Es por ésto que es posible pensar en daños legítimos (que no configuran casos de abuso del derecho, lógicamente, pues no lo serían). La importancia práctica se observa en todos aquellos casos en que, a pesar de resultar afectado un interés (jurídicamente relevante para otros aspectos) prevalece sobre él (en cuanto a tutelabilidad jurídica) otro interés que el ordenamiento considera prioritario.⁷⁹

Veamos algunos ejemplos:

Si el propietario hace cesar una situación de tolerancia puede con ésto lesionar legítimamente al sujeto en cuyo favor existía la situación (artículo 279, inciso 1 del Código Civil).⁸⁰

Si el propietario de un fundo cancela el goce de una servidumbre continúa y aparente sobre la cual no se ha producido destinación negocial, antes de que se produzca la usucapión (artículo 378 del Código Civil) se puede hablar de un daño lícito.

Si el propietario o poseedor cerca su terreno e impide que el ganado del vecino venga a paecer en él (artículo 302 del Código Civil) causa lícitamente un perjuicio al vecino.

Existen así muchas conductas que, aunque generan una situación desventajosa para otro sujeto (un daño o un perjuicio) no se encuentren valoradas por el Ordenamiento con un "deber no hacer", sino que se trata de actos lícitos. Más adelante examinaremos el papel del ejercicio de un derecho en materia de responsabilidad extracontractual, así como los límites de tal ejercicio.

En síntesis, en la responsabilidad subjetiva, si falta la antijuricidad no surge el deber de indemnizar.⁸¹

c- *La exclusión de la antijuricidad.
Las causas de justificación*

La doctrina ha aclarado que el elemento de la antijuricidad (o ilicitud) de la conducta en los casos de responsabilidad subjetiva, adquiere verdadera importancia práctica para la delimitación de los supuestos en que no existe esta responsabilidad por estar protegido el agente por una causa de justificación.⁸²

75. MAIORCA, Carlo, *Fatto Giuridico*. FAttispecie. Novissimo Digesto italiano, Vol. I. UTET, Torino, p. 117 y TORRENTE, op. cit., supra 37, p. 610.

76. PERLINGIERI, Pietro. *Profili istituzionali del Diritto Civile*, Scuola di perfezionamento in Diritto Civile, Università degli Studi di Camerino, Jovene-ed. 1975, p. 34

77. SANTORO PASSARELLI, Francesco, *Doctrinas Generales del Derecho Civil*, edición mimeografiada, Facultad de Derecho, 1972, p. IV-7.

78. PEREZ, Víctor, op. cit., supra 68, p. 33 y 34.

79. Sobre el Tema v. TRABUCCHI, op. cit., supra 34, p. 210; MESSINEO, op. cit., supra 15, p. 555; BRANCA, Giuseppe *Istituzioni di Diritto privato*, Tipografica Babina, Bologna, 1973, p. 581, TRIMARCHI, op. cit., supra 59, p. 91.

80. Sobre el tema v la sentencia de la SDALA DE CASACION DE 3 y 15 p.m. de 25 de enero de 1937.

81. En algunos Ordenamientos se admite un deber de indemnizar en el "estado de necesidad". En nuestra propia Ley tenemos un ejemplo de indemnización, sin supuesto antijurídico, al regularse la "echazón" en el transporte marítimo. Art. 879 Código de Comercio de 1853, todavía vigente.

82. V. ROGEL, op. cit., supra 1, p. 84.

¿Cuáles son las causas de justificación?

Junto a los casos señalados de comportamientos lícitos, aunque lesivos de intereses ajenos, se encuentran otras hipótesis donde a pesar de existir imputabilidad, la violación a la norma se justifica excepcionalmente; se habla por ésto de "causas de exclusión de la antijuricidad" o "causas de justificación". Se mencionan entre ellas el consentimiento del ofendido, la legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio de un derecho.⁸³ De acuerdo con la concepción real objetiva de lo jurídico, cada una de las causas se fundamenta en la tutela de un interés que el Ordenamiento considera más valioso que el lesionado.⁸⁴

¿Cuáles son las limitaciones del consentimiento del ofendido como "causa de justificación"?

Con relación al consentimiento del ofendido se afirma que "impide" el nacimiento de la responsabilidad⁸⁵, pero ésto es aplicable únicamente a los casos en que exista la facultad de disposición (subjctiva y objetiva)⁸⁶. No ocurre, así, por ejemplo, con algunos de los llamados derechos de la personalidad⁸⁷. En cambio, con relación a los daños patrimoniales se considera que si el propietario puede destruir o deteriorar una cosa de su propiedad, igualmente puede consentir en que otro la destruya o deteriore.⁸⁸

¿Cuál es la razón de la tutela de la legítima defensa como causa de justificación?

En el caso de la legítima defensa se da la tutela preferente del interés del agredido; se permite la reacción contra el agresor, por lo que no puede hablarse de daño "injusto"; en nuestro Código Penal se expresa que no comete delito el que obra en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurra una agresión ilegítima y una necesidad razonable de la defensa empleada para repelar o impedir la agresión (artículo 28 del Código penal).

¿Cuáles son los requisitos para que el "estado de necesidad" se configure como "causa de justificación"?

En el estado de necesidad no se comete ilicitud si frente a una situación de peligro, para salvar un bien jurídico propio o ajeno se lesiona a otro, siempre que el peligro sea actual e inminente, que no haya sido provocado voluntariamente y que no sea evitable de otra manera, salvo que el titular del interés protegido tenga el deber de afrontar el riesgo (artículo 27 del Código Penal).

En algunos ordenamientos el estado de necesidad da lugar a una forma de responsabilidad limitada a una equitativa indemnización.

Veamos algunos ejemplos de lo que podría considerarse como "estado de necesidad":

Un naufrago para salvarse rechaza a quien se acerca a su tabla;

Una persona bota gasolina para evitar que un incendio la alcance y produzca una explosión.⁸⁹

83. V. RESCIGNO, Pietro, *Manuale di Diritto privato italiano*, Jovene, Napoli, 1976, p. 687.

84. Así BOFFI BOGGERO, Luis M. *Elementos de la llamada responsabilidad subjetiva*. Revista Notarial, Buenos Aires, Año 80-820, 1975, p. 725.

85. En un caso de una operación a un animal por un práctico se dijo: "...al haber probado el accionado que el accionante prácticamente lo exoneró de toda responsabilidad...es del caso confirmar la sentencia que declaró sin lugar la demandada..." TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, Sección Primera, 14 y 40 hs de 24 de setiembre de 1981.

86. V. PUGLIATTI, Salvatore, *Diritto Civile*, Giuffrè-ed, Milano, 1951, págs. 3 y 33.

87. V. BOU-PEREZ, *Los Valores fundamentales de la personalidad y sus medios de tutela*. Editorial Universidad de Costa Rica, 1977 (también en Revista judicial No. 9), aquí incluido.

88. Así ROGEL, op. cit., supra 1, p. 85.

89. Sobre el tema v. BRANCA, op. cit., supra 79, p. 582; TORRENTE, op. cit., supra 37, p. 611; MESSINEO, op. cit., supra 15, p. 546.

En Costa Rica, sin embargo, en un caso en que un piloto se vio obligado a botar carga fuera de la avioneta para disminuir el peso y poder aterrizar se habló de "caso fortuito".⁹⁰

¿Cuál límite encuentra el "ejercicio de un derecho como causa de justificación?"

El ejercicio de un derecho impide que se califique de antijurídica una conducta.

Veámoslo con un ejemplo:

"...habiendo estado en mora en la satisfacción de la obligación, fue bien despachada aquella ejecución, por lo que deben desestimarse en todos sus extremos sus pretensiones, tendientes a obtener un resarcimiento por daños y perjuicios".⁹¹

Como relación al ejercicio de un derecho como causa de justificación deben tenerse especiales cuidados, pues no siempre el ejercicio de un derecho impide la producción de un daño injusto; aquí entramos en la materia del "abuso del derecho".

ch- *En particular sobre el daño derivado de abuso del derecho subjetivo*

¿Cómo se puede resumir el desarrollo de la doctrina sobre el abuso del derecho?

Las fuentes romanas nos han transmitido el principio de que "no daña a nadie quien usa de su derecho" ("Qui iure suo utitur neminem laedit" Gayo, Digesto).⁹² El mismo Derecho Romano, sin embargo, llegó a la formulación de las limitaciones en el uso del derecho y no permitió, por ejemplo, los actos con ánimo de perjudicar al vecino, aunque estuvieran de acuerdo a los términos formales del derecho subjetivo;⁹³ se vino así perfilando la doctrina del abuso del derecho, que hace responsable de sus actos dañosos al autor, aunque ejercite un derecho, en ciertos casos. Como ha aclarado Busnelli, esta doctrina ha sido desarrollada particularmente por la doctrina francesa con dos perspectivas: desviación del fin perseguido por la ley y posible contraste entre derecho positivo y moral.⁹⁴ Así, Jossierand, por ejemplo, parte de la relatividad del derecho subjetivo y ve en el ejercicio abusivo un rompimiento con el espíritu de la institución.⁹⁵ Para otros, como Santoro Passarelli, no se trata realmente de un "abuso" del derecho, sino de un "exceso", en cuanto se trata de conductas que sobrepasan los límites de la situación jurídica; en el sentido de que "el ejercicio de un derecho termina cuando el derecho desaparece y desaparece cuando se abusa de él".⁹⁶ Se tiende a determinar el ámbito de extensión máxima del ejercicio del derecho, fuera del cual no puede decirse que el sujeto "iure suo utitur".⁹⁷

Los daños causados por abuso del derecho configuran una forma de responsabilidad aquiliana.

En materia de competencia ilícita encontramos muchos ejemplos de abuso del derecho:

En principio, toda persona puede ejercer actividades en competencia con otras personas; el

90. SALA SEGUNDA CIVIL, No. 304 de 15 y 10 hs de 4 de octubre de 1973.

91. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL. Sección Segunda. No. 297 de 9 y 15 hs de 9 de junio de 1981. "Cuando las gestiones en juicio son derivadas de la ley, no pueden dar origen a indemnización por daños y perjuicios, pues son legítimas" SALA PRIMERA CIVIL, No. 147 de 9.05 hs de 1 de junio de 1973.

92. Cit. p. PUGLIATTI, op. cit., supra 7, p. 53

93. V. BORREL, op. cit. supra 25, p. 120; COLIN y CAPITANT, op. cit., supra 16, p. 807 y SALA DE CASACION, No. 119 de 16 hs de 5 de noviembre de 1954, p. 848.

94. V. BUSNELLI, op. cit., supra 52, p. 76.

95. V. TAFUR, Francisco. El Abuso de los Derechos. Revista del Colegio de Abogados, Año I, No.2, San José, julio de 1945, p. 16

96. BORREL, op. cit., supra 25, p. 118.

97. PUGLIATTI, op. cit., supra 7, p. 53 (obra originalmente publicada en 1936).

ejercicio de este derecho es legítimo, aunque el que sufra la competencia reciba un daño.⁹⁸ Pero cuando hay abuso cesa la justificación y se incurre en antijuricidad.⁹⁹

Así, pueden considerarse como competencia abusiva la propaganda que trata de confundir al consumidor, las copias de envases o envolturas, los actos dirigidos claramente a desprestigiar al competidor hablando mal de su seriedad en los compromisos o de la preparación de sus productos.

En síntesis, la ilicitud del abuso del derecho supera la idea de que quien su derecho usa a nadie lesiona, pues en el ejercicio abusivo (que en el fondo ya no es ejercicio del derecho, como se ha visto) también puede surgir para otro un daño injusto resarcible.

d- *Ilicitud civil e ilicitud penal**

La ilicitud, de conformidad con los principios ya expuestos, resulta de una transgresión sustancial del ordenamiento.

Dentro del universo genérico de "lo ilícito", se distingue lo penal de lo civil, distinción que se especifica en múltiples conceptos como "responsabilidad", "comportamiento", "dolo y culpa", "consecuencias jurídicas" y "valores o bienes jurídicos".

Para distinguir la ilicitud civil de la penal han sido propuestos múltiples y diversos criterios:

¿Cuál objeción encuentra el criterio de la naturaleza del derecho violado?

Algunos afirman que si la transgresión es frente a un derecho objetivo nos encontramos con la ilicitud penal, mientras que si se da frente a un derecho subjetivo será civil.

Puede objetarse a este criterio que no es concebible una violación del derecho subjetivo que no lesione al mismo tiempo el Derecho objetivo.

¿Cuáles problemas plantea el criterio de la diversidad cualitativa de la norma?

Según la diversidad cualitativa de las normas, algunos afirman, más bien, que si se viola una norma de Derecho Público estaremos frente a una ilicitud penal, mientras que si se viola una norma de Derecho privado el comportamiento ilícito será civil.

Sin embargo, como es sabido, no hay unanimidad alguna en la doctrina sobre el criterio de distinción entre Derecho Público y Derecho Privado.¹⁰⁰

¿Por qué no es satisfactorio el criterio de la diversidad de contenido de la norma violada?

Para otros, si la norma es prohibitiva el comportamiento será ilícito penal; en cambio, si aquélla es imperativa será civil la ilicitud.

Este criterio tampoco es satisfactorio, porque en Derecho Privado encontramos disposiciones prohibitivas y en el Derecho Penal encontramos disposiciones que suponen una norma imperativa violada, como en los delitos de omisión.¹⁰¹

¿Cuáles limitaciones encuentra el criterio de la reparabilidad del daño?

Otros autores, como Stahl y Venezian, toman en cuenta como criterio la reparabilidad del daño. Desde este punto de vista el daño ilícito penal se caracteriza por su irreparabilidad potencial y la consecuencia es la sujeción a la pena, mientras que el daño civil es esencialmente reparable.

98. V. TRIMARCHI, op. cit., supra 59, p. 91.

99. V. BORREL, op. cit., supra 25, p. 136. SALA DE CASACION No. 119 de 16 hs. de 5 de noviembre de 1954 y 15 y 20 hs. de 15 de noviembre de 1951.

* Se reitera aquí lo expuesto en el Capítulo sobre Los Hechos Jurídicos.

100. Sobre el tema: PEREZ, Víctor, Derecho Público-derecho Privado, Revista judicial No. 16, Corte Suprema de Justicia, San José, setiembre de 1980. Aquí incluido.

101. Por ejemplo la omisión de dar parte a la autoridad y la omisión de auxilio (artículos 393 y 114 del Código penal). V. PERLINGIERI, op. cit., supra 76, p. 105

La verdad es que estos aspectos aparecen mezclados en las situaciones reales. En Derecho Privado hay supuestos de ilicitud que no tienen consecuencias de tipo indemnizatorio, sino de otro orden (especialmente en el Derecho de Familia y en el campo de los llamados derechos de la personalidad); además una ilicitud penal puede tener consecuencias resarcitorias. Claramente, no se trata entonces de una distinción pura.

¿En qué consiste el criterio de la "discordancia"?

Otros, como Merkel consideran que en todo comportamiento ilícito se da una discordancia entre una voluntad particular y una voluntad general. Consideran que la coacción penal se dirige a eliminar esta discordancia en su aspecto ideal, mientras que la civil, en su aspecto material.

Sin embargo, si admitimos la concepción real-objetiva de lo jurídico esta dicotomía desaparece.

¿En qué consiste el criterio de "el sujeto" ante quien se es responsable?

Para algunos lo que realmente tiene interés es: ¿ante quién se es responsable? Se dice que en el Derecho Penal se es culpable frente a la sociedad, mientras que en el Derecho Privado se es responsable frente al perjudicado.

La verdad es que toda lesión a un interés jurídicamente relevante del perjudicado es, al mismo tiempo, una lesión al interés de la comunidad.

¿Cuáles limitaciones tiene el criterio de la finalidad de la sanción?

Otra tesis, bastante generalizada es la que se fundamenta en la finalidad de la sanción: en lo penal, represiva; en lo civil, reparadora.¹⁰²

Sin embargo, en el Derecho Privado y, más concretamente en el Derecho de Familia, hay efectos puramente castigadores, en los que no interesa en forma alguna la reparación pecuniaria (por ejemplo, en materia de patria potestad o autoridad parental), y otros donde la sanción es de orden pecuniario, por lo que se dan conjuntamente los dos aspectos (como ocurre en materia de bienes gananciales con relación al cónyuge culpable, artículo 41 del Código de Familia).

¿Es correcto sostener que el delito penal es -simplemente- una conducta típica, antijurídica y culpable?

Es criterio generalmente aceptado el de que la ilicitud civil es más amplia que la penal, en cuanto comprende todos aquellos comportamientos que afectan negativamente la esfera ajena de intereses; en cambio, el comportamiento ilícito penal debe circunscribirse a las figuras típicas previstas.

Sin embargo, "la nota de la tipicidad...no es modo alguno una constante histórica como criterio diferencial".¹⁰³ Es posible encontrar en todo Ordenamiento faltas civiles típicas. En todo caso tiene validez suficiente la idea de que "la categoría de los delitos civiles es más amplia que la categoría de los delitos penales. En efecto, un acto sólo constituye infracción si está reprovisto y penado por la Ley Penal (Nulla poena sine lege). Por el contrario, cualquier hecho del hombre que cause perjuicio a otro es un delito civil y da derecho a la víctima para obtener una reparación pecuniaria".¹⁰⁴

El criterio no es del todo suficiente, pues en materia de responsabilidad extracontractual se afirma el principio de tipicidad con relación a la llamada responsabilidad objetiva. inclusive, en materia de responsabilidad subjetiva, por mucho tiempo se consideró que el daño moral requería para su existencia de una tipificación positiva especial. El Derecho de Familia contempla también casos de "conductas típicas, antijurídicas y culpables" (por ejemplo con relación a las causas de separación judicial o de divorcio y a los motivos de modificación de la autoridad parental),

102. V. COLIN y CAPITANT, op. cit., supra 16, p. 777 y BRENES, op. cit., supra 18, p. 343.

103. ROGEL, op. cit., supra 1, p. 24.

104. COLIN y CAPITANT, op. cit. supra 16, p. 777. Sobre el tema v. tamb. BRANCA, op. cit., supra 79, p. 579.

por lo que no resulta del todo correcto definir, como lo hacen Novoa¹⁰⁵ y otros, el comportamiento ilícito penal como "conducta típica, antijurídica y culpable".

¿Tiene alguna importancia la distinción entre ilicitud civil e ilicitud penal con relación a la indemnización?

Con relación a la indemnización, en sus aspectos sustanciales, en relación la distinción carece de interés y para estos fines se prescinde de todo enfoque o ubicación por razón de la materia (civil o penal) tomándose en cuenta sólo el daño causado a la víctima.¹⁰⁶

Conviene precisar que una absolución o sobreseimiento de orden penal no determina necesariamente exención de responsabilidad civil extracontractual.¹⁰⁷

Es claro que en muchos casos se observa la existencia de hipótesis de ilicitud penal sin consecuencias civiles, por ejemplo, cuando se quebrantan disposiciones de tránsito, como cuando se da a un vehículo un uso distinto de aquél para el cual tenía permiso de circulación.¹⁰⁸

En resumen, la distinción entre ilicitud civil e ilicitud penal no es simple; la diversidad de criterios impide diferenciaciones absolutas y en cada caso concreto será necesario determinar los presupuestos de la imputabilidad, la concordancia con el tipo y otros efectos conexos como la prescripción.

2. La causalidad

a- La causalidad entre conducta y daño

El nexo de causalidad entre conducta y daños, uno de los elementos de la responsabilidad subjetiva; ésto significa, en síntesis, que el daño debe ser la consecuencia directa e inmediata de la conducta,¹⁰⁹ para los efectos del resarcimiento.¹¹⁰ Así lo ha dicho nuestra jurisprudencia.¹¹¹

Por su especial claridad e importancia transcribimos algunas resoluciones sobre el tema:

"Uno de los elementos o requisitos esenciales para que proceda la indemnización de daños, tanto a consecuencia de infracción contractual como extracontractual, es la relación o nexo cau-

105. NOVOA, Eduardo, Causalismo y Finalismo en Derecho Penal Editorial Juricentro, 1980, San José, p. 22 y 25.

106. SALA PRIMERA CIVIL, no. 466 de 9 hs de 31 de octubre de 1975.

107. V. CASTILLO, Enrique, Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal. Colegio de Abogados, San José, 1977, p. 183.

"Si del estudio y análisis de la prueba testimonial que se recibió en una causa penal por lesiones culposas, en la que el imputado resultó inexplicablemente sobreseído definitivamente, se desprende la culpabilidad plena y cierta del aquí demandado, como la vía ordinaria no está subordinada ni supeditada a la vía penal, procede examinar aquí esa culpabilidad de conformidad con el Código Civil" TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL-S. la., No. 356 de 1981.

108. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 752 de 9 y 15 hs de 1 de setiembre de 1976.

109. Así TORRENTE, op. cit. supra 37, p. 619 y BORREL, op. cit., supra 25, p. 85.

110. V. MESSINEO, op. cit., supra 15, p. 557.

111. La Jurisprudencia ha estimado injusta una condenatoria referida a daños y perjuicios indirectos o mediatos tanto por ser ello de difícil comprobación y previsión, como porque resultaría demasiado onerosa la responsabilidad de la parte que incurre en la obligación de satisfacerlos por imprudencia o negligencia" SALA DE CASACION, No. 69 de 1963, II, II, p. 591.

"Los daños y perjuicios...deben ser una consecuencia inmediata y directa..." SALA DE CASACION, No. 29 de 15 hs 40 m. de 25 de marzo de 1958, Tomo II, I Semestre, p. 567. No se consideraron tales los relativos a una lesión que se produjo a una persona al tropezar escapando de un toro. SALA DE CASACION No. 129 de 15 hs de 14 de diciembre de 1955, Sem. II, 2, p. 962.

sal entre el hecho que se estima productor del daño y éste".¹¹²

"Cualquier desequilibrio económico que fuere culpa exclusiva de un tercero, debe ser reparado por este, siempre y cuando exista una relación de causalidad entre el hecho delictuoso o cuasi-delictuoso y el daño reclamado".¹¹³

"El nexo causal constituye uno de los más relevantes requisitos, si no el más importante, para que legalmente se dé en forma nítida la responsabilidad del agente a quien se le achaca un hecho culposo con dañinas consecuencias".¹¹⁴

Los principios señalados adquieren importancia práctica desde el punto de vista de la prueba: no basta probar la culpa del sujeto demandado, sino que es necesario demostrar también la relación de causalidad, entre esa culpa y el daño o perjuicio.¹¹⁵

"Cuál significación conserva el elemento "causalidad" en la responsabilidad objetiva?

Lo anteriormente expuesto sobre la causalidad como elemento de la responsabilidad es aplicable a la responsabilidad subjetiva, pero no con el mismo sentido a la responsabilidad objetiva.

En los casos de responsabilidad objetiva siempre habrá de buscarse una causalidad adecuada, pero en este caso entre la puesta en marcha de una actividad peligrosa (entendiendo causa como la razón jurídica que justifica la eficacia) y el daño.

No se trata de una causalidad eficiente directa, sino de la fundamentación misma de la responsabilidad sin culpa.

¿Cuáles son los daños y perjuicios indemnizables desde el punto de vista de la causalidad, en la responsabilidad subjetiva y objetiva?

En nuestro Código Civil se expresa, bajo el tema "Efectos de las obligaciones", "Daños y Perjuicios" (artículo 704): "En la indemnización de daños y perjuicios sólo se comprenderán los que, como consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación se hayan causado o deban necesariamente causarse", regla que, aunque referida a obligaciones contractuales es perfectamente aplicable a nuestro juicio a las extracontractuales.¹¹⁶

El Tribunal Supremo Español ha hablado de la "causalidad adecuada", según la cual deben considerarse como causa aquellos antecedentes de los cuales cabe esperar, según criterios de probabilidad o razonable regularidad, la producción de resultado dañoso, idea también afirmada en la doctrina (en particular italiana y romana); causalidad eficiente es otra expresión que se ha empleado; ella indica, según la Física aristotélica "aquello de donde viene el origen inmediato del movimiento o el reposo".¹¹⁷

Por ejemplo: si alguien causa una herida a otro deberá indemnizarle los gastos de curación, el daño moral, los ingresos normales no percibidos por la suspensión del trabajo, pero no, en cambio, la pérdida de una ocasión, por estar en cama, para acudir a una cita en la que esperaba haber hecho un negocio extraordinario de elevados provechos proyectados.¹¹⁸

112. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL. ALAJUELA. No. 538 de 9 y 15 hs de 8 de junio de 1977.

113. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 634 de 8 y 40 hs. de 26 de agosto de 1977.

114. SALA PRIMERA CIVIL, No. 466 de las 9 hs del 31 de octubre de 1975.

115. V. COLIN y CAPITANT, op. cit., supra 16, p. 805

116. En contra: SALA DE CASACION, No. 13 de 14 y 50 hs de 20 enero de 1965, sem. I, tomo I, p. 186 V. lo expuesto en nota supra 38.

117. V. ROSS, W.D. Aristóteles. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1957, p. 107.
V. MESSINEO, op. cit., supra 15, p. 559; ORGAZ, op. cit., supra 57, p. 69; ANGHE-DEAK-POPA, op. cit., supra 54, p. 92.

118. V. TRABUCCHI, op. cit., supra 34, p. 210.

¿Cómo se ha explicado la no resarcibilidad del daño indirecto según la teoría de la causalidad en la jurisprudencia nacional?

Nuestra jurisprudencia ha aplicado el principio de la causalidad adecuada al establecer la "no resarcibilidad" del daño indirecto, pues "la responsabilidad del deudor no puede trascender más allá del daño o perjuicio efectivamente causado, pues en cuanto excede este límite produce un enriquecimiento injusto del acreedor".¹¹⁹

Con fines ilustrativos transcribimos un ejemplo concreto:

"Si bien es cierto que el resultado dañoso se produjo por la ausencia del actor en su negocio...ese resultado no era de esperarse en la esfera del curso normal de los acontecimientos...conforme a la teoría de la causalidad adecuada, según la cual para efecto de indemnización sólo se considera el daño que era de esperarse en la esfera del curso normal de los acontecimientos; como los daños reclamados no son de este tipo, las partidas correspondientes no pueden aprobarse".¹²⁰

En otro caso se dijo: "...la naturaleza del reclamo no constituye daños y perjuicios inmediatos y directos conforme lo dice el artículo 704 del Código Civil; en efecto, la posible ganancia que pudiera haber obtenido la compañía con la venta del terreno en el predio vecino, constituye un hecho indirecto no indemnizable, sin ninguna relación de causalidad directa con el acto productor del daño".¹²¹

En el primer ejemplo lo que parece haberse tomado en cuenta para determinar los alcances de la causalidad es la previsibilidad, la cual tiene otra función como se verá.

En el segundo fallo citado parece superarse la limitación formal relativa al Derecho aplicable.¹²²

b- La exclusión de la causalidad. la fuerza mayor. El hecho de la víctima o de un tercero

Cuando el daño es resultado de un hecho inevitable ("de la naturaleza", dicen algunos) no hay relación causal entre el resultado y la conducta de un agente. la relación de causalidad no existe del todo, pues el daño no es efecto de la conducta humana, sino que, por el contrario, ha sido producido por un evento.

Del caso fortuito nos ocuparemos en otro momento, más adelante; por el momento conviene aclarar sus diferencias con la fuerza mayor:

"La doctrina...ha fijado los siguientes criterios diferenciadores:

Atendiendo el origen del evento: la fuerza mayor se debería a un hecho de la naturaleza, mientras que en el caso fortuito se trataría de un hecho humano (Bosari y Longo, citados por Soto Nieto).

Atendiendo el grado de imprevisibilidad o inevitabilidad del evento: el caso fortuito es un evento imprevisible, aún utilizando una conducta diligente -si pudiera haberse previsto sería inevitable-; la fuerza mayor, por el contrario, es un evento que, aún cuando pudiera preverse, es inevitable (en esta línea, por ejemplo Goldschmidt, Windscheid)...

Atendiendo a la esfera en que tiene lugar el evento, criterio más objetivo, propuesto entre otros por Josserand: Si el acontecimiento tiene lugar, se origina, en la empresa o círculo afectado, estaríamos en presencia de un caso fortuito. Si el acontecimiento se origina fuera de la empresa o círculo afectado, con violencia tal que, considerado objetivamente, queda fuera de los casos fortuitos que deban preverse en el curso ordinario de la vida, estaríamos en presencia de la

119. SALA SEGUNDA CIVIL, No. 406 de 15 y 15 hs de 19 de diciembre de 1973.

120. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, ALAJUELA No. 538 de 9 y 15 hs de 8 de junio de 1977.

121. SALA DE CASACION, No. 35 de 14 y 10 hs de 22 de abril de 1970.

122. V. supra nota 38.

fuerza mayor".¹²³

A la fuerza mayor se agregan el hecho de la víctima y el hecho de un tercero como factores que hacen desaparecer la causalidad.

Con relación a la culpa del perjudicado (hecho de la víctima) en ella lo que encontramos más bien es una forma de total autorresponsabilidad.¹²⁴

En este tema también ha sido clara la jurisprudencia: "Dado que la muerte del accidentado, ocurrida cuando al salir de un puente lo atropelló un motocar, se debió única y exclusivamente a su propio descuido o negligencia, puesto que al adelantarse al puente no tomó las debidas precauciones a pesar de que la estructura de éste, lo obligaba a caminar por la trocha ferroviaria, es impropcedente la demanda incoada por los causahabientes para que se les indemnizara, en base en que según ellos, el accidente se debió al mal estado que tenía el relleno del referido puente a su salida".¹²⁵

"El enderezado y pintura del guardabarro izquierdo del vehículo del actor no podía dilatar racionalmente más de siete días, como lo estimaron los peritos del INS y si permaneció más tiempo en casa de su propietario y luego en el taller, sólo a él cabe culpar de tal cosa..."¹²⁶

También:

"La doctrina más aceptable enseña que cuando aquella causa radica en la imprudencia grave del accidentado o en su negligencia inexcusable; la parte contraria queda exenta de responsabilidad, porque la víctima fue quien determinó su propio daño".¹²⁷

Del mismo modo, el hecho de un tercero excluye la existencia de la relación de causalidad, pero tal hecho debe demostrarse:

"Si cerca del papayal de los actores se estuvo fumigando un arrozal por medio de un avión de la empresa accionada, produciéndose daños en las papayas y eso permite concluir que la causa del daño en ese cultivo fue la operación de fumigación, correspondía entonces a la parte demandada desvirtuar la culpa, en caso de haber sido otras personas o causas productoras del daño y, concretamente, que otras naves aéreas fumigando otros arrozales aledaños fueran las que aplicaran directa o indirectamente fungicida".¹²⁸

3. La Culpabilidad, elemento del comportamiento ilícito extracontractual, fuente de responsabilidad y subjetiva

Se ha considerado que la culpabilidad constituye la valoración jurídica que se efectúa respecto de la disposición personal del agente en relación con el hecho ilícito concreto que ha realizado.¹²⁹

¿En cuáles elementos se descompone la culpabilidad?

Para muchos autores, el elemento "Culpabilidad" se descompone en dos condiciones: la

123. V. ROGEL, op. cit., supra 1, p. 79.

124. V. MESSINEO, op.cit., supra 15, . 563; BORREL,op. cit., supra 25, p. 105.

125. SALA SEGUNDA CIVIL, No. 294 de 15 y 30 hs de 17 de setiembre de 1975.

126. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 195 de 10 y 40 hs de 21 de marzo de 1978.

127. SALA DE CASACION, No. 33 de 9 hs y 30 m. de 9 de abril de 1953, I, I, p. 657. V. tamb. BORREL, op. cit., supra 25, p. 105.

128. SALA PRIMERA DE LA CORTE, No. 84 de 14 y 45 hs de 19 de noviembre de 1980.

129. NOVOA, op. cit., supra 105, p. 40.

imputabilidad y la culpabilidad en sentido estricto.¹³⁰

La consecuencia práctica de esto es que ha de demostrarse tanto una como la otra y la de que queda excluida la culpabilidad cuando el hecho es producto de un caso fortuito.

La carga probatoria relativa a la culpa se invierte en algunos casos:

En materia de responsabilidad subjetiva, por ejemplo, existen algunas presunciones "iuris tantum" (de las que admiten prueba en contrario, llamadas también "relativas") de culpa que ha de destruir el accionado, como en los actos de menores de quince años y dependientes o encargados; en estos casos el presunto responsable, para liberarse de responsabilidad debe demostrar que no se hubiera podido evitar el daño ni con toda la debida diligencia.

En materia de responsabilidad objetiva, según veremos más detenidamente luego, la liberación de responsabilidad, requiere la demostración de la fuerza mayor o de la propia falta del perjudicado.¹³¹

a- *Capacidad e imputabilidad.*

La relación entre capacidad e imputabilidad se comprende si se piensa que la segunda es una condición el sujeto que participa en el hecho que hace que éste le pueda ser atribuido, atribución que presupone la aptitud psicológica necesaria para la comprensión de la naturaleza antijurídica de la conducta y actuar según esta comprensión?¹³²

¿Cuál es la diferencia entre la capacidad de actuar y la "capacidad extracontractual?"

La capacidad para obligarse a que se refiere el artículo 627 del Código Civil, como uno de los elementos esenciales para el nacimiento de la obligación, debe interpretarse en forma diversa según se trate de capacidad para obligarse o realizar actos de disposición en el campo negocial, o bien de capacidad para quedar obligado extracontractualmente con el propio comportamiento, desde el punto de vista de la responsabilidad subjetiva; en la primera hipótesis nos encontramos frente a la capacidad de actuar, que se adquiere con la llamada "emancipación legal" (mediante matrimonio) o con la mayoría; en el segundo caso es diferente: encontramos en la "capacidad extracontractual" la edad de quince años, como límite cronológico máximo de la responsabilidad de quien tenga a su cargo el menor; de ahí que se ha interpretado que "si los demandados son mayores de quince años entonces ellos responden por sus propios actos, estando obligados a indemnizar cumplidamente al ofendido, pues si el Código Civil establece que los padres son responsables de los daños causados por sus hijos menores de quince años, a contrario sensu, los mayores de quince años, como ocurre en el caso, responden por sí solos".¹³³

Puede considerarse que éste es un caso donde la capacidad natural tiene relevancia a pesar de la genérica incapacidad de actuar del sujeto. La posibilidad de que el menor de edad, pero mayor de quince años se obligue extracontractualmente con acto propio es un implícito reconocimiento de su capacidad cognoscitiva y volitiva con referencia al marco de lo ilícito, pues la responsabilidad civil presupone la capacidad de entender en los supuestos de responsabilidad subjetiva.¹³⁴

130. V. COLIN y CAPITANT, op. cit., supra 16, p. 794.

131. V. TORRENTE, op. cit., supra 37, p. 616; BRANCA, op. cit., supra 79, p. 582.

132. V. NOVOA, op. cit., supra 105, p. 41.

133. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 918 de 16 y 30 hs de 15 de noviembre de 1977.

134. V. TRABUCCHI, op. cit., supra 34, p. 211.

b- *La culpabilidad en sentido estricto.*
Dolo y Culpa

Una vez constatada la imputabilidad es necesario proceder al ulterior examen de los aspectos psíquicos: la culpabilidad en sentido estricto.

¿Cuál es la diferencia entre dolo y culpa?

Dentro de la culpabilidad se distingue el dolo de la culpa en sentido estricto.

Se considera que se produce un comportamiento ilícito extracontractual doloso cuando la lesión de un interés jurídicamente relevante se realiza con conciencia y voluntad del hecho lesivo.¹³⁵ Se trata de un concepto de dolo que se acerca al sentido penal y está claramente diferenciado del dolo negocial que incide en la formación de la voluntad del negocio jurídico. En materia negocial "dolo es toda maquinación o fraude, para engañar a otra persona logrando que manifieste su voluntad de realizar un negocio jurídico que no hubiese hecho, o hubiese hecho distinto, de no existir el dolo".¹³⁶

En doctrina se discute el objeto del dolo extracontractual; para unos "voluntad del acto en cuanto tal", para otros, voluntad del resultado dañoso; para otros, voluntad de actuar ilícitamente. Este último punto de vista no es aceptable pues la ilicitud existe independientemente de que se tenga conciencia de ella ("Ignorantia Iura non excusat").

La culpa en sentido estricto, en cambio, es resultado de falta, negligencia, imprudencia e impericia.

¿Qué es la negligencia?

El concepto de negligencia presupone el deber de diligencia y consiste en la contravención de este deber.¹³⁷

Es la omisión de la diligencia requerida según las circunstancias.

¿Qué es la imprudencia?

Algunos han visto la imprudencia como una especie de negligencia. Sin embargo, al contrario de aquella es un exceso de actividad y no una omisión, un acto positivo, no negativo.¹³⁸

¿Qué es la impericia?

La impericia se basa en el ejercicio de una actividad a pesar de la propia ineptitud técnica o física de cumplirla en forma idónea; hay culpa, pues, cuando se realizan actividades para las que se requieren conocimientos técnicos o fuerzas físicas de las que carece el agente. Con relación específica al ejercicio de profesiones liberales se ha considerado que el que las ejerce está obligado a tener los conocimientos suficientes para ello; no es suficiente poseer un título académico, porque el progreso de las ciencias en unos casos y las nuevas complicaciones que van surgiendo, en otros, impone una diligencia posterior a la obtención del título.¹³⁹ Culpable es el que sabiendo su falta de competencia, ejerce la profesión. Puede ponerse en duda el elemento "conoci-

135. V. MESSINEO, op. cit., supra 15, p. 539 y BORREL, op. cit., supra 25, p. 47.

136. UMAÑA-PEREZ, Elementos del Negocio Jurídico, Revista Judicial no. 12, junio de 1979, p. 101, aquí incluido.

137. MESSINEO, op. cit., supra 15, p. 536.

138. Op. ult.cit., p. 537. V. SALA PRIMERA CIVIL, No. 396 de 9 hs de 14 de diciembre de 1973.

139. V. BORREL, op. cit., supra 25, p. 66.

miento de la propia falta de competencia" como componente de la impericia, pues puede considerarse suficiente la real impericia, por ejemplo en el caso en que el agente esté desactualizado en los conocimientos de su profesión y no lo sepa, pero a condición de que haya existido la posibilidad real de haber logrado la citada actualización.

¿Qué es la falta?

La falta resulta de la contravención de disposiciones de orden reglamentario. Veámoslo con un ejemplo:

En un caso donde una niña fue herida con el aspa de un ventilador de un teatro, aspa que cayó porque unos niños jugaban con él mediante un bastón, se tomó en cuenta el reglamento de espectáculos públicos según el cual no es permitido conservar paraguas ni bastones en los teatros, para cuyo depósito debe haber un local especial. Se dijo ahí: "la falta del empresario consistente en no haber cumplido con la disposición el artículo 34 dio acción a la perjudicada para cobrar indemnización por el daño sufrido, pues conforme lo establece el artículo 1045 del Código Civil, fuera del dolo, la negligencia, la imprudencia y la falta también originan la obligación de resarcir el daño causado junto con los perjuicios".¹⁴⁰

¿Qué importancia tiene la distinción entre dolo y culpa con relación a la reparación?

En materia extracontractual carece de interés la distinción entre dolo y culpa, con relación a la eficacia jurídica, pues en ambos casos la ley obliga al autor a la reparación completa. Hoy muchos autores prescinden de la distinción entre "delito y cuasidelito" en lo civil, por considerarla desprovista de interés práctico.¹⁴¹

c- Concurso de culpa

El principio que está en la base de la regulación jurídica del concurso de culpa es que quien ha causado un daño a otro responde dentro de los límites de las consecuencias referibles a la propia conducta antijurídica,¹⁴² es una especificación del principio de causalidad adecuada que ya hemos mencionado.

Con la expresión "concurso de culpa" nos referimos a tres supuestos diferentes: la culpa recíproca, la culpa común y la culpa solidaria.

¿En qué consiste la culpa recíproca?

La culpa recíproca se presenta cuando se produce una pluralidad de daños debida a varios autores, cada uno de los cuales es, al mismo tiempo, autor de un daño y dañado; hay en ella, precisamente, reciprocidad de culpa; es frecuente en materia de accidentes de tránsito.¹⁴³

¿Cuándo nos encontramos frente a la culpa común?

La culpa común se da cuando concurre la culpa del sujeto afectado. En este caso el resarcimiento queda limitado según criterios de proporcionalidad. No se trata de una compensación de culpas.¹⁴⁴ La proporción se establece en consideración a la parte del daño que pueda atribuirse a

140. SALA DE CASACION, 2 y 30 hs de 7 de julio de 1926.

141. ROGEL, op. cit., supra 1, p. 30; PUGLIATTI, op. cit., supra 7, p. 7. "No es necesario que medie mala fe para que surjan las consecuencias..." SALA DE CASACION No. 3, 1953. Tamb. COLIN y CAPITANT, op. cit., supra 16, p. 22; ANGHE-DEAK POPA, op. cit., supra 54, p. 50 y BRANCA, op. cit., supra 79, p. 581

142. V BU'SNELLI, op. cit., supra 52, p. 54.

143. V MESSINEO, op. cit., supra 15, p. 564 y SALA DE CASACION No. 33 de 9 y 30 hs de abril de 1953. Semestre I, tomo I, p. 657.

144. En contra TORRENTI, op. cit., supra 37, p. 620.

la culpa ajena, por lo que una parte del daño ha de ser soportada por el propio "dañado culpable en parte"; se ha hablado de autorresponsabilidad por concurso en la producción del daño.

En nuestra jurisprudencia se ha dicho, por ejemplo:

"Si en el terreno donde se introdujeron los bueyes de los demandados había cultivos que según testigos era ruinosos y mal asistidos...y si además entre las colindancias de las fincas del actor y del demandado no había cercas, ya que las separaba una quebrada, lo que acusa falta de previsión en el reclamante, todo esto trae como consecuencia la reducción de lo que se ordenó pagar por concepto de daños y perjuicios al demandado".¹⁴⁵

En otro caso se expresó: "no destruida la convicción que los juzgadores de instancia tuvieron respecto de la culpa concurrente del señor G., se ajusta al espíritu de dicho artículo 1048 que al instituto demandado sólo se le condenará en proporción a la parte de culpa que tuvo el accidente. La tesis de culpa concurrente en accidentes causados por máquina motiva ha sido admitida reiteradamente en nuestra jurisprudencia. Ver entre otras la Casación de 14 y 35 horas del 15 de abril e 1943, página 186 de la colección".¹⁴⁶

¿Cuándo surge la culpa solidaria extracontractual?

La culpa solidaria extracontractual surge cuando concurren dos o más autores en la producción de un daño. El principio de la responsabilidad solidaria extracontractual se encuentra formalizado en el artículo 1046 del Código Civil, según el cual "la obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados con un delito o cuasidelito, pesa solidariamente sobre todos los que han participado en el delito o cuasidelito, sea como autores o cómplices y sobre sus herederos" (texto que debe entenderse en armonía con artículos 564 y 565 del Código Civil en lo que se refiere a los herederos).¹⁴⁷ Los coautores responden de modo que cada uno de ellos (o uno solo de ellos a criterio del acreedor) puede ser obligado a afrontar la totalidad del daño, por lo que frente al dañado no cabe alegar distribución de responsabilidad.¹⁴⁸

ch- *La exención de culpabilidad. El caso fortuito*

El caso fortuito, a diferencia de la fuerza mayor, que se caracteriza generalmente por su inevitabilidad, tiene más bien por eje definitorio la imprevisibilidad; por esta razón es determinante que el sujeto, antes de la producción del acontecimiento haya actuado con diligencia; para determinar la previsibilidad debe tomarse en cuenta la diligencia del buen padre de familia. Se ha dicho que, si a pesar de darse tal diligencia, el evento sigue siendo imprevisible, estaremos en presencia del caso fortuito; éste exime de culpa; no hay, pues, responsabilidad. Pero, si el daño no fue previsto por no usarse la diligencia debida, estaremos ante una conducta negligente determinante de responsabilidad. La culpa excluye, en este sentido, al caso fortuito.¹⁴⁹

145. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 161 de 8 y 30 hs de 15 de marzo de 1978. "Hay razones lógicas para valorar la diversa eficiencia de las concausas..." BUSNELLI, op. cit., supra 52, p. 53

146. SALA DE CASACION No. 82 de 15 hs 45 m. de 27 de setiembre de 1963 V. también: SALA DE CASACION No. 40 de 10 hs., 40m. de 22 de marzo de 1952 (un caso donde una bomba de incendio colisionó contra un bus). "Por haber culpa concurrente la indemnización se reduce a la mitad. Juzgado Civil de L. I. món, 10 hs., 25 agosto 1955.

147. V BRENES, op. cit., supra 18, p. 34

148. V. MESSINEO, op. cit., supra 15, p. 567 y TRABAUCCHI, op. cit., supra 34, p. 223.

149. ROGEL, op. cit., supra 1, p. 91 "No constituye fuerza mayor o caso fortuito el hecho de que un árbol ...cayera sobre la línea férrea ...si había circunstancias que permitían preveer su caída" SALA DE CASACION 10.30 hs de 14 de setiembre de 1939..

4. Las formas de la responsabilidad subjetiva

a- Responsabilidad directa e indirecta

Nuestra jurisprudencia ha aclarado que la doctrina sobre la responsabilidad subjetiva -en su doble forma de responsabilidad directa o por hecho propio y de responsabilidad indirecta o por hecho ajeno- es de antiquísimo abolengo, pues ya existía en el Derecho Romano, aunque en su segunda manifestación (responsabilidad indirecta) fue perfeccionándose en épocas posteriores a través de la jurisprudencia francesa y de las enseñanzas de los civilistas de ese país, en especial Pot-hier, que tanto influyó en la codificación napoleónica. Esta doctrina sirvió también de orientación a los redactores del proyecto del Código Civil español y más tarde fue recogida por los países latinoamericanos que siguieron los moldes del Código Napoleón y, en parte, del proyecto español, como ocurrió con el Código costarricense que empezó a regir en 1888.¹⁵⁰

En los casos de responsabilidad directa tenemos la conducta propia de un sujeto, que obliga a éste al resarcimiento.

En los casos de responsabilidad indirecta, el sujeto que es el autor directo del acto ilícito y el sujeto al que se le adscribe la responsabilidad no son coincidentes, no son el mismo sujeto. No se trata de una excepción al principio de que el sujeto es el punto necesario de vinculación entre el hecho jurídico y sus consecuencias, pues la ley atribuye esta responsabilidad a un sujeto diferente del autor material en consideración a la relación que existe entre ambos (artículos 1047 y 1048 del Código Civil). Se habla de responsabilidad indirecta en contraposición a la responsabilidad por acto propio (directa).

b- Modalidades de la responsabilidad indirecta: "in vigilando" e "in eligendo"

Ha sido aclarado por nuestra jurisprudencia que, aunque la doctrina divide la culpa extracontractual en "directa" e "indirecta", en cuanto a la segunda se ha sostenido que es una responsabilidad que nace del deber que tenemos todos de vigilar las personas, animales o cosas que dependen de nosotros y de ser cautos en la elección de quien queremos servirnos; de manera que, no obstante el lenguaje empleado, en el fondo ésta es una responsabilidad por acto propio, por culpa "in eligendo" o "in vigilando".¹⁵¹

Nuestra Sala de Casación ha dicho que la responsabilidad indirecta descansa también en las mismas condiciones en que opera la responsabilidad directa, pues no recae sobre el autor directo del daño, sino que sobre sujetos que están obligados a responder en virtud de algún vínculo que los constriñe a cumplir deberes de vigilancia o educación, o de elegir bien a quienes deban ejecutar un acto por encargo suyo. Según Giorgi no es difícil comprender que la falta de vigilancia o la mala elección son verdaderas culpas y constituyen otras tantas omisiones en el cumplimiento de los deberes. Otros autores como los Mazeaud y Tunc coinciden en la misma opinión al decir que las personas declaradas responsables "por el hecho ajeno" tienen normalmente una parte en la producción del daño. Sin duda, su comportamiento (omisivo, casi siempre falta de vigilancia) no es la causa directa del daño, pero es una de sus causas; en realidad estas personas responden por su propio comportamiento.¹⁵²

En estos casos existe una presunción de culpa, presunción que puede caer si los sujetos correspondientes demuestran que no era posible evitar el evento dañoso.¹⁵³

150. SALA DE CASACION, No. 55 de 16 y 15 hs de 14 de mayo de 1971.

151. SALA DE CASACION, No. 45 de 15 hs de 30 de abril de 1953.

152. SALA DE CASACION, op. cit., supra 150.

153. BRANCA, op. cit., supra 79, p. 583.

1. En particular sobre la responsabilidad "in vigilando" con relación a los comportamientos de los menores de quince años

¿Hasta dónde llega la responsabilidad de los padres o encargados de un menor?

La responsabilidad subjetiva indirecta "in vigilando" tiene especial importancia en el caso del artículo 1047 del Código Civil, según el cual los padres son responsables del daño causado por sus hijos menores de quince años que habiten en su misma casa. En defecto de los padres, son responsables los tutores o encargados del menor. Para algunos la responsabilidad de los padres es conjunta, bastando que ambos tengan la patria potestad, siendo indiferente que la guarda, crianza y educación estén a cargo de uno solo de ellos.¹⁵⁴

Otros sostienen, en cambio, que la responsabilidad pesa únicamente sobre aquél de ellos que tiene estos últimos tributos.¹⁵⁵

A nuestro juicio, guarda, crianza y educación son inseparables de la autoridad parental y son atributos que pueden mantenerse compartidos, inclusive después de la separación, el divorcio o la anulación del matrimonio, si bien en diversa proporción de tiempo de ejercicio efectivo directo sobre el menor, como lo ha aclarado magistralmente el Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera.¹⁵⁶ En estos casos, desde nuestro punto de vista, el que debe responder es el que tenga a su cuidado efectivamente al menor en el momento de la producción del daño, por estar a su cargo en ese momento en forma principal el deber de guarda (que incuye la vigilancia). ¿Cómo está regulada la prueba liberatoria en la responsabilidad indirecta?

Si bien el artículo 1047 del Código Civil no habla de prueba liberatoria, consideramos aplicable (a los supuestos del citado artículo) la regla del segundo párrafo del artículo 1048: "cesará la responsabilidad de las personas dichas, si prueban que no habrían podido impedir el hecho de que se origina su responsabilidad ni aún con el cuidado y diligencia común u ordinaria".¹⁵⁷

Sobre estos textos legales, nuestra jurisprudencia¹⁵⁸ ha manifestado que "...dentro del artículo 1048 no quedó prevista la responsabilidad de los padres por los hechos ilícitos de sus hijos, pues los redactores del Código se ocuparon de ella en otra regla, o sea el artículo 1047.

Ahora bien, como este artículo no alude a la falta de vigilancia, ni al incumplimiento de los deberes de corrección y educación, ni contiene ninguna regla similar a la del párrafo segundo del artículo 1048, por allí podría creerse que se trata de una responsabilidad sin culpa, que se impuso a los padres por el solo hecho del vínculo 1047, pues aparte de que en esa disposición está comprendida la responsabilidad de los tutores o encargados de la guarda, o sea de personas no ligadas con el menor por el vínculo que existe entre padres e hijos, realmente no hay ninguna razón para suponer que el legislador estableciera allí una responsabilidad de carácter objetivo, apartándose de la común doctrina y de las legislaciones que le sirvieron de modelo. Además, nótese que el artículo 1047 se refiere a los menores que habiten en la misma casa de los padres, con lo cual introduce un elemento condicionante de la responsabilidad, sin duda porque la convivencia es lo que hace posible que los progenitores puedan vigilar constantemente a sus hijos, así como orientarlos y corregir las manifestaciones inconvenientes de su conducta. Se trata, pues, de una responsabilidad subjetiva, basada en una presunción de culpa de los padres, que admite prueba en

154 V. MESSIENO, op. cit., supra 15, p. 570, 571 y BORREL, op. cit, supra 25, p. 155.

155. COLIN y CAPITANT, op. cit, supra 16, p. 817.

156. No. 707 de 10 hs 30m de 2 de setiembre de 1983.

157. V. TRABUCCII, op. cit., supra 34, p. 215

158. SALA DE CASACION, op. cit., supra 150.

contrario, al igual que ocurre con los jefes de colegios o escuelas, según el artículo 1048, párrafo segundo del Código Civil y es obvio que no podría haber otra interpretación por el hecho de que el legislador no usara otra fórmula más categórica en el artículo 1047, pues el principio está implícito en esa regla y su texto debe interpretarse en armonía con la doctrina que sirve de fundamento a la responsabilidad que descansa en la violación de un deber jurídico y por lo tanto no puede considerarse establecida la margen de toda noción de culpa. Para algunos autores, sin embargo, la eventual culpa in vigilando (o in educando) no representa el fundamento del deber legal de los vigilantes, padres, tutores o preceptores del menor de resarcir los daños, deber que consideran más bien como una forma de garantía para el dañado que la legislación realiza imputando directamente el daño a determinadas personas, en base a su cualidad.

Se trata, en consecuencia, en nuestro medio de una presunción relativa de culpa que, como tal, admite la prueba liberatoria de "no haber podido impedir el hecho", con la aclaración adicional de que para nuestra jurisprudencia no significa necesariamente descuido culposo la no presencia de los padres en el momento en que se produjo el daño.¹⁵⁹

Aunque en algunos ordenamientos se atribuye análoga responsabilidad a los maestros,¹⁶⁰ en el nuestro está correspondiente a los jefes de colegios y escuelas.

¿Cuáles reglas especiales en cuanto a la prueba de la culpa en la responsabilidad subjetiva indirecta existen en la ley de jurisdicción Tutelar de Menores?

Se ha considerado que la presunción de la culpa no opera en relación a las responsabilidades civiles derivadas de la aplicación de la Ley de la Jurisdicción Tutelar de menores; según el artículo 8 de ésta, los padres están obligados a la indemnización "cuando se probare que habrían podido evitar el daño o que descuidaron notablemente la guarda del menor".¹⁶¹ Esta regla exige se demuestre la negligencia de los padres del menor para obligarlos a la reparación del daño, al contrario de lo que ocurre con el sistema del Código Civil, en el que la carga de la prueba se invierte en virtud de la presunción de culpa que recae sobre los progenitores.

2. En particular sobre la responsabilidad de patronos y comitentes

El artículo 1048 del Código Civil establece responsabilidad de "los amos por los daños que causen sus criados menores de quince años" y regula la hipótesis de "el que encarga a una persona del cumplimiento de uno o muchos actos, ésta obligado a escoger una persona apta para ejecutarlos y a vigilar la ejecución en los límites de la diligencia de un buen padre de familia y si descuidarse esos deberes, será responsable solidariamente de los perjuicios que su encargado causare a un tercero con una acción violatoria del derecho ajeno, cometida con mala intención o por negligencia en el desempeño de sus funciones,¹⁶² a no ser que esa acción no se hubiere podido evitar con todo y la debida diligencia en vigilar".¹⁶³

En algunos casos se ha utilizado la culpa "in eligendo" y en otros la culpa "in vigilando"; veámoslo con un par de ejemplos:

"La responsabilidad indirecta o por hecho ajeno del propietario del terreno vecino de donde provino el torrente de lodo y escombros que dañaron la propiedad de los actores, resulta de la culpa *in eligendo*, en relación con el maestro de obras, quien estando a su servicio actuó con negli-

159. SALA DE CASACION, No. 55 de 16 h. y 15 m. de 14 de mayo de 1971.

160. COLIN y CAPITANT, op. cit., supra 16, p. 818

161. SALA DE CASACION, op. cit., supra 159.

162. "El hecho ilícito compromete a la responsabilidad de el que encarga sólo si ha sido realizado en el ámbito de la incumbencia". TRIMARCHI, op. cit., supra 59, p. 119.

163. SALA DE CASACION, No. 55, op. cit., supra 150.

gencia al rellenar lo que iba a ser el patio de su casa en malas condiciones, presionando la tapia de los accionantes haciendo que ésta cediera".¹⁶⁴

En otro caso se dijo:

"Si bien es cierto que en autos consta que el guarda o detective particular que vigila el establecimiento comercial y que acusó sin fundamento de ladronas a las actoras, fue más o menos bien seleccionado para el cargo que se le puso a desempeñar en la tienda, también lo es que la ley no sólo exige esa precaución a la hora de encargar a otro una tarea o trabajo, sino también vigilar, por parte del patrono, la actividad que esa persona despliega y en el caso no existe prueba de que las labores que desempeña el citado empleado estuvieran bajo vigilancia de un jefe, de modo que la empresa está obligada, conjuntamente con su empleado, a reparar el daño producido..."¹⁶⁵

Cabe anotar que en esta materia la doctrina italiana ha sufrido una oscilación pendular al pasar de la idea de culpabilidad a la de "equilibrio de intereses" sobre la base de la nueva formulación del Código Civil italiano (art 2049), que no hace referencia al cese de responsabilidad con la prueba de la inevitabilidad del daño y de la debida diligencia en vigilar; ¹⁶⁶ se ha hablado de una forma de responsabilidad objetiva, ¹⁶⁷ donde se había venido hablando de una presunción de culpa. ¹⁶⁸ No compartimos esta tesis.

En las páginas de nuestro Código Civil esta presunción es "iuris tantum", pues se admite la prueba liberatoria referida, lo que significa que la idea de la culpa en la elección o vigilancia se mantiene¹⁶⁹ y así lo ha afirmado nuestra jurisprudencia¹⁷⁰: "Si la sociedad, propietaria de una estación gasolinera se beneficia al permitir que otras personas guarden ahí sus vehículos, mediante un precio mensual que les cobra, está en la obligación de cuidarlos debidamente y no permitir que sean retirados por personas no autorizadas y para el cumplimiento de esta obligación debe escoger personas aptas y vigilar la ejecución en los límites de la diligencia de un buen padre de familia".

Si bien nuestro texto legal incluye los cometidos "con mala intención" según la opinión mayoritaria en la doctrina, el acto doloso (no el meramente culposo) del empleado rompe la relación y la responsabilidad no recae sobre el patrono o comitente.¹⁷¹

Una importante limitación del ámbito de esta responsabilidad deriva de la esfera de incumbencia que se ha confiado al "encargado"¹⁷², por lo que el comitente no responde de las conductas realizadas fuera del servicio encomendado. Se ha dicho que el hecho ilícito compromete la responsabilidad de el que encarga si ha sido realizado en el ámbito de la incumbencia.

En nuestra jurisprudencia se ha dicho:

164. SALA PRIMERA DE LA CORTE, No. 142 de 16 y 15 hs de 27 de noviembre de 1981.

165. SALA PRIMERA CIVIL, No. 23 de 8 y 15 hs de 16 de enero de 1976.

166. V. TRABUCHI, op. cit., supra 34, p. 218 y MESSINEO, op. cit., supra 15, p. 579.

167. TRABUCCHI, op. cit., supra 34, p. 216.

168. V. LIPARI, op. cit., supra 10, p. 479.

169. V. COLIN y CAPITANT, op. cit., supra 16, p. 822 y BUSNELLI, op. cit., supra 52, p. 64.

170. SALA PRIMERA CIVIL, No. 306 de 9. hs de 5 de octubre de 1973.

171. MESSINEO, op. cit., supra 15, p. 577.

172. loc. ult. cit.

"... si la acción dañosa delictuosa o cuasidelictuosa, no emana de los actos que está obligado a realizar en razón del encargado, sino que resulta de actos propios suyos, desvinculados de las funciones que se le han encomendado, la responsabilidad no alcanza al comitente".¹⁷³

Para algunos autores, sin embargo, basta que exista una relación de ocasionalidad necesaria.¹⁷⁴

Es interesante, finalmente, recordar que en 1919, la Sala primera de Apelaciones¹⁷⁵ aplicó el principio de la culpa, pero tomó en cuenta elementos que se acercan a los principios de la responsabilidad objetiva ("explotación para beneficio propio", "actividad de suyo peligrosa"). Se trató de electricidad caído de una instalación privada". Dijo la Sala: "Si...puede atribuirse negligencia o imprudencia en el ejercicio de sus funciones al empleado de la empresa... o a la empresa misma por faltas inexcusables en la atención de su línea de servicio de luz y fuerza eléctrica, debe declararse procedente el reclamo... Que una compañía de la índole de la demandada, en cuanto en su beneficio explota la fuerza eléctrica de suyo peligrosa, no tiene excusa posible para eludir las responsabilidades consiguientes a sus decuidos...".

3. En particular sobre la responsabilidad por los daños "causados" por las cosas

También la tradición jurídica ha afirmado la responsabilidad del propietario por los daños causados por sus cosas.

Algunos han afirmado que el propietario debe responder, abstracción hecha de toda idea de culpa; otros afirman que es quien se aprovecha de la cosa el que debe indemnizar y que es por razones prácticas que se le atribuye la responsabilidad.¹⁷⁶

En nuestro medio se ha mantenido el criterio de la culpa. Veámoslo con un ejemplo:

"Si la actora resultó seriamente lesionada, al resbalar por una de las escaleras del yate propiedad de la sociedad accionada. Esta está obligada a resarcirla por dichas lesiones, ya que el suceso se produjo por imprevisión en la construcción de la nave, más propiamente dicho por defectos en la confección de la escalera, pues esta carece de pasamanos en su fase inicial, ya que la baranda o agarradera empieza debajo de la cubierta, lo que obliga a las personas que hacen uso de ella, a bajar dos o tres gradas de frente, haciendo equilibrio para luego dar vuelta y tomar el pasamanos, para seguir descendiendo de espaldas, además de que la inclinación de dicha escalera es muy profunda y el pasamanos termina en curva con un pico hacia arriba a manera de mango de paraguas, que fue lo que produjo los desgarres perineales de la actora".¹⁷⁷

4. En particular sobre los daños causados por los animales

Se ha aclarado que ya el Derecho Romano se ocupaba de los daños causados por los animales y de las acciones que tenía el perjudicado; por ejemplo, si los animales causaban "pauperie" si daba una acción en virtud de la cual el propietario de aquéllos podía optar entre entregar los animales causantes del daño o bien indemnizarlo.¹⁷⁸

173. SALA DE CASACION DE 15 y 15 hs. de 31 de enero de 1950, Semestre I, p. 63.

174. TORRENTE, op. cit., supra 37, p. 614.

175. 2 y 45 hs. de 13 de noviembre de 1919, en SALA DE CASACION de 3 p.m. de 20 de agosto de 1920, II, p. 128.

176. COLIN y CAPITANT, op. cit., supra 16, p. 834.

177. SALA PRIMERA CIVIL, No. 285, de 9 hs de 3 de agosto de 1977.

178. BORREL, op. cit., supra 25, p. 277.

Parte de la doctrina tiende a afirmar que la obligación de resarcir prescinde de la consideración de los presupuestos normales del comportamiento antijurídico. Otros consideran que si interesan estos presupuestos y que el comportamiento ilícito puede encontrarse en la omisión de la obligación de custodia que tiene a su cargo el sujeto llamado a responder.¹⁷⁹

Se ha determinado la razón práctica de la atribución de responsabilidad en estos casos sobre la base de que evidentemente el animal no es un sujeto jurídico, aunque sea un ser viviente, por lo que se debe atribuir la responsabilidad a quien se sirve de él.

Con relación al problema de la extensión del principio, se ha manifestado que se aplica respecto a todos los animales de que podemos ser propietarios: "animales domésticos, animales fieros de una casa de fieras y animales que, aunque vivan en estado de libertad, constituyen, sin embargo, el objeto de un derecho de propiedad (palomas de los palomares, abejas). Si se trata de daños causados por animales completamente salvajes, como la caza, el propietario del terreno en que viven no podrá ser responsable. En efecto estos animales son "res nullius".¹⁸⁰

En nuestro elenco de leyes positivas no tenemos como en Argentina disposiciones específicas. Se expresa en este ordenamiento que si el animal que causó el daño se hubiese saltado o extraviado, sin culpa de la persona encargada de guardarlo, cesa la responsabilidad del dueño.¹⁸¹ Parte de la doctrina sostiene, sin embargo, que el propietario o aquél que se sirva del animal responde de los daños causados por éste, aunque no haya incurrido en culpa y que sólo en caso de existir fuerza mayor o culpa del perjudicado se exonera de responsabilidad a aquél.¹⁸²

IV. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

1. Responsabilidad objetiva

La llamada responsabilidad objetiva o "sin culpa" se encuentra acogida en nuestro Ordenamiento jurídico en varios supuestos, el más relevante de los cuales es, talvez, el relativo a los riesgos del trabajo,¹⁸³ aunque también es de enorme importancia el de los accidentes de tránsito. Ya se encontraban antecedentes en el Derecho Romano: "...entre sus leyes se encuentran recogidos verdaderos casos de responsabilidad sin culpa, procedentes algunos de ellos de la ley de las XII tablas. No llegó, empero, a establecerse una regla de carácter general. Véanse, por ejemplo, los siguientes textos:

- a- Si pretendieras que un cuadrúpedo ha causado "pauperie" ...hay una acción que...ordena que se entregue aquéllo que hizo el daño, esto es, el animal, o bien que se ofrezca el importe de la noxia...(ULPIANO, Digesto, fragmento 1º del título I, libro IX).
- b- Si se tirase o derramase alguna cosa en el sitio por donde la gente transita o se para, dará acción contra el que habita la casa...(Fragmento 1º del título III, libro IX del Digesto).
- c- Se denominan acciones noxales aquéllas que están establecidas contra nosotros, no por razón de contrato, sino por razón del daño y delito cometido por nuestros esclavos...si fué-

179. TRABUCCHI, op. cit., supra 34, p. 214.

180. V. COLIN y CAPITANT, op. cit., supra 16, p.830.

181. SALA PRIMERA CIVIL, en SALA DE CASACION No. 129 de 15 hs de 14 de diciembre de 1955.

182. MESSINEO, op. cit., supra 15, p. 588, ANGHE DEAK POPA, op. cit., supra 54, p. 185.

183. V. BORDEI., op. cit., supra 25, p. 33.

mos condenados nos será permitido evitar el pago...entregando al esclavo...(Fragmento 1, del título IV, Libro IX, del Digesto).

- d- El que percibe el producto de la nave, taberna o mesón, parece que también se obliga por cuasidelito al daño o hurto que en ella se hace y aunque ellos no cometan delito, sino alguno de los dependientes de la nave, taberna o mesón...(Fragmento 5 del título VII, libro XLIV del Digesto).
- e- De lege Rodia de jactu. Se prevé, por esta ley, que si por causa de aliviar de paso la nave, se echaron las mercancías al mar, todos han de contribuir a la reparación del daño que en beneficio de todos se causó".¹⁸⁴ (Ley de la echazón).

Hoy la enorme difusión de situaciones peligrosas, conectadas a los riesgos creados por el progreso técnico ha producido una extensión de los presupuestos de la obligación resarcitoria. paralelamente, se ha ampliado al recurso, cada vez más frecuente, a los seguros.

¿Cómo se puede caracterizar positivamente la responsabilidad "sin culpa"?

No basta para identificar esta forma de responsabilidad el criterio negativo de la ausencia de culpa; es importante definir sus notas características positivas.¹⁸⁵ Sin embargo, mientras sí tiene un sentido preciso hablar de responsabilidad por culpa (o responsabilidad subjetiva), la calificación en términos de responsabilidad por riesgo tiene un valor únicamente descriptivo de algunos caracteres comunes de hipótesis diversas; la dificultad está en determinar un principio de responsabilidad objetiva que no se caracterice únicamente en forma negativa, por la ausencia de culpa.

Se trata, en primer término, de actividades que son permitidas, pero que obligan al resarcimiento de los daños que de ellas derivan¹⁸⁶; la noción de riesgo viene a reemplazar los conceptos de culpa y antijuricidad.¹⁸⁷ Se ha considerado que en nuestro tiempo el Derecho tiende a la tutela de la seguridad del tráfico y que si el resarcimiento del daño se limita exclusivamente a los casos de culpabilidad y antijuricidad, ello se revelaría ciertamente insuficiente.¹⁸⁸

¿Cuál es la discusión en la doctrina en relación con la responsabilidad objetiva?

Algunos han destacado una verdadera función social en la regulación legislativa de este tipo de responsabilidad; se tiende no solamente a transferir el daño, sino a distribuirlo.¹⁸⁹

Muchos autores, sin embargo, se pronuncian contra la existencia de este tipo de responsabilidad; afirman que quien desarrolla sus actividades de acuerdo con las leyes y según las normas de la máxima prudencia no pueden ser responsable de las consecuencias que sus actos puedan reportar a terceros.¹⁹⁰

A pesar de la referida oposición, la tendencia mayoritaria la admite sin reservas y, para fundamentarla, se han dado diversas explicaciones.¹⁹¹

184 BORDEL, op cit., supra 25, ps 12 y 13 Ver nota 81.

185 Así BUSNELLI, op cit supra 52, p 42

186 V TRIMARCHI, op. cit., supra 34 p 112 y FERRAZ, Sergio, Responsabilidade civil pelo dano ecologico Revista de Consultoria Geral do Estado Rio Grande do Sul, No. 22, 1978, p. 49 y 59.

187 COLIN y CAPPIANT, op cit., supra 16, p 784, BARCELONA, op. cit., supra 2., p. 312, TRRABUCCHI, op cit., supra 34, p 208.

188 loc ult cit.

189 LIPARI, op cit., supra 10, p 461, MESSINHO, op cit., supra 15, p 539

190 V BORREL, op cit., supra 25, p. 15

191 Así BUSNELLI, op cit., supra 52, p 46 V tamb BACIL, op cit., supra 54, p 223 a 225.

De acuerdo con la llamada teoría de la equidad, la responsabilidad objetiva constituye un medio para conseguir la repartición del daño entre los miembros de la sociedad.

Para la llamada teoría de la prevención, el objetivo que se persigue es el de disuadir a las personas de crear fuentes de daños o, al menos, de estimular la mayor prevención posible de éstos. Dentro de una posición ecléctica se puede tomar en cuenta que hay diversos factores relativos a la estructura y diversos factores relativos a la fundación de esta forma de responsabilidad.

Vistas estas diversas perspectivas resulta claro que no hay realmente un fundamento unitario doctrinalmente consolidado de la teoría del riesgo; lo que hay son diversas teorías del riesgo. ¿Cómo se ha delineado en nuestra jurisprudencia la responsabilidad sin culpa?

En nuestra jurisprudencia se han fijado los caracteres de la responsabilidad sin culpa, diciéndose que es la que se impone sobre quien para obtener un beneficio o un lucro, crea un riesgo que llega a causar daños y perjuicios a terceros y como no es justo que éstos los padezcan, se estima que quien creó el riesgo debe asumir sus consecuencias, de modo que, así como toma los beneficios que provienen de esa actividad o del trabajo de otros, debe asumir los perjuicios que también resulten y debido al carácter excepcional y diverso que tiene esta clase de responsabilidad extracontractual debe ser el legislador el que la establezca señalando su naturaleza y sus límites.¹⁹²

En el cuarto párrafo del artículo 1048 del Código Civil se establece expresamente la inadmisibilidad de prueba liberatoria sobre la inevitabilidad del daño con el empleo de la debida diligencia, en los casos de explotación de minas, fábricas, establecimientos de electricidad y otros industriales, así como con relación a los empresarios constructores o dueños de construcción con relación a los actos de los obreros o encargados. Igualmente, si una persona muere o fuere lesionada por una máquina motiva, o un vehículo de ferrocarril, tranvía u otro modo de transporte análogo, la empresa o persona explotadora está obligada a reparar el perjuicio que de ello resulte, si no prueba que el accidente fue causado por fuerza mayor o por la propia falta de la persona muerta o lesionada.¹⁹³

En nuestra jurisprudencia también se ha aclarado que los párrafos 4º y 5º del artículo 1048 del Código Civil no se basan en la responsabilidad por culpa directa o indirecta, sino en la responsabilidad objetiva —es decir sin culpa—, que recae sobre los empresarios de establecimientos peligrosos y los que se dedican a la explotación de los medios de transporte; estas dos reglas son reflejo de la teoría del riesgo.¹⁹⁴

En realidad, con ésto, la ley ha tomado en cuenta dos cosas: de un lado, excitar el celo de los dueños y empresarios de actividades peligrosas, en el sentido de impedir accidentes y, de otro lado, garantizar mejor el pago de la respectiva indemnización, poniéndolo directamente a cargo de los individuos solventes.¹⁹⁵ Como puede observarse, a diferencia de los casos de "responsabilidad por culpa", la responsabilidad objetiva reside en el hecho de que aquél que para su propio provecho crea una fuente de probables daños y expone a las personas y los bienes ajenos al peligro¹⁹⁶ queda obligado si el daño se verifica.

Es interesante anotar que en un fallo de hace algunos años¹⁹⁷ la Sala de Casación se encontraba en los linderos de la conceptualización de estas hipótesis: se dijo aquí que por tratarse de la

192. V. SALA DE CASACION, No. 97 de 16 hs de 20 de agosto de 1976. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 933 de 9 y 15 hs de 6 de diciembre de 1974 y No. 119 de 15 y 15 hs de 10 de octubre de 1973.

193. SALA DE CASACION, No. 103 de 16 hs de 20 de octubre de 1960, Tomo II, II semestre, p. 795.

194. SALA DE CASACION, No. 55, de 16 y 15 hs de 14 de mayo de 1971.

195. V. BRENES, op. cit., supra 18, p. 345.196.

196. V. MESSINEO, op. cit., supra 15, p. 596.

197. SALA DE CASACION, No. 73 de 10 y 15 hs de 16 de julio de 1959, Semestre II, tomo I, p. 116

negligencia de una compañía ferroviaria, al no evitar, con las medidas necesarias (diligencia) actos de sabotaje, ésta tenía responsabilidad de una muerte que se produjo, con base en el artículo 1045 del Código Civil que se afirmó "debidamente aplicado". Sin embargo, seguidamente, el mismo fallo expresó: "aún no existiendo siempre habría incurrido en responsabilidad al tenor del artículo 1048 del Código Civil, a menos que por su parte, la Compañía hubiera demostrado que el accidente se debió a fuerza mayor o a la propia falta de la víctima; de modo que "no resulta en ningún caso desacertada la cita del artículo 1048, aún cuando no sea el soporte principal del fallo".

2. La carga de la prueba en la responsabilidad objetiva

Desde el punto de vista práctico, la responsabilidad objetiva se resume en una ventaja a favor del lesionado que significa una parcial inversión la carga de la prueba, en el sentido de que éste queda exonerado de la carga de probar la culpa (culpa o dolo) del causante del daño y vano sería el intento de éste de probar su falta de culpa,¹⁹⁸ a diferencia de lo que ocurre en los casos ya examinados de responsabilidad subjetiva.

Con relación a los resultados lesivos derivados de los medios de transporte, se ha expresado que nuestra legislación impone al transportador la carga de la prueba para lograr la exoneración de responsabilidad civil en aquellos casos en que máquinas motrices, vehículos de ferrocarril, tranvía u otro medio de transporte análogo matan o lesionan a las personas, exigiendo a la persona explotadora probar que el accidente fue causado por fuerza mayor o por la propia falta de la persona muerta o lesionada.¹⁹⁹

¿En qué se diferencia la posición de don Alberto Brenes Córdoba de las más recientes tendencias jurisprudenciales sobre el papel del caso fortuito en la responsabilidad objetiva?

Obsérvese en primer término que la ley habla de la fuerza mayor y no del caso fortuito.

En nuestra doctrina se ha considerado que aunque la ley se refiere a la fuerza mayor como causal eximente de la responsabilidad, debe entenderse comprendido también el caso fortuito. Don Alberto Brenes Córdoba afirma que las leyes emplean indistintamente estas expresiones, en el sentido de impedimento insuperable.²⁰⁰

Más recientemente, nuestra jurisprudencia ha sostenido que el Código Civil sólo exonera de responsabilidad cuando el accidente es causado por fuerza mayor o la propia falta de la víctima, "excluyendo de esta manera al caso fortuito de los motivos de irresponsabilidad".²⁰¹

Colin y Capitant²⁰² aclaran que los partidarios del sistema de la responsabilidad objetiva en general no están de acuerdo en exonerar de responsabilidad en los supuestos de caso fortuito. Mencionan el ejemplo de una compañía que emplea locomotoras, la cual no puede impedir que proyecten chispas a distancia, chispas que pueden incendiar cultivos; la compañía no ha incurrido en culpa; los incendios que se puedan producir serán resultado de un caso fortuito; sin embargo, es necesario que la compañía soporte las consecuencias de un hecho inherente a su explotación y debe responder; en cambio, supongamos que un ciclón derriba los andamios levantados por un contratista; éste no responde de los daños causados; no proceden de una actividad suya, sino de una fuerza mayor.

198. V. MESSINEO *op. cit.*, supra 15, p. 539.

199. TRIBUNAL SUPERIOR CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, No. 1396 de 9 y 30 hs de 7 de mayo de 1975.

200. BRENES, *op. cit.*, supra 18, p. 94.

201. SALA SEGUNDA CIVIL, No. 304 de 15 y 10 hs de 4 de octubre de 1973. SALA DE CASACION, No. 103 de 16 hs de 20 de octubre de 1960.

202. COLIN y CAPITANT, *op. cit.*, supra 16, p. 789.

Es de interés transcribir una vieja resolución sobre la materia:

"Cuando en la reforma de la norma referida a la culpa extracontractual no se empleó la acostumbrada sinonimia de caso fortuito o fuerza mayor, sino que simplemente se dijo que sólo la fuerza mayor o la propia falta de la persona muerta o lesionada podrían eximir a una empresa de ferrocarriles de la reparación por la muerte o lesión de una persona, se advertía claramente que ya se traía a la legislación nacional el nuevo punto de vista por el acrecentamiento de las empresas industriales y de transporte, en que trabajan confiadamente centenares de obreros y en las que viajan o con las que intervienen millares de personas, acrecentamiento que había multiplicado los accidentes y había puesto de relieve la necesidad de resguardar cada vez más la seguridad individual extendiendo la responsabilidad a las empresas".²⁰³

Una última aclaración: en Costa Rica, el Código Civil limita la responsabilidad objetiva en los casos citados a los daños a las personas.

V. EL RESARCIMIENTO

1. El componente de hecho del efecto jurídico de la responsabilidad extracontractual: el resarcimiento

En sustitución de la venganza privada encontramos ya en el Código de Manú, en la antigua India, un concepto que incia toda una tradición real -objetiva en materia extracontractual: el concepto de "satisfacción", como se sabe, estrechamente ligado al concepto de "interés". El Libro Octavo, en su artículo 288 establece que: "...el que daña los bienes de otro, a sabiendas o por descuido (dolo y culpa), debe darle satisfacción..."²⁰⁴

El principio es, en el fondo, el mismo que se encuentra en el artículo 1045 del Código Civil que preceptúa que "está obligado a repararlo..." De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, uno de los sentidos de reparar es, precisamente, "satisfacer".²⁰⁵

¿Cuál es la función del resarcimiento?

La función del resarcimiento es la "restauración" del patrimonio del lesionado en su persona o bienes. En principio, mediante el resarcimiento el patrimonio vuelve a su valor a pesar de que sea diversa su composición.²⁰⁶

Lo anterior ha sido establecido por nuestra jurisprudencia, en la que se ha afirmado que cuando se condena al pago de daños y perjuicios debe sobreentenderse que se debe restablecer al acreedor a la misma condición de equilibrio económico perturbado con motivo de la acción dañina en que incurrió la parte obligada.

¿Cuáles modalidades puede asumir el resarcimiento?

El resarcimiento se puede producir a través de diferentes formas, entre ellas la reintegración específica,²⁰⁷ el equivalente en dinero²⁰⁸ y, en algunos casos, una renta vitalicia o hasta la mayoría por ejemplo en caso de incapacidad laboral permanente²⁰⁹ o, en otros, con relación a los ali-

203. SALA DE CASACION DE 15 hs de 7 de mayo de 1942, I semestre, I tomo, p. 411.

204. MANAVA, Dharma Sastra, Editora Nacional, México, 1968, p. 267.

205. Así BORREL, op. cit., supra 25, p. 236.

206. V. MESSINEO, op. cit., supra 15, p. 562.

207. Que consiste en poner las cosas en las mismas condiciones en que se encontraban antes del evento dañoso, en la medida en que se encontraban antes del evento dañoso, en la medida en que ésto sea posible y no implique una carga excesiva para el obligado. Así, BRANCA, op. cit., supra 79, p. 585.

208. La forma más frecuente. SALA DE CASACION No. 20 de 15 hs de 4 de abril de 1956.

209. BRANCA, op. cit., supra 79, p. 585.

mentos de que era deudor el occiso²¹⁰ o bien en proporción al efectivo decrecimiento del poder de trabajo.²¹¹

2. Daños y perjuicios

Con el nombre de "daños y perjuicios", afirma don Alberto Brenes Córdoba²¹² se designa la indemnización pecuniaria que el deudor está obligado a satisfacer al acreedor. El daño es la pérdida sufrida. El perjuicio es la ganancia que deja de producirse. Don Alberto pone el ejemplo de un comerciante que contrata el transporte de unas mercaderías que tiene negociadas con un 25% de ganancia; si por descuido del portador la mercancía se pierde; el valor de ésta es el daño y el perjuicio es el 25% (lucro cesante).

Podemos pensar igualmente en el daño a un automóvil de servicio público; la reparación de carrocería o de mecánica es el daño; el perjuicio, en cambio, debe calcularse con base en el tiempo razonable de reparación, pues durante éste el vehículo dejó de producir frutos. El perjuicio se denomina también "lucro cesante": el patrimonio habría aumentado si no se hubiese producido el hecho dañoso.²¹³ En otras palabras, la obligación no se extiende únicamente al detrimento patrimonial (o en su caso a la correspondiente valoración del daño moral), sino que alcanza el renglón relativo a las ganancias que se dejaron de producir o percibir.²¹⁴

En nuestra jurisprudencia se ha dicho:

"No es inoportuno dejar aclarada la diferencia que existe entre daños y perjuicios: los primeros comprenden las pérdidas de orden patrimonial que el individuo sufre...; los segundos son menoscabos también de orden patrimonial que el individuo sufre como una consecuencia indirecta de la acción humana, traduciéndose en pérdidas de utilidades o de lucro.²¹⁵

Se incluyen dentro del concepto de daños los gastos sobrevinientes relativos a la comprobación de los resultados del hecho. Así: "Debe aceptarse en la ejecución de una sentencia, la factura del médico pediatra de los niños que viajaban en el automóvil cuando se produjo el accidente, ya que es indudable que a raíz de un accidente debe hacerse la revisión médica del caso".²¹⁶

Con relación a los perjuicios, la casuística nacional es sumamente diversificada. Se ha incluido dentro de esta categoría, por ejemplo, los "saltos" durante el tiempo en que no se devol-

210 TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No 400 de 8 y 20 hs de 24 de mayo de 1978.

211 TRIBUNAL SUPERIOR CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO No. 630 de 16 y 10 hs de 3 de setiembre de 1973 y TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No 683 14.45 hs., 5 octubre 1973.

212. BRENES, op cit., supra 18, p. 87

213 V. SALA DE CASACION, No. 28 de 16 y 15 hs de 1 de abril de 1954 y ANGHIE DEAK POOPA, op. cit., supra 54, p. 9.

214 V. BORREL, op. cit., supra 25, p. 263; ORGAZ, op. cit., supra 57, p. 43. TRIBUNAL SUPERIOR CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, No 1524 de 10 y 35 hs de 12 de agosto de 1975; TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No 203 de 9 y 15 hs de 13 de abril de 1977.

215 SALA DE CASACION, No 67 de 16 y 20 hs de 18 de junio de 1958, semestre I, tomo II, página 1056.

216 TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No 984 de 9 y 15 hs de 10 de noviembre de 1975.

vió un toro,²¹⁷ la imposibilidad de usar el propio vehículo durante el tiempo de reparación,²¹⁸ igualmente, los intereses sobre el valor de los repuestos,²¹⁹ alquileres no recibidos en caso de daños a un inmueble (sin que excedan de un año²²⁰), lo que haya dejado de ganar el perjudicado durante el tiempo que no haya podido trabajar y también la diferencia de salario (por dos meses), si el perjudicado, debido al hecho extracontractual, debió pasar a un trabajo con salario inferior.²²¹

Conviene precisar, finalmente, que los perjuicios se refieren a la ganancia neta deducidos los costos de producción.²²²

Es claro que si un mismo daño físico es sufrido por dos personas con ingresos diversos, con relación a los perjuicios recibirán un tratamiento diferente.²²³

3. En particular sobre el daño moral

Junto al daño patrimonial que consiste en la pérdida, destrucción o daño de un bien patrimonial, en la pérdida de ganancias o en la necesidad sobrevenida de realizar ciertos gastos, se habla de un daño no patrimonial, o daño moral.

¿Cuál es la polémica sobre la resarcibilidad del daño moral?

En la historia reciente del pensamiento jurídico encontramos una interesante polémica sobre la resarcibilidad del daño moral. Fue en Alemania donde, debido a las influencias de la Escuela Histórica, inspirada fundamentalmente en las fuentes romanas, se desarrolló una concepción desfavorable al resarcimiento del daño moral. Esta obra de la doctrina alemana tuvo influencia en Italia; sin embargo, la tradición italiana, al igual que la francesa tendió más bien a admitir su resarcibilidad siguiendo una tradición del Derecho Común y de algunos autorizados pandectistas.²²⁴

En Costa Rica hemos visto también el conflicto doctrinario manifestarse en la jurisprudencia. Sin embargo, ésta, finalmente se ha pronunciado en favor de la resarcibilidad.

En un principio se mantuvo la necesidad restrictiva según la cual -se afirmó-:

"Las normas civiles sobre responsabilidad están referidas a obtener la indemnización proveniente de un derecho patrimonial y no extrapatrimonial.²²⁵

"Que al denegar la Sala de Instancia el daño moral reclamado por los actores, se funda en que, según nuestro Derecho, como lo ha establecido la jurisprudencia repetida del Tribunal de Casación, no hay campo para esa reparación, a no ser cuando afecte la honra, la dignidad o la honestidad de

217. "Los daños y perjuicios por la no devolución de un toro, son en realidad el producto que el actor dejó de percibir, sea los saltos del animal, así como su valor como semoviente y si el fallo apelado se refirió a "las crías" o productos, incurrió en error al usar los términos, pues para el efecto de lo que se debe tomar en cuenta, el término "productos", es el que se refiere a los saltos del toro; no a las crías que son el producto de las vacas" SALA SEGUNDA CIVIL, No. 154 de 15 y 40 hs. de 30 de mayo de 1978.

218. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL No. 752 de 9 y 15 hs de 1 de setiembre de 1976; se ha hablado de un período prudencial de reparación. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 43 de 14 hs de 15 de enero de 1974 y No. 836 de 13 y 19 hs de 11 de noviembre de 1974.

219. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 402 de 10 hs de 13 de junio de 1977 y No. 715 de 1973.

220. SALA PRIMERA CIVIL, No. 125, 8.05 hs 7 mayo, 1974.

221. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL No. 859 de 9 y 50 hs de 26 de octubre de 1977 y No. 587 de 8 y 15 hs de 19 de julio de 1976.

222. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL No. 38, 14 enero de 1977.

223. V. LIPARI, op. cit., supra 10, p. 494.

224. loc. ult. cit.

225. SALA DE CASACION, No. 29 de 1966, I semestre, tomo II, p. 514.

las personas".²²⁶

Más recientemente, sin embargo, se ha cambiado de criterio:

"...los códigos latinoamericanos que para referirse a los efectos de la condena usan la expresión "todo daño" han dado base a la jurisprudencia para considerar el agravio moral como susceptible de indemnización, lo que permite pensar que con igual o mayor razón ha de ser así en nuestro medio".²²⁷

Nuestro Código Civil también, en el artículo 41, expresamente dispone:

"Se establece el derecho a obtener indemnización por daño moral, en los casos de lesión a los derechos de la personalidad".

Los ejemplos de daño moral son abundantes: ataques a la reputación y a la consideración de una persona procedente de observaciones injuriosas o palabras o escritos calumniosos²²⁸ y muchos otros que iremos analizando.

¿Puede una persona jurídica sufrir daño moral?

Se considera posible también que una persona jurídica pueda recibir daños de tipo moral; una empresa, por ejemplo, puede ser lesionada moralmente por actos injustos de otros que afecten su crédito mercantil, caso en el cual es posible acudir ante los Tribunales en busca de la reparación.²²⁹

¿Cuál es el papel de las condiciones de la persona lesionada en la fijación del daño moral?

El daño moral se valora considerando fundamentalmente las condiciones de la persona lesionada. Lo aclaramos con un par de ejemplos:

"La expresión "mire usted es un sinvergüenza; con esas sinvergüenzadas no va a ser nada", dicha a un modesto fondista de pueblo por una persona al calor de la pasión que le provocó sus diferencias con el otro, no tiene en verdad, la gravedad y trascendencia que le atribuye el ofendido...si esa expresión hubiera sido dirigida a un abogado honorable, por ejemplo, el agravio hubiera sido hartamente más grave y la posibilidad de un daño a los valores morales de la persona mucho mayor; de ahí que la indemnización fijada en cinco mil colones por el "a quo" se considere suficiente".²³⁰

"Si se ha tenido por cierto que la menor fallecida, era alumna aventajada en el estudio, vislumbrándose para ella y sus familiares un magnífico futuro; ...la menor por su comportamiento revela que era una niña bien dotada, de muy buena formación moral y de un elevado espíritu de servicio, se arriba a la conclusión de que en verdad procede hacer una variación en el monto de las partidas fijadas por el Juzgado y en esta forma se fija definitivamente el reclamo en la suma de cincuenta mil colones".²³¹

¿Puede producirse el daño moral como resultado de conductas que afecten la vida o la integridad física?

Se ha venido admitiendo que el daño moral puede resultar también de conductas que afectan

226. SALA DE CASACION, 14 y 50 hs de 6 de marzo de 1951, Semestre I, tomo único, p. 202. "El dolor o sufrimiento físico no implica una lesión al patrimonio..." SALA DE CASACION No. 67 de 16.20 hs de 18 de junio de 1958, sem. I, tomo 2, p. 1056.

227. SALA DE CASACION, No. 56 de 16 y 45 hs de 17 de agosto de 1977.

228. COLIN y CAPITANT, op. cit., supra 16, p. 793.

229. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 821 de 8 y 30 hs de 19 de octubre de 1977. V. ORGAZ, op. cit., supra 57, p. 273.

230. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 689 de 11 y 20 hs de 7 de setiembre de 1977.

231. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 307 de 10 hs de 13 de mayo de 1977.

la vida o integridad física de una persona. En estos casos se ha dicho que, aparte del daño patrimonial legítimos "se produce otro tipo de daños", concretamente de carácter moral consistentes en el dolor y la pena de perder al hijo o al padre o a la madre, a causa de un homicidio doloso o culposo; la angustia, el sufrimiento y la pena moral han de quedar comprendidos en la reparación.²³² Se ha hablado también de la desintegración afectiva de la familia, los sufrimientos de la enfermedad y la agonía, el perjuicio moral irreparable en la formación espiritual de los hijos menores; todos estos aspectos aparte de los daños patrimoniales como gastos médicos y hospitalarios y la pensión alimenticia correspondiente.

¿Es indemnizable el daño estético y el sufrimiento en materia de lesiones?

Se ha afirmado que sí son procedentes las reclamaciones que se refieren, por ejemplo, a desfiguración del rostro. "...si el actor, como resultado del accidente, quedó con una desfiguración facial a causa de la fractura de su nariz y además tiene el sufrimiento moral, ambos rubros deben acogerse en una sola partida, puesto que ambas cosas inciden sobre la personalidad moral o anímica del ofendido".²³³

En otro caso se dijo: Si bien la cicatriz permanente que le quedó al demandado en la cara no es propiamente una deformación física incorregible del rostro, sí le produce un marcado defecto estético por tratarse de una cicatriz queloide, que son las que marcan un abultamiento y autorizan a una correspondiente indemnización.²³⁴

También se ha dicho que en las infracciones o hechos punibles contra la salud o la integridad corporal de las personas se produce, aparte del daño patrimonial causado a la víctima, otro tipo de daño de carácter moral (el dolor o la pena de perder a un ser querido, el sufrimiento de verse postrado en una cama de hospital, etc.) que debe indemnizar como parte de la reparación o indemnización civil que debe hacer el condenado por esos delitos o lesiones culposas contra las personas.²³⁵

La Sala de Casación ha aclarado: "Si la sentencia penal que se ejecuta condenó a los responsables civiles del cuasidelito de lesiones a la indemnización de todos los daños y perjuicios causados con tal hecho, la amplitud conceptual de la expresión permite otorgarle un sentido extenso... la legislación permite incluir la reparación del menoscabo que las personas pueden sufrir en sus bienes inmateriales".²³⁶

¿Qué papel tiene la posición social del ofendido en la fijación del daño moral?

Otro elemento que se ha tomado en cuenta es la posición social del ofendido; veámoslo con algunos ejemplos: "los jueces...tomaron en cuenta las especiales circunstancias en este caso del ofendido que estaba investido de un alto cargo a la hora de los hechos".²³⁷

En otro caso se expresó: "Si bien es cierto que la víctima demostró el ultraje, por las injurias proferidas...en verdad no hay ningún dato cierto, de que en el medio social en que aquélla se desenvuelve, el hecho en cuestión hubiera tenido alguna trascendencia grave y como consecuen-

232 SALA DE CASACION, No. 848 de 10 hs de 17 de diciembre de 1972. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 400 de 8 y 20 hs de 24 de mayo de 1978.

233. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 287 de 9 y 15 hs de 16 de mayo de 1974.

234. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 781 de las 8.30 de 8 de setiembre de 1976. Tamb. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL de Puntarenas. No. 127, 17 hs de 5 de agosto de 1980.

235. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 938 de 16 hs de 27 de octubre de 1975.

236. SALA DE CASACION, No. 56 de 16 y 45 hs de 17 de agosto de 1977.

237. SALA DE CASACION, No. 145 de 10 hs de 26 de noviembre de 1975.

cia de ello hubiera sufrido desmedro en las relaciones con sus parientes o amistades, procede estimar en tres mil colones la indemnización correspondiente".²³⁸

En otro caso: "Si una persona trata a otra de "puta", aún cuando no ha habido prueba de que el agravio sufrido le cause consecuencias perjudiciales, si resulta incuestionable que el mismo, aún cuando no fuere lanzado delante de otras personas, si produce comentarios y consecuencias en lugares pequeños, como lo es el vecindario de la actora y, por consecuencia ha producido tan soez injuria mortificaciones a la parte ofendida y desde luego a su familia, particularmente a sus hijos, por lo que la indemnización por daño moral debe fijarse en la suma de mil quinientos colones".²³⁹

¿Cuál es la función del resarcimiento en el daño moral?

Con relación al resarcimiento del daño moral es claro que el llamado "pretium doloris" (o dinero por el dolor, como lo llaman los alemanes, "Schmerzgelt") no tiende a la restitución "in integrum" del daño causado; ello nunca podría ser así, dado que estamos tratando con valores de orden no patrimonial; sin embargo, se persigue con el resarcimiento dicho una genérica función satisfactoria, al menos una forma de compensación del sufrimiento o la humillación padecidos.²⁴⁰

Se ha dicho que parece absurdo cambiar por un puñado de pesetas el dolor por la pérdida de un ser querido, o por una ofensa al honor.

Nuestra Sala de Casación ha dicho al respecto:

"Si bien se reconoce que tratándose del daño moral, el dinero, según su función tradicional es inadecuado e imperfecto, por ser una medida de equivalencia de valor, se le asigna hoy una nueva función, cual es la de actuar como medio compensatorio respecto de bienes y servicios intelectuales y espirituales; pues de lo contrario, el causante del daño moral quedaría librado de todo pago, es decir, en la inmunidad".²⁴¹

Se trata de buscar una equitativa compensación de modo que no produzca un enriquecimiento indebido y que tampoco sea algo puramente simbólico; "a la par que ofrezca una sanción pecuniaria contra el ofensor, debe ser un cabal resarcimiento para el perjudicado".²⁴²

Como se ha visto en los ejemplos expuestos, está claramente admitida en nuestro medio la indemnizabilidad del daño moral, indemnización que debe ser adecuada a la gravedad de la ofensa en la circunstancia concreta,²⁴³ tomándose en consideración criterios de diversa índole como la perturbación psíquica, el dolor o sufrimiento, las condiciones del ofendido y también la misma importancia del medio de difusión que haga público el agravio.²⁴⁴

238. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 1048 de 8 y 45 hs de 28 de noviembre de 1975.

239. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 576 de 14 hs de 24 de julio de 1975. "...tomando en cuenta las consecuencias..." TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 679 de 15 hs de 2 de octubre de 1973.

240. TRABUCCIII, op. cit., supra 34, p. 222 y BORREL, op. cit., supra 25, p. 217.

241. SALA DE CASACION, No. 114 de 16 hs de 2 de noviembre de 1979. "Si los daños son irreparables no or éstos deben dejar de ser indemnizados. la compensación puede no ser absoluta...pero será compensación al fin y al cabo" BORREL, op. cit., supra 25, p. 217.

242. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 206 de 15 y 30 hs de 13 de abril de 1977 y No. 813 de 8 y 45 hs de 14 de setiembre de 1976.

243. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 813, op. ult. cit.

244. SALA DE CASACION, No. 145 de 10 hs de 26 de noviembre de 1975.

VI. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto es posible obtener las siguientes conclusiones:

- a- Responsabilidad, en sentido jurídico es un concepto con múltiples y diferentes significados, pero es posible formular un sentido general, conforme al cual se produce la atribución a un sujeto de una situación de necesidad jurídica como consecuencia de la imputación de una conducta o actividad que ha afectado negativamente la esfera ajena de intereses.
- b- Puede hablarse de dos formas principales de responsabilidad civil: contractual y extracontractual.
- c- La responsabilidad extracontractual tiene dos formas: subjetiva y objetiva.
- ch- El comportamiento productor del daño puede ser omisivo.
- d- La extracontractualidad denota la falta de preexistencia de un vínculo concreto y se justifica como manifestación del deber genérico de "no dañar".
- e- En la responsabilidad extracontractual el actor tiene la carga de probar, además del hecho generador de la obligación la culpabilidad del deudor, en los casos de responsabilidad subjetiva, o bien, el riesgo creado en los casos de responsabilidad objetiva.
- f- Para que se produzca la responsabilidad extracontractual se requieren dos elementos: un comportamiento o actividad que sirva de criterio de imputación (un dañar culpable o la creación de un riesgo) y un daño (un resultado lesivo de intereses ajenos).
- g- En la responsabilidad "por culpa" (subjetiva) la imputación está relacionada con la culpabilidad, la que a su vez depende de la capacidad y el dolo o la culpa.
- h- En la responsabilidad objetiva se prescinde de la culpa y en su lugar se pone una conducta caracterizada por la puesta en marcha de una actividad peligrosa; la actividad creadora del riesgo es aquí el criterio de imputación.
- i- La responsabilidad subjetiva requiere tres elementos: la antijuridicidad, la causalidad (entre conducta y daño) y la culpabilidad.
- j- La antijuridicidad es una valoración negativa del ordenamiento y el acto ilícito es un comportamiento opuesto a los intereses relevantes de un determinado sistema.
- k- Es posible pensar en daños no indemnizables por faltar la antijuridicidad.
- l- La antijuridicidad puede quedar excluida mediante las llamadas "causas de justificación", entre ellas, el consentimiento del ofendido (en los daños a intereses disponibles), la legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio de un derecho.
- m- Puede darse la antijuridicidad por abuso del derecho, caso en que, en realidad, el agente está fuera del marco lícito de ejercicio de su derecho.

- n- Hay falta de consenso en doctrina sobre el criterio de distinción entre ilicitud civil y penal. Sin embargo, con relación a la fijación de la indemnización la distinción carece de importancia.
- ñ- Otro elemento necesario en la responsabilidad subjetiva es la relación de causalidad entre conducta y daño; ésta debe ser demostrada. Se ha requerido una "causalidad adecuada" y no es resarcible, por ésto, el daño indirecto.
- o- La relación de causalidad se rompe por fuerza mayor, hecho de la víctima o de un tercero.
- p- La culpabilidad, elemento necesario de la responsabilidad subjetiva, se descompone en dos "condiciones": la imputabilidad, entendida como capacidad y la "culpabilidad" en sentido estricto (dolo o culpa.)
- q- La capacidad extracontractual está fijada en nuestro Ordenamiento en la edad de quince años.
- r- El dolo se produce cuando el daño se causa con conciencia y voluntad en el agente. En cambio, la culpa, en sentido estricto es resultado de falta, imprudencia, negligencia e impericia.
- s- Puede darse concurso de culpa en los casos de culpa recíproca, culpa común y culpa solidaria.
- t- El caso fortuito, caracterizado por su imprevisibilidad, exime de culpa, pero la culpa en la previsión excluye el caso fortuito.
- u- Hay dos formas de responsabilidad subjetiva: directa e indirecta. La segunda se manifiesta en dos modalidades: "in vigilando" e "in eligendo".
- v- Hay responsabilidad indirecta de los "encargados" de menores de quince años por los daños causados por éstos; se trata de una presunción "iuris tantum". También responden igualmente, los jefes de escuelas y colegios; lo mismo que los "amos", por los actos de sus "criados" menores de esa edad y los comitentes por actos de sus encargados. Se ha incluido dentro de la responsabilidad subjetiva lo relativo a daños causados por cosas y animales, pero no es pacífica la doctrina al respecto.
- w- La llamada "responsabilidad objetiva" se refiere a actividades permitidas, pero que son fuente de riesgos; se impone sobre quien, para obtener un beneficio o lucro, crea un riesgo. Esta se aplica a las explotaciones de minas, fábricas, establecimientos de electricidad y otros industriales, así como a constructores y propietarios de construcciones y empresarios de medios de transporte, salvo fuerza mayor o hecho de la víctima.
- x- El resarcimiento comprende daños y perjuicios. Los primeros son la pérdida sufrida y los segundos son la ganancia que se deja de percibir.
- y- En nuestro ordenamiento se admite el resarcimiento del daño moral.

VII. BIBLIOGRAFIA

Las siglas entre paréntesis se refieren a la guía de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

- ABDELNOUR GRANADOS, Rosa María, La Responsabilidad Civil derivada del hecho punible (Tesis 1012, tomos I y II, 1983). También Juricentro, 1984.
- ACUÑA ANZORENA, Arturo, Estudios sobre la Responsabilidad Civil (DE ARG T CT A 189, 1963).
- AGUILAR, John; El Daño Moral Resarcible, Tesis, 1976
- ALFARO BLANCO, Javier, El abuso del derecho como fuente de responsabilidad extracontractual (Tesis 994, 1983).
- ALTAMIRA GIGENA, Julio, Responsabilidad del Estado (DE ARG T DA A 465, 1952).
- ALTAVILLA, Enrico, La culpa, el delito culposo; sus repercusiones civiles; su análisis psicológico (DE ITA DP A 465, 1971).
- AMADEO SANTOS, P. La responsabilidad Civil del Pueblo de Puerto Rico, Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico (DE PTO R, VOL. XIV).
- AMADOR, Manuel, Nociones Elementales de la Responsabilidad Civil Extracontractual. Revista Judicial No. 15, Corte Suprema de Justicia, San José, mayo de 1980 (COS R Año IV, No. 15, 1980).
- AMNIALET, Janine, Responsabilité du fait d'autrui en Droit Medical (DE FRA T OB A 492, 1965).
- ANGHE DEAK POPA, Răspunderea civilă, Editura Științifică, Bucaresti, 1970.
- ANGULO RODRIGUEZ, Miguel de, La Responsabilidad por daños extracontractuales en el Derecho Internacional Privado inglés (DE ESP T XXIII, No. 2, abril-junio, 1970). Anuario de Derecho Civil.
- BACH, Eugene Lous, Reflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 76 année, Avril-Juin. No.2, Sirey, Paris, 1977 (DE FR R No. 2, 1977).
- BARCELLONA, Pietro, Gli istituti fondamentali del diritto privato, Jovene, napoli, 1972
- BAUDRY LANCATINERIE, Traité théorique et pratique de droit civil (DE FRA T AA B 342 T VI V a XIII, 1905).
- BETTI, Emilio, Teoría General de las Obligaciones. (DE ITA T OB B 565 T.I. y II, 1969).
- BETTI, Emilio, Teoría General del Negocio Jurídico. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.