

## Daño moral por muerte de un familiar. El caso Brunito

### 1. Introducción

La Corte Suprema de Justicia de la República, a través de su Sala Civil Transitoria, emitió la Casación N° 1714-2018, de fecha 21 de enero de 2019, consignando en su sumilla que "En la responsabilidad objetiva es irrelevante la culpa con la que se haya actuado, pues lo relevante es determinar si debe trasladarse el peso del daño al agente que usó o realizó actividad riesgosa o peligrosa".

En este ensayo me permito realizar un análisis del contenido de dicha sentencia, así como esbozar algunas ideas sobre la responsabilidad civil por riesgo y cómo ella se debe entender a efectos de otorgar un resarcimiento por daño moral. Y es que, como verá el lector, la sentencia del caso Brunito tiene algunos extremos bastante debatibles que podrían dar un mensaje peligroso para futuros casos que nuestra judicatura vaya a resolver.

En ese entender, según la casación bajo estudio, el caso versa sobre una indemnización por daños y perjuicios, en donde las demandadas son Ferrovías Central Andina Sociedad Anónima y Ferrocarril Central Andino Sociedad Anónima, quienes han interpuesto recurso de casación contra la sentencia de vista de fecha 2 de noviembre de 2017, que revoca la sentencia de primera instancia del 15 de marzo de 2017 que declaró infundada la demanda sobre indemnización por daños y perjuicios, y, reformándola, la declaró fundada en parte, fijando la suma de ocho mil quinientos Soles (S/ 8,500.00) por concepto de daño emergente y ochocientos mil Soles (S/ 800,000.00) por concepto de daño moral, con costos y costas del proceso.

A continuación, voy a resumir los antecedentes del caso y, posteriormente, analizar el contenido de la casación.

### 2. Antecedentes del caso

#### 2.1. Demanda y contestación

El 25 de julio de 2012, Lis Geraldine Rojas Loyola interpuso demanda de indemnización por daños y perjuicios contra Ferrocarril Central Andino Sociedad Anónima y Ferrovías Central Andina Sociedad Anónima, a efectos de que le paguen la suma de S/ 150'000,053,000.00 conformados por los siguientes conceptos:

S/ 53,000.00, por daño emergente.

S/ 150'000,000,000.00, por daño moral.

En su escrito, la demandante sostiene lo siguiente:

El día 27 de julio de 2010, su hijo, Bruno Hernán Rodríguez Rojas, de once años de edad, quien padecía de autismo, fue atropellado por el tren N° 1001 de propiedad de la empresa Ferrocarril Central Andino Sociedad Anónima, conducido por John Rony López Jara, produciéndose su muerte. Como consecuencia de ello se inició un proceso penal ante la Tercera Fiscalía Provincial Penal de Santa Anita por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud (homicidio culposo contra el conductor del tren, el señor John Rony López Jara), teniendo como resultado final que, mediante resolución de fecha 12 de enero de 2011, se declaró no ha lugar la formalización de la denuncia, disponiéndose el archivo definitivo.

Señala también que el Informe Técnico N° 332-10-UIAT-PNP-G-1, concluyó que el menor padecía de falta de juicio o reacción dentro de la vía férrea, por lo cual no reaccionó.[1]

Menciona que demanda a la empresa Ferrovías Central Andina Sociedad Anónima, por tener la calidad de concesionaria de la infraestructura férrea, y que no ha dado mantenimiento a la vía, ya que no existen bandas de protección en la parte donde falleció el menor.

Por último, sustenta su pedido en el artículo 1970 del Código Civil, invocando responsabilidad objetiva e indicando que su daño moral consiste en el sufrimiento en que se encuentra al haber perdido a su hijo por lo que se frustró el proyecto de vida al lado de él. Además, el daño emergente consiste en habersele generado una serie de gastos en la fecha que ocurrió el accidente.

A su turno, Ferrovías Central Andina Sociedad Anónima, contesta la demanda señalando que:

No cabe imputársele responsabilidad, ya que la pretensión demandada se sustenta en la responsabilidad objetiva por considerarse el tren como un bien riesgoso, teniéndose en cuenta que es concesionaria de la operación y mantenimiento de la infraestructura vial de acuerdo con el contrato de concesión celebrado con el Estado, no constituyendo peligro la vía férrea y no estando probado que el

accidente haya ocurrido porque la vía férrea no contaba con las barras de protección. Añade que no se ha acreditado qué norma se ha trasgredido o qué norma exige que la zona en que yacía el menor luego de huir del control de su madre deba estar amurallada o con barreras.

Las vías férreas en muchos lugares atraviesan lugares poblados sin que por ello las personas estén autorizadas a transitar por los rieles, o que dichos rieles estén aislados por barras u otros, por ello no es aplicable a su caso el concepto de bien riesgoso.

El monto del petitorio resulta exorbitante.

El maquinista de la locomotora percibió visualmente un bulto que se hallaba en los rieles y, pese a que frenó, no pudo evitar arrollar al menor. A su vez, el Informe Técnico N° 332-10-UIAT-PNP-G-1, indica que el menor no realizó ninguna acción, pues no ponderaba el peligro debido a su condición de autista.

Por otro lado, el menor se encontraba bajo el cuidado y responsabilidad de su madre, debiendo tener la demandante las precauciones necesarias para evitar que el menor escapara de su control.

La vía donde fue atropellado el menor no es peatonal, estando prohibido el tránsito de personas ajenas a la actividad ferroviaria.

Respecto a que no se efectuaron las pruebas para determinar si el maquinista frenó o no a tiempo, indica que no se ha adjuntado prueba que demuestre tal afirmación. Asimismo, Ferrocarril Central Andino Sociedad Anónima contesta la demanda sosteniendo los mismos argumentos de defensa que su codemandada, y agrega que:

Es una persona jurídica cuyo objeto es transportar carga y pasajeros, desempeñando dicha función desde el año 1999.

En este caso fue la conducta imprudente de la víctima la que rompió el nexo causal, por lo cual, no puede atribuírsele responsabilidad, por esa razón es que la denuncia penal no tuvo éxito debido a que la figura es de responsabilidad objetiva, no habiendo la parte accionante aportado las pruebas necesarias.

## 2.2. Los puntos controvertidos

Teniendo en cuenta estos argumentos, se fijaron como puntos controvertidos los siguientes:

Determinar si la empresa demandada Ferrocarril Central Andino Sociedad Anónima, como propietaria de la locomotora N° 1001 (bien riesgoso) tiene responsabilidad en la muerte del hijo de la demandante.

Determinar la participación o responsabilidad de la demandada Ferrovías Central Andina Sociedad Anónima, como encargada del mantenimiento y rehabilitación de la vía férrea, en la muerte del hijo de la demandante.

Establecer si, por el contrario, en el presente caso no se configura responsabilidad de la parte demandada, pues se habría producido la ruptura del nexo causal por imprudencia de la demandante.

Establecer si como consecuencia de los dos primeros puntos controvertidos las empresas demandadas deben indemnizar solidariamente a la demandante por el daño emergente y daño moral, así como fijar su monto.

### 2.3. La sentencia de primera instancia

El 15 de marzo de 2017, el Juzgado Especializado en Ejecución de Sentencias Supranacionales de la Corte Superior de Justicia de Lima, emite sentencia de primera instancia declarando infundada la demanda. Me permito esquematizar sus argumentos de la siguiente manera:

Respecto a Ferrovías Central Andina Sociedad Anónima, se indica que la demandante no ha demostrado regulación que indique que el área del accidente debió estar protegida por vallas o medidas de seguridad que impidan o dificulten en gran medida el paso de peatones por las vías del tren. Además, según el Reglamento Nacional de Ferrocarriles, Decreto Supremo N° 032-2005-MTC, la vía del tren es una vía exclusiva y restringida, estando prohibido que personas ajenas a la actividad ferroviaria se encuentren allí de cero a cinco metros a cada lado de la vía, es decir, no se aprecia qué norma haya podido violentar la demandada, tampoco se ha demostrado que debido al mal mantenimiento de la vía férrea el día de los hechos se haya producido el accidente, pues el Informe Técnico N° 332-10-UIAT-PNPG-1 indica que los rieles no tienen carencia ni deformaciones a la vista y están en buen estado de conservación y uso, por lo que es evidente que respecto de esta demandada la demanda no prospere.

El Informe Técnico N° 332-10-UIAT-PNP-G-1, contiene tanto la descripción de las unidades involucradas en el accidente (tren y menor fallecido), la descripción analítica de la vía, las condiciones climáticas, el análisis de la velocidad del tren, los daños que presentó el cadáver y la aptitud psicofísica del involucrado. En las conclusiones del Informe Técnico se tiene que el factor predominante fue el ingreso del menor a una vía especial y exclusiva como es la vía férrea y que ello, sumado a su especial condición de autista, no le permitió valorar ni reconocer el peligro al que estaba expuesto. No se ha podido acreditar que el maquinista haya obrado de manera negligente, imprudente o con impericia, porque, como se aprecia del expediente penal por homicidio culposo contra John Rony López Jara en agravio del menor, se ha decretado su archivamiento por haberse declarado fundada una excepción de naturaleza de acción y si bien se encuentra apelada ante la Corte Suprema de Justicia de la República, no es menos cierto que se ha rechazado el pedido de suspensión del proceso planteado por la parte demandante. Independientemente del resultado del proceso penal, el Ministerio Público habría formulado denuncia penal contra el conductor, basándose en el incumplimiento de los deberes de cuidado y haber actuado con negligencia o imprudencia, además que un miembro de la Policía Nacional del Perú, Yuri Yancce Acevedo, manifestó que el maquinista le dijo que había visto resbalar al menor, conforme se advierte del video aportado como medio probatorio y actuado en la audiencia de pruebas. Empero, esta manifestación del efectivo policial es contradictoria a su declaración del 17 de marzo de 2014.

La demandante, luego de culminada la etapa postulatoria, ha presentado un peritaje de parte por el que pretende reforzar su tesis de que efectivamente hubo culpa por parte del maquinista en el arrollamiento y muerte de su hijo. Sin embargo, al haber sido dicho medio probatorio extemporáneo, no puede ser valorado, tanto más si no ha sido sometido al contradictorio.

Conforme al Informe Pericial N° 5041-2015-DIREJCRI-PNP-DIRINECDIVINC, no se concluyó de manera alguna que el maquinista haya obrado con negligencia, imprudencia o impericia, o que haya infringido alguna norma que le haga pasible de ser responsable de la muerte del hijo de la demandante.

Conforme al Informe Técnico N° 332-10-UIAT-PNP-G-1, se establece como factor predominante la conducta del menor en el accidente y a su vez la propia demandante ha señalado que su menor hijo tenía autismo leve, pero poseía buen

nivel cognitivo, por lo que no se comprende cómo no ha podido ser capaz de percatarse de un objeto como un tren de más de mil doscientas toneladas aproximándose, en la noche, con las luces encendidas, con el toque del pito y con la vibración que ello produce, lo que sólo pudo deberse a que el menor se encontraba sin discernimiento o inconsciente, pues no se puede explicar por qué no reaccionó ante la aproximación del vehículo, lo que refuerza la tesis de que se encontraba tendido sobre los rieles del tren.

La demandada, Ferrocarril Central Andino Sociedad Anónima, no resulta ser responsable del daño causado al haberse determinado la ocurrencia de una fractura causal, ya que el accidente se debió al propio hecho de la víctima (artículo 1972 del Código Civil).

#### 2.4. La apelación y la sentencia de segunda instancia

La demandante apela la sentencia de primera instancia bajo los siguientes argumentos:

La sentencia de primera instancia, al analizar la “imprudencia de la demandante” en torno al razonamiento sobre la ruptura del nexo causal, no ha considerado lo previsto en el inciso 1 del artículo 43 del Código Civil (son absolutamente incapaces los menores de 16 años).

Respecto a la antijuricidad, sólo emite pronunciamiento sobre la empresa Ferrovías Central Andina Sociedad Anónima (organización ferroviaria), mas no sobre la empresa Ferrocarril Central Andino Sociedad Anónima (operador ferroviario). Asimismo, se limita a señalar que la legislación ferroviaria no regula la seguridad de la vía “exclusiva” del tren obligándole a colocar “mallas” u otros elementos de seguridad, sin tener en cuenta los artículos 31, 36, 38, 51 y 52 del Decreto Supremo N° 032-2005-MTC que obligan a dicha empresa a implementar medidas de seguridad en la vía férrea, que no se verifican en el tramo en el cual su hijo sufrió el accidente.

No se ha valorado que el artículo 6 del Decreto Supremo N° 032-2005-MTC establece que la máxima velocidad de operación para los trenes de mercancías es de dieciséis kilómetros por hora en zonas urbanas, mientras que el maquinista declaró haber conducido a una velocidad de veinticinco kilómetros por hora, es decir, a una velocidad mayor a la establecida en la citada norma, lo que acreditaría

su actitud negligente al transitar por una zona urbana a alta velocidad. Además, al tomarse en cuenta el “Informe Técnico” no se han revisado las obligaciones del operador ferroviario según el Decreto Supremo N° 032-2005-MTC, que no puede limitarse a conducir “sin mayores presiones valorativas respecto al entorno de la vía”, pues deben respetar las velocidades máximas según la ley.

No se ha valorado el Expediente Penal N° 01860-2014-1, que contiene la Necropsia Médico Legal N° 002485-2010, que concluye que su hijo no murió arrollado por el tren, sino que fue impactado por este cuando ingresó a la vía, circunstancia contradictoria al análisis del informe invocado en la sentencia para justificar el rompimiento del “nexo causal”, pues de haber estado acostado, el tren al arrollarlo lo habría partido en dos. En ese sentido, se ha desechado el Informe Técnico de Investigación de Accidente N° IT02-2013 ofrecido como prueba a su escrito del 21 de noviembre de 2013, que corrobora dicha posición, y que desvirtúa la declaración posterior del maquinista y el Informe Técnico N° 332-10-UIAT-PNP-G-1.

No se ha valorado la participación del maquinista en diversos eventos de tránsito en los reportes del SIATF del Ministerio Público, demostrado con el récord de accidentes ferroviarios del Ferrocarril Central Andino Sociedad Anónima, empresa que en forma negligente lo sigue contratando.

También es responsable la empresa Ferrovías Central Andina Sociedad Anónima, porque es la que da el permiso de operación a Ferrocarril Central Andino Sociedad Anónima y le ha seguido renovando el permiso sabiendo que el maquinista John Rony López Jara cegó la vida de su menor hijo y ocasionó más de nueve accidentes registrados entre descarrilamientos, muertes, heridos y otros hechos presentados en la etapa postulatoria.

Se incurre en error al considerar la ruptura del nexo causal, porque el Expediente Penal N° 01860-2014-1 fue archivado, y no se ha podido probar que el maquinista ha obrado de manera negligente, imprudente o imperita, cuando el fundamento de esa decisión fue que la conducta del procesado John Rony López Jara se encuentra dentro de los alcances de las normas técnicas de tránsito y que no hay responsabilidad penal porque la actividad ferroviaria tiene su propia regulación normativa, configurándose un caso de “atipicidad relativa”.

No se ha tomado en cuenta que, contra la Fiscal Superior Edith Hernández Miranda, que emitió el Dictamen N° 1167-2015-MP-FSM-LE, opinando por revocar la Resolución N° 6 del 11 de agosto de 2015 y reformándola se declare fundada la excepción de naturaleza acción, se abrió procedimiento disciplinario por no haber motivado dicho dictamen conforme a ley.

Teniendo en cuenta estos argumentos, la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima emite sentencia el 2 de noviembre de 2017, en virtud de la cual revoca la sentencia de primera instancia que declaró infundada la demanda sobre indemnización por daños y perjuicios, y, reformándola, la declara fundada en parte, debiéndose fijar la suma de S/ 8,500.00 por concepto de daño emergente y la suma de S/ 800,000.00 por concepto de daño moral, con costas y costos del proceso. El contenido de dicha sentencia es el siguiente:

Respecto al peritaje de parte, éste debe ser tomado en cuenta teniendo presente el largo periodo que lleva el litigio y las circunstancias en que ocurrió el evento.

Asimismo, debe tomarse en cuenta el contrato de concesión del Ferrocarril Central Andino Sociedad Anónima para verificar cuáles eran las funciones de la empresa concesionaria que tenía respecto a la seguridad para evitar accidentes, dado que es la única forma de determinar la responsabilidad de la empresa concesionaria.

El artículo 1970 del Código Civil es una norma general que se extiende a toda clase de bien riesgoso o peligroso, es decir, no discrimina sobre determinado bien, sino que se entiende que regula y cubre de responsabilidad a todo bien que, en el ejercicio de su actividad, implique un riesgo o que realice una actividad de esa naturaleza.

La actividad desarrollada por el tren N° 1001 (de propiedad de la empresa Ferrocarril Central Andino Sociedad Anónima, que ocasionó la muerte del menor) era claramente riesgosa, considerando que es responsable civil no el conductor del bien considerado peligroso, sino la empresa propietaria u operadora que ejerce la actividad ferroviaria que por sí misma es riesgosa, de modo que su responsabilidad es directa por su propia actividad, lo que no se ha tomado en cuenta.

Por otro lado, la empresa Ferrovías Central Andina Sociedad Anónima tiene como función obligatoria controlar y supervisar el desarrollo de servicios de transporte



que realiza la codemandada Ferrocarril Central Andino Sociedad Anónima, dando estricto cumplimiento a las disposiciones sobre seguridad ferroviaria establecidas en el contrato.

Conforme se advierte de las copias del Expediente Penal sobre Homicidio Culposo seguido contra el maquinista John Rony López Jara, aparece en el Registro de Estadística de Accidentes Ferroviarios seis ocurrencias, entre atropellos y descarrilamientos.

Si bien estos medios probatorios al ser ofrecidos por la demandante fueron rechazados por extemporáneos, son tomados en cuenta desde que prueban hechos reales y objetivos referidos al historial laboral del maquinista y que no pueden ser obviados.

En este caso no ha concurrido ninguno de los imprevistos que releven de responsabilidad a las demandadas (artículo 1972 del Código Civil), pues el accidente fue provocado por el maquinista, mas no por las empresas demandadas. Aquí el daño es causado por una persona diferente a las demandadas, es decir, no hay nexo causal entre el daño ocasionado y la persona que causa el daño, pero en ocasiones se es responsable por hechos ajenos. En este caso, el nexo causal se presenta por la especial relación que une al maquinista y su empleadora, la empresa Ferrocarril Central Andino Sociedad Anónima, y por ser la persona que ocasionó la muerte del menor. En este caso, la empresa citada responde por los daños causados por el maquinista a su cargo y por lo previsto en el artículo 1970 de Código Civil.

Respecto a la causal eximente de responsabilidad por imprudencia de quien padece el daño, no cabe atribuir imprudencia al menor, pues en forma obvia se encontraba dentro del ámbito de protección que la ley otorga a los menores de edad a quienes considera inimputables para salvaguardarlos de responder a sus actos por el estado de inmadurez física y emocional. Además, no se encontraba en capacidad mental para prever las consecuencias de su conducta o tener el discernimiento para prever un resultado lesivo de sus actos (al sufrir de «autismo leve»), pues era un niño que no tenía un nivel de respuesta al mundo exterior que pudiera darle cuenta del peligro que implicaba transitar por una vía férrea.

Se debe tener en cuenta el peritaje de parte presentado por la demandante, en el que se concluye que el menor no pudo evitar el accidente, tanto por su sensibilidad

extrema a los estímulos sensoriales, como por su desarrollo físico y cognitivo en comparación a un adulto.

Respecto a la imprudencia de la madre del menor, si bien ella en el momento que se encontraba con su hijo en la Plaza de Armas no pudo controlar su conducta cuando escapó de su lado, es cierto tomó todas las acciones necesarias para traerlo de vuelta con ella y ante su desaparición procedió a buscarlo conjuntamente con el padre y hacer la denuncia respectiva ante la Comisaria de San Andrés, donde le manifestaron que tenía que pasar veinticuatro horas para formalizar lo ocurrido. Es así que, en virtud de este caso, se emitió la Ley N° 29685 del 14 de mayo de 2011, denominada “Ley Brunito”, que permite acciones inmediatas de búsqueda, localización y protección por parte de la autoridad cuando se reporta la desaparición de personas vulnerables. En ese sentido, la demora en hallar al menor no es atribuible como responsabilidad imputable a la madre.

No hay nada que evidencie que las empresas demandadas hayan cumplido con instalar sistemas de seguridad, conforme a las exigencias establecidas en el Reglamento Nacional de Ferrocarriles.

Considerando que el mencionado maquinista ya tenía diversos accidentes ferroviarios y una experiencia laboral de veinte años, cabía que, advirtiendo un “bulto” en la vía férrea, inmediatamente aplicara el freno para evitar un posible atropellamiento y no esperar recién a identificar el “bulto” para recién evitar el evento. Configurándose de esta manera la antijuricidad, por la infracción del deber de no dañar.

Respecto al daño emergente, con los documentos se acredita que se ha efectuado un gasto aproximado de ocho mil quinientos soles (S/ 8,500,00), por concepto de velatorio, sacar copias, anillados, escaneos de impresión, movilidad, medicinas y otros. De otro lado, en torno al daño moral, es claro que existe sufrimiento producido por la muerte del hijo, siendo un acontecimiento que produce inmenso dolor y pesadumbre a quien lo padece.

## 2.5. Recurso de casación

Las demandadas, Ferrocarril Central Andino Sociedad Anónima y Ferrovías Central Andina Sociedad Anónima, interpusieron recurso de casación. Así, lo alegado por Ferrovías Central Andina Sociedad Anónima se resume de la siguiente manera:

Infracción normativa procesal de los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú.

Infracción normativa material del artículo 1972 del Código Civil, artículos 18, 22, 31, 36, 38, 51 y 52 del Decreto Supremo N° 032-2005-MTC, Reglamento Nacional de Ferrocarriles.

A su turno, el recurso de casación interpuesto por la demandada Ferrocarril Central Andino Sociedad Anónima se basó en:

Infracción normativa procesal de los incisos 3, 5 y 14 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú; artículos 123, 374 y 429 del Código Procesal Civil y aplicación indebida del principio de adquisición o comunidad de la prueba.

Infracción normativa material por inaplicación del artículo 22 del Decreto Supremo N° 032-2005-MTC, Reglamento Nacional de Ferrocarriles.

### 3. Análisis de los fundamentos de la Corte Suprema

#### 3.1. ¿Es este un verdadero caso de responsabilidad civil “objetiva”?

El régimen de la responsabilidad civil en el Perú, en lo que respecta a los criterios de imputación, se divide en responsabilidad civil por dolo o culpa (es decir, con preeminencia en el aspecto subjetivo), y la mal llamada responsabilidad civil objetiva, que por ser tal prescinde del análisis de la carga subjetiva del agente. La razón de esta distinción radica, entre otras cosas, en el desplazamiento de la responsabilidad de la víctima a otro sujeto de derecho.

Debo precisar que no creo que exista una responsabilidad civil objetiva (entendido como el caso en el que siempre se va a ser responsable), pues si así fuera no habría supuestos en los que se deja de ser responsable en dichos casos. En la legislación peruana claro que se puede dejar de ser responsable cuando, por ejemplo, se prueba la presencia de un caso fortuito o fuerza mayor, o en los que la propia víctima ha desplegado un comportamiento o actividad que ha sido esencial para que sufra el daño. Obsérvese, entonces, como ese concepto de “responsabilidad civil objetiva” en estricto no lo es, pues puede existir un caso en el que no haya responsabilidad pese a que el supuesto de hecho de la norma se haya presentado en la realidad.

Sin perjuicio de lo indicado, la doctrina y la jurisprudencia han delimitado una serie de supuestos en donde se está presente ante un caso de responsabilidad civil objetiva y, a efectos de analizar este caso, me voy a referir a ella con esa etiqueta.

Así, una primera impresión que nos da la lectura de la casación objeto de análisis, es la relativa a que se parte, de plano, por afirmar que estamos ante una responsabilidad civil objetiva y es que se indica que “se ha considerado que los daños ocasionados por la explotación de ferrocarriles son un supuesto de responsabilidad objetiva”. Sin embargo, cuando uno sigue con la lectura de esta sentencia, se aprecia que el colegiado hace mención a una serie de aspectos relacionados a la culpa o a una falta de diligencia, lo cual es de por sí una contradicción, y es que o estamos ante una responsabilidad objetiva o ante una subjetiva. No debería existir, pues, en el análisis, una confusión o intromisión de aspectos que a cada tipo de responsabilidad le pertenecen.

De otro lado, la sentencia se esfuerza en poner énfasis en el tipo de responsabilidad, al señalar, por ejemplo, que “siendo un tema de responsabilidad objetiva es irrelevante la culpa con la que haya actuado el chofer de la empresa o las propias demandadas. De allí que se haya señalado que: en aquellos ámbitos en los que el daño es objetivamente imputable al agente, el juicio de previsibilidad deviene en irrelevante a la hora de declarar la responsabilidad; en esas circunstancias, aunque el agente se haya portado con diligencia será responsable del daño derivado de su actividad. (...) No es pues la culpa el factor de atribución que se imputa, sino que la propia actividad o el uso de bien riesgoso exige que el peso del daño deba ser trasladado a quien se aproveche de esos bienes, en consonancia con lo prescrito en el artículo 1970 del Código Civil”.

En este punto, corresponde hacer un deslinde, pues son dos los codemandados en este caso, razón por la cual es necesario entender cuál es el grado de responsabilidad que les incumbe y si es que las actividades que ambos desarrollan son equiparables. A tales efectos, la sentencia indica lo siguiente:

“Si ello es así, debe señalarse que las empresas demandadas realizan actividades de riesgo. En el caso de Ferrocarril Central Andino Sociedad Anónima por ser una persona jurídica cuyo objeto social es el transporte de carga y pasajeros, entre otros, desempeñándose desde el año 1999 como operador ferroviario de la Vía

Férrea del Ferrocarril del Centro, concesionada a la empresa Ferrovías Central Andina Sociedad Anónima mediante contrato de concesión suscrito por el Estado Peruano el 19 de julio de 1999. Cabe agregar que, conforme al Reglamento Nacional de Ferrocarriles, el operador ferroviario es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, pública o privada que cuenta con permiso de operación expedido por la autoridad competente para prestar servicio de transporte ferroviario de pasajeros y/o mercancías. En el caso de Ferrovías Central Andina Sociedad Anónima, por administrar la línea del ferrocarril más alto del mundo por un lapso de treinta años, con el objeto de trabajar en la rehabilitación, mantenimiento y explotación de la vía ferroviaria ubicada en la zona del centro del país”.

A efectos de entender si ambos sujetos de derecho realizaban actividades de riesgo, resulta importante analizar qué señala el Código Civil en su artículo 1970:

Artículo 1970.- “Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.”

Sobre el citado artículo, León Barandiarán[2] ha señalado que “conforme al segundo criterio informador de la responsabilidad ésta puede darse en los casos de la utilización de cosas riesgosas o actividades peligrosas (...). Es el supuesto de la responsabilidad por riesgo. El Código consagra esta responsabilidad en el artículo 1970. Entonces, ante la producción de un daño, no es necesario determinar la culpa o dolo en el agente. Se puede decir que existe una especie de culpa virtual en dicho agente, por el hecho de la utilización de la cosa riesgosa o de la actividad peligrosa.

Funciona aquí el principio de *cujus commodum est, ejus est periculum*. Los cambios en la vida social, el vivir peligrosamente como decía Neitzche, ha llevado a la sociedad a crear este tipo de responsabilidad diferente a la subjetiva por lo antes indicado, de que no se requiere dolo o culpa, y diferente de la responsabilidad objetiva, pues no se trata de todos los casos en que se produce daño, sino sólo de algunos en que se emplea un instrumento o un quehacer que en sí es riesgoso o peligroso; pudiendo darse el caso de que dentro de la evolución humana aparezcan nuevos supuestos riesgosos o peligrosos, por ejemplo, el uso de la energía nuclear”.

En esa misma línea y en criterio que comparto, se ha sostenido que “lo que la norma del art. 1970 CC estatuye es que quien con un bien riesgoso o peligroso o con una actividad riesgosa o peligrosa causa un daño a otro debe resarcirlo. Es una disposición que hace de la producción de riesgos (económicos, de empresa) o de peligros (incluso al margen de toda actividad empresarial o económica) un fundamento de responsabilidad extracontractual, que se extiende, igualmente, más allá de la esfera del propietario del bien o de la del administrador o beneficiario de la actividad”. [3]

Entonces, el punto central de este asunto es estar frente a la producción de un riesgo o de un peligro que debe leerse en concordancia con otras normas del propio Código, pues es claro que la responsabilidad puede ir más allá de quien haya producido estas situaciones, como veremos más adelante.

En nuestro caso, se tiene que el Ferrocarril Central Andino Sociedad Anónima es una persona jurídica cuyo objeto social es el transporte de carga y pasajeros y al ser operador ferroviario es la persona jurídica, nacional o extranjera, pública o privada que cuenta con permiso de operación expedido por la autoridad competente para prestar servicio de transporte ferroviario de pasajeros y/o mercancías.

Así las cosas, para el transporte de carga y pasajeros se requiere del uso de maquinaria, en este caso, de trenes, y dichos bienes tienen la calidad de ser objetos riesgosos o peligrosos por la naturaleza y finalidad que tienen. Si un automóvil es considerado un bien riesgoso o peligroso, con mayor razón una locomotora y sus coches deben serlo. Esto me lleva a concluir que, con relación a dicho sujeto de derecho, se cumple con lo establecido por el artículo 1970 del Código Civil, razón por la cual todo daño que cause deberá ser asumido por dicha parte.

Empero, en el caso de Ferrovías Central Andina Sociedad Anónima, estamos ante una situación distinta. Ello, debido a que administra una línea de ferrocarril con el objeto de trabajar en la rehabilitación, mantenimiento y explotación de la vía ferroviaria ubicada en la zona del centro del país. Siendo ello así, la pregunta que surge aquí es si se le puede imputar responsabilidad a dicho sujeto por administrar una vía. Yo creo que no, es decir, ser el concesionario de una vía no debería, de por sí, originar una responsabilidad objetiva, razón por la cual su actividad no se enmarca dentro del citado artículo 1970 del Código Civil.

Sin embargo, creo que al tratarse de un bien cuyo descuido podría generar daños, y haciendo una interpretación extensiva, sí creo que, si se hubiera probado, dicha persona jurídica podría ser responsable por una culpa en el cuidado de la vía. La misma lógica se podría aplicar al concesionario que no ha cuidado una vía rápida en la que existe un hueco de tal magnitud y difícil identificación que haya originado un accidente automovilístico. En este caso no hay responsabilidad civil objetiva, sino subjetiva (por culpa leve o inexcusable, dependiendo del caso y la prueba ofrecida, y forzando, tal vez, una situación de negligencia pura).

Así las cosas, considero que el propietario de los trenes debería responder a título de responsabilidad civil objetiva, y el concesionario podría (si se hubiera probado) haber respondido por culpa. No se logra entender el razonamiento que se esgrime en el proceso, a efectos de imputar responsabilidad civil objetiva a ambas partes, ya que en el caso del concesionario se tiene que no ha generado ninguna situación de riesgo o de peligro.

### 3.2. ¿Y la responsabilidad del conductor de la locomotora?

Ahora bien, resulta importante analizar la responsabilidad que se le debe imputar al conductor de la locomotora que causó el daño.

Sobre este particular, hay dos tesis: una que niega la responsabilidad de dicho sujeto y otra que la imputa.

Según diversos documentos[4] actuados en el proceso y que abonan la tesis de la inexistencia de responsabilidad, se “puede apreciar diáfano que el maquinista John Rony López Jara, antes del momento en que aplicó el freno de emergencia, no tenía la posibilidad de advertir que lo que se encontraba dentro de la vía férrea era una persona”. Asimismo, se indicó que el Ferrocarril Central Andino Sociedad Anónima, en el Informe Técnico N° 332-10 de la PNP, señala de manera expresa que el ángulo visual no era adecuado para poder visualizar la presencia del menor, y que cuando fue posible su visibilidad, el maquinista realizó los actos conducentes a frenar la locomotora”.

La Corte Suprema indica, teniendo en cuenta lo anterior, que “se advierte en ambos casos, que lo que se alega es la falta de negligencia del conductor, asunto que no es materia del presente debate porque como se ha dicho aquí lo que se atribuye es

una imputación objetiva y no subjetiva”. Es decir, hace bien dicho colegiado al centrar el análisis en una responsabilidad por riesgo, empero, faltó hacer la precisión que resulta aplicable a este caso lo establecido por el artículo 1981 del Código Civil, según el cual:

Artículo 1981.- “Aquél que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.”

La norma citada prescribe una responsabilidad objetiva en cabeza de dos o más sujetos de derecho (el que ordena y el que obedece), siempre que el daño se realice en ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio, como es este caso. Además, la norma siembra una solidaridad entre estos sujetos.

Sin perjuicio de entrar a especulaciones, resulta cuestionable que también no se haya demandado al chofer de la locomotora y sólo se haya iniciado acciones civiles contra las empresas. ¿Será, acaso, una “estrategia procesal”, a efectos de direccionar el pago del resarcimiento únicamente a dichas empresas (disfrazando una voluntad de que se aplique un deep pocket[5])? Me animo a preguntar ello, en vista de que pueden existir dos situaciones que pueden originar un sesgo en quien juzga; a saber:

Si se demandaba a las empresas y al chofer, el juzgador podría haber tenido un sesgo al momento de fijar el monto resarcitorio, pues podría haber pensado que, al ser uno de los demandados una persona natural, el monto que vaya a otorgar como resarcimiento debía ser prudente en atención a las posibilidades económicas de ese codemandado.

Si se demandaba sólo a las empresas (como en efecto ocurrió), se podría haber querido originar en los jueces, sin decirlo, la aplicación del deep pocket, esto es, imputar responsabilidad y ordenar el pago de un resarcimiento en cabeza de quien tenga más posibilidades económicas para afrontarlo y, al tener a ambas empresas como demandadas, lograr que se fije una suma que guarde relación con el patrimonio que ostentan.



Lo señalado guarda directa relación con un criterio equivocado (que en ocasiones se presenta en la judicatura), de fijar montos resarcitorios en razón al patrimonio que ostenta el demandado/responsable del daño. Nada más alejado de un sano juicio de responsabilidad, pues nada tiene que ver en el análisis si el demandado es millonario o no, ya que bajo esa lógica no se debería declarar el pago de resarcimiento alguno a una persona que no tenga patrimonio.

Sin perjuicio de lo indicado, lo cierto es que el caso sólo tuvo como partes demandadas a las empresas, liberando de esta forma de responsabilidad (solidaria) al chofer de la locomotora. Empero, curioso, por decir lo menos, resulta el análisis que se realiza del récord de conducción que tiene dicha persona y de todos los accidentes en los que se ha visto inmerso en el desempeño de sus actividades como conductor. Aquí la pregunta que surge es ¿cuál fue la necesidad de realizar todo ese análisis si dicha persona no era parte del proceso? Pues ninguna. Lo reitero, estamos ante un caso de responsabilidad civil por riesgo en donde no cabe el análisis de elemento alguno relacionado a la culpa, dolo, diligencia o negligencia.

### 3.3. Breves notas sobre el Decreto Supremo N° 032-2005-MTC, Reglamento Nacional de Ferrocarriles

Resulta importante tener en cuenta el citado Decreto Supremo (que en adelante llamaré el Reglamento), en vista de que posee algunas normas importantes. En especial, se menciona que la Sala Civil no ha cumplido con motivar por qué no aplica lo establecido en los artículos 18 y 22 del citado Reglamento. En ese sentido, corresponde conocer qué señalan dichos preceptos legales:

#### Artículo 18.- “Zona del ferrocarril

Es el área de terreno destinada al uso exclusivo de la actividad ferroviaria. La zona del ferrocarril tendrá no menos de 5 metros de ancho a cada lado del eje de la vía férrea, la cual puede ser cercada parcial o totalmente por las Organizaciones Ferroviarias. Cuando existan dos o más vías férreas contiguas, la zona del ferrocarril se determinará a partir del eje de la vía férrea externa que corresponda.

Cuando la vía se desarrolle en rellenos o en cortes, la zona del ferrocarril comprenderá la franja que se encuentra entre los pies de los taludes del terraplén, o entre los bordes superiores de los taludes en los cortes, o entre los bordes exteriores de las zanjas al pie de los taludes, más una berma de 2 metros de ancho

mínimo. Cuando la vía esté colocada directamente sobre el terreno natural, el ancho de la zona será de 5 metros a cada lado del eje de la vía. Las autoridades competentes preservarán la intangibilidad de dicha área, no extendiendo a favor propio o de terceros, ninguna licencia de construcción, propiedad u otra forma de utilización de dicha área.”

Artículo 22.- “Prohibición de Tránsito ajeno a la actividad ferroviaria, por la vía férrea

Está prohibido el tránsito por la vía férrea y/o la permanencia en ella, de animales, de vehículos y personas ajenas a la actividad ferroviaria, salvo autorización expresa de la Organización Ferroviaria a cargo de la vía férrea. El cruce de la vía férrea sólo puede efectuarse por los lugares autorizados expresamente para ello por la Organización Ferroviaria a cargo de la vía férrea.”

Sobre la base de estos artículos, en la casación se señala que “las empresas recurrentes consideran que, si alguna persona se introduce en la vía férrea, dichas disposiciones las eximen de responsabilidad”.

Sin embargo, la Corte Suprema no comparte esa posición, pues considera que “si bien se trata de normas prohibitivas de ninguna manera significan que ellas, por sí mismas, exoneren de responsabilidad a quien produjo un daño. Esa dispensa legal no existe, ni de la lectura de los dispositivos denunciados se puede extraer esa conclusión; se trata de una afirmación insostenible que llevaría al absurdo si se siguiera ese razonamiento lógico, ya que en todos los casos las empresas demandadas estarían eximidas de reparar el daño causado por accidentes ocurridos en la vía férrea, desde que según ellas existe prohibición de circular por esas zonas”.

Aquí lo fundamental es tener claro que, nuevamente, estamos ante un caso de responsabilidad por riesgo y, si se desea entrar a un escenario en el que no hay responsabilidad, se debe estar presente ante algunos de los supuestos establecidos en el artículo 1972 del Código Civil (caso fortuito o fuerza mayor, hecho determinante de tercero o imprudencia de la propia víctima).

Sin embargo, antes de entrar a ese análisis, veamos qué establecen los mencionados artículos del Reglamento y comentemos sus alcances:

En primer lugar, la zona del ferrocarril es el área de terreno destinada al uso exclusivo de la actividad ferroviaria. Aquí sólo se establece una exclusividad de uso, pero no se dice nada en relación a la consecuencia de que esa exclusividad no se respete.

De otro lado, la norma señala que la zona del ferrocarril tendrá no menos de cinco metros de ancho a cada lado del eje de la vía férrea, la cual puede ser cercada parcial o totalmente por las organizaciones ferroviarias. Nótese que aquí la norma no establece una obligatoriedad (“deber”), sino más bien una facultad (“poder”) de cercar, o no, dicha zona. Esto es importante, pues de plano no se puede afirmar que el que no se haya cercado dicha zona significa, de por sí, un incumplimiento de la ley, es decir, no se puede hablar de una falta que genere una consecuencia directa en el ámbito de la responsabilidad. Sin embargo, es claro que quien se encuentra en mejor posición para mitigar un posible daño es la empresa concesionaria, en vista de que es ella, y sólo ella, quien tiene la posibilidad de, conociendo el tramo por donde pasa el tren, identificar zonas en donde la afluencia de la gente es mayor y, por ende, sea necesaria la toma de medidas como cercar las vías ferroviarias. Con todo, no hay obligación de ello, y así lo establece la ley.

También señala la norma que está prohibido el tránsito por la vía férrea y/o la permanencia en ella, de animales, de vehículos y personas ajenas a la actividad ferroviaria, salvo autorización expresa de la organización ferroviaria a cargo de la vía férrea.

Finalmente se indica que el cruce de la vía férrea sólo puede efectuarse por los lugares autorizados expresamente para ello por la organización ferroviaria a cargo de la vía férrea.

Como se aprecia, en ningún extremo de los dos artículos citados se consigna un supuesto de exoneración de responsabilidad si es que alguien o algo se encuentra en las vías ferroviarias y sufre un daño. No se está, en ningún caso, en un supuesto en el que se traslada la responsabilidad a quien se encuentra en dichas vías, es más, infringir estas normas no tiene consecuencias expresamente establecidas por las mismas.

Así las cosas, es claro que aquí no se encuentra eximente de responsabilidad alguno, pese a ser la legislación especial aplicable para tener conceptos ferroviarios claros. Lo que sí existe son diversas normas que regulan algunos aspectos y procedimientos cuando ocurre un accidente. Así, por ejemplo, se tiene:

- Plan de emergencia para hacer frente a las contingencias (artículo 83).
- Procedimiento a seguir en caso de accidente ferroviario (artículo 84).
- Interrupciones de la vía férrea e informes (artículo 85).
- Aviso de accidente ferroviario (artículo 86).
- Registro y estadística de accidentes ferroviarios (artículo 87).
- Accidentes sujetos a investigación policial (artículo 88).
- Emergencia en la vía (artículo 89).
- Lo dicho no significa que no podamos estar frente a un caso en el que, pese a que el criterio de imputación es objetivo, la relación de causalidad se vea interrumpida por haberse materializado alguno de los supuestos previstos por la ley. Ese análisis lo haré en el siguiente punto.

3.4. La causalidad y su relación con la figura de la imprudencia de la propia víctima  
Se ha señalado, con razón, que “cuando la responsabilidad se adjudica en virtud de factores objetivos de atribución, basta que medie una relación de causalidad adecuada entre la actuación del factor de riesgo que genera el deber de responder y el daño”.<sup>[6]</sup>

A su turno, la teoría de la causa adecuada (que es la que, según nuestro Código Civil, se aplica a la responsabilidad extracontractual) “importa establecer una jerarquía entre los diversos factores que han contribuido a la realización del daño. Sólo aquéllos que fueran susceptibles de provocar el daño, según el curso normal de las cosas, pueden ser calificados de causa”.<sup>[7]</sup>

La presencia de dicha teoría se encuentra presente en el artículo 1985 del Código Civil, el mismo que prescribe lo siguiente:

Artículo 1985.- “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga

intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.” (El subrayado es nuestro).

Ahora bien, “tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia han manifestado que el demandado en un juicio de responsabilidad tiene, por norma general, la posibilidad de defenderse probando diligencia y cuidado, o inexistencia del nexo causal, o la existencia de una causal exonerativa de responsabilidad, comúnmente conocida como causa extraña. Así, según el régimen de responsabilidad aplicable, el demandado tiene la posibilidad de escoger entre varias alternativas para exonerarse: si es dentro de un régimen subjetivo de responsabilidad, probar ausencia de culpa, inexistencia del nexo causal, o una causa extraña. Por el contrario, si es un régimen de responsabilidad objetiva, el demandado solo se podrá exonerar probando ausencia de nexo causal o la existencia de una causa extraña. Por causal exonerativa de responsabilidad se entiende aquella causa que impide imputar determinado daño a una persona, haciendo improcedente, en consecuencia, la declaratoria de responsabilidad. En este sentido, las causales de exoneración impiden la imputación, en ocasiones porque es inexistente el nexo de causalidad (por ejemplo, en el hecho del tercero como causa exclusiva), o en ocasiones demostrando que, si bien el demandado por acción u omisión causó el daño, lo hizo llevado o coaccionado por un hecho externo, imprevisible e irresistible”. [8]

En el caso peruano, resulta imprescindible tener en cuenta el artículo 1972, que señala:

Artículo 1972.- “En los casos del Artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño.”

Ahora bien, teniendo en cuenta este marco conceptual, corresponde tener en cuenta y comentar algunos pasajes de la casación que se relacionan a estos temas, ya que en determinados extremos se trata de cuestionar la existencia de una causalidad en la producción del daño invocando una aparente responsabilidad de la propia víctima del daño.

Así, se señala que “se ha confundido la naturaleza jurídica del término “imprudencia de la víctima”, asumiéndose como verdad absoluta que a los

menores de edad no se les puede atribuir imprudencia por tener la condición de inimputables, pese a que la doctrina ya ha dejado por sentada, que tratándose de responsabilidad extracontractual se debe apreciar el hecho objetivo y establecer la causa generadora del evento, que en el caso en cuestión fue que la víctima haya estado recostada dentro de la vía férrea, así como las circunstancias que se describen en el Informe Técnico N° 332-10-UIAT-PNP-G-1. En buena cuenta, los impugnantes sostienen que el accidente ocurrió por hecho propio de la víctima y que ello originaría la inexistencia de causalidad en los términos prescritos en el artículo 1972 del Código Civil; se afirma además que es la demandante quien es responsable del daño, al haber perdido a su hijo, quien tenía la condición de autista”.

La Corte Suprema realiza un análisis para descartar esta argumentación, y me permito esquematizar esas ideas para, luego, comentarlas:

Considerar que un menor pueda estar todo el tiempo bajo la atenta mirada de su padre, ni jurídica ni físicamente se puede aceptar; esa es, por lo demás, una de las razones por las que, desde otro enfoque, el relacionado con la responsabilidad de los padres, la doctrina y la legislación se han acercado a una responsabilidad objetiva desdeñando las invocaciones a una culpa in vigilando imposible de admitir.

La causalidad que asume el Código Civil (artículo 1985) es la adecuada, de lo que sigue que no todos los antecedentes causales son equivalentes, sino aquellos “de los cuales quepa esperar a priori y según criterios de razonable seguridad o de verosimilitud estadística (juicio de probabilidad) la producción de un resultado. Aquí no se inquiera sobre la culpa del dañante, sino si este dio lugar a una situación que desembocara en el daño; se trata, por consiguiente, de una causalidad material, de una constatación del hecho que exige reparar en dos coordenadas: (i) que el evento se encuentre dentro del ámbito de aplicación de la ley especial; y, (ii) que exista causalidad material entre el daño y la actividad de la persona a quien se reclama.

Sobre el punto (i) se tiene que el artículo 29 de la Ley N° 27181 establece que la responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito causados por vehículos automotores es objetiva y que es ella la que regula el comportamiento de las empresas de ferrocarriles, como se advierte de la lectura del Decreto Supremo N°

032-2005-MTC que indica que la actividad ferroviaria se sujeta al marco de la ley antes citada y que además “es de aplicación en las concesiones ferroviarias” (artículos 1 y 2).

En cuanto al punto (ii), se encuentra debidamente acreditada la causalidad material entre el daño y la actividad de la persona a quien se reclama, no existiendo controversia sobre tal hecho.

Las acciones de los demandados son aptas para la producción del daño porque: (i) de su marco regulatorio (Reglamento Nacional de Ferrocarriles) se desprenden las exigencias que se les solicita para operar y cautelar la seguridad en el transporte ferroviario, las que se derivan de que su acción incrementa el riesgo en el actuar cotidiano; (ii) era probable que en la zona donde ocurrió el accidente (altura del kilómetro 34.400 aproximadamente de la vía, en la zona urbana que se encontraba ubicada en el kilómetro 14.800 de la Carretera Central, Santa Clara) pudiera acontecer un accidente, dada la densidad poblacional y la circulación de personas; (iii) la falta de diseños de medidas de seguridad para personas que sufren discapacidad incrementan el factor riesgo; y, (iv) el conductor del tren había tenido seis accidentes utilizando el bien.

Desde una perspectiva concreta, la muerte del menor fue ocasionada por su impacto con el tren, al haber ingresado a un sector a cargo de la empresa Ferrovías Central Andina Sociedad Anónima. Tal sector, además, se encontraba en el kilómetro 14.800, en una zona de tránsito, lo que imponía a la empresa los deberes de cuidado respectivo.

Las partes están de acuerdo en que el menor afectado no se encontraba en condiciones de valorar sus actos, y así además lo han expuesto los demandados (recurrentes en la casación) en su contestación a la demanda, por lo que de ninguna forma opera la ruptura causal.

De la lectura de lo señalado por la Corte Suprema, me surgen varios comentarios, ya que al parecer existiría una contradicción en la argumentación que se ha expuesto en la casación. Para lograr tal fin, sí me parece oportuno dividir mi análisis teniendo como fecha de corte el mes de septiembre de 2018 (fecha de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1384), pues en ese momento fueron modificados diversos artículos del Código Civil, sobre todo en lo que atañe a la

regulación de la figura de la capacidad legal y la responsabilidad civil de los menores con o sin discernimiento.

3.4.1. El análisis de la causalidad y la responsabilidad civil de los menores antes del Decreto Legislativo N° 1384

La normativa del Código Civil anterior al mencionado Decreto Legislativo, tenía dos normas que resulta importante recordar:

Artículo 1975.- “La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable.”

Artículo 1976.- “No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal.”

Lo señalado nos lleva a la conclusión de que, si un menor tiene discernimiento, entonces es responsable por los daños que causa, independientemente de la solidaridad que le asiste con sus representantes legales. A contrario, si un menor causa un daño y no tiene discernimiento, no es responsable.

Esta conclusión es confirmada por el artículo 458 del mismo Código Civil, que señala lo siguiente:

Artículo 458.- “El menor capaz de discernimiento responde por los daños y perjuicios que causa.”

Siendo esto así, yo podría llegar a la conclusión de que, si la norma establece una responsabilidad para un menor con discernimiento, también le son aplicables los supuestos en donde la responsabilidad no existe en cabeza de quien le causó un daño debido a que ese menor ha tenido una participación determinante en la ocurrencia de su propio daño. En otras palabras, si es responsable para asumir daños de terceros, también debe serlo para asumir sus propios daños. Y si ello es así, entonces, alguien a quien ese menor demande por daños podría invocar la aplicación del artículo 1972 e indicar que el daño se produjo por hecho propio de la víctima, es decir, hecho propio del menor con discernimiento.



Creo que esta sería la explicación y el desarrollo más lógico de un caso en donde el supuesto dañante pueda librarse de responsabilidad cuando el daño ha sido causado por la propia víctima, al margen de si éste tiene o no plena capacidad de ejercicio. Lo determinante es que tenga discernimiento.

Sin embargo, en este caso nos encontramos con un detalle que puede cambiar todo el escenario, ya que ese menor (o incapaz, como lo denominaba los artículos citados) tenía un discernimiento que era, cuanto menos, cuestionable, en vista del autismo del que padecía.

Así las cosas, ante este hecho, caben dos escenarios que nos llevan a consecuencias jurídicas distintas:

Brunito, al tener un autismo leve, tenía discernimiento y ello fue corroborado por algunos medios probatorios ofrecidos al proceso. En ese caso, los demandados pudieron haber solicitado una exoneración de responsabilidad, pues fue el actuar de la propia víctima el que ocasionó el daño.

Brunito no tenía discernimiento, por encontrarse en alguna de las causales de los artículos 43 o 44 del Código Civil, razón por la cual no se podría aplicar un eximente de responsabilidad en el hecho propio de la víctima.

Como se aprecia, este análisis no fue realizado por el juzgador, y me parece que era determinante que se haga, a efectos de deslindar y, a la vez, establecer responsabilidades.

El juego de espejos que se pudo haber realizado pasaba por analizar la plena responsabilidad de los demandados en virtud del artículo 1970, y si es que la aplicación de dicho precepto podía dejarse de lado por la aplicación de uno de los supuestos del artículo 1972. Una tercera opción era que podamos estar ante una distribución de responsabilidades, tanto en los demandados como en la víctima del accidente.

Queda claro que para este análisis la prueba pericial y todo el acervo probatorio que las partes tenían que presentar, y que debía referirse exclusivamente al discernimiento y a la plena, limitada o inexistente capacidad legal de Brunito, iban a ser determinantes. De la actuación y valoración de esos medios probatorios hubiera dependido que el sentido de esta sentencia sea distinto al que hoy conocemos.

Quiero precisar que en este análisis no considero la posible responsabilidad imputable a la propia madre (o padres) de Brunito, ya que se podría argumentar que ella (ellos) también ha tenido una participación determinante en la ocurrencia del daño. Sin perjuicio de ello, este punto lo evaluaré en el siguiente acápite.

#### 3.4.2. El análisis de la causalidad y la responsabilidad civil de los menores después del Decreto Legislativo N° 1384

De manera breve, y en el estado actual en el que se encuentra la normativa civil peruana sobre el régimen de la capacidad jurídica, me permito precisar que los artículos 1975 y 1976 del Código Civil han sido derogados, así como también fueron derogados todos los casos en donde se limitaba la capacidad jurídica de la persona cuando ésta tiene alguna alteración mental o, incluso, no tiene discernimiento (ver el texto actual de los artículos 43 y 44).

Hoy, en el Perú, los privados de discernimiento y las personas con problemas mentales o que sufran de algún tipo de discapacidad psíquica o psicológica, son plenamente capaces. Todo ello, gracias a la entrada en vigor del Decreto Legislativo N° 1384.

Así las cosas, únicamente ha quedado vigente el artículo 458, lo cual nos lleva a concluir que, si un accidente similar se hubiera producido hoy, no habría ninguna duda de que los demandados hubieran podido alegar, sin mayor problema, que su causalidad no existía porque el accidente se debió a un hecho propio de la víctima, con lo que cobraba plena aplicación lo establecido por el artículo 1972 del Código Civil.

Esta precisión me lleva a cuestionar los beneficios o perjuicios de la vigente regulación que posee hoy nuestro Código en torno a esta materia, ya que con la regulación actual no hubiera importado que la víctima haya tenido autismo debido a que se le consideraría una persona capaz.

Ahora bien, es claro que también se podría esgrimir el argumento que indica que Brunito es una persona menor de dieciséis años y que por ello se le considera con una capacidad de ejercicio de sus derechos restringida de manera total, pero ante ello se podría precisar que el artículo 458 al mantenerse vigente permite llegar a la conclusión de que si se tiene en cuenta que un menor con discernimiento es

responsable por sus actos, también es posible que por sus hechos haya generado su propio daño. Claro está, al igual que en el acápite 3.4.1. la probanza de la existencia del discernimiento hubiera sido determinante.

#### 3.4.3. Nota final sobre la causalidad

Resulta importante precisar que en la sentencia bajo estudio no se llegó a estudiar como se hubiera deseado el tema de la causalidad y la posibilidad de que ésta no se presente porque la propia víctima contribuyó a la producción del daño. Tampoco se tuvo un desarrollo de la posible responsabilidad imputable a los padres de Brunito.

Queda claro que los supuestos de exoneración de responsabilidad pueden liberar de manera completa al demandado, pero también puede darse el caso que concurren responsabilidades (de los demandados y de la propia víctima e incluso de terceros), caso en el cual el juez, con criterio de justicia y equidad, debería argumentar y fijar el monto resarcitorio atendiendo a esa responsabilidad compartida, teniendo como resultado que el monto que los demandados deberían pagar se vea reducido.

#### 3.5. Sigue. La concurrencia de responsabilidades, a propósito del actuar de la madre

Para concluir con mis comentarios, corresponde analizar si al caso hubiera sido posible aplicar el artículo 1973 del Código Civil:

Artículo 1973.- “Si la imprudencia sólo hubiere concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias.”

Teniendo esto en cuenta, me pregunto si es que realmente la madre ha realizado actos o caído en omisiones, que contribuyan en el fatal desenlace. Utilizando el criterio del “buen padre de familia” (que, en este caso, sería el de la “buena madre de familia”), ¿acaso no es válido pensar y tener por aceptado que un padre o madre, al tener un hijo menor, deba otorgarle todos los cuidados? Aquí se puede aplicar, claramente, ese estándar del *bonus pater familias* y es que si una persona tiene un hijo es claro que va a vigilarlo y cuidarlo, más aún si se encuentran en la vía pública y con mucha más diligencia si es que es autista. Así, si en ese caso se exige eso a ese familiar, ¿no se le debería exigir un estándar de cuidado mucho más elevado a la mamá que sale a la calle con su hijo autista? Me queda claro que sí.

Entonces, ¿no existe una imprudencia de la víctima que alega el daño moral (la madre)? Y al ser así, ¿no debió explicarse ese hecho al momento de fijar responsabilidad y el monto resarcitorio?

La sentencia objeto de análisis no posee ningún deslinde de responsabilidad de la progenitora y, atendiendo a los hechos narrados, me queda claro que ella sí pudo haber realizado “algo más” para que el daño no se produzca.

En ese sentido, creo que los demandados pudieron haber explotado más (si es que no lo hicieron) la aplicación de esta figura para que se ordene el pago de un monto distinto al otorgado y se logre llevar la discusión a un escenario en donde pueda existir una responsabilidad compartida entre los demandados, Brunito y sus progenitores.

#### 4. Conclusiones

Teniendo en cuenta lo indicado, puedo arribar a las siguientes conclusiones:

Estamos ante un caso de responsabilidad objetiva, sin embargo, en la sentencia se desarrollan conceptos que se enfocan más en el aspecto de la causalidad. Asimismo, se realiza un análisis de aspectos subjetivos que no deberían tener eco en el caso si se parte de la premisa de que hay responsabilidad por riesgo.

Existen dos demandados y aunque podría dudarse de la responsabilidad de uno de ellos (quien es concesionario de la vía), en el caso se imputa responsabilidad objetiva a dicha parte también. En este extremo, no existe argumentación que permita corroborar que ello es así.

La concurrencia de responsabilidades es algo que no se ha analizado en el caso. Sobre el particular, era imprescindible que se analice el grado de responsabilidad de Brunito, pero también de su madre, como persona que tenía a su cargo su cuidado.

El monto otorgado como resarcimiento no tiene ninguna fundamentación. No se tiene claro de dónde sale dicha suma y ese hecho da un mensaje peligroso, pues en casos similares, donde la pérdida de un hijo menor se produzca, se invocará este caso a efectos de pedir montos como éste. Hubiera sido ideal que se cite casos

similares y realizar un análisis de las particularidades de los mismos, a efectos de entender cómo es que se fijaron los montos resarcitorios en esos casos.

\* Para citar: Chipana Catalán, Jhoel. “La ‘responsabilidad civil objetiva’ y el daño moral. Notas a propósito del Caso Brunito”. En La responsabilidad civil y el daño extrapatrimonial. Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Coord.). Lima: Instituto Pacífico, 2020, pp. 535-569.

[1] La Corte Suprema, en torno a este punto, señala que esta conclusión es inadecuada, porque el menor padecía de autismo leve, conforme al Informe Psicológico emitido por la Asociación para la Rehabilitación del Infantil Excepcional – ARIE, donde se concluye que sí podía valorar y reconocer el peligro, prueba de ello es el desempeño que mantuvo en sus centros educativos, así como las conclusiones del Informe Psicopedagógico del Centro Educativo de Básica Especial María Auxiliadora.

[2] León Barandiarán, José. En Código Civil. Exposición de motivos y comentarios. 2ª edición. Lima: Thomson Reuters, 2015, vol. VI, pp. 882 y 883.

[3] León Hilario, Leysser. Responsabilidad civil contractual y extracontractual. Material autoinstructivo. Lima: Academia de la Magistratura, 2016, p. 111.

[4] Entre otros, se tiene:

El Informe Técnico N° 332-10-UIAT-PNP-G-1, emitido por la Unidad de Investigación de Accidentes de Tránsito de la Policía Nacional del Perú.

El Acta de Diligencia de Reconstrucción de Hechos del accidente ferroviario realizado por el Tercer Juzgado Penal Transitorio de Lima Este.

El Informe Pericial N° 5041-2015-DIREJCRI-PNP-DIRINEC-DIVINC.

[5] Entendido como el traslado de los costos del perjuicio a quien pueda, efectivamente, pagarlos. Es claro que, entre una empresa ferroviaria y un empleado de la misma, quien tendrá más posibilidades de pago será la primera. Cfr. Acciarri, Hugo A. “El análisis económico del derecho de daños. Elementos para una aproximación”. En Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina, Número Especial sobre “Derecho y Economía”, mayo de 2006, p. 311.

[6] Zannoni, Eduardo A. El daño en la responsabilidad civil. 3ª edición. Buenos Aires: Astrea, 2005, p. 22

[7] Brun, Philippe. Responsabilidad civil extracontractual. 3ª edición. Lima: Pacífico, 2015, p. 234.

[8] Patiño, Héctor. “Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración. Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano”. En Revista de Derecho Privado, N° 14, 2008, p. 198.