

Apuntes sobre la responsabilidad Civil derivada de los daños causados por animales*

LEYSER L. LEON**

Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú .

1. Preliminar: Jurisprudencia extranjera.

1.1. Corte de Apelación de Girona (España).

Sentencia del 30 de septiembre de 1996.

Fundamentos de derecho:

Primero.- Se aceptan en su totalidad el primero, el segundo y el tercero de la sentencia apelada, pero este tercero en cuanto explica cómo ocurrieron los hechos y razona que los mismos no se debieron ni a fuerza mayor ni a culpa exclusiva de la víctima: el menor Sergi B. S., aunque como seguidamente se razonará, el expresado menor sí contribuyó a que se produjera el resultado, aceptándose también las cantidades que se recogen en el fundamento jurídico cuarto, respecto de los cuales se hará la reducción, por concurrencia de culpas, que será objeto también de razonamiento.

(Omissis).

Cuarto.- En cuanto a la responsabilidad, el art. 1905 del Código civil consagra una responsabilidad objetiva “*avant la lettre*”, es decir, introduce en nuestro derecho positivo lo que la jurisprudencia a partir de la Sentencia del 12 de febrero de 1943 ha definido como responsabilidad por riesgo, y, habiendo resultado que el perro del demandado mordió al niño Sergi B. S., que esta

mordedura le produjo lesiones y que existe una relación de causalidad evidente entre el hecho y el resultado, es indudable que concurren los requisitos de la acción ejercitada. La alegación de la excepción de “culpa exclusiva de la víctima” no puede acogerse, dado el resultado de todas las pruebas practicadas en ambos juicios, puesto que la actuación de dicho niño puede calificarse como la única causante del daño puesto que entró en una casa, en la que existía un perro grande, invitado por el hijo del dueño mismo, correspondiendo al propietario, poseedor o guardador del perro adoptar las medidas oportunas para evitar que el mismo ocasionara daños a un tercero, precauciones que no fueron adoptadas debidamente en el presente caso, puesto que el perro estaba sin bozal y simplemente sujetado por otro niño en un espacio relativamente pequeño, aunque el menor que resultó mordido no debió intentar acariciar al perro sin preguntar antes si podía hacerlo sin riesgo alguno, contribuyendo, a juicio de este Tribunal un 50 por 100 al resultado producido, pero sin que tal comportamiento signifique culpa exclusiva, ni rompiera el nexo de causalidad, puesto que es evidente que si el poseedor del perro hubiera adoptado alguna de las varias precauciones posibles: tener al perro encerrado; tenerlo bien sujeto o con bozal, el hecho no se hubiera producido, como así se deduce de la prueba de reconocimiento judicial practicada en esta alzada¹.

* Para María Carolina Pace.

** Abogado. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomado en Lengua y Cultura Italianas por la Universidad para Extranjeros de Perugia (Italia).

Agradezco al profesor Gastón Fernández Cruz, además de las sugerencias dadas y la ayuda bibliográfica de siempre, el envío de su estudio más reciente (en curso de publicación en una antología que tengo bajo mi cuidado): “Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: La óptica sistémica (Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del Civil Law)”, cuya lectura es fundamental tanto para identificar las contradictorias interpretaciones que suscitan los criterios de imputación de responsabilidad extracontractual contemplados en el Código civil peruano de 1984, cuanto para comprender la necesidad de modificar el régimen actual y el sentido que debe guiar la eventual reforma.

1 En «Aranzadi Civil» 1996, t. I, vol. III, Navarra: Sentencia núm. 1951, pp. 412-413.

1.2. Tribunal de Perugia (Italia).

Sentencia núm. 550, del 4 de julio de 1998.

Ana Maria Frascarelli (dte.) c. Gabriele della Nave (ddo.).

Parte considerativa:

(Omissis).

De lo expuesto se hace evidente que la peligrosidad intrínseca del animal, su fuerza física y el hecho de que se encontrase sin bozal debieron haber sugerido al demandado la adopción de rigurosas medidas de cautela. En este aspecto, parece en gran medida superflua la cerrada confrontación a la han dado lugar las partes, respecto de la presunta peligrosidad o mansedumbre del animal. En efecto, un perro pastor alemán es por su misma naturaleza peligroso. Sea en cuanto perteneciente al reino animal (y por lo tanto, privado de las facultades de discernimiento y autodeterminación propias de los seres humanos), sea por su particular constitución y estructura física.

(Omissis).

Existe nexo de causalidad entre la conducta omisiva de Della Nave y el evento dañoso, porque según un juicio de normal previsibilidad, la agresión del perro contra la demandante podía concebirse como una consecuencia posible de la propia inacción. Más en general, se podría hasta decir que la previsibilidad y normalidad del evento concretamente verificado no se derivan de una agresividad preexistente y conocida del animal. Un imprevisto e injustificado ímpetu violento de parte de un perro no entra, en efecto, en el concepto de caso fortuito, porque se trata de un evento que no es extraño a la peligrosidad natural del animal. En fin, es bastante notorio, por ejemplo, que en varias ocasiones canes que tranquilamente se hubieran podido definir como "mansos" han agredido, sin un motivo aparente, incluso a sus mismos dueños. Aunque no era propietario del perro, tal orden de consideraciones no podía ser pasado por alto por el demandado.

Para completar la investigación, es necesario añadir que la existencia del nexo causal se afirmaría aun

admitiendo, con carácter absolutamente hipotético, que Frascarelli haya pisado, inadvertidamente, la cola del perro. Y la relación causal, en efecto, no podría entenderse totalmente absorbida por el hecho atribuible a la damnificada. Estaremos, entonces, en presencia de una concausa, que no descartaría el hecho de que la conducta de Della Nave mantuviese su propia aptitud para ocasionar el evento.

Existe, además, el requisito de la culpabilidad, siendo evidente la violación de una norma de precaución destinada a evitar la creación de situaciones de peligro².

1.3. Corte de Apelación de Castellón (España):

Sentencia del 3 de marzo de 1999.

Fundamentos de derecho:

(Omissis).

Segundo.- Entrando en el fondo de la cuestión debatida, por la recurrente se alega que no se trata de que la agresión de un animal se realice por un perro pequeño, sino en una reacción de la víctima demandante de avanzada edad proporcionada ante el ataque del can, o por lo menos que se dirige a ella, lo que entra de lleno en el contenido del artículo 1905 del Código civil al tratarse de una responsabilidad objetiva, evitable cuando el daño que proviniera del animal sea debido a una fuerza mayor o de culpa del que lo hubiera sufrido. Planteada así la litis es claro que los demandados en su culpa «in eligendo», «in vigilando» o si se quiere «in operando por omisión», serían responsables, cuando en definitiva el perro cruzó la calle Lérida de Castellón sin estar sujeto por correa alguna, y cualquier ataque que hubiese realizado contra la actora o dirigiéndose a la misma en sus saltos o zalamerías al ver llegar al codemandado Rafael B. de R., que según se dice en la contestación a la demanda había estacionado su vehículo en la acera contraria y precisamente justo en frente del portal del edificio donde residen los demandados don Rafael B. de R. y doña Julia B. G., hubiere devenido en culpa, sin embargo, y tal como señalaron los demandados apelados en la vista del recurso, faltó o por mejor decir no se ha acreditado uno de los

(2) En «Rassegna Giuridica Umbra» 1999-1, Perugia, pp. 72 y ss., con nota de Andrea BELLUCCI: "Danno da animali e omissione di custodia".

requisitos de la culpa extracontractual, cual es la relación de causa a efecto entre la acción omisiva y el resultado dañoso, examinándose para llegar a tal conclusión los datos que figuran en las actuaciones, (...). Como corolario de todo lo anterior, se tiene una duda de la distancia³, que juega a favor de los demandados, y en estas circunstancias sí que es aceptable la doctrina del juzgador de primer grado de que no se puede justificar la reacción de la actora, sino es en base a su propio estado de ánimo o reacción subjetiva desproporcionada al hipotético riesgo o peligro que pudiera representar dicho animal, rompiéndose la relación de causalidad y entrándose de cierta manera, aunque sea por analogía o equivalencia con el inciso último del artículo, reiterado, 1905 del Código sustantivo, con exoneración de responsabilidad cuando el daño proviniera “de culpa del que lo hubiese sufrido” (...). Una vez que se desestima la responsabilidad de cualquiera de los demandados, es inoperante entrar en cualquier justificación de daños debidos por el siniestro y la influencia de enfermedades intercurrentes existentes que con anterioridad a los hechos pudieran existir, con influencia en la determinación de la remuneración correspondiente (...)”⁴.

1.4. Corte de Apelación de Teruel (España).

Sentencia del 4 de marzo del 2000.

Fundamentos de derecho:

(Omissis).

Sexto.- Sentado lo que antecede, el Tribunal Supremo, entre otras, en sentencias de 3 de abril de 1957, 26 de enero de 1972, 28 de abril de 1983, 30 de abril de 1984, 28 de enero de 1986, 25 de abril de 1991, 27 de febrero de 1991, 27 de febrero de 1996 y la de signo contrario a las anteriores del 16 de octubre de 1998, viene a declarar que el art. 1905 del Código civil contempla una responsabilidad de carácter no culpabilístico, sino totalmente objetiva, por riesgo e inherente a la utilización del animal, es decir anudada a la simple posesión del

mismo y no a la propiedad “de donde se sigue que basta la explotación del propio beneficio para que surja la obligación de resarcir” debiéndose inferir de dicho precepto: 1º) Que el sujeto de la responsabilidad civil que en él se establece es el poseedor de un animal o el que se sirve de él; la ley no se refiere al dueño pero habrá de entenderse que el mismo es responsable salvo que exista algún estado de posesión o servicio del animal, pendiente o no de aquella voluntad, en cuyo caso cesará su responsabilidad para pasar a quien, de hecho, se encargue de la custodia del animal. 2º) Que la Ley no exige en el dueño, poseedor o usuario del animal ninguna culpa o falta de diligencia que embargue su responsabilidad, puesto que la Ley dice claramente “aunque se le escape o extravié”; siendo un caso de responsabilidad totalmente objetiva. 3º) Igualmente que la Ley sólo se refiere a los perjuicios que cause el animal, sin precisar la índole de los mismos, ni exigir que éstos sean una consecuencia del estado de peligrosidad del semoviente productor del daño y 4º) Que el reclamante del daño debe probar éste, el nexo causal y que el animal lo posee el demandado. Por el contrario incumbirá a éste la prueba de las correspondientes excepciones; esto es, de la fuerza mayor o de la culpa del que lo hubiera sufrido⁵.

2. Preliminar (sigue): Legislación extranjera.

2.1. Código civil francés (1804):

Art. 1385.- El propietario de un animal, o quien se sirve de él, mientras dure el uso, es responsable del daño causado por el animal, sea que éste se encontrara bajo su custodia, sea que se hubiera escapado o extraviado.

2.2. Código civil español (1889):

Art. 1905.- El poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravié. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de

3 Se refiere a la distancia que separaba a la demandante del perro, supuestamente, agresor, mientras éste corría al encuentro de su dueño. Tal distancia no se pudo precisar, y ante la duda fue considerada en favor de los demandados.

4 En «Aranzadi Civil» 1999, vol. I, t. VIII, Navarra: Sentencia núm. 542, pp. 762-763.

Transcribo la sumilla de este repertorio de jurisprudencia, a propósito de la sentencia citada: “Culpa extracontractual: Responsabilidad por daños causados por animales: improcedencia: falta de acreditación de que la caída de la actora fuera causada por ataque de perro al abalanzarse contra ella: existencia de duda de la distancia entre el perro y ésta no justifica la reacción de la actora: ausencia de relación de causalidad”.

5 En «Aranzadi Civil» 2000, 7 (julio), Navarra: Sentencia núm. 757, pp. 1206-1208.

que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido.

2.3. Código civil alemán (1900):

§ 833. *Responsabilidad del tenedor del animal.*

Si por un animal es muerto un hombre o lesiona el cuerpo o la salud de una persona o daña a una cosa, queda obligado aquel que tiene el animal, a resarcir los daños ocasionados a él por ésto.

(2.º parte, añadida en 1908) La obligación de resarcimiento no tiene lugar si el daño se ha causado por un animal doméstico que está destinado para servir a la profesión, a la actividad lucrativa o a la manutención del tenedor del animal y en la vigilancia del animal el tenedor ora observe la diligencia requerida por el tráfico, ora porque igualmente se producirían los daños con la aplicación de esta diligencia.

§ 834. *Responsabilidad del vigilante de animales.*

El que por aquel que posee un animal asume por contrato la gestión de vigilancia sobre el

animal, es responsable por los daños que el animal irroge a un tercero en la forma señalada en el § 833. La responsabilidad no tiene lugar, si en la gestión de la vigilancia observa la diligencia requerida en el tráfico o si los daños también se habrían originado en la aplicación de esta diligencia.

2.4. Código civil italiano (1942):

Art. 2052. *Daño ocasionado por animales.*- El propietario de un animal, o quien se sirve de él, mientras dure el uso, es responsable del daño causado por el animal, sea que éste se encontrara bajo su custodia, sea que se hubiera escapado o extraviado, salvo que se pruebe el caso fortuito.

2.5. Código civil peruano (1984):

Art. 1979.- El dueño de un animal o aquel que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que éste cause, aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero.

3. Propósito.

Un niño invita a otro a visitarlo. El anfitrión tiene un perro que deambula libremente por la sala de su casa, que encuentra al inesperado visitante y lo muerde. El padre de la víctima demanda una reparación. El juez establece que existe responsabilidad compartida, del niño herido (que quiso acariciar al perro sin antes preguntar si podía hacerlo) y del propietario del animal (y titular de la casa en que tuvieron lugar los hechos). Hecha la repartición de culpas, se concede a la parte demandante un resarcimiento de 622,000.00 pesetas.

Un hombre y una mujer ingresan a la oficina de atención de un taller de mecánica automotriz, en busca del titular. En el reducido espacio, cerca de un escritorio, se encuentra un perro pastor alemán que, sin explicación aparente, agrede a la mujer, ocasionándole lesiones de consideración. El dueño del negocio es demandado; en el proceso, pretende librarse de responsabilidad argumentando que no es propietario del perro, y atribuyendo los hechos a la propia culpa de la demandante, que ingresó al local sin prestar atención a un cartel que prohibía el acceso y que pisó, aunque accidentalmente, la cola del animal mientras éste dormía. Ambos descargos son desvirtuados judicialmente; la responsabilidad civil del demandado es fundada en la omisión de las precauciones que eran debidas, en función de las características del perro agresor.

Una dama de avanzada edad salía de la casa de una amiga; después de dar unos pasos por la calle, un perro pequeño se le abalanza, con saltos y zalamerías. No obstante el tamaño del animal, que corría libremente, al

encuentro de sus dueños que bajaban de un automóvil, la sorprendida mujer vuelve sobre sí misma, y tropieza, lesionándose. Demanda a los dueños del animal. El juez decide que existe una falta de acreditación de que la caída de la actora fuera debida a un ataque del perro, al lanzarse contra ella. En la duda sobre la distancia que la separaba del perro – considerada relevante para el fallo – se deduce una ausencia de relación de causalidad, y la subsiguiente falta de responsabilidad de los demandados.

Un sujeto entra en una chacra ajena porque necesita contactar al propietario, sin fijarse en un cartel que anuncia la presencia de un perro guardián. Súbitamente, el can, un pastor alemán, le sale al encuentro (esta vez, en actitud agresiva). Afortunadamente, la cadena con la que estaba atado el perro se terminó y no pudo morder al intruso; de todas maneras, el susto hace caer a este último, y se lesiona el brazo derecho. El dueño del animal (y del inmueble) es demandado, bajo el argumento – uno entre otros varios – de que su perro constituye una “auténtico peligro público”. El juez considera que la culpa y la responsabilidad de la caída y de las lesiones son imputables, en forma exclusiva, al supuesto damnificado (“por la sola razón de que suprimiendo su imprudente conducta el hecho no se hubiera producido”); igualmente, destaca (i) que el demandado había adoptado las medidas necesarias para evitar que su perro causara daño; (ii) que era razonable poseer un perro guardián por las características de la explanada en que tuvieron lugar los hechos; y (iii) que era determinante el hecho de que no se hubieran producido sucesos semejantes en el pasado.

La jurisprudencia extranjera citada – que, como se echa de ver, es muy reciente – tiene en común la confrontación de un tema que con el impiadoso paso del tiempo, y a primera vista, parece haber quedado relegado en el repertorio, permanentemente renovado, de la responsabilidad civil: la reparación debida en los casos de daños causados por animales.

La especie – nótese bien – ha acompañado la evolución histórica del derecho de daños en general, cuanto vetusto es el ligamen instaurado entre los animales domésticos o fieras amaestradas y los seres humanos.

Tal como ha observado Colasurdo, “el problema de la responsabilidad por los daños ocasionados por los animales se cuenta entre los más antiguamente ofrecidos al jurista, puesto que desde la época primordial el hombre aprendió a someter a su propia voluntad a estos seres, para aprovechar sus fuerzas y aptitudes, convirtiéndolos en auxiliares para sus actividades”⁶.

Un mosaico pompeyano de la llamada “Casa de Trágico, el poeta”, cuya antigüedad continúa bajo examen (aunque, como se sabe, esta ciudad romana fue destruida por la erupción del Vesubio en el 79 a.C.), muestra la figura de un can, encadenado, acompañado de la frase “*Cave canem*”, es decir, “cuidado con el perro”.

Pero “nada es constante sino el cambio” – se ha dicho con acierto.

En el derecho moderno – como ha constatado Santos Briz⁷ – la preocupación no radica simplemente en la cuestión clásica de la protección contra los animales, que abarca los daños causados por éstos, sean o no objeto de caza, y las consecuencias de la infracción del deber de vigilancia de los mismos; hoy tiene el mismo nivel de relevancia, la protección de los propios animales contra las personas.

El autor citado identifica dos tendencias: la protección altruísta del animal, o protección por el animal mismo, y la protección antropocéntrica, que se dirige a la protección del animal por el interés que ello tiene para el hombre (que en realidad sería sólo una protección de sentimientos humanos). “Ambas tendencias – explica – parten de que el hombre tiene dominación sobre los

6 A. COLASURDO: “La responsabilità per danni causati da animali”, en «Giurisprudenza Agraria Italiana», año V, Roma, 1958, p. 9. Cfr., de la doctrina menos reciente, L. BARASSI: “Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio in ispecial modo a mezzo di animali”, parte I, en «Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche», vol. XXIII, Turín, 1897, p. 325 (la memoria completa se publicó en tres partes, en los vols. XXIII a XXV de esta revista que abarcan los años 1897 a 1898).

7 J. SANTOS BRIZ: Comentario sub art. 1905, en Comentarios al Código civil y compilaciones forales dirigidos por Manuel Albaladejo, t. XXIV, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, p. 604. Ahora también en ID., La responsabilidad civil: Derecho sustantivo y procesal, t. II, 7a. ed., Montecorvo, Madrid, 1993, pp. 959-960 y en ID., Comentario sub art. 1905, en J. L. ALBÁCAR LÓPEZ: Código civil: Doctrina y jurisprudencia, t. VI (2), 4a. ed., Trivium, Madrid, Barcelona, 1995, p. 1733. Sobre los derechos de los animales, v. la informativa exposición de G. ALPA: Trattato di diritto privato, I: Storia, fonti, interpretazione, Giuffrè, Milán, 2000, pp. 327-328.

animales, y que esa dominación le produce una ampliación de su responsabilidad; cuanto mayor sea la dependencia del dominado, tanto mayor será el deber de protección del hombre. Esto no quiere decir, sin embargo, que pueda hablarse de derechos del animal ni que se le reconozca capacidad jurídica. El animal tiene la conceptualización jurídica de cosa animada, objeto de tráfico *sui generis*, distinto del que recae sobre las cosas inanimadas”.

En todos estos años transcurridos, interesa destacar las huellas dejadas por los regímenes superados. Basta recordar que el *Code* napoleónico, cuyo segundo centenario está cada vez más cercano, y el Código civil italiano de 1942 aluden todavía a cierto ligamen utilitario entre los sujetos y los animales, como era propio en un contexto donde, alguna vez, no existieron medios de transporte distintos de los coches a tracción animal.

De cualquier manera, no seré el primero en llamar la atención sobre cuán importante e ilustrativo es mirar las instituciones del derecho a través de los ojos de los jurisperitos antiguos.

El presente estudio tiene como fin poner en evidencia, a través de una hipótesis especial como la escogida, la contradicción generada por la regulación actual de nuestro Código civil, en el que aparecen combinados, sin un orden aparente, criterios subjetivos y objetivos de responsabilidad.

He concedido mayor relevancia a las referencias sobre daños causados por perros, por la palpable presencia

de estos animales en la vida del hombre común y corriente. La cercanía del fenómeno estudiado, y su cotidianidad, deberían de conceder el contenido práctico sin el cual toda investigación de carácter doctrinario carece de interés.

Que actualmente la responsabilidad por daños causados por animales objeto de afecto (perros y caballos de equitación, en especial) ocupe el lugar central (que antiguamente correspondió a los animales útiles para el trabajo y a los animales salvajes), es, por lo demás, un fenómeno reconocido por autores como Dias y Markesinis, en Inglaterra – que no hace mucho tiempo daban cuenta de 50,000 casos al año, sólo en Gran Bretaña, de acuerdo con cierto *Pearson Committee Report* – y Bianca, en Italia⁸.

Como no es imposible, con todo, que algún seguidor, consciente o no, de la doctrina de Omar Khayyám me reproche, razonablemente, que uno no debería preocuparse sino por lo que sucede hoy, argumentaré, al comenzar, que entreveo en el

recurso histórico un innegable valor instructivo, para mirar hacia el futuro.

3. Breve atisbo histórico: De la *actio de pauperie* a las codificaciones civiles⁹.

Los historiadores del derecho destacan que antes de la *Lex Aquilia* misma, en Grecia y en la Roma regida

“... El animal tiene la conceptualización Jurídica de cosa animada, objeto de tráfico *sui generis*, distinto del que se cae sobre las cosas inanimadas ”

8 Véanse: R. W. DIAS y B. S. MARKESINIS: *Tort Law*, Clarendon Press, Oxford, 1984, p. 279 y C. M. BIANCA: *Diritto civile, V: La responsabilità civile*, Giuffrè, Milán, 1994, p. 924.9 Aquí y en adelante, v. Digesto IX, I (Si quadrupede pauperiem fecisse dicatur), passim, y al respecto, indistintamente, Chr. Fr. von GLÜCK (1755-1831): *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach*

9 Hellfeld: ein Commentar, t. IX, tr. al italiano de Umberto Pranzataro, Società Editrice Libreria, Milán, 1905, passim; J. L. MOREAU DE MONTALIN: *Analisi delle Pandette di Pothier, tr. italiana de Angelo Lanzelotti*, 1a. ed. veneta, Venecia, 1833, pp. 183-184; Ch. B. M. TOULLIER y J. B. M. DUVERGIER: *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 6a. ed., vol. VI-1, F. Cotillon-Jules Renouard et Cie, París, s.f. (pero de 1841), pp. 243 y ss.; U. PRANZATARO: “Della responsabilità civile per il danno prodotto dagli animali”, apéndice a su tr. de Chr. Fr. von GLÜCK, cit., t. IX, pp. 104 y ss.; O. W. HOLMES, Jr.: *The Common Law* (1881), 48a. reimpression, Little, Brown and Company, Boston, 1923, pp. 8 y ss.; G. CRIVELLARI: voz “Animali” en *Il Digesto Italiano*, vol. III-1, UTET, Turín, 1895, pp. 268 y ss.; L. BARASSI: Op. cit., parte I, vol. XXIII, pp. 325 y ss.; C. FERRINI: voz “Delitti e quasi delitti”, en *Il Digesto Italiano*, cit., vol. IX-1, 1887, pp. 774 y ss.; ID., voz “Danni (azione di)”, en *Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. IV, partes I-III, Società Editrice Libreria, Milán, 1911, pp. 14, 98 y ss.; A. COLASURDO: Op. cit., pp. 9 y ss.; V. GERI: *Responsabilità civile per danni da cose ed animali*, 2a. ed., Giuffrè, Milán, 1967, pp. 304 y ss.; F. F. STONE: *Liability for Damage caused by Things*, en AA. VV., *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI: *Torts dirigido por André Tunc*, cap. 5, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, Mouton-The Hague, París, y Oceana Publications Inc., Nueva York, 1972, pp. 11 y ss.; M. FRANZONI: *La responsabilità oggettiva II) Il danno da cose e da animali*, CEDAM, Padua, 1988, pp. 461-463; C. M. BIANCA: Op. cit., pp. 920 y ss.; R. ZIMMERMANN: *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 1095 y ss.; I. GALLEGU DOMÍNGUEZ: *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, J. M. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 28 y ss.

por la Ley de las XII Tablas, existían normas relativas a los daños producidos por animales.

En *Solón* (24.3), Plutarco atribuye al legislador ateniense (¿630?-560 a.C.), la dación de una curiosa norma, a cuyo tenor, el dueño de un perro que hubiera mordido a alguien estaba obligado, en adelante, a conducir a su animal con un cartel que previniera a los demás; una técnica ingeniosa y originalísima destinada a evitar que el evento no se repitiera.

y quien recuerda, sobre el mismo tema, una ley mosaica, de la que se da cuenta en el siguiente pasaje bíblico (Éxodo XXI: 28-32), según la versión de Casiodoro de Reina, revisada por Cipriano de Valera (1602): “Si un buey acorneare a hombre o a mujer, y a causa de ello muriere, el buey será apedreado, y no será comida su carne; mas el dueño del buey será absuelto. Pero si el buey fuere acorneador desde tiempo atrás, y a su dueño se le hubiere notificado, y no lo hubiere guardado, y matare a hombre o mujer, el buey será apedreado, y también morirá su dueño. Si le fuere impuesto precio de rescate, entonces dará por el rescate de su persona cuanto le fuere impuesto. Haya acorneado a hijo, o haya acorneado a hija, conforme a este juicio se hará con él. Si el buey acorneare a un siervo o a una sierva, pagará su dueño treinta siclos de plata, y el buey será apedreado”.

En un determinado momento, mucho mejor reconstruido, de la historia del derecho romano, los damnificados llegaron a disponer de dos acciones: la *actio de pauperie*, operativa frente a los daños provocados por los animales domésticos en general, y la *actio de pastu pecorum*, ejercible contra el pasteo abusivo de las ovejas en un fundo ajeno.

Existía, también, un edicto edilicio que obligaba al pago del doble del valor de los daños ocasionados por los animales salvajes o peligrosos, por cuenta de quien que los hubiera dejado en la vía pública.

Una de las peculiaridades de la *actio de pauperie*, era que el propietario del animal dañador al momento en que la acción era ejercitada (que era el único llamado a resarcir los daños) podía liberarse de toda responsabilidad entregándolo al recurrente, cual si se tratase de una *noxae datio* (el criterio que se seguía en los casos de daños cometidos por esclavos o por el hijo del *pater familias* que eran abandonados en manos del damnificado)¹⁰.

La solución no era para nada irrazonable, si se recuerda que la Sociedad romana de aquel entonces estaba mayoritariamente compuesta por agricultores. Recibir como resarcimiento una bestia de carga o un buey, tenía un valor económico apreciable. Quizás por ello, la sola entrega del cuerpo del animal, si éste había muerto después del evento no era considerada suficiente. En este caso, el dueño tenía, además, que resarcir monetariamente al damnificado.

La idea de que la responsabilidad civil se eliminaba con la entrega al damnificado de la cosa que había causado el perjuicio, se mantuvo vigente por muchísimo tiempo. Prosser y Keeton recuerdan, en tal sentido, un caso del derecho inglés (país en el que la pauta fue observada hasta 1846), en el que se entregó a la parte demandante, en calidad de *deodant* (equivalente inglés de la *noxae datio*) una locomotora que había arrollado a un hombre¹¹.

10 Es esencial advertir, sin embargo, que la reconstrucción del sistema romano de la acción de *pauperie* no es unívoca y que ha dado lugar a muchas polémicas, y desmentidos de los romanistas a los civilistas en el medio italiano (lo que no es un demérito, porque los juristas de otros ordenamientos se limitan a repetir, sin mayor reflexión, un antecedente histórico, que podría no ser tener la significancia que de continuo le es atribuida). Véanse, B. BIONDI: “Le actiones noxales nel diritto romano classico”, en «Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo», vol. X, Cortona, 1925, pp. 8 y ss. y G. BRANCA: “Profilo storici della responsabilità extra contrattuale”, en «Temi Romana», año XVI, Milán, 1967, pp. 158-160.

11 Regina v. Eastern Counties R. Co. (1842), v. Prosser and Keeton on the Law of Torts al cuidado de W. Page Keeton, 5a. ed., West Publishing Co., St. Paul (Minn.), 1984, p. 538 y nota (2). La misma referencia, con importantes puntualizaciones, en J. PUIG BRUTAU: Fundamentos de derecho civil, t. II, vol. 3, Bosch, Barcelona, 1983, p. 119, nota (12).

“La razón por la cual el propietario del animal puede liberarse del deber de resarcimiento con la *noxae deditio* —explica GLÜCK (op. cit., vol. IX, p. 14)— está en el hecho de que cualquier propietario puede abandonar la cosa propia, cuando esta le significara más desventajas que utilidades. Se considera, injusto, entonces, negar esta facultad al propietario y considerarlo obligado más allá del valor del animal”.

Un rezago de aquel sistema liberatorio se evidencia en el Código civil argentino de 1869 que lo refuta expresamente en su artículo 1131: “El propietario de un animal no puede sustraerse a la obligación de reparar el daño, ofreciendo abandonar la propiedad del animal”. El texto de Dalmacio Vélez Sarsfield (1800-1875) dedica, prodigamente, ocho normas a la regulación de la responsabilidad bajo examen.

La *actio de pauperie* y la *actio de pastu pecorum* – como se hizo aún más claro en la etapa justiniana – coincidían en entrever una responsabilidad (a despecho del equívoco de emplear este término, jamás utilizado en el derecho romano, que se limitaba a conceder acciones para supuestos específicos) en la que no tenía relevancia la conducta del dueño del animal y en la que el resarcimiento estaba limitado al valor del animal.

Este régimen clásico no sufrió modificaciones en mucho tiempo. La doctrina concuerda en considerar que se trataba de un sistema de responsabilidad objetiva, pues contaba solamente la condición de propietario. Se conoce, por otro lado, que no fue sino hasta la elaboración del *Corpus iuris civilis* que se introdujo la idea de la culpabilidad como falta de diligencia, imprudencia o impericia en el actuar.

Recién bajo las leyes de Justiniano se hizo notar, igualmente, que la *actio de pauperie* procedía solamente en los casos de daños causados por animales que actuaban en oposición a su naturaleza (contra su mansedumbre o ferocidad normales).

En Italia, durante la vigencia el derecho común, o comunal (que abarca los años 1100-1450, según la cronología de Giuseppe Salvioli), el carácter de esta responsabilidad fue exagerado hasta el ridículo punto en que los animales causantes de los daños eran citados a juicio, y ocasionalmente sentenciados¹².

Relata Del Giudice que en la *Carta de Logu sarda* (1395), se ordenaba mutilar una de las orejas del asno que causara daños en propiedad ajena a la de su dueño; la pena se repetía, en caso de reincidencia. La “delincuencia animalesca” – como la apoda el autor citado – alcanzó gran difusión, asimismo, en Francia, Alemania, los Países Bajos, Inglaterra y Escandinavia, mas no en España.

Acaso anacrónicamente, la *Dog Control Act* de Nueva Zelanda (1996) contempla la drástica medida de la eliminación de los perros que produzcan daños a especies legalmente protegidas o en los corrales de los criadores de aves.

Más rigurosa todavía es una norma de Alberta (Canadá), la *Dangerous Dogs Act* de 1970, que no entra en detalles y ordena al juez disponer, cuando lo considere razonable, el exterminio del perro que mordiera o intentara morder a una persona. La orden opera también contra los canes peligrosos o sobre los cuales fuera notorio que el propietario no ejerce un debido control.

En el proceso de codificación francés de inicios del siglo XIX se produce un cambio de orientación, a la larga trascendental en el régimen legal de la responsabilidad por daños debidos a animales. Se posibilita – y lo fundamentan los discursos de los tribunos Bertrand de Greuille y Tarrille – la imputabilidad de tales daños a un sujeto que no es el dueño del animal, sino un mero usuario del mismo.

En sus *Lois civiles*, Jean Domat (1625-1696) había destacado que eran el dueño y el guardador del animal los que estaban obligados a resarcir el daño por los eventos que podían o tenían que prevenir. Tal como consta en los trabajos preparatorios, los redactores del *Code* acogieron, finalmente, dicho criterio. El ilícito en mención quedó regulado en el art. 1385, bajo la vestidura de una responsabilidad civil por violación presunta del

12 Véanse, G. SALVIOLI: *Storia del diritto italiano*, 8a. ed., UTET, Turín, 1921, pp. 619, 708; M. COZZI: *La responsabilità civile per danni da cose. Diritto italiano e francese*, CEDAM, Padova, 1935, p. 375; y muy especialmente, P. DEL GIUDICE: “I processi e le pene degli animali. Risultati di uno studio recente in Germania”, en AA. VV., *Per il cinquantesimo anno d’insegnamento di Enrico Pessina*, vol. II: *Studi di diritto penale*, Nápoles, Tip. Angelo Trani, 1899, pp. 369 y ss.

deber de dominar diligentemente al animal, es decir, por la falta de adopción de las medidas idóneas para evitar los daños a terceros.

Nada se dijo, sin embargo, sobre las eximentes de responsabilidad aplicables en este caso: esta tarea tuvo que ser emprendida por la jurisprudencia.

En el parágrafo 1320 del Código civil austriaco de 1811 se dispuso: “Si alguno fuere dañado por un animal, deberá ser resarcido por aquella persona que hubiese instigado o irritado a éste, o descuidado su custodia. Si esta culpa no se pudiere ser atribuida a ninguno, el daño se reputará un caso fortuito”.

Una disposición diversa de la francesa se contempla en el Código civil español de 1889 (art. 1905),

en el que se considera responsable al poseedor del animal (no sólo al propietario) y se añade la parte relativa a la fuerza mayor como causal de exclusión de este tipo de esta hipótesis de responsabilidad civil.

Diego Espín Cánovas dice al respecto: “El artículo 1905 impone una responsabilidad objetiva. Si el poseedor o usuario de un animal no puede exonerarse de la responsabilidad por los daños que cause más que en caso de fuerza mayor o de culpa del que hubiese sufrido el daño, es que no tiene en cuenta su negligencia. No le servirá de excusa el caso fortuito, sólo la fuerza mayor”¹³.

En similar sentido, Lacruz Berdejo y Rams proponen la siguiente lectura de la norma en mención: “el poseedor de un animal o el que se sirve de él, es responsable de los daños que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor (no de caso fortuito) o de culpa del que lo hubiese sufrido (incluso de un animal que provocó a otro). Como se ve, la responsabilidad procede aquí, en principio, de la mera causación del daño: sólo cesa ésta cuando el perjuicio no nace del riesgo inherente a la tenencia o utilización del animal, interviniendo una causa ajena a la actividad del poseedor o usuario”¹⁴.

“Evidentemente – apunta, a su turno, García Amigo – es el precepto más duro y exigente del C. c. en orden a establecer responsabilidad; sólo se libera al

“... La idea de que la responsabilidad Civil se eliminaba con la entrega al damnificado de la casa que había causado el perjuicio se mantuvo vigente por muchísimo tiempo”

dueño o poseedor del animal si prueba la presencia de una causa extraña a él y al animal en la causación del daño”¹⁵.

En 1897, Lodovico Barassi no escatimó elogios hacia esta norma del Código

civil español, acaso porque cubría, precisamente, el vacío notorio del *Code* francés, relativo a la causal eximente de responsabilidad civil en el supuesto examinado.

Con la codificación alemana que clausura el Novecientos, y luego de una modificación operada en 1908, tiene lugar otra variante. Se cambia el sistema de raíz romana imperante hasta aquel entonces¹⁶ y se

13 D. ESPÍN CÁNOVAS: Manual de derecho civil español, vol. III: Obligaciones y contratos, 6a. ed. revisada y ampliada, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, p. 528.

Seguidamente, añade: “El Código civil no distingue cuál sea el empleo que se dé al animal, en un trabajo, o como recreo, compañía, ornato, etc. Tampoco influye el hecho de que el animal se haya escapado. Ninguna circunstancia por fortuita que sea puede liberar de esta responsabilidad”.

14 J. LACRUZ BERDEJO y J. RAMS ALBESA, en J. LACRUZ BERDEJO et al.: Elementos de derecho civil, II, Derecho de obligaciones, vol. 2, 3a. ed., J. M. Bosch, Barcelona, 1995, p. 530.

15 M. GARCÍA AMIGO: Lecciones de derecho civil II, Teoría general de las obligaciones y contratos, Mc Graw-Hill e Interamericana de España, Madrid, 1995, p. 38. De la doctrina española, puede consultarse, igualmente, R. DE ÁNGEL YAGÜEZ: Comentario sub art. 1905, en Comentario del Código civil, 2a. ed., t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 2041-2042; ID., Tratado de responsabilidad civil, 3a. ed., Civitas, Madrid, 1993, pp. 545 y ss.; X. O’CALLAGHAN: Compendio de derecho civil, t. II, vol. 1, 2a. ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994, p. 368; MORALES & SANCHO: Manual práctico de responsabilidad civil, 2a. ed., Comares, Granada, 1995, pp. 757 y ss.; L. PASCUAL ESTEVILL: Derecho de daños, 2a. ed., t. II, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 635 y ss.; C. ASÚA GONZÁLEZ: La responsabilidad (II), en LI. PUIG I FERRIOL et al.: Manual de derecho civil, II, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 493-494; M. ALBALADEJO: Derecho civil, II, vol. 2, 10a. ed., J. M. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 522-523; J. L. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ: Derecho de daños, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 133 y ss.; L. DIEZ-PICAZO y A. GULLÓN: Instituciones de derecho civil, vol. I/2, 2a. ed., Tecnos, Madrid, 1998, pp. 466-467; y todos los autores citados en las notas precedentes.

16 Del que dan cuenta los comentaristas clásicos, como Chr. Fr. von GLÜCK: Op. cit., passim; K. L. ARNDST: Lehrbuch des Pandekten, tr. al italiano de Filippo Serafini, vol. II, 2a. ed., Bologna, 1875, núm. 327, p. 285; H. DERNBURG: Pandekten: Obligationenrecht, 6a. ed., tr. al italiano de Francesco Bernardino Cicala, 1903, núm. 133, p. 585; B. WINDSCHEID: Lehrbuch des Pandektenrechts, 8a. ed., tr. al italiano de Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa, t. II, UTET, Turín, reimpresión de 1930, núm. 457, pp. 770-771.

distinguen los daños causados por los animales naturalmente salvajes de los daños causados por los animales domésticos. En el primer caso, prima el criterio objetivo de imputación; en el segundo, el subjetivo.

En el Código civil italiano de 1942 se transcribe íntegramente la norma del *Code* (tal como lo hicieran, precedentemente, los codificadores de 1865). Como novedad, el caso fortuito es incorporado como causa liberatoria de responsabilidad.

En el Código civil peruano de 1984, punto final del presente *excursus*, son de destacar dos peculiaridades importantes. Modificando el precedente francés, en alguna medida, se abandona la alusión al supuesto de la custodia y se establece que la responsabilidad civil recae en la persona que “tiene a su cuidado” al animal.

En cuanto a la causal de exclusión de la responsabilidad civil, en nuestro Código no se mencionan expresamente ni la fuerza mayor ni el caso fortuito. Es el “obrar o causa de un tercero” – una tercera especie de eximente, reconocida por la doctrina – lo que libra de responsabilidad al dueño del animal.

4. Condiciones de la figura de responsabilidad civil bajo examen:

4.1. El hecho de un animal y su rol causal.

La primera condición de la hipótesis de responsabilidad civil que nos ocupa es que el estado de daño que habilita la demanda subsiga al hecho de un animal.

Más precisamente, lo que se quiere significar es que una intervención del animal es la causa directa de la situación desfavorable del accionante.

El hecho del animal es, qué duda cabe, un actuar irracional. Siglos atrás, sin embargo, llegó a pensarse que algo de maligno debía de tener el perro que mordía a una persona. Hoy los activistas animalitarios recuerdan hasta con indignación las elucubraciones de Descartes, que llegó a postular que los animales eran incapaces de sentir dolor. Las sanciones físicas que se imponían a los animales – que, como se ha visto, primaron en otros tiempos – vuelven legítima la sospecha de que por lo menos en algún momento de la historia del derecho se llegó a percibir cierta imputabilidad en aquéllos¹⁷. El deseo natural de venganza del damnificado se satisfacía dejando a su arbitrio al animal dañador, o castigando a éste como si fuera una persona.

El concepto debe entenderse de la manera más amplia posible, de forma tal que pueda comprender sub-hipótesis particulares como lo sería la difusión de una epidemia debida a un animal, que puede afectar a otros de su especie, pero también a las personas.

Se trata de “cualquier hecho – según enseña Scognamiglio – que en base a un criterio naturalístico de valoración pueda considerarse propio del animal (y también en la hipótesis de sus movimientos reflejos y contagio de enfermedades)”¹⁸.

En este punto, se aclara que es distinta la situación si el animal es sólo un instrumento para ocasionar daños (como cuando una persona azuza a su perro para atacar a otro) del caso en que el animal actúa por sí solo, dentro de su irracionalidad. En el primer supuesto, es aplicable la cláusula general sobre la responsabilidad civil (en el Código civil peruano, el art. 1969), y esta pesará sobre el autor a título personal (y no en función de su ligamen jurídico con el animal dañador). En cambio, la segunda

17 Famosamente el juez norteamericano Oliver W. Holmes (op. cit., p. 3) escribió “even a dog distinguishes between being stumbled over and being kicked” (hasta un perro distingue la persona que tropieza con él de la persona que lo patea).

18 R. SCOGNAMIGLIO: voz “Responsabilità civile”, en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XV, UTET, Turín, 1976, p. 645.

La doctrina francesa descrea de la posibilidad de imputar a una persona los daños ocasionados por el animal sin que medie una intervención real (supuesto en el que se plantea un rol “pasivo” del animal no imputable al propietario o cuidador). René SAVATIER (*Traité de la responsabilité civile en droit français*, I, Les sources de la responsabilité civile, 2a. ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1951, núm. 407, p. 514) la niega explícitamente en el caso de la difusión de una epidemia. Del mismo parecer es Massimo BIANCA, en Italia, Op. cit., p. 722 y nota (148).

hipótesis si estaría comprendida dentro de la responsabilidad especial de la que se está tratando.

Con la condición bajo examen no se hace otra cosa, entonces, que proyectar para un caso específico (el de los daños causados por animales) lo que sería, en términos generales, el trasfondo fáctico que suscita, normalmente, la responsabilidad civil por hecho propio: el operar de la persona causante de daños.

Esta condición ha sido exhaustivamente estudiada por la doctrina francesa. Viney y Jourdain¹⁹ han establecido hasta cuatro corolarios al respecto, que dan una buena idea de la forma como funciona el sistema del *Code Napoléon*:

1. El hecho del animal supone la intervención material del mismo, pero también un “rol activo”, es decir, una eficacia real en la realización del daño o en el empeoramiento de una situación.
2. La intervención material del animal tiene que ser probada por el damnificado.
3. Una vez aportada la prueba, el “rol activo” del animal se presume. Quien ejerce su custodia es *a priori* el responsable del daño.
4. Corresponde al guarda del animal, con el fin de escapar de esta responsabilidad, aportar la prueba de la causa extraña imprevisible e irresistible.

A la vista de estas reglas del sistema francés, puede apreciarse cómo es que el mismo privilegia la función reparadora de la responsabilidad civil. Esta institución jurídica es concebida como un mecanismo legal para que el damnificado sea repuesto al estado

anterior al evento dañoso: le bastará con probar, al efecto, el nexo de causalidad entre el detrimento que ha padecido y la intervención del animal, para que las presunciones, usualmente establecidas, se vuelvan contra el dueño o cuidador del animal dañador.

Con la notoria excepción del Código civil alemán, en la mayoría de los ordenamientos no se distingue el tipo de animal de que se trate (salvaje o doméstico, fiero o amansado). Llama la atención, en tal sentido, la reiterancia que antiguamente tuvieron los casos de responsabilidad por daños producidos por enjambres de abejas.

4.2. El ligamen entre el animal dañador y el sujeto responsable.

En el plano histórico-comparativo, se detecta que en los diversos procesos de codificación se ha alternado el empleo de los términos “propiedad”, “posesión”, “tenencia”, “custodia” o “guarda” del animal, con miras a determinar a qué sujeto le es imputable la responsabilidad civil por los daños que aquél causara.

“If I am the owner of an animal in which by law the right of property can exist, I am bound to take care that it does not stray into the land of my neighbour”.

Con estas palabras, el juez norteamericano Oliver Wendell Holmes²⁰ explicaba el sentido de la responsabilidad que pesaba sobre el propietario de un animal por los daños que éste causara. Con el mismo criterio que se aplicaba en los casos de daños producidos por cosas, o por la ruina de edificios, la persona que ejercía un derecho absoluto sobre un animal tenía que estar

19 G. VINEY y P. JOURDAIN: Les conditions de la responsabilité, en *Traité de droit civil* bajo la dirección de Jacques Ghestin, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998, pp. 634-635.

Véanse: R. SAVATIER: *Op. cit.*, pp. 513-514; J. CARBONNIER: *Droit civil*, 4. Les obligations, 7a. ed., Presses Universitaires de France, París, 1972, pp. 553 y ss.; H., L. y J. MAZEAUD: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. II, 6a. ed., Montchrestien, París, 1970, núm. 1117, pp. 174-175; ID., *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, 6a. ed. al cuidado de Jean Chabas, Montchrestien, París, 1978, pp. 553 y ss.; G. MARTY y P. RAYNAUD: *Droit civil: Les obligations*, 2a. ed., t. I, Sirey, París, 1988, pp. 637-638; B. STARCK, H. ROLAND y L. BOYER: *Obligations, I, Responsabilité délictuelle*, 4a. ed., Litec, París, 1991, núm. 723, pp. 314; P. MALAURIE y L. AYNES: *Cours de droit civil*, VI, Les obligations, 6a. ed., Cujas, París, 1995, p. 96; J.-P. LEGROS: voz “Responsabilité du fait des animaux: Conditions”, en *Juris Classeur, Civil*, art. 1382 à 1386, fasc. 151-2, París, 1998, pp. 4-5 (del extracto).

De la doctrina suiza, puede consultarse J. METZGER: *La responsabilité du détenteur d’animaux* (tesis), Lausanne, Imprimerie Henri Jaunin S.A., 1956, pp. 21 y ss.

20 O. W. HOLMES, Jr.: *Op. cit.*, pp. 22-23.

STEPHEN (New Commentaries on the Laws of England, Londres, 1880, III, p. 637) cuenta que en Inglaterra existía una norma excepcional para los perros de pasteo o de guardia para los cuales no “era necesario que el demandante pruebe una precedente índole malvada del perro y el conocimiento de ésta por parte del propietario, o incluso que el daño fuera atribuible a una negligencia del propietario”. La cita es de BARASSI: *Op. cit.*, parte I, vol. XXIII, p. 346.

comprometida frente a la colectividad, como correlato de su *status* de propietario, a la evitación de perjuicios para los demás miembros de la Sociedad.

El punto de vista no es diverso en el derecho de la Europa continental. La misma lógica está presente en la codificación francesa que atribuye responsabilidad a quien “hace uso” del animal. Dado el aprovechamiento por parte del usuario (propio de aquella época, igualmente), correspondía hacer de cargo de éste también los costes de los daños producidos por los animales. La reflexión, en esta etapa, entreveía una idea de reciprocidad (que se afianzaría con las teorías solidarísticas del socialismo jurídico, que comenzaron a difundirse a finales del siglo XIX) plasmada con un latinismo “*cuius commoda eius incommoda esse debent*”.

Este principio servía igualmente para que el damnificado tuviera al frente a una persona cierta, a la cual dirigirse ante la eventualidad del daño ocasionado por un animal.

“No se responde – escribió Contardo Ferrini (1859-1907), en páginas verdaderamente antológicas – del daño debido a los animales que no son de nuestra propiedad, aun cuando de ellos se obtengan comodidades y ventajas. El comando militar no responderá por los ratones cuya multiplicación en los subterráneos de una fortaleza ha permitido, como eventual medio de subsistencia en caso de asedio, aunque éstos ocasionaran algún daño; yo no responderé del daño que causaran a los demás los pájaros a los que permito vivir y crecer en mi jardín, donde me alegran con su canto, ni del daño provocado por los animales salvajes que se reproducen en mi coto de caza reservado, que está destinado a mi exclusiva diversión. Es obvio, sin embargo, que si tales animales (cuya proliferación es estimulada) crecieran hasta volver incómoda o empeorar la existencia de los propietarios vecinos, yo tendría que responder, mas no en cuanto estos animales ‘han dañado’, sino en cuanto he ejercitado mi derecho de propiedad en forma tal de superar los confines de lo que es lícito e invadir la esfera ajena”²¹.

Este testimonio evidencia que la propiedad, por sí misma, no produce daños; lo que puede resultar perjudicial es el ejercicio imprudente de este derecho, la falta en la asunción de las necesarias prevenciones para desenvolverlo sin que sea motivo de perturbación para nuestros semejantes.

La doctrina no tardó en destacar, progresivamente, la importancia del concepto de la custodia, el poder y deber de supervigilancia sobre los bienes propios o que nos han sido confiados, que a la larga fue propuesto como fundamento de la responsabilidad por los daños causados por los animales.

No es la utilización del animal por sí misma – anota Bellucci – ni la ventaja que ella puede representar para una persona lo decisivo para determinar esta responsabilidad; no cuentan ni la propiedad ni cualquier otro derecho que se ejerza sobre el animal; relevante es, más bien, el comportamiento que el propietario o el usuario del animal tienen el deber de observar para prevenir los daños a terceros. “Tal comportamiento se identifica con la custodia del animal, esto es, la actividad dirigida a la adopción de las cautelas idóneas para evitar que el animal dañe a los demás”²².

Demás está decir que la alusión al uso del animal, que se mantiene en las legislaciones francesa e italiana, ha perdido actualidad, por cuanto los daños actualmente producidos no se deben más (por lo general, al menos) a animales que tengan un empleo particular (con excepción, acaso, de las fieras que forman parte de los espectáculos circenses). Da que pensar que en algún momento, llegó a identificarse en la explotación económica de los animales el fundamento de la responsabilidad del tenedor de los mismos.

El interés económico de poseer un animal no ha sido jamás absoluto. Casi medio siglo atrás, Francesco Messineo (1886-1974) afirmó, aunque cuestionablemente: “la explotación del animal puede también no ser estrictamente económica. Así, se responde del daño

21 C. FERRINI: voz “Danni (azione di)”, cit., p. 99.

22 A. BELLUCCI: Op. cit., p. 77, quien sigue, en este punto, a L. CORSARO: voz “Responsabilità civile I) Diritto civile”, en Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. XXVI, Roma, 1991, pp. 27 y ss. (del extracto); ID., voz “Responsabilità da cose”, en Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile, vol. XVII, UTET, Turín, 1998, p. 108.

producido por un perro (con una mordedura, por ejemplo), que no haya estado sometido a vigilancia ni empleado para fines reproductivos, o en para otros fines reproductivos; su tenencia bien puede obedecer a un puro espíritu afectivo (cenofilia), o a una finalidad ornamental. Lo mismo ocurre con quien se sirve de un caballo para efectuar un simple paseo, que no rinde ninguna utilidad económica, sino, ciertamente, un mero deleite. Y no es distinto el caso, en fin, del daño producido por otros animales (gatos, loros, otros tipos de aves, simios, etc.)²³.

Bien vistas las cosas, es normal que el propietario tenga bajo su cuidado al animal que le pertenece. Pero en casos como el de la sentencia italiana citada, no se puede consentir que una persona quede exenta fácilmente de cualquier responsabilidad alegando que un animal, aun cuando esta bajo su dominio y control, no le pertenece.

Correspondientemente, en un ámbito paralelo al de los daños causados por animales, se ha establecido que en los casos de daños causados “a” animales objeto de afecto, está legitimada para reclamar el derecho al resarcimiento la persona que les depara los cuidados elementales, y no necesariamente el propietario²⁴.

Esta no es sino una imposición del sentido común. No puede exigirse la demostración de un ligamen de propiedad (de un derecho real) respecto del animal, porque se haría sumamente gravosa la situación de los perjudicados. Por lo demás, no son comunes los registros al efecto (que no sean administrativos, como las placas que, en algunos medios, sirven para identificar a los canes y gatos, o las marcas del ganado vacuno) y dudaría *a priori* de la razonabilidad del mismo, si a alguno se le ocurriera crearlo. En Nueva Zelanda, la citada *Dog Control Act* contempla la obligación de registrar al can. Los datos contenidos en el registro correspondiente son edad del animal, sexo, la eventual esterilización, señales de

identificación en general, etc. Menos extravagantemente, el registro informa si el perro tiene la condición de “peligroso”.

Distinta es la situación, finalmente, cuando lo que existe es una disposición transitoria del animal, como ocurre con la persona que tiene un contacto con el mismo bajo la supervisión de otra, y con aquella que lo hace mediando una relación de subordinación y dependencia. En tal sentido, los jueces italianos han eximido de responsabilidad a un aprendiz de jinete que ocasionó daños con un caballo, mientras era supervisado por un instructor; han determinado, igualmente, que un pastor no responde por los daños causados por las ovejas del rebaño de su patrón²⁵.

4.3. El criterio de imputación: Tesis subjetiva.

Los seguidores de la teoría subjetiva consideran, esencialmente, que el dueño de un animal o quien lo tiene a su cuidado responde por los daños que ocasiona el animal cuando ha mediado una conducta negligente: no se ha ejercido una debida vigilancia sobre un bien propio o a cargo de uno; en pocas palabras, se ha incurrido en culpa.

El criterio de la culpabilidad, de neta coloración individualística, concede predominio a dos de las funciones del sistema de responsabilidad civil: la preventiva y la punitiva. Lo que se pretende es que las reglas desalienten conductas generadoras de daño a través de la imposición de sanciones ejemplares contra el que yerra en la observancia de estándares de diligencia (del todo objetivos y técnicos, si se aprecia correctamente) reconocidos por la colectividad como necesarios para la convivencia pacífica.

Los estándares o modelos de comportamiento predominantes, a través de los cuales el sistema de responsabilidad civil por culpa realiza sus fines, son el del

23 F. MESSINEO: *Manuale di diritto civile e commerciale*, 9a. ed., vol. V, Giuffrè, Milán, 1958, núm. 169, p. 589.

24 Este razonamiento se aprecia en la jurisprudencia italiana más reciente, e.g., Pretoría de Rovereto: Sentencia del 15 de junio de 1994, en «La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata», año XI, parte primera, Padua, 1995, p. 135, con nota de Paolo ZATTI: “Chi è il «padrone» del cane?”. He analizado más detalladamente este tema en “El daño existencial: ¿Un concepto valioso o el último grito de la moda italiana en el campo de la responsabilidad civil”, en «Ius et Veritas» núm. 22, Lima (en curso de publicación).

25 Tribunal de Imperia: Sentencia del 4 de febrero de 1969; y Corte de Casación Italiana: Sentencia del 28 de octubre de 1969; ambas citadas por A. BELLUCCI: *Op. cit.*, p. 78, notas (13) y (14).

buen padre de familia de la tradición del *Civil Law* y el del *reasonable man* de los sistemas jurídicos anglo-sajones; ambos han sido prefigurados por el *bonus pater familias* del derecho romano.

Explicando el fundamento de la *actio de pauperie*, Glück decía que quien posee un animal, que contra su naturaleza (*contra naturam*) suele hacer daño, debería deshacerse del mismo o custodiarlo, porque ninguna persona podría advertir, por sí sola, esta ferocidad en un eventual encuentro. Consecuentemente, el propietario que no actuaba así, y ante la duda, incurría en culpa. “Bien pudieron haber razonado así aquellos rudos intelectos del tiempo de las XII tablas, y realmente lo han hecho, porque la imperiosa necesidad y el sentido espontáneo de equidad así permiten inducirlo”²⁶.

En consonancia con este credo, parte de la doctrina y jurisprudencia francesa, española e italiana, ha creído que la responsabilidad del dueño o cuidador del animal que causa un daño se funda en una custodia defectuosa de este último. Pesará sobre aquéllos, al efecto, una presunción relativa (*iuris tantum*) de culpabilidad (culpa presunta *in vigilando*). La figura toda constituiría, así, una especie agravada de la categoría general de la responsabilidad civil (cuyo base se identifica, asimismo, en la culpa).

Este problema carece de importancia en nuestro medio, dada la presunción general de responsabilidad civil contenida en el segundo párrafo del art. 1969 de nuestro Código civil, según el cual, el descargo por falta de dolo o culpa corresponde al autor del daño.

En honor a la verdad, los exponentes de la tesis subjetiva (en el supuesto estudiado) no son tan numerosos en nuestros días. No lo son ni siquiera en Francia, donde, si bien continúa prevaleciendo el principio de la responsabilidad civil por culpa, los jueces se apartaron bastante temprano (a mediados del siglo XIX) de los cánones culpabilísticos para hacer de cargo del dueño o usuario del animal los daños que éste ocasionaba. Testimonios doctrinarios favorables a esta tendencia los encontramos, sobre todo, en la obra de juristas de inicios del siglo XX.

Giorgio Giorgi (1836-1915), por ejemplo, dictaminaba simplemente que “quien tiene un animal o quien se sirve de un animal ajeno está obligado a custodiarlo de modo tal que no perjudique. Si la bestia causa un daño, se presume inmediatamente que el propietario o quien la estaba utilizando, ha incurrido en culpa, por no haberla sabido custodiar o por haberla dejado escapar”²⁷.

26 Chr. Fr. GLÜCK: Op. cit., vol. IX, p. 14.

27 G. GIORGI: Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano, 7a. ed., vol. V, Casa Editrice Libreria “Fratelli Cammelli”, Florencia, reimp. de 1926, pp. 595-596. Esta forma de concebir el fenómeno suscitó una polémica entre GIORGI (loc. cit., y nota (1), pp. 596 y ss.) y Giampietro CHIRONI (1855-1918), que había propuesto la utilidad jurídica, el servicio que se obtiene del animal, como fundamento (objetivo) de la responsabilidad (por garantía) del dueño o usuario. Véase: G. CHIRONI: La colpa nel diritto civile odierno: Colpa extra-contrattuale, vol. II, 2a. ed., Turín, Fratelli Bocca Editori, 1906, núm. 359, pp. 227 y ss. Partidarios de la tesis subjetiva, durante la vigencia del Código civil italiano de 1865 fueron, de igual manera, G. CESAREO CONSOLÒ: Trattato del risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti, 2a. ed., UTET, Turín, 1914, pp. 609-610; G. VENZI: Manuale di diritto civile italiano, 8a. ed., UTET, Turín, 1934, núm. 204, pp. 186-187, y especialmente S. ORLANDO CASCIO: “Osservazioni critiche sulla teoria della responsabilità per colpa”, en «Il Circolo Giuridico», nva. serie, año VIII, parte I, Palermo, 1937, pp. 113 y ss. Entre los actuales y no tan actuales (notoriamente condicionados por el texto del Código civil vigente, pero acaso más leales con este último, por la misma razón) se cuentan G. QUAGLIARELLO: Sulla responsabilità da illecito nel vigente Codice civile, Nápoles, Jovene, 1957, p. 67 y ss.; M. POGLIANI: Responsabilità e risarcimento da illecito civile, 2a. ed., Giuffrè, Milán, 1969, núm. 63, pp. 163-164; A. DE CUPIS: I fatti illeciti, en Trattato di diritto civile dirigido por Giuseppe Grosso y Francesco Santoro Passarelli, vol. IV-4, 2a. ed., Vallardi, Milán, 1970, pp. 37, 85; ID., Dei fatti illeciti (art. 2043-2059), 2a. ed., en Commentario del Codice civile al cuidado de Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, Società Editrice del Foro Italiano (Roma)-Nicola Zanichelli Editore (Bologna), 1971, sub arts. 2051-2052, pp. 85-86; ID. Il danno, 3a. ed., vol. II, Giuffrè, Milán, 1979, pp. 196 y ss.; ID., Istituzioni di diritto privato, 4a. ed., Giuffrè, Milán, 1987, pp. 475-476; L. CORSARO: voz “Responsabilità civile”, cit. pp. 27-28 (del extracto); voz “Responsabilità da cose”, cit., pp. 109 y ss.; M. BIANCA: Op. cit., pp. 726 y ss.; A. BELLUCCI: Op. cit., p. 78. Esta posición reciente debe distinguirse, sin embargo, de la tendencia clásica, del purismo culpabilístico, profesada, especialmente, por los primeros comentaristas del Code Napoléon (celosos defensores del espíritu que, a su juicio, se deducía de los trabajos preparatorios y de las normas del Código). En la actualidad, se parte de la idea — a que he hecho mención en este párrafo — de que la responsabilidad por culpa no tiene por qué ser concebida como totalmente contrapuesta al criterio objetivo de imputación. Se prefiere, así, emplear la expresión responsabilidad “agravada”, a la que también he aludido (esta adjetivación es usada, entre otros, por A. TORRENTE y P. SCHLESINGER: Manuale di diritto privato, 15a. ed., Giuffrè, Milán, 1997, n. 393, pp. 657 y ss.). Las líneas que siguen, escritas en el lejano 1937, deberían suscitar una honda reflexión, para no caer en el facilismo de condenar el sistema de responsabilidad por culpa, sin conocer previamente sus lineamientos: “Sostengo que la teoría de la responsabilidad por culpa no habría sufrido las críticas a las que ha sido sometida si se hubiese tenido presente que el concepto de culpa es, en el derecho, un concepto técnico. En particular no se ha considerado como es debido el hecho de que la diligencia del buen padre de familia, cuya falta constituye culpa (según nuestro derecho) es una medida ‘objetiva’ de diligencia, es decir, una medida que prescinde de las peculiares condiciones de un deudor específico. La «objetividad» no es otra cosa que una necesaria consecuencia del hecho de que la diligencia diligentis es un tipo de diligencia in abstracto: la diligencia del deudor se coteja con un tipo abstracto, conocido y determinado a priori, el cual ofrece un criterio seguro y certero, en cuanto ‘objetivo’, para la determinación de la responsabilidad. En consecuencia, el concepto de culpa debe ser concebido «jurídicamente», es decir, como un concepto «técnico»” (S. ORLANDO CASCIO: Op. cit., pp. 85-86). Pietro PERLINGIERI y Paolo D’AMICO mantienen, en cambio, una posición ecléctica: “Respetuosa del dato normativo parece la constatación de que la responsabilidad ocasionada por (cosas o) animales no puede remitirse, de un modo correcto, ni al modelo de responsabilidad objetiva, ni al modelo de la responsabilidad puramente subjetiva; en ambos casos, se han puesto en evidencia la variedad de los principios que han inspirado las diversas hipótesis de responsabilidad (en P. PERLINGIERI: Manuale di diritto civile, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1997, p. 645).

Pese a consagrar un sistema de responsabilidad objetiva, la *Dog Control Act* de Nueva Zelanda señala entre las obligaciones de los propietarios de perros reparar a éstos el alimento, agua, cobijo y ejercitación apropiados (Sección 5.1.c-d), pero al mismo tiempo la toma de todas las medidas razonables para asegurar que su animal no cause ninguna molestia (los ladridos y aullidos de los canes pueden ser considerados perjuicios) o daño a otra persona, a un bien o animal ajeno, o a una especie protegida (Sección 5.1.e-h).

Las implicancias del sistema de responsabilidad por culpa en los casos de daños causados por animales quedarán mucho mejor aclaradas al momento de estudiar las causales de exclusión de responsabilidad.

4.4. El criterio de imputación (sigue):
Responsabilidad objetiva.

Débase a la jurisprudencia francesa decimonónica la introducción del criterio “objetivo” de responsabilidad en nuestra área de actuación.

Hay que decir, inicial-mente, que este razonamiento es particular y que excedería los límites del presente trabajo tratarlos detalladamente.

Todo comienza con la lectura expresa del art. 1314 del *Code Napoléon*. Dado que no se aprecia ninguna exigente para el dueño o usuario del animal, la doctrina interpretó que existía una presunción de culpa (posteriormente se ha pasado a hablar de una presunción de responsabilidad). De inmediato, la jurisprudencia complementó que era de todas maneras admisible la prueba del caso fortuito, porque en ninguna de las etapas históricas se ha permitido que una persona responda por una situación que no le es atribuible.

Se considera, entonces, que allí donde sea posible la sola eximencia de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor, se hallará una situación de responsabilidad objetiva.

Distintos del caso fortuito y la fuerza mayor, pero asimilables a estos conceptos por sus efectos (liberatorios de responsabilidad civil) son los casos en los que el daño deriva del hecho determinante de un tercero o de la culpa de la propia víctima.

Esta es sólo una de las dos formas de entender la responsabilidad objetiva.

Ligando correctamente la idea de la objetividad con la responsabilidad (responder sin culpa), ésta debería identificarse en los supuestos en los que una regla imputa a

una persona los daños y obliga al resarcimiento, sin ninguna posibilidad de defensa.

En la doctrina italiana, son expresión de esta verdadera – es imposible no calificarla así – responsa-

“... No se puede consentir que una persona quede excenta fácilmente de cualquier responsabilidad alegando que un animal, aun cuando está bajo su dominio y control, no le pertenece ”

bilidad civil “objetiva” la que pesa sobre el empleador por el hecho de sus dependientes y el caso de los daños derivados de la manipulación de la energía nuclear²⁸. En este último supuesto se responde incluso si los daños han sido producidos por caso fortuito o fuerza mayor.

Un sistema de responsabilidad civil por “pura causalidad”, propuesto a finales del siglo XIX por Giacomo Venezian (1861-1915) era totalmente objetivo: el damnificado sólo tenía que probar la realización del daño y el nexo causal entre el detrimento sufrido y el obrar del autor del hecho dañoso, para ser merecedor de un resarcimiento²⁹.

28 Sobre este interesante tema, y sobre el debate en torno de la inutilidad de la responsabilidad absoluta misma ante daños de esta naturaleza, continúa siendo obligada la lectura de C. GRASSETTI: “La responsabilità civile per la produzione e l’impiego dell’energia nucleare”, en *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, vol. II, UTET, Turín, 1960, pp. 941 y ss., especialmente, pp. 945-947 y 949-950.

29 He dado cuenta del mismo en mi trabajo “El análisis económico del derecho civil en Italia: Un inventario histórico bibliográfico mínimo”, en «Themis-Revista de Derecho», 2a. época, núm. 42, Lima (en curso de publicación).

En la *Dog Control Act* neozelandesa (Sección 63) prescribe que el propietario de un perro responde por los daños que éste cause. Y se señala expresamente que la persona que demanda la reparación no necesita demostrar que existía una propensión del animal a causar daño ni que el dueño tenía conocimiento de estas características de su perro, ni que el daño fue atribuible a negligencia por parte del dueño.

Tal es la real responsabilidad objetiva, un sujeto responde frente al damnificado en cuanto dueño del animal que causó el daño.

Repárese que, en el fondo, la responsabilidad objetiva entrevé una limitación legal del derecho de defensa del dañador (es notorio cómo se agrava su situación): más aún, puede hipotetizarse que se limita el derecho de defensa, constitucionalmente reconocido.

En estos supuestos media, sin duda, una decisión política que mueve a privilegiar, absolutamente, el derecho de resarcimiento de los damnificados (igual como ocurre, pero en mucha menor medida, cuando se contemplan presunciones de culpabilidad que alivian la carga probatoria) frente al derecho de defensa del dañador.

El fundamento de la responsabilidad objetiva del dueño o cuidador del animal (entendida como aquella de la que sólo es dable eximirse mediante la prueba del caso fortuito) ha sido entrevisto históricamente en dos criterios: el aforismo "*cuius commoda eius incommoda esse debent*" y la llamada doctrina del "riesgo creado".

a) Precedentemente, he tenido ocasión de aludir a la primera de estas ideas. En la época en la que los daños jurídicamente relevantes eran aquellos causados por animales que generaban beneficios para su propietario

o para quien los utilizaba, se consideró que lo justo era que estos últimos asumieran el pago de los perjuicios eventualmente causados.

Giovanni Pacchioni (1867-1946) se contaba entre los defensores de este parecer. "Nada hay – decía comentando la normativa del Código civil italiano de 1865 – que obligue a fundar la responsabilidad del propietario o usuario de un animal, que haya ocasionado daño a terceras personas, en una culpa presunta; así, no dudamos en considerar la responsabilidad de propietario o usuario del animal, regulada en el art. 1154, como un caso típico de responsabilidad objetiva, fundado en el principio según el cual "*cuius commodum eius incommodum esse debet*" (*sic*). En resumen, quien se sirve de la obra de sus dependientes responde por la culpa de los mismos; quien se vale de las cosas inanimadas, especialmente de cosas peligrosas, para desenvolver una actividad para su exclusivo beneficio, responde por los daños causados por aquéllas; finalmente, quien tiene como parte de su patrimonio, o en su empresa, animales necesarios o útiles para conservar o desarrollar esta última, responde, aun cuando libre de toda culpa, de los daños ocasionados por tales animales"³⁰.

Hoy, cuando ha logrado gran difusión la antes aludida tesis de los derechos de los animales, se hace difícil encontrar una explicación a esta tesis. A menos que se participe de la opinión de Messineo, para quien – como se ha visto – la sola cenofilia era una forma de aprovechamiento, no parece que una persona que cría un animal para hacerse compañía ejerza una explotación del mismo (y no se deje de tener presente que éste es el sentido original del aforismo), tal de justificar una atribución *a priori* de responsabilidad civil por los eventuales daños que se ocasionaran.

30 G. PACCHIONI: *Diritto civile italiano*, parte II, vol. IV: Dei delitti e quasi delitti, CEDAM, Padua, 1940, p. 240. En el mismo sentido, entre otros, D. R. PERETTI GRIVA: "Presupposti e limiti della responsabilità per il fatto dell'animale", en «Responsabilità Civile e Previdenza», año IV, Milán, 1934, pp. 98-99; R. DE RUGGIERO: *Istituzioni di diritto civile*, 7a. ed., vol. III, Casa Editrice Giuseppe Principato, Messina-Milán, 1935, pp. 501-502; F. MESSINEO: *Op. cit.*, vol. V, loc. cit.; W. VENTRELLA: "Danno cagionato da animali: fondamento della responsabilità e individuazione dei soggetti responsabili", en «Giustizia Civile», año XXVIII, t. I, 1978, Milán, pp. 741 yss. De la jurisprudencia italiana, es reiterativa la referencia a una sentencia de la Corte de Casación, del 30 de noviembre de 1977: "La responsabilidad del propietario – o del que se sirve del animal – con el relativo riesgo, representa la contrapartida de las ventajas ligadas con la utilización del animal mismo, en aplicación del principio ubi commoda ibi incommoda" (en «Giustizia Civile», año XXVIII, t. I, 1978, Milán, pp. 740).

Contrario a esta idea, GIORGI: *Op. cit.*, vol. V, p. 596 y ss., en la extensa nota (1), cit.

En la doctrina más reciente, simpatiza con el criterio P. G. MONATERI: *La responsabilità civile*, en *Trattato di diritto civile* dirigido por Rodolfo Sacco, UTET, Turín, 1998, p. 1061.

No faltará quien vea en la protección o tenencia de un animal doméstico (por ejemplo, en lo que alguna vez escuché llamar “adopción” canina) una labor de importancia social. ¿Es justo hacer de cargo de una persona que acoge en su hogar perros callejeros los daños que éstos provoquen? ¿Qué hay de la externalidad que elimina con su actuar (la disminución de la pena de las personas que ven esos animales por las calles y que quisieran, pero por diversos factores no pueden, contribuir a su amparo)?

En el cementerio protestante de Roma, donde los amantes de la poesía asisten a contemplar las tumbas de John Keats y Percy B. Shelley, una dama inglesa “tiene bajo su cuidado” (recuérdense las líneas del art. 1979 del Código civil peruano) a varias decenas de gatos. Los felinos deambulan entre las lápidas y no tienen ningún temor en acercarse a los visitantes, ni de jugar entre las piernas de estos últimos. ¿Es a ella a quien correspondería demandar si uno de los animales que protege mordiera a alguien y le transmitiera la rabia (aunque esta enfermedad esté prácticamente erradicada en Italia)?

El lector me perdonará rehusarme a dar respuesta a las preguntas que planteo; tal es la dificultad que reconozco al tema. Con estos cuestionamientos (cuyo objetivo van más allá del mérito del criterio de imputación objetivo de responsabilidad civil en los casos bajo examen), me limito a hacer notar – a corroborar, más bien – que el trato jurídico de los daños causados por los animales no puede ser uniforme.

b) La admisión del riesgo como factor de atribución de responsabilidad en el supuesto bajo examen fue obra, igualmente, de la jurisprudencia francesa. Los términos de la versión gálica de esta idea son, sin embargo, asimilables a los de la tesis anteriormente

expuesta (en cuanto ligadas con el elemento “aprovechamiento” económico o moral del animal)

De acuerdo con una versión mejor concordante con el significado del término “riesgo”, lo que se propone esta teoría es que la persona propietaria de un animal o la que emplea este último o la que lo tiene consigo mantienen contacto con un bien peligroso, por lo que resulta congruente que la ley las haga responsables por los daños que produjera el animal.

“Aquel que ocasiona un riesgo para la vida social por desarrollar una actividad conforme a derecho pero que implica peligros típicos, debe responder también de estos peligros (principio de la responsabilidad por riesgo)” – se lee, por ejemplo, en el tratado de Enneccerus y Nipperdey³¹. Como hecho curioso, el primer supuesto en el que los autores alemanes reconocían una aplicación, si bien rudimentaria, del principio enunciado, es el parágrafo 833 del Código civil alemán, que sanciona la responsabilidad del tenedor de un animal por los daños o peligros específicos de la especie bajo su dominio.

El inevitable problema que surge frente a esta posición es el de determinar cuándo es riesgoso o peligroso un animal.

Las complicaciones se ahondan cuando se piensa, una vez más, en las diversas especies en las que las personas suelen depositar su afecto. Inicialmente, nadie consideraría que un perro, por más grande que fuera (un *san bernardo*, un *dogo* o un *gran danés*), represente un peligro. Se dice, en efecto, que estos animales, no obstante su tamaño y su apariencia fiera, son igual de amorosos que los perros de compañía (sobre todo con los niños), y muy respetuosos de las órdenes de sus amos.

31 L. ENNECCERUS y H. C. NIPPERDEY: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, tr. al castellano de Blas Pérez González y José Alguer, actualizada por Valentí Fiol, 3a. ed. al cuidado de A. Hernández Moreno y M. del Carmen Gete-Alonso, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 928-929.

De la doctrina alemana traducida a nuestro idioma véanse, además: J. W. HEDEMANN: Schuldrecht des bürgerlichen Gesetzbuches, tr. de Jaime Santos Briz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pp. 117, 539 (“el que posee animales soporta el riesgo de tener que indemnizar los daños que los animales causen”); K. LARENZ: Lehrbuch des Schuldrecht, vol. II, Besonderer Teil, 2a. ed. (1957), tr. de Jaime Santos Briz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pp. 604 y ss. (“A diferencia del caso de daños causados por un edificio, la ley reconoce en el § 833, inc. 1, una verdadera ‘responsabilidad por riesgos’ por los daños causados por los animales, que no tiene por presupuesto ni la culpa del agente ni que la acción u omisión sean objetivamente antijurídicas”); D. MEDICUS: Schuldrecht, tr. de Ángel Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 772, 775 y ss. (que denomina al supuesto “la única genuina responsabilidad por riesgos del B.G.B.”).

Entre los juristas franceses, la idea del riesgo como “fuente” o “causa autónoma” de responsabilidad (por hechos de las cosas y de los animales, entre otras hipótesis) tuvo un destacado representante en R. SAVATIER: Op. cit., vol. I, p. 421 y ss. (con importantes referencias históricas sobre la evolución jurisprudencial), 438, 511.

En Italia, adhieren a la tesis del riesgo (pero como “criterio de imputación”), entre otros, C. SALVI: La responsabilità civile (Materiales para uso de los estudiantes), I, Galeno Editrice, Perugia, 1988, p. 99, y F. GALGANO: Diritto civile e commerciale, vol. II, t. 2, 3a. ed., CEDAM, Padua, 1999, p. 383.

Es conocida la historia de una raza de canes exclusivamente desarrollada para fines de guardianía, y militares, inclusive. Los *dobermann pinscher* (de Louis Dobermann) aparecen a mediados de 1870, y los *boxer* lograron fama después de la Segunda Guerra Mundial. En nuestros tiempos se han difundido razas como los temidos *american pit bull terrier* (que el United Kennel Club Inc. reconoce, sin embargo, desde 1898) o los *rottweiler*, que el que menos dudaría en descalificar como animales verdaderamente riesgosos.

Un juicio similar merecen algunos animales salvajes “amansados”, cuya tenencia ha estimulado, desde siempre, los egos de algunos excéntricos: las serpientes (aunque no sea normal la crianza de ofidios venenosos, con excepción de los fakires, que, por lo demás, los utilizan para su trabajo), los cocodrilos, los grandes felinos, etc.

Bajo el derecho romano³² se distinguían los siguientes casos:

a) El animal produce el daño *contra naturam sui generis*, es decir no provocado por un ímpetu de ferocidad y disconforme con sus hábitos y con la índole misma de su especie; tal el caso de las coces de los caballos y bueyes, o el ataque de un perro.

b) El animal produce el daño *secundum naturam sui generis*, es decir, siguiendo su instinto natural; lo que daba pie a dos sub-hipótesis:

b.1) El animal provocado por otro animal que ocasiona daño a un tercero, situación en la que la acción se dirigía contra el propietario del animal causante.

b.2) Sin que exista provocación, el animal, por una circunstancia casual (mas no insólita para su especie) ocasiona un daño. Por ejemplo, un caballo que resbalaba en una pendiente y en su caída ocasiona daños personales o materiales. En este caso no procedía ninguna acción.

Naturalmente, la determinación de cuándo un animal es salvaje o no tiene una estrecha relación con las

costumbres de la comunidad y la utilidad socialmente reconocida al mantenimiento de un animal en un lugar particular. Un elefante – dicen Prosser y Keeton – es considerado inofensivo en Burma; lo contrario ocurriría en Inglaterra³³.

Son ilustrativas, al respecto, las vicisitudes de la citada norma del Código civil alemán. Ante la críticas que despertó el texto primigenio del del § 833 (responsabilidad totalmente objetiva del tenedor del animal), sobre todo por parte de los agricultores, los legisladores consideraron conveniente añadir un segundo párrafo, en el que se exonera de responsabilidad al tenedor de animales domésticos; más exactamente, de animales “de trabajo”, destinados a servirle en el ejercicio de su profesión (los bueyes o caballos de los campesinos), o en el desempeño de una actividad lucrativa (los perros de las compañías de vigilancia privadas) o para su manutención (los animales destinados al consumo de su poseedor, pero igualmente el perro guía del ciego o los pequeños simios que ayudan a los parapléjicos).

El único requisito de esta eximencia es que el tenedor haya observado, en la vigilancia del animal, la diligencia impuesta por el tráfico; pero queda igualmente liberado cuando, mediando un análisis, se determine que los daños se hubieran producido, de todos modos, aun con la aplicación de tal diligencia.

Esta causa de exclusión de responsabilidad no se aplica respecto del tenedor de animales salvajes o “animales de lujo” (como los llama Hedemann), por cuyos daños siempre se responde objetivamente.

El criterio de los legisladores alemanes ha sido visto favorablemente por la doctrina de otros ordenamientos. Comentando la norma pertinente del Código civil español, dice, por ejemplo, Puig Brutau: “En contraste con alguna legislación, y con lo que tal vez exigiría la naturaleza de las cosas, este artículo no distingue según la clase de animales de que se trate, a pesar de la diferencia que media entre animales domésticos y

32 Véase, Chr. Fr. GLÜCK: Op. cit., pp. 6-10.

33 Prosser and Keeton on the Law of Torts, cit., p. 543.

animales dañinos, pues, respecto de los primeros, la responsabilidad debería fundarse en una presunción *iuris tantum* de culpa *in vigilando* por parte de su poseedor, mientras que en el segundo caso sería resultado del peligro o riesgo que lleva consigo la tenencia de animales peligrosos, prescindiendo de la culpa de su poseedor. En este segundo caso es natural imponer una responsabilidad estricta u objetiva a quien expone a la comunidad al riesgo inherente a la proximidad de un animal peligroso³⁴.

En el mismo sentido se pronuncia Santos Briz: “La responsabilidad por los daños causados por animales domésticos se basa en una presunción *iuris tantum* de culpa *in vigilando* de su poseedor; en cambio, la responsabilidad derivada de daños ocasionados por animales dañinos deriva del peligro o riesgo que para los demás lleva consigo la tenencia de estos animales, prescindiendo de toda consideración de culpa en el poseedor³⁵”.

Por lo menos en algún caso, los jueces italianos también han reconocido esta distinción, que, como se aprecia, emana de la naturaleza misma de las cosas. Según este criterio de la jurisprudencia el propietario o usuario de un animal doméstico no responde (objetivamente, según el mismo autor) por la norma especial (art. 2052 del Código civil italiano), sino de acuerdo con la cláusula general de responsabilidad (art. 2043 del mismo texto legal). En este último caso, en consecuencia, el damnificado tendrá que probar que el demandado incurrió en culpa³⁶.

4.5. El problema de la identificación de la causal eximente de responsabilidad.

Este es el punto esencial del debate sobre los sistemas de responsabilidad civil en los ordenamientos del *Civil Law*.

Reitero las tendencias que existen (según su formulación corriente): el responsable por culpa es determinado mediante una presunción relativa (*iuris tantum*) de la que puede eximirse demostrando un comportamiento diligente; el responsable de forma “objetiva” dispone, para el mismo efecto, solamente de la prueba del caso fortuito.

Toda la discusión se centra, pues, en el tema de la prueba.

Más todavía, admitida que fuera esta versión de la tesis objetiva, se pasa a un segundo nivel de contrapunto: ¿en qué consiste la prueba del caso fortuito?

Y como si no bastase, existen también dos formas de concebir el caso fortuito: la subjetiva (todo aquello que no puede ser controlado por el sujeto, que involucra una prueba negativa) y la objetiva (el hecho concreto que propicia la verificación del hecho dañoso, que, en correspondencia, se prueba positivamente).

En su afán de defender el principio general de responsabilidad civil subjetiva (que hasta el momento es la pauta en todos los ordenamientos de herencia romano-canónica), algunos jueces y juristas italianos sostuvieron que la responsabilidad del dueño o tenedor del animal era el correlato de una presunción absoluta (*iuris et de iure*).

Pero la responsabilidad objetiva y la responsabilidad subjetiva presunta *iuris et de iure* tienen los mismos efectos. No se distinguen en el plano funcional porque siempre es posible que el responsable demuestre la causa extraña liberatoria: ninguno de las dos posturas rechaza al demostración del factor exógeno que desencadena el hecho dañoso. Discutir sobre las diferencias entre los dos sistemas, así concebidos, era solamente un problema de etiquetas. El tono formalístico

34 J. PUIG BRUTAU: Op. cit. t. II, vol. 3, p. 118.

35 J. SANTOS BRIZ: Comentario sub art. 1905 C. c. español, loc. cit.

36 La referencia es de G. ALPA: Trattato di diritto civile, cit., vol. IV, La responsabilità civile, pp. 317.

Téngase presente que según la cláusula general de responsabilidad civil del Código civil italiano (art. 2043 - “Todo hecho doloso o culposo que ocasiona a otro un daño injusto obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño”) la culpa del agente del hecho dañoso no se presume. Contrariamente, el Código civil peruano ha establecido una presunción general de culpabilidad. Según nuestra cláusula general (art. 1969), en todos los casos “el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”.

de la discusión – que conlleva su total inutilidad – era evidente.

Renato Miccio – magistrado, justamente – se cuenta entre los que vislumbró esta falta de contraste entre la responsabilidad objetiva y la presunción *juris et de jure*, respecto de sus efectos concretos. “Ambas, en efecto, excluyen para el propietario del animal la posibilidad de aportar la prueba de la falta de culpa propia, la primera porque retiene que elemento suficiente de la responsabilidad lo es relación existente entre el sujeto y el animal; la segunda porque sobre la base de una *factio juris* considera siempre en culpa al dueño por el solo hecho del acaecimiento del evento dañoso”³⁷.

Hace más de treinta años, Giovanna Visintini escribió que “reconocer una presunción de culpa *iuris et de iure* en el art. 2052, como se lee en algunas sentencias, no solamente contradice la letra de la norma, sino que no responde ni siquiera a la substancia de aquellas sentencias que, al mismo tiempo, acogen la noción objetiva de caso fortuito; tal reconocimiento debe ser considerado como un artificio lógico, dictado en obsequio a la tradición (sistema de la responsabilidad basada en la culpa) destinado a desaparecer...”³⁸.

Dice, al respecto, Puig Brutau: “el daño ha de ser causado por el animal y en actos propios de su naturaleza irracional. Por ello no puede haber responsabilidad del poseedor cuando el animal actúa por las instigaciones de un tercero”³⁹.

En un sistema de responsabilidad por culpa el demandado se exonera demostrando buena diligencia y cuidado en la vigilancia del animal; puede invocarse, además, la causa extraña.

Desde luego no es la víctima la que debe demostrar la falta del demandado; por el contrario, a este se le presume culpable, presunción que puede ser desvirtuada mediante la prueba de la diligencia y cuidado, factor este último que se demuestra por hechos positivos de buena vigilancia; de otro lado, si el daño se produjo mientras el animal estaba extraviado o abandonado, el demandado podrá demostrar, concretamente, que la puesta en libertad o extravío no se deben a su negligencia o imprudencia.

Si esta responsabilidad fuera objetiva o estuviera basada en la teoría del riesgo, el demandado no podría demostrar la adecuada diligencia y cuidado⁴⁰.

5. ¿Es importante la calificación de la responsabilidad?

La suma de discrepancias que se acaban de reseñar y la desmesurada cantidad de páginas escritas sobre la cuestión, justifican poner en duda que la calificación de la responsabilidad constituya una discusión relevante.

La elucidación sobre el contenido de la prueba que debe aportar el propietario o usuario del animal (Francia e Italia), el poseedor o tenedor del animal (España y Alemania), el dueño o quien lo tenga a su cuidado (Perú), ha hecho perder de vista una pregunta más interesante, y ciertamente más pretenciosa: ¿Cuál es, a final de cuentas, el mejor sistema para neutralizar los daños causados por los animales que se poseen, usan, etc.?

Cualquier solución que se proponga tiene raigambre política, y ciertamente hipotética. El legislador ha formulado sus reglas y es a ellas a las que debemos

37 R. MICCIO: Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni, en Commentario del Codice civile, 2a. ed., UTET, Turín, 1966, p. 818. Del mismo autor: I diritti di credito, vol. II, 1, UTET, Turín, 1973, núm. 135, pp. 262 y ss.

38 G. VISINTINI: La responsabilità civile nella giurisprudenza, CEDAM, Padua, 1967, p. 497. De la misma autora (con jurisprudencia más reciente): Trattato breve della responsabilità civile, 2a. ed., CEDAM, Padua, 1999, pp. 703 y ss., especialmente, p. 706.

39 J. PUIG BRUTAU: Op. cit., p. 119.

40 Ilustrativamente, Pascual Estevill apunta: “Así pues que abonando, como lo hacemos, en el campo de la responsabilidad por riesgo, cual es la que ampara el 1905 del Código, no es extraño que el que se haya servido de un animal doméstico pueda exonerarse de los daños que éste haya causado, si consigue probar (conforme a las reglas de juego del 1214 en concordancia con el 1315 del Código civil francés) que se produjeron por un caso de fuerza mayor, por la exclusiva culpa de la propia víctima o bien por la intervención culpable (en su diferente intensidad) de una tercera persona (...). Se trata de que se opere la ruptura de la cadena que constituye la relación de causalidad entre la acción y la realidad perjudicial, lo que desvirtúa toda pretensión de calificar a esta clase de responsabilidad de objetiva en sentido absoluto; no aquilatando el instituto adecuadamente los que le atribuyen una virtualidad que se extienda más allá de lo que podría ser una responsabilidad presunta del poseedor que utiliza el animal” (L. PASCUAL ESTEVILL: Derecho de daños, cit., t. II, p. 644).

atenernos (sin perjuicio de proponer una interpretación concorde con el objetivo de justicia). Aunque sea un tributo a la especulación hagamos la prueba:

Es importante decidir cuál de las funciones del sistema de responsabilidad se quiere privilegiar. Dos de ellas salen al encuentro ¿Acaso la prevención (que es dable leer como “aminoración”) de los daños, que busca evitar la generación de perjuicios? ¿O acaso, admitida la imposibilidad de eliminar las conductas generadoras de daño, la concesión de la mejor reparación posible para las víctimas?

Creo que en el supuesto estudiado los mejor preparados para tomar las precauciones contra los daños son, inequívocamente, los dueños o las demás personas que mantienen contacto cercano con los animales. Si es cierto, como creo, que el derecho estimula y de incentiva conductas, la regla debería servir para crear un comportamiento estándar, también respecto de quien posee un animal.

Discutir sobre la posibilidad de fijar una regla objetiva sería inútil. Cualquiera que sea la solución que conceda el derecho, la gente continuará teniendo animales objeto de afecto. Es un supuesto en el que un sentimiento de satisfacción prima sobre cualquier coste económico. Cuando se decide criar un can, quizás con excepción de los criadores de *pit bull*, nadie piensa en que su animal generará daños.

6. Nota final sobre el régimen del Código civil peruano.

Según el sistema de responsabilidad que se deduce de las normas del Código civil peruano, el daño

atribuible al actuar de un animal es, en principio, resarcible en todos los casos, por su dueño o por quien lo tuvo a su cuidado al momento de la verificación del evento dañoso; a menos que intermediara una circunstancia reconocible como fuerza mayor.

Esta es la norma especial, claro está.

¿Significa ésto que el dueño de un perro no pequeño, que por un caso fortuito evidente (un sismo, por ejemplo) se libera de la cadena que lo ata, deambula nervioso, y en su fuga muerde a dos o tres transeúntes, estará exento de responsabilidad?

Aquí la respuesta podría ser negativa; aunque no media la intervención de un tercero, la imposibilidad de eximirse se basaría en la no irrazonable consideración de que cualquier cadena que se rompe, aun en circunstancias como las conjeturadas, era inapropiada para su función de tener quieto al animal.

Un caso distinto sería el de la generación de una enfermedad desconocida, propagada por un animal. Pietro Trimarchi ha fundamentado, contundentemente, que la justicia impondría liberar de responsabilidad al dueño en tal supuesto⁴¹. Sin embargo, dado que sigue sin mediar la actuación o la conducta de un tercero, la normativa del Código civil peruano conducirían a que el propietario o cuidador del animal continúen siendo responsables.

Una alternativa podría ser la aplicación del principio de responsabilidad objetiva normado en el art. 1970, que interpretado sistemáticamente (con el art. 1972), permite la liberación de responsabilidad cuando median el caso fortuito o la fuerza mayor. Pero esto significaría considerar, exageradamente, que poseer un

41 “Asumamos que Ticio sea propietario de un perro. ¿Qué riesgos debe estar preparado para afrontar? Se trata de un perro pequeño y manso, de modo que el riesgo es escaso: podrá romper un objeto, podrá morder o arañar. En lo que atañe al peligro de la hidrofobia, ha sido eliminado con una oportuna inmunización.

Supongamos que cierto día el perro muerde a una persona y le transmite una enfermedad rarísima y muy grave, que causa la muerte de la víctima y la de otros contagiados por ésta. No se puede hablar de culpa del propietario, porque no había señales que permitiesen sospechar la enfermedad, ni se podía pretender una inmunización contra la misma, puesto que se trata de una enfermedad extremadamente rara, si no desconocida. La responsabilidad del propietario, si tuviera que existir una responsabilidad, no podría fundarse sino en el principio del riesgo. (...).

Es evidente, entonces, que aquí el propietario no está en condición de soportar el daño mejor que la víctima, y que no se podía pretender que él estuviese preparado al efecto. Además, la posibilidad de este daño no ha sido tomada en consideración, porque tampoco esto era dable: así, han sido imposibles la asunción consciente del riesgo por parte del propietario y la traducción de dicho riesgo en un coste para él, por el uso y disfrute del animal. En estas condiciones, la responsabilidad no puede desarrollar ninguna función útil, y se concreta en un instrumento de transferencia del daño, de un desventurado a otro. Me parece por ello que, con justicia, operaría la eximente del caso fortuito”. (P. TRIMARCHI: *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milán, 1961, pp. 222-223; del mismo autor, cfr. *Istituzioni di diritto privato*, 12a. ed., Giuffrè, Milán, 1998, pp. 151-152).

animal, cualquiera que fuere, equivale a poseer un bien riesgoso o peligroso.

A menos que se ignore el rigor terminológico, en suma, el sistema de responsabilidad civil por daños causados por animales que se deduce de nuestro Código civil no puede calificarse ni como subjetivo ni como objetivo. Sin perjuicio de los problemas de aplicación de este régimen, que bien podrían estar ausentes (puesto que no está dicho que un sistema sea mejor que el otro en todos los casos), me parece fuera de duda el hecho de que

contamos, de todas maneras, con un punto de partida para cuestionar, con carácter general, el valor de seguir distinguiendo aquellos dos criterios, o para redefinirlos. Sólo una vez que se defina la dimensión verdadera de uno y otro sistema podrá retornarse al supuesto específico que se ha analizado, para optar por alguno, ya en función de quién tenga, en la situación concreta, las mejores condiciones de previsibilidad de los daños, ya en función de los comportamientos que se pretendan incentivar o desincentivar a través de la ley. D&S