

no debe responder de la injuria acaecida, y que una diligencia superior hubiera evitado. Si bien se observa, no hay aquí *justa y verdaderamente* ninguna influencia de la culpa contractual, sino sólo en apariencia. En efecto: el representante asegura haber hecho ú omitido con plenitud de derecho (*iure fecit*), según el hecho jurídico constituido; aun siendo, pues, extra-contractual la culpa, él no objeta ninguna relación contractual con el ofendido, sino que no existe culpa que le sea imputable. El representado, que es el obligado directo para con el ofendido, deberá responder; no importa que este último hubiese prohibido en el contrato que otros se sustituyeran en la ejecución de la relación, si el representante lo ignoraba justamente por no serle imputable dolo ó culpa *in contrahendo*. De otro modo, conociendo la falta de derecho de su autor, podía haber movido la amplitud del derecho suyo.

§ III

Quasi-delito (c. aquiliana): sus elementos.

SUMARIO: 19-20 bis. Noción del quasi delito y elementos de que consta. Doctrina general. — 21. Teoría.

19. La jurisprudencia y la legislación (1) conceptúan el quasi delito como el hecho por el cual una persona capaz de injuriar, obrando sin malicia, pero con imprudencia no excusable, ocasiona á otros injuria no contractual (2). Más concisamente podría definirse como «violación culposa de derecho ajeno, no cometida en relación con el cumplimiento de una relación preexistente de obligación entre las partes». De este modo aparece el concepto de injuria en su más amplio sentido, y se da la característica por

(1) V. en el cap. III la investigación sobre el elemento subjetivo.

(2) Pothier, ob. cit., n. 115. V. el n. 12, t. y n.

la cual el quasi delito (*c. aquiliana*) se separa del delito (*dolo*) (1).

Conviene ahora sacar de esta definición los elementos que la integran, á fin de determinarlos con la mayor claridad, é indicar el orden que se tendrá en la investigación y exposición de los muchos asuntos que se unen en el concepto de quasi delito. Tampoco será inútil referirse al modo ordinario en la doctrina para la declaración del sistema legal sobre el hecho ilícito no contractual. El conocer cómo entran ciertos principios é ideas generales en las construcciones teóricas sirve para ensayar su exactitud. Veremos que no son pocas las cuestiones en que la incertidumbre de la decisión depende en gran parte de poco cuidado en la posición de los principios fundamentales.

De ordinario (2) se enseña que para la constitución del quasi delito deben concurrir cuatro elementos: *a*) hecho dañoso; *b*) ilícito; *c*) imputable; *d*) culpa. Sin temor á caer en poca exactitud ó en ambigüedad, se podrían reducir á dos: *hecho ilícito* y *culpa*. Hemos dicho que «se podrían reducir», observación crítica que se discutirá largamente en seguida, tratando del primer elemento, que es la injuria.

(1) La definición de Pothier determina claramente el concepto de injuria con la voz *tort*, que equivale á daño causado á las personas ó á la propiedad independientemente de contrato. Sobre el concepto de *tort* en la jurisprudencia anglo-americana, v. Pollock, ob. cit., p. 4: «a *tort* an act or omission giving rise.... to a civil remedy which is not an action of contract»; Garrett, *The Law of Nuisances* (Lond., 1897), p. 1, que recuerda, adoptándolo, el concepto de Bracton, *nocumentum iniuriosum*. V. Holmes, ob. y lug. cit.; Pavitt, ob. cit., p. 93; Swet, ob. cit., v. *tort*; Blackstone, ob. cit., l. cit.: tal es el significado que la palabra *tort* tiene en la jurisprudencia inglesa. También Bouvier, ob. cit., voz *tort*, dice: «the commission or omission of an act by one without right whereby another receives some injuries directly or indirectly *in person, property, or reputation*».

(2) Cons. especialmente Demolombe, ob. y lug. cit.; Aubry y Rau, ob. y § cit.; Laurent, ob. y lug. cit.; Larombière, ob. y lug. cit.

No parece que sea preciso aludir determinadamente al daño, porque la acción de responsabilidad nace de la injusta violación del derecho, y se comprende que, llegada la liquidación, en tanto habrá resarcimiento en cuanto la injuria fuera causada por daño. De esta relación entre la injuria y el daño se hablará ampliamente más tarde. El otro elemento expresa suficientemente la necesidad de la culpa imputable, porque si culpa (en el significado especial de característica del cuasi delito) significa omisión de diligencia, necesario es que se tengan en cuenta las condiciones especiales del agente, y advertir si por causas relativas á su capacidad intelectual, ó por las circunstancias en que se encontrase, la imputabilidad de la omisión desaparece total ó parcialmente (1).

Las observaciones críticas hechas hasta ahora en cuanto al modo general de establecer los conceptos fundamentales en la culpa aquiliana, tienden á restringir la enumeración de los elementos de que consta el cuasi delito, sin que resulte mejorada la teoría en relación con los principios. Otro defecto se debe achacar á la teoría generalmente admitida: el de poner la distinción entre responsabilidad por *hecho propio* y por *hecho ajeno*, llamando á veces á la una *directa* y á la otra *indirecta*, y refiriendo á la primera de estas formas los cuatro elementos recordados, como si exclusivamente fueran constitutivos suyos (2). La responsabilidad por hecho ajeno (se ha propuesto también restringir á esta sola hipótesis el término *responsabilidad*) (3) comprendería los casos de daño producido por personas por las cuales se

(1) Si es posible tentativa en la desviación de la necesaria regla de conducta (diligencia ó culpa), no en el sentido técnico que el derecho penal da á esta voz, sino en su amplio significado jurídico, que consienta extenderle á la culpa civil extra-contractual, se dirá después en el cap. sig., § 2.

(2) Giorgi, ob. y lug. cit.

(3) Laurent, ob. cit., XX, cap. 3, sec. I; Aubry y Rau, ob. cit., § 444.

estuviera legalmente obligado, ó causado por animales ó cosas confiadas á la custodia del responsable.

20. Se puede discutir la corrección científica de esta distinción entre responsabilidad *directa* é *indirecta*, ya por su contenido, ya por la mucha extensión que le concede la doctrina que la acoge. Para la exacta imposición de los términos fundamentales de la construcción, conviene demostrarla brevemente. La teoría que distingue así, describe el contenido de la responsabilidad indirecta, estableciendo dos órdenes de casos: *a*) aquellos en que la razón suficiente de la responsabilidad sería el defecto de *vigilancia* por parte de quien estaba legalmente obligado; *b*) aquellos en que su esencia está en las obligaciones que la *elección* impone al que encarga á otro de una determinada comisión. Respecto á esta última clase, luego se discutirá si la razón de la responsabilidad no es verdaderamente un principio mucho más general y jurídico que el de *la elección* (1). De todos modos, admitiendo por el momento la exactitud de los términos en que tal coordinación de ideas se establece, no parece cuál responsabilidad justificada por los dos elementos indicados (*defecto de vigilancia, elección*) sea la *directa* en el sentido jurídicamente incisivo de la palabra. La obligación del responsable se refiere á dos causas especiales suficientes para excitarla, sin que importe observar que son otros, y no él, los que efectuaron la *material violación del derecho*. Entre esta *ofensa* y el *estado de conducta ilícitamente guardada* hay la relación de conexidad necesaria para crear la obligación de responder. La figura de responsabilidad directa aparece mejor en la hipótesis en que se refiere á la *comisión*, porque basándose la construcción, no sobre la *elección* (*c. in eligendo*), sino sobre la *representación*, la relación de conexidad se refiere más inmediatamente al responsable.

Verdad es que esta distinción de responsabilidad por

(1) V. el cap. V.

hecho propio y hecho ajeno puede asumir, con la exactitud del significado, especial importancia en la construcción que fije la relación existente entre el hecho material ajeno y la regla de conducta violada por el responsable. Hemos hablado de las figuras que componen esta forma de responsabilidad, la «vigilancia» y la «elección», entendida ésta según la teoría más acogida, pues la razón de la responsabilidad debe ser derivada de un concepto más general. Obsérvese ahora que, cuando la responsabilidad tiene su fundamento en la violación de la obligación de vigilar, no es del hecho ilícito de la persona por quien se está obligado de donde toma consistencia y medida la obligación del responsable. La responsabilidad podrá hasta dejar de existir respecto al agente, permaneciendo íntegra la obligación del responsable. De este modo, aparecen dos figuras distintas de responsabilidad, de las cuales la una se refiere al agente y la otra al responsable, cuyo deber jurídico contiene la vigilancia, y cuya omisión representa el elemento culpa en esta obligación especial. El agente podría encontrarse en tal estado que no le fuera imputable el hecho ilícito por defecto de capacidad; pero esto, como se ha dicho ya, no suprime la obligación del responsable, derivada de un elemento especial distinto.

Otro tanto parece que deba decirse del caso en que la elección fuera razón de responsabilidad. Como la culpa en vigilar, la *c. in eligendo* sería fuente especial directa de obligación, constituiría el elemento subjetivo que, unido á la injuria objetiva, obliga á la persona; pero esta injuria aparece causada por otros, aunque la condición del responsable respecto al agente baste para traer inmediatamente el término subjetivo de la culpa. De tal manera puede entenderse la responsabilidad por hecho ajeno, ó sea por la injuria objetiva ajena. Verdad es que la responsabilidad por hecho ilícito de personas encargadas de un servicio (*comisión*), parece que deba justificarse con otro concepto más amplio que el de la elección. En efecto: si bien se ob-

serva, cuando la *c. in vigilando* es efectivamente razón de la responsabilidad, la obligación del agente y la del responsable constituyen dos relaciones distintas, aunque recaigan sobre el mismo objeto, que es la reparación de la misma injuria objetiva. Pero cuando la llamada *c. in eligendo* determina la responsabilidad, se observa, ante todo, que ésta existe cuando respecto al agente del hecho ilícito concurren todos los términos del delito ó cuasi delito. Así comienza á delinearse el concepto de que aquí no hay dos razones jurídicas distintas de la responsabilidad, como en en el caso anterior, sino una sola: la obligación del responsable derivada de que el hecho del comisionista debe considerarse jurídicamente como hecho propio del comitente, cuando fuese realizado dentro de los límites de la comisión confiada. Tanto más, cuanto que si el comisionista fuese incapaz, el comitente no por esto está menos obligado; y entonces el concepto de la comisión se amplía, poniéndose en su lugar, como más comprensiva, el de representación, por el cual el representado, haciéndose representar por otros, obrando por medio de otros, efectúa tal sustitución á riesgo y peligro suyo. El hecho ilícito cometido por el representante dentro de los términos de la representación (pues de otro modo no sería tal representante) es hecho ilícito del representado; y esto basta, por el momento, para demostrar que el responsable lo es *por hecho propio*, dejando para otro lugar la teoría de la responsabilidad del representante. Si, por el contrario, se quiere poner la elección como fundamento de la responsabilidad, habría que admitir lo que se ha dicho de la *c. in vigilando* acerca de las dos relaciones distintas de responsabilidad, eximiendo al comitente cuando hiciese constar que en la elección obró de tal modo que no puede serle imputable culpa ninguna. Pero esto nadie lo concedería. Por consiguiente, sin peligro de dudas, no se pueden confundir en el apelativo de «responsabilidad por hecho ilícito de otros» figuras absolutamente distintas. Y así queda demostrado:

1) La necesidad de distinguir en la responsabilidad por la injuria causada por otros, la especial relativa al hecho ilícito del representante, que jurídicamente es responsabilidad por hecho ilícito propio;

2) La poca exactitud de la doctrina que considera y aprecia los elementos del hecho ilícito refiriéndolos exclusivamente á la responsabilidad que llama directa ó por hecho propio, cuando también, en la hipótesis de responsabilidad por defecto de vigilancia debida, esta omisión representa el elemento culpa en forma de delito ó cuasi delito referido al responsable.

20 bis. Tomada, pues, en toda su amplitud la responsabilidad por hecho ilícito ajeno, es responsabilidad en que el hecho de la injuria, la injuria objetiva, depende de otro, al que se refiere la condición de responsable respecto á la ley de conducta debida, constituyendo de este modo un delito ó cuasi delito *propio*, por el que *directamente* queda obligado. Todavía más directa es esta responsabilidad respecto al representado, pues interviniendo tan sólo la razón de representación, el hecho ilícito del representante se reputa propio del representado. Llámesele, si se quiere, responsabilidad *mediata, indirecta*; pero no se dé á estos términos un valor jurídico superior al que efectivamente tienen, y no se derive de una pretendida entidad especial suya la concepción fundamental del hecho ilícito no contractual. Sirven sólo para designar la posibilidad de que se deba responder de la injuria objetiva (materialidad de la injuria) cometida por otros, aunque en algunos casos esta conexión aparezca claramente en figura de relaciones distintas constituidas por elementos especiales ante el mismo ofendido, mientras en otros (representación) no están separadas en cuanto al ofendido, y pueden estarlo sólo en las relaciones *interiores* entre el agente y el responsable (acción de regreso). Entonces la responsabilidad *directa es principal*, aunque en el sistema legal pueda ser sólo *subsidiaria*, atendido el modo de surgir la obligación del responsable.

Estas consideraciones demuestran que las dos doctrinas propuestas para declarar el concepto especial del cuasi delito no se deben excluir recíprocamente, sino unirse. Efectivamente: no parece buena la teoría que sólo asigna la figura de cuasi delito al caso de la responsabilidad llamada por la ley «por hecho ajeno»; ni lo parece tampoco la segunda, cuando adopta una terminología que parece exceptuar los casos á que aquélla refiere el concepto de cuasi delito, según resulta de los trabajos preparativos de la ley moderna. De las dos teorías, la primera tiene el defecto de circunscribir el cuasi delito en límites muy exigüos, aunque esto no impida que los casos á los que se quitan tal figura no pudiesen asumir verdaderamente la entidad de cuasi delitos. Según se ha observado antes, están comprendidos ya en la noción general del hecho ilícito, violación culposa del derecho ajeno. Tal amplitud de concepto lo expresa la ley cuando dispone: «Toda persona es responsable del daño ocasionado, *no sólo* por hecho *propio*, sino también por *propia negligencia ó imprudencia*» (1).

No vale objetar que la terminología de la ley es tan amplia que designa la misma responsabilidad del comitente con el nombre de «responsabilidad por hecho ajeno» (2). Hemos dicho ya que, distinguiendo el *hecho propio* del *hecho ajeno, negligencia ó imprudencia propia* de *negligencia ó imprudencia ajena*, la ley quiere aludir sólo á la *materialidad* de la violación. Los términos referidos se emplean para indicar la causa eficiente de la injuria (*del daño ocasionado por.....*), y con la locución «ajeno», las diversas formas del hecho ilícito se ponen en relación con su autor (3). Es evidente, pues, que en la hipótesis de responsabilidad *por hecho ajeno* se contienen verdaderos y propios hechos ilícitos referidos al responsable, y que no conviene dar á la locución

(1) Cód. civ., art. 1.152 cit.

(2) Cód. civ., art. 1.153 cit.; conf. con el art. 1.152.

(3) V. los detalles en el cap. V.

responsabilidad por hecho ajeno un significado más extenso que el que resulta claramente de la disposición legislativa.

21. De este modo, la definición del cuasi delito como «violación culposa no contractual del derecho ajeno» adquiere mayor luz, resaltando más los dos elementos fundamentales que le constituyen:

a) Un término que no le es especial, sino que es la razón de toda obligación nacida de hecho ilícito, á saber: la violación del derecho ajeno, la *injuria*; y ya se ha dicho, y se repetirá más adelante, que en este concepto no está comprendido el daño derivado de la ofensa, pues se refiere al efecto de la responsabilidad, que no se resuelve en el derecho al resarcimiento si no existe daño, y porque el elemento daño está comprendido en la violación del derecho en el sentido de que se presume que resulte de ella detrimento al ofendido.

b) El otro elemento se refiere á la condición especial subjetiva del agente (*culpa, dolo* en el delito). La ofensa (*injuria objetiva*) debe ser, pues, imputable al ofensor; no hay culpa sin responsabilidad; y como el hecho ilícito, considerado como fuente de obligación (*responsabilidad, resarcimiento*), requiere el concurso de ambos elementos, la *no imputabilidad* excluye ó modifica la responsabilidad, ni más ni menos que la falta de *injuria* (1).

A veces, según hemos visto al formar el concepto de responsabilidad por la *injuria* objetiva ajena, entre el hecho ilícito en su materialidad (*injuria*) y la culpa no hay vínculo inmediato, siendo necesario, á fin de establecer la responsabilidad, considerar la culpa en relación con su agente material, más que en relación con el hecho de la violación. Por donde el *defecto de vigilancia* es omisión que

(1) V. el cap. sig., donde se examinará si el *damnum sine iniuria* es verdaderamente fuente de obligación, y si, efectivamente, el daño debe ser contado entre los elementos del hecho ilícito.

se manifiesta en relación con la persona autora del daño, y que, debiendo ser vigilada, dejó de serlo, ligándose el hecho por su vínculo de causalidad á esta culpa y dando lugar al cuasi delito (ó delito) del responsable. Hasta puede darse esta responsabilidad sin que sea necesaria la existencia de culpa considerada en relación con el autor de la *injuria*, como sucede en virtud de relaciones especiales que puedan mediar entre el autor de la *injuria* y la persona responsable, cuando el hecho ilícito se cometió en el desarrollo de la relación. Tal es la razón de la responsabilidad por el delito ó cuasi delito cometidos por el comisionista en cumplimiento de lo que le incumbiera (1).

El elemento culpa, por consiguiente, puede ser considerado en esta su necesaria conexión con la *injuria* objetiva: 1) ó existiendo en relación inmediata con ella; 2) ó en relación inmediata con el agente que comete la *injuria*, pero que, refiriéndose á la condición especial del agente al *injuriar*, se reputa causa directa eficiente de la violación; 3) ó en que puede haber responsabilidad sin que exista culpa del responsable en relación con el hecho ó con el agente, y sí sólo en virtud de *relaciones especiales existentes* entre él y este último, y para los cuales el hecho ilícito (delito ó cuasi delito) del agente se asigna jurídicamente al responsable, por lo cual los casos en que este fenómeno jurídico se manifiesta podrían entrar en la primera de las clases descritas, ó constituir al menos una forma.

21 bis. Veremos ahora la entidad de estos dos elementos (*injuria, culpa*) en las varias actitudes que puedan tomar, investigando nuevamente con esta ocasión el punto fundamental de la teoría, á saber: si la *injuria* objetiva da de por sí uno de estos términos, ó si no es preciso el daño, y si, eliminando éste de los factores necesarios para la relación de responsabilidad, la idea del mismo todavía no entra

(1) Servirá esto para demostrar todavía mejor, en su lugar, que la responsabilidad en cuestión no deriva de culpa en la *elección*.

á determinar el concepto de la injuria. Se investigará también si, dado el daño, no se necesita más para la injuria, como si el daño fuese injuria de por sí, ó si sólo implica injuria el daño inferido intencionalmente, aunque en el hecho no haya lesión alguna de derecho perteneciente al perjudicado; y si, finalmente, en la determinación del elemento subjetivo, que es la culpa, el requerirle con la injuria para la existencia jurídica del hecho ilícito es sólo el fruto de teorías mal acordes con la ley, que hacían nacer la responsabilidad del agente únicamente de la injuria, del daño, de la ofensa objetiva en suma, reduciendo el concepto de la responsabilidad por lesión ilícita á una simple cuestión de riesgo desviado de la manera que ocurre con la doctrina de la culpa, en el sentido de que el acto anormal estaría enteramente á riesgo del que lo cumple, y no del que lo sufre (1).

De esta última teoría, cuya razón de ser, oportunamente reducida en los términos puestos como fundamento de la responsabilidad, ha sido ahora propuesta (desarrollándose después en su lugar) para declarar la obligación de responder del representado por hechos ilícitos de su comisionista, y que pretende extender la idea del riesgo profesional hasta informar por entero el concepto todo de responsabilidad transmutado en obligación de garantizar, se hablará largamente á continuación. No faltan en ella algunas partes de verdad; pero conviene discernir bien aquello en que esto resulte sincera y directamente del concepto de riesgo, y lo que resulte, en cambio, del modo de solucionar el acto con el concepto de culpa por sí ó con el de representación, y especialmente será preciso advertir si en la formación de la teoría no se ha cambiado el fenómeno de la culpa existente

(1) Cons. especialmente la docta é ingeniosísima monografía de Saleilles, *Les accid. de travail et la responsab. civile* (Paris, 1897); y sobre la misma, v. Perceron, en *Annal. de dr. comm.*, 1898, p. 59 y siguientes.

in re ipsa, con la suposición de la responsabilidad por la injuria objetiva *absque culpa* (1).

De todo esto, como hemos dicho, se tratará después. Ahora, para la exacta división de la materia, sentada la necesidad de que concurren injuria objetiva y subjetiva para determinar el hecho ilícito no contractual (2), conviene advertir que á veces la mera injuria objetiva, y otras veces la mera acción dañosa, sin sombra de injuria ó culpa, generan válidamente una solución que parece de responsabilidad y no lo es (3). Porque cuando la injuria objetiva no es causa única y determinante, el objeto de la acción sólo puede ser la reparación dirigida á restituir el derecho ofendido, refiriéndose entonces la relación á la reintegración del derecho; y cuando en el acto falta por completo este elemento de la injuria objetiva, la obligación de reparar impuesta á quien no siendo su autor no debe soportarla, es obligación de garantizar.

De estas dos formas especiales se tratará ahora, poniéndolas en relación con el concepto de responsabilidad propia para que resalten bien las diferencias entre ambas. Finalmente, al exponer el contenido de la injuria objetiva, se tocará el concepto de la reintegración. De la garantía, como posibilidad de responder de un hecho donde no hay aún injuria objetiva ó subjetiva, aunque sí peligro de ella, lo que requiere mayor profundidad y extensión de estudio, se hablará también en el estudio de la culpa como término constitutivo del hecho ilícito.

(1) V. después el cap. sobre la prueba de la culpa; y sobre la garantía, según el significado expuesto en el texto, v. también más adelante.

(2) V. el cap. precedente, § 3.

(3) No es hora de investigar y discutir la *tentativa* en materia de culpa; pero la posición de los conceptos fundamentales sobre la entidad del hecho ilícito dará ocasión á tratar si en materia de culpa penal es posible la tentativa.