

### CAPÍTULO III

#### B) CONDUCTA DEL AGENTE (CULPA). — GENERALIDADES

SUMARIO: 32. Significado técnico de la palabra *culpa* y su función especial en el cuasi delito. — 33. Errores que pueden derivar de confundirla, como á menudo acontece, con la injuria en sentido estricto. — 34. Y con el daño. — 35. Continuación.

32. Con las ideas expuestas acerca de la injuria y de los modos de manifestarse, no se llega ciertamente á construir la idea de la responsabilidad, de la cual se puede dar conocimiento absolutamente exacto cuando no se atiende únicamente al elemento de *hecho* que la da origen, sino también al *agente*; de donde surge la necesidad de determinar en qué estado de *ánimo*, con qué *conducta* ha de ser ofendido el derecho ajeno. Dados los dos términos, es preciso fijar la relación de la causalidad existente entre la violación y el estado de ánimo del agente, estado que, según consista en el *dolo* ó en la *culpa*, engendra el delito ó el cuasi delito, por lo que en el primer caso el *factum contra ius* debe depender necesariamente de dolo, y en el segundo de culpa. Si de estos elementos faltara el segundo, la relación de causalidad se rompería, y, por consiguiente, cesaría la responsabilidad, faltando el delito ó el cuasi delito, que son las dos formas en que se manifiesta. Entonces habría, según las circunstancias, una ofensa al derecho derivada del *caso*; y hasta puede suceder, como habremos de notar, que el que dió el daño esté obligado á resarcir; pero no porque sea responsable, sino porque debe la *garantía* de ciertos eventos dañosos. De lo cual se tratará en su lugar.

Resulta de aquí, como ya otra vez hemos afirmado (1), la poca utilidad, y, podría decirse, hasta la poca exactitud de poner como elemento constitutivo del cuasi delito el *hecho culposo* y el *hecho imputable*. Poca utilidad, porque la no imputabilidad es la exposición negativa de la culpa y el modo de eliminarla (2). Si falta la relación que liga el hecho al agente, esto es, la culpa, se dirá que el hecho ó la omisión no le son imputables. Poca exactitud, porque el decir *hecho culposo* y *hecho imputable* es dar dos veces el mismo concepto, presentando bajo dos aspectos el mismo elemento, lo que puede conducir á alguna oscuridad, tanto al definir el cuasi delito como al sentar las reglas de la prueba. Habrá de verse aquí, es cierto, distinguida la culpa en sí (sentido objetivo) en la falta de diligencia, y la culpa en relación al agente (sentido subjetivo), sin contradecir el concepto enunciado, porque en el primero de los modos se considera la culpa en su entidad íntima, en el término de relación á que se recurre para dar el contenido de diligencia, de la culpa opuesta y de sus grados.

La culpa representa, pues, el término por el cual el hecho ó la omisión se liga á la conducta del agente, dando existencia al cuasi delito. Su significado, incluso en materia extracontractual, es *omisión de diligencia* ó *imprudencia* (3). Ya se ha hablado de las diferencias que el contrato engendra entre los dos modos de ser de la culpa (4), como también del porqué el cuasi delito se diferencia del delito. Con esto se relaciona la función especial de la culpa (5). El agente no ha querido el hecho ó la omisión, considerándolos desde el principio en relación con el derecho ajeno violado (delito); pero ha querido el hecho ó la omisión despojada de esta relación injuriosa (cuasi delito), aun cuando

(1) V. el cap. I, § 3.

(2) V. el cap. XVIII, cit.

(3) Cód. civ., art. 1.152. V. el cap. II.

(4) Cap. I, § 3.

(5) Cap. II, en pr.

el no haberse dado él cuenta de la necesidad ó posibilidad de tal relación dependa de negligencia ó imprudencia suya (culpa). Esta fórmula resuelve un punto grave de que se hablará luego, á saber: si la culpa debe referirse sólo á las *consecuencias* del hecho, por razón del cálculo imprudente ó insuficiente que el agente hizo de ellos, ó si debe referirse también al conocimiento del *derecho* ofendido.

33. *Culpa* en el cuasi delito significa, pues, omisión de diligencia (imprudencia) en el cálculo de las consecuencias injuriosas probables del hecho ú omisión propia fuera de una relación de obligación. Será conveniente insistir sobre este concepto, porque no raras veces el elemento *culpa* se confunde con la ilegitimidad del hecho (injuria) ó con el daño, y á menudo no se distingue entre delito y cuasi delito, incluso cuando la intención de dañar es evidente.

De esta suerte viene á enseñarse que hay una especie particular de culpa en el *abuso de derecho*, como, por ejemplo, en el que diera muerte al ganado sorprendido pastando en su fundo (1); pero hay un error de principio y otro de aplicación al plantear regla semejante. El abuso de derecho, sin discutir ahora la teoría (2), respondería al *non iure factum*, y, por consiguiente, á la violación de derecho ajeno; concepto que, admitiendo para la existencia del cuasi delito la necesidad del concurso de varios términos, debería referirse á la ilicitud del hecho. Esto sentado, ¿por qué referir el abuso de derecho al elemento del hecho culposo, por qué no separar la injuria de la culpa en sentido especial, y afirmar, en cambio, que en tal forma de injuria hay una especie particular de culpa? Verdad es que, en su sentido lato, culpa significa injuria, como ya se ha demostrado; pero en el significado técnico que tiene, como término del cuasi delito, viene á quedar limitado el concepto. La falta no queda subsanada recurriendo á una «especie parti-

(1) Giorgi, ob. cit., V, 153.

(2) V. el n. 34 bis.

cular de culpa», vaga calificación de donde los principios toman graves incertidumbres.

Tampoco es más exacto el concepto tomándole en la aplicación que de él se hace. Se dice que hay una especie particular de culpa en el caso del que mata animales ajenos sorprendidos pastando en su fundo; y lo mismo que en la regla se confunde la injuria con la culpa, así en el caso se confunde el dolo con la culpa. ¿No hay, en efecto, una injuria cometida con ánimo de dañar? Imposible parece discutirlo, y entonces se convierte en dolo la «especie particular de culpa». Hé aquí las consecuencias á que se llega rechazando como *ignota á la ciencia* la distinción entre delito y cuasi delito (1), por deducción del criterio, incapaz ó insuficiente para ello, de la identidad de efectos de las dos instituciones; camino que á menudo se complace en tomar la jurisprudencia, llamando cuasi delitos á hechos ilícitos con verdadera naturaleza de delitos. Y la teoría se resiente de esta aplicación mal conducida (2).

33 bis. De otro modo y con propósitos diferentes se ha propuesto confundir la injuria con la culpa, afirmando que mal se puede poner entre los elementos que parecen necesarios para constituir la responsabilidad, el hecho injurioso. Se dice que la imposibilidad de determinar tal injuria objetiva y la incertidumbre de fijar los criterios que explican el *abuso de derecho*, como concepto introducido á modo de separación, induce la necesidad de reducir los términos de la responsabilidad al *hecho culposo*, á la *culpa*. Aun cuando los conceptos ya desenvueltos y la separación hecha del concepto de *garantía* basten para impugnarla, de esta teoría se tratará más adelante, cuando se discuta otra más amplia, que somete al término de «daño» el elemento subjetivo, que es la *culpa* (3).

(1) Giorgi, ob. cit., V., 139.

(2) V. el cap. IV, *Aplicaciones*, § 2.

(3) V. el n. sig.

34. La cuestión asume nueva gravedad en la doctrina que enseña (1), con consentimiento de notable jurisprudencia, que, si bien la construcción teórica enumera los elementos del cuasi delito, el Juez no debe preocuparse de estos detalles, y le basta que la sentencia declare el *hecho dañoso*. Supóngase, pues, que la doctrina no debe poner sus investigaciones al servicio de la práctica, concepto sobre cuya falsedad es inútil insistir; pero, por lo menos, esta práctica debería informarse en la disposición material de la ley, la cual ordena que el hecho dañoso dé lugar á resarcimiento sólo cuando se produce con culpa del agente. Si basta comprobar la existencia del hecho dañoso, es inútil tratar de la *injuria*, porque el daño puede haberse causado independientemente de la violación de derecho; inútil fijar los principios sobre la culpa, toda vez que el Juez sólo del *daño* debe cuidarse.

Cierto; las decisiones de la jurisprudencia sobre este punto turban gravemente las reglas relativas á otra parte de la institución que examinamos: la parte de la prueba. Es teoría justa y generalmente enseñada que todo el que pretende el resarcimiento de daño injuriosamente sufrido debe demostrar, ante todo, la existencia del cuasi delito, fuente de tal obligación, y, por lo mismo, demostrar, no sólo la relación de dependencia entre el acto y el daño, sino entre el acto y el agente llamado á responder. Esta regla sobre la prueba, especial á la culpa extracontractual, da una de las diferencias que la separan de la contractual (2). La jurisprudencia, afirmándose sobre la cuestión del *daño*, olvida el elemento de la *culpa*, cuando la investigación sobre el mismo debería considerarse fundamental, y alivia con mucho al actor que pide la indemnización, de la obligación de una prueba que debiera desenvolverse seriamente (3). Verdad es que la ex-

(1) Laurent, ob cit., XX, 464 y 465 en f.

(2) V. el cap. I, § 3.

(3) V. el cap. IV, *Aplicaciones*, § cit., y el cap. XIX, *Prueba*.

tensión del movimiento industrial moderno parece á muchos razón suficiente para dudar de si el concepto tradicional de la *culpa* es aún aceptable. Se cree que la conciencia individual del jurista está en desacuerdo con la conciencia jurídica común, oprimida ante los muchos accidentes del trabajo, y puesto el concepto del *riesgo profesional*, se quiere constreñir á la ley á recibirle como fundamento de todo su sistema de la responsabilidad. De esto se tratará más adelante; aquí baste recordar que una cosa es la *responsabilidad*, que supone necesariamente la *culpa*, y otra la *garantía*, que la ley puede y debe imponer como justo valladar á la actividad humana.

34 bis. Antes de exponer y discutir esta construcción, que reduce casi al único elemento objetivo del hecho dañoso la razón de la responsabilidad, restituida de este modo á las ideas simplicísimas de los antiguos Derechos romano y germano, y libertada del minucioso y perfecto trabajo de análisis hecho por los jurisconsultos, es necesario ensayar otra teoría que elimina el elemento *injuria* del concepto de responsabilidad, restringiéndole á la *culpa*, ó, mejor, creyendo poder hacerlo así. Las dos teorías tienen un punto común: su origen, que acusa el defecto inmediatamente, y es la preocupación de mostrar que la responsabilidad asignada al *patrono* por el accidente ocurrido al obrero en el trabajo nada tiene de excepcional y es conforme á los principios generales que gobiernan la responsabilidad. De esta manera, á fin de explicar un caso especial de pretendida responsabilidad (dígase aquí de *garantía*), se descomponen los principios tradicionales, se desnaturalizan, para que la excepción no aparezca como tal, sino como manifestación de la regla común. Ciertamente, no se quiere decir que estos principios tradicionales sean intangibles, y que el movimiento de las necesidades sociales no pueda modificarlos. La inmutabilidad es íntimamente contraria á la naturaleza del derecho, expresión viva y directa de las contingentes condiciones sociales; pero la mutación es acepta-

ble cuando en verdad se necesita; cuando, sin ella, la construcción jurídica no pueda extenderse á las varias particularidades de hecho, y cuando vaya correctamente conducida.

La primera de las dos teorías (1), como ya se ha dicho, quita á la responsabilidad el elemento *injuria*, impulsada á ello por observar que no buenamente la doctrina clásica de la culpa requiere los dos elementos del *hecho realizado sin derecho* y del *hecho contra derecho*, porque el ejercicio pleno de un derecho determinado induce la irresponsabilidad, y la ofensa contra un derecho patrimonial cualquiera, que por ser manifestación de la libertad individual es un derecho, puede inducir, en cambio, responsabilidad. La contradicción que emana de los dos principios les parece tan evidente, que, para resolverla, quieren cambiar la teoría hasta aquí recibida en materia de responsabilidad. No se debe investigar, dicen, si ha sido ofendido un derecho, sino si hay lesión de un derecho que es tal respecto al ofendido; y como puede suceder que éste no tenga un derecho determinado, si bien quede su *libertad* ofendida, que es razón de la responsabilidad, y hasta puede suceder que tenga un derecho determinado y la ofensa sea ejercicio de la *libertad* del agente, por lo mismo irresponsable, precisa fijar la relación que limite y concilie las libertades concurrentes, fijación que da la naturaleza de la *culpa*. En cuanto hay abuso hay ofensa del derecho *simplemente*, porque hay *culpa*. La cual después, tanto en la forma contractual como en la extracontractual (la diferencia entre ambas no tendría razón de ser), se reduciría al *engaño de la reciproca confianza*, porque la responsabilidad era razón de la confianza que el ofendido tuviera para obrar en el responsable, y no existiría, en cambio, en la medida en que el agente necesitaba confianza en sí para obrar.

(1) Lévy, *Responsabilité et contrat* (extr. de la *Revue crit. de lég. et jur.*), Paris, 1899.

Tal es la construcción jurídica ocasionada por el estudio de la responsabilidad de los patronos, fundada luego en la consideración de que el obrero necesita confianza en sí mismo para obrar, teniéndola en cuanto se siente cubierto por la responsabilidad del patrono por riesgo profesional: por donde tal responsabilidad se justificaría plenamente según los principios comunes. Pero ¿hay algo nuevo verdaderamente en esta teoría que no exista en la doctrina tradicional? ¿No complica las dificultades con la novedad de una terminología que no determina nada?

Ante todo, la doctrina tradicional requiere la *ofensa al derecho*, y no basta, para que haya responsabilidad, que se obre sin derecho, sino que es preciso que el derecho sea ofendido (*agere sine iure, id est contra ius*); y una vez investigado cuándo el derecho pueda causar injuria, enseña que así ocurre cuando es ilegítimo, cuando excede de los términos que le imponen su razón económica y la necesidad de la convivencia social. Pero ¿qué otra cosa es lo que dice la teoría expuesta? Elimina el elemento de la *injuria*; pero como entiende que sin injuria no hay responsabilidad, afirma que hay injuria porque hay culpa, confundiendo la injuria subjetiva con la objetiva que se quería eliminar; de modo que, reproduciendo el lenguaje de las fuentes, llama *culpa* á la *injuria*. Y si añade que culpa es el engaño ó la ofensa á la confianza necesaria, esta fórmula no determina nada en materia tan delicada como la de la responsabilidad, sin que diga nada nuevo que no dijera la teoría tradicional respecto á la entidad de la injuria, porque *pretender* esa confianza, ó *tenerla*, es un *derecho*; de modo que se vuelve al principio según el cual la responsabilidad exige *la ofensa al derecho*, y, cualquiera que éste sea, debe resultar de la posición jurídica del ofendido ante el ofensor.

Por consiguiente, esta *confianza legítima* se reduce á tener un derecho, que puede ser definido ó estar contenido en

la idea de personalidad (1), sin que la construcción dé nada más de nuevo ó de correcto, confundiendo inútilmente la injuria con la culpa. Inútilmente hemos dicho, porque la responsabilidad del patrono no se justifica según los principios generales. En efecto: cuando se dice que el obrero tiene confianza en sí mismo cuando sabe que el patrono está obligado por el riesgo profesional, se quiere decir sin duda que el riesgo en cuestión pesa sobre el patrono para que el obrero tenga aquella confianza; relación que parecería derivada del contrato de trabajo, aunque la teoría diga (2) que tal construcción es insuficiente é inútil. De todos modos, está claro que no hay aquí cuestión de culpa ni de responsabilidad.

Se puede afirmar, pues, que la responsabilidad nacida de injuria culposa es otra forma de la obligación de reparar el daño sufrido por otro sin culpa del obligado. La investigación de la culpa en este punto es inútil, porque no se trata de responsabilidad, sino de garantía, y querer confundir los dos casos, y reducir la *responsabilidad* á la *garantía*, trae, no claridad, sino grave alteración y confusión de principios (3).

35. Las consideraciones hechas hasta aquí demostrarían la necesidad de mantener firme los principios y confirmarían la teoría propuesta que elimina el *daño*, como elemento constitutivo del cuasi delito, refiriéndole sólo al resarcimiento (liquidación) que nace del hecho ilícito. Se comienza violando la ley al afirmar que no hay diferencia entre delito y cuasi delito, dado que el efecto de uno y otro es idéntico, y se termina reduciendo toda cuestión al daño. Ahora bien: la distinción de la ley se refiere al sistema general admitido para los hechos ilícitos, y se funda en que, aun sin expresa disposición, se debería siempre

(1) Lévy, mon. cit., p. 17.

(2) Lévy, mon. cit., p. 18.

(3) V. n. 36 bis y 36 triplicado.

considerar diversamente el ánimo del agente en relación ó la injuria cometida, según que consista en dolo ó en simple culpa. Algunas legislaciones carecen del tecnicismo de delito y cuasi delito, pero distinguen la intención de ofender de la negligencia (1). Por su parte, el Juez no podría abstenerse de comprobar los elementos de que resultan.

35 bis. Más grave, y cronológicamente más antigua, es la segunda teoría, que, ante la teoría tradicional de la culpa, recibiría el nombre de «*responsabilidad objetiva*». Las diversas construcciones que tienden á justificarla ó á atenuar su oposición con la conciencia jurídica que afirma que no hay responsabilidad sin culpa, parten de considerar que esta conciencia ha cambiado ante las nuevas disposiciones de la actividad humana, y que la «*colección de casos*» deducidos de la ley, y presentados como bases de un sistema general de la responsabilidad (2), no basta al movimiento económico y jurídico de la vida moderna. Por consiguiente, la razón de la responsabilidad no debe ser ya la culpa considerada *subjetivamente*, y que, en el fondo, sería objetiva desde el momento que se confronta el acto del agente *con lo que de ordinario, en aquellas circunstancias de tiempo y de lugar, se hubiere hecho*, sino que lo sería el *daño*. El que obra, lo hace á su riesgo y peligro, y, por lo mismo, el he-

(1) Cód. federal suizo de las obligaciones, §§ cit.; Cód. civ. alemán, § 323 cit.

(2) V. la mon. de Mataia, *D. Rechte d. Schadenersatz.*, Leipz., 1888; Gierke, *D. Genossenschaftsth.*, Berl., 1887, p. 803 y sig.; *D. Entw. civ. burgerl. Gesetzb. u. d. deutsche R.*, Berl., 1889, p. 259 y sig.; Jung, *Delikt u. Schadensverursach.*, Heidelb., 1897; Rümelin, *D. Gründe d. Schadenszurechnung u. d. Stellung d. deutsch. bürg. Gesetzb. z. objectiven Schadenersatzpflicht*, en *Archiv f. Civ. Prax.*, 1898, L. 1; Saleilles, *Les accidents du travail et la responsab. civile*, Paris, 1897; Venezian, mon. cit., y Coviello, en *Riv. ital. per le sc. giur.*, XXIII, p. 188 y sig. Cons. la mon. de Anzilotti, *Teoria generale della responsab. dello Stato nei rapporti internaz.*, Firenze, 1902, p. 102 y sig.

cho (ó el no hecho) dañoso es hecho ilícito, que induce responsabilidad en quien le ha cometido.

Dícese que esta teoría se presenta como reacción contra la doctrina tradicional, llevada del deseo de compendiar en una fórmula general todos los casos en que se puede estar obligado á resarcir daño por ilicitud de hecho cometido con culpa ó sin culpa, ó aun sin que haya ilicitud de hecho. Á los principios de la ley romana repugna la idea de una *responsabilidad sin culpa*, como la que, en virtud de las condiciones de la industria moderna, se quiere asignar al patrono por los accidentes que sufrieran en el trabajo sus obreros. Pero la teoría quiere generalizar á toda costa, y si á esta forma de responsabilidad (que además no lo es) no se adaptan los conceptos tradicionales, es grave error querer reducir á ella los casos á que éstos se refieren. Verdad es que puede parecer adaptada á ello, toda vez que está deducida de la única consideración del *hecho ilícito* (1); pero, según se ha observado ya, asignar la responsabilidad al mero *hecho dañoso* es restituir la teoría de la injuria á sus orígenes.

Dejando aparte el concepto de equidad y conveniencia social que se tendría repartiendo entre varias personas la obligación de resarcir el daño, puesto que no es la medida de la repartición lo que puede dar fundamento sólido á una doctrina sobre la responsabilidad objetiva, claro está que las observaciones sobre el daño y el riesgo inherente á toda actividad individual no dan á la teoría la base jurídica que necesita. Ni el daño ni el hecho ilícito por sí pueden, por regla general, inducir la responsabilidad, sino la injuria puesta en relación con la conducta del agente, pues de otro modo la responsabilidad no tendría límites. No vale decir que esta es la razón de ser de las «*contravenciones*» previstas por la ley penal, porque en esta figura se da la «*tentativa de culpa*», que como tal está prevista y castigada por la ley, in-

(1) Rümelin, mon. cit.

dependientemente de la existencia de ningún hecho dañoso.

No sirve para mejor determinación de la teoría el criterio de la «*causalidad*» (1), por el cual la responsabilidad dependería de la relación necesaria en que está el hecho *dañoso* con la actividad inducente del riesgo del agente, que *quiso* el hecho de este modo, ó que se presume que debió *quererlo*. Con esto queda siempre en la sombra y permanece completamente olvidada la idea de *culpa*; porque de querer el hecho á querer la injuria existe una grande diferencia, y en el último caso sería preciso examinar y apreciar la conducta del agente para inferir la responsabilidad. Ni siquiera se obtiene mayor exactitud determinando el *riesgo inherente á la actividad*, con el concepto del *provecho extinguido por el daño que deriva de la actividad individual* (2) y de qué daño debe deducirse del provecho. Ciertamente, en esta fórmula está la razón de la responsabilidad (*no propia*, como habrá de decirse) ordenada en ciertos casos por la ley (3), y hasta puede estar la razón de la obligación de resarcir el daño causado en caso de necesidad, si bien sobre este punto haya graves dudas, investigando si el daño debe ser causado *voluntariamente*, ó si basta que el agente haya causado hechos *extraordinarios* ó *peligrosos* (4), con ocasión de los cuales ocurriera el daño. Sin observar ahora que en este concepto de lo *extraordinario* ó del *peligro* del hecho puede darse la razón de la culpa subjetiva (*culpa inest in re*), y que, por consiguiente, querer determinar con la mayor precisión el criterio de la responsabilidad objetiva puede re-

(1) Binding, ob. y lug. cit.; Saleilles, mon. cit.

(2) Cfr. la mon. de Merkel, *Ueber d. Collision rechtmässiger Interessen und die Schadenersatzpflicht b. rechtmass. Handlungen*, Strasb., 1895.

(3) Desde la primera edición de este trabajo, se deduce de este concepto la *responsabilidad* por el daño causado por animales ó cosas del obligado. Cód. civ., art. 1.154 y 1.155.

(4) Rümelin, mon. cit.

conducir al punto opuesto de la responsabilidad subjetiva, bastará decir que del principio de la inherencia del riesgo puede derivar la razón de la *garantía*, ordenada en ciertos casos por la ley, y la razón del sistema legal en cuanto á los accidentes del trabajo (1). Pero es la ley, y no el concepto general de la responsabilidad, lo que da causa á esta obligación de resarcir.

Por último, no será inútil observar que, aun admitiendo la teoría de la responsabilidad objetiva, alguien ha propuesto distinguir la medida del resarcimiento según que la culpa sea intencional, de imprudencia ó de solo riesgo. Claro es que la doctrina de la responsabilidad objetiva eliminada de la investigación en cuanto á la responsabilidad del agente, vuelve á entrar en la liquidación del daño, y con ella las dificultades ó inutilidad de investigaciones censuradas en la doctrina tradicional (2).

(1) En la primera edición de este estudio se examinó también si ese concepto puede por sí, independientemente de prescripción legislativa, justificar la responsabilidad del patrono por accidentes del trabajo.

(2) Saleilles, mon. cit. Valga la misma observación para la llamada doctrina *positiva* en cuanto al hecho ilícito culposo. V. la mon. de Angiolini (*Dei delitti colposi*: Turin, 1901), donde se sienta la regla del resarcimiento del daño injustamente causado (*responsabilidad objetiva*) siempre que haya *temibilidad*. Pero esta *temibilidad*, por la cual el principio de que no existe *responsabilidad sin culpa*, se abandona por el de que *no hay responsabilidad sin temibilidad*, ¿no induce la investigación necesaria del comportamiento del agente, es decir, su estado subjetivo, que es la razón de la teoría clásica? ¿Se dice acaso algo nuevo cuando se afirma que para comprobar la *temibilidad* del individuo y para medir el grado de la misma conviene proceder con mucha cautela (id., p. 293, en f.), y que la circunstancia de ser el individuo *previsor, cuidadoso, experto*, puede hacer extraña á su individualidad el acto *incivil* (idem, p. 294)? ¿Ó, por el contrario, la teoría clásica de la culpa no determina rigurosamente estas ideas que la nueva tiene la ventaja de dejar indefinidas é inciertas por su vago contenido ó por la terminología empleada?

35 trip. Las objeciones puestas hasta ahora á la doctrina construída sobre el concepto de la responsabilidad objetiva, justifican, si más fuera necesario, la doctrina tradicional de la *responsabilidad* existente en consecuencia de injuria *culposamente causada*; y muestran con cuánto mayor sentimiento de justicia, el derecho romano, desarrollando su elaboración de la responsabilidad por el mero daño, puso el criterio de la *culpa levisima* (1), como razón sutil que separa el tosco concepto antiguo del sentido estrictamente jurídico.

Ciertamente, existen casos en que el agente debe resarcir el daño ocasionado sin culpa suya; pero es la ley quien, por imperiosos motivos de equidad, puede ordenar tal *garantía*, fundado precisamente en el concepto del *peligro inherente*; y, además, no es verdadera responsabilidad, sino responsabilidad *impropia*, ó, mejor, *garantía*, la cual, á diferencia de la responsabilidad verdadera, no requiere para existir sólo la injuria, sino el *daño*, toda vez que es obligación de resarcir, y sin daño no hay resarcimiento posible.

Criterios distintos deben servir para investigar y determinar el daño causado en estado de necesidad. Como se dirá en su lugar (2), esta condición especial del agente suprime en él, si no la injuria (3), la culpa y la responsabilidad; pero la obligación de resarcir puede existir á su cargo á causa de ser *negocio útil* que causa, por lo mismo, ilícito enriquecimiento. Entonces se da una relación nacida de *acto voluntario*, como de cuasi contrato, por lo que esta hipótesis no debe entrar en el concepto de responsabilidad desnaturalizándole.

(1) V. los §§ sig., y, sobre todo, lo que se dice acerca del *grado de la culpa*.

(2) V. el cap. sobre exclusión de la responsabilidad.

(3) V. la n. precedente.

§ I

a) Entidad jurídica: criterio mesurador de la culpa.

SUMARIO: 36. Si este criterio es la *d. in abstracto*, ó bien la *c. in concreto*. Doctrina. — 37. Observaciones á que da lugar la responsabilidad de los jefes de industria. — 38. De los médicos y abogados, por los errores profesionales. — 39. De los padres, tutores, preceptores y maestros, por las personas confiadas á su vigilancia. — 40. Teoría.

36. En el sistema de la culpa contractual, la ley determina el criterio que sirve de medida para estimar la diligencia indebidamente omitida, estableciendo, en general, la diligencia ordinaria del «buen padre de familia» (1) como índice mesurador, salvo los casos en que la voluntad de las partes ha estatuido válidamente una regla diversa; y de una manera más especial, salvo también la voluntad contraria de las partes, sienta como índice la diligencia habitual en los negocios propios (2). Diligencia *in abstracto* (*c. in abstracto*, *c. levis*), el primer término; diligencia *in concreto* (*c. in concreto*), el otro.

Pero en el caso de la culpa *extracontractual*, ¿qué tipo de diligencia ha de tomarse para determinar la entidad de la culpa? La cuestión es muy grave, porque, sentado el principio, conviene coordinar debidamente las aplicaciones, cosa que la doctrina no ha sabido realizar siempre correctamente. Se dice que la culpa fuera de contrato debe estimarse *in abstracto*, no *in concreto*; y algunos no saben dar otra razón que las palabras de la ley «cualquiera hecho»

(1) En la construcción de la teoría sobre la *c. contractual*, ya se ha observado cuán faltas están de fundamento y de seriedad de crítica las teorías que, sin considerar el contenido social y jurídico del concepto, califican de ridículo este tipo de la diligencia del buen padre de familia. V. el n. 40.

(2) V. *Culpa contractual*, 2.ª ed., cap. IV y V.

y sus motivos (1). Otros afirman que en los contratos, por el respectivo conocimiento que tienen ó que se presume que tienen las partes, se puede calcular la diligencia habitual del obligado, cosa que en los cuasidelitos no puede ocurrir (2). De estas teorías, la primera no se aviene con el poder atribuido al Juez para apreciar la entidad de la culpa en la liquidación de la indemnización (3), puesto que se da modo al Magistrado de apreciar, si no directamente, al menos indirectamente, la diligencia *in concreto*. La segunda es aún más débil ante la crítica, partiendo, como parte, de conceptos inexactos sobre la importancia y extensión de la *c. in concreto* en la culpa contractual.

No basta. Hay casos especiales en que la doctrina que rechaza toda idea de *c. in concreto* en la estimación de la *c. extracontractual*, no sabe librarse luego de ella al resolverla. Bueno será indicar alguno, no porque los resultados á que se llega sean siempre para rechazar enteramente, sino á fin de demostrar lo mal que se sostienen sobre los principios de que se hacen derivar, y cómo la poca solidez de la teoría conduce á grandes incertidumbres. Así quedará mejor sentada la construcción que se propondrá luego.

37. La responsabilidad de los patronos respecto á los obreros que sufren accidente con ocasión del trabajo estaba afirmada ya del modo más enérgico por la doctrina y la jurisprudencia, aun antes de que vinieran á regularla leyes especiales (4). Pero, no obstante estos ordenamientos particulares (5), requeridos imperiosamente por las condiciones en que se desenvuelve la industria moderna, puede

(1) Demolombe, ob. cit., VIII, 475; Sourdat, ob. cit., I, 657.

(2) Giorgi, ob. cit., V, 151.

(3) V. el § II del presente cap.

(4) V. Chironi, *Della responsabilità dei padroni*, etc. (Siena, 1884); y entre las varias monografías recientes, la muy notable de Saleilles, ya citada, y, más adelante, el cap. XIX.

(5) V. el cap. cit. en la nota anterior.



ocurrir muy bien que la relación entre patrono y obrero salga de la simple figura de la *garantía* para asumir la de responsabilidad verdadera y propia. Como se ha de decir más adelante, algunas leyes consienten que el patrono responda, según los principios comunes, cuando se demuestre la existencia de culpa como causa eficiente del accidente, investigándose después el grado de la misma. Por consiguiente, podría darse el caso de omisión por no haber empleado aparatos eficaces ó algún nuevo mecanismo preventivo adoptado en los talleres, aun cuando el reglamento industrial no obligara á ello, callando ó no imponiéndolo absolutamente; omisión que podría demostrarse por la prueba directa del perjudicado de que el patrono no había hecho cuanto se debía ó podía para prevenir el accidente, ó bien, adoptando la teoría de la inversión, mediante la presunción de culpa, pues en la advertida excepción del sistema legal resurgen en gran parte las dificultades discutidas anteriormente. Sin más, ¿se hará responsable al patrono de la omisión? ¿Será, en cambio, excepción válida la de no haber introducido en su taller los mecanismos mejorados por considerar más útiles los que venía usando, de cuyo funcionamiento cuidó siempre con diligencia, ó de no haber empleado los aparatos preventivos aconsejados por la ciencia y empleados en los talleres por considerar más seguro evitar los accidentes con su activa vigilancia? ¿Bastará demostrar esta vigilancia acostumbrada?

La cuestión, como hemos dicho, puede surgir, aun en el nuevo régimen legislativo, siempre que se entra en la parte de la construcción, tocante á la obligación de resarcir independientemente de culpa ó aun de injuria (*garantía contra determinados riesgos*), donde surge la excepción advertida que entra en el dominio de los principios sobre la responsabilidad. Ahora bien: en ambos casos, y más directamente en el segundo, puede presentarse la idea de diligencia, y, por tanto, la de la *c. in concreto*.

38. Más rigurosa es la dificultad cuando se examina el

concepto de la doctrina respecto á ciertos errores *profesionales* (especialmente los de médicos y abogados), en los cuales es regla la irresponsabilidad (1). ¿Será suficiente excusa para el médico invocar su práctica constante, su constante diligencia? No se trata aquí del caso de remedios sobre cuya oportunidad ó conveniencia haya disputa entre los peritos del arte, ó bien de cuestiones sobre la etiología de un estado morbozo ó sobre síntomas cuya presencia indique para algunos médicos la forma de cierta enfermedad mientras para otros no; en estos casos, la responsabilidad del médico fácilmente quedaría eliminada, pues no se podría deducir su impericia de que siguiera más á una escuela que á otra. Pero póngase la dificultad cuando no haya disputa, sino acuerdo sobre el método de curación, como especialmente sucede con ciertos aparatos adoptados en cirugía. El médico contra quien se dirija acción de responsabilidad por no haberlos empleado, ¿podrá excepcionar que no los usó nunca en casos idénticos, y que, siguiendo un método ya desusado, su *diligencia* impidió constantemente que se lamentasen infortunios? En este caso, la figura de la *c. in concreto* resalta más que en el anterior, aunque tenga con ella cierta identidad. Todavía será mayor cuando se quiera suponer que, en el estudio de los síntomas, el médico, no teniendo en cuenta los progresos de la ciencia, llegó á conclusiones generalmente rechazadas. ¿Le valdrá de excusa una larga práctica?

Desde este caso se puede pasar á otro más saliente. Si, por defecto de conocimientos exactos ó de las condiciones intelectuales de la persona, el médico ó abogado aplican al caso principios que se refieren á otros, ó bien tardíamente aquellos que desde un principio debieron aplicarse, ¿incurrirán en responsabilidad por cuasi delito? En este caso, el error, la buena fe del profesional podrá parecer ó ser

---

(1) V. cap. IV, § 2.