

omisión de diligencia *q. in rebus suis*; por lo cual (1), aun comprendiendo la necesidad jurídica de estimar en el cuasi delito la *c. in abstracto*, se ha propuesto que se determine *in concreto* respecto á las facultades intelectuales del agente.

39. Tales son las figuras principales de hecho ilícito, en las que se duda si la culpa debe apreciarse por vía del criterio de la diligencia *in abstracto* ó del de la diligencia *in concreto*. Más adelante se tendrá ocasión de discutir acerca de ellas, á causa de una doctrina y una jurisprudencia bien definidas, que, aun considerando la responsabilidad de los profesionales de artes liberales derivada de la *c. extracontractual*, la enlaza con un grado especial de culpa, la *c. grave*. Pero hay otro orden de casos en los cuales la dificultad se hace más grave, aparentemente al menos, porque en las palabras mismas de la ley parece incluida una excepción, y la doctrina que investiga cuál sea el criterio regulador como culpa extracontractual cae en contradicciones no pocas.

La ley, al ordenar la responsabilidad de los padres, tutores, preceptores y maestros en los daños ocasionados por las personas que les están encomendadas en vigilancia (2), declara que esa responsabilidad cesa una vez que prueben que *no pudieron impedir el hecho*. ¿De qué modo se entenderá esa responsabilidad? ¿Convendrá atender á la diligencia que en la vigilancia del menor ó aprendiz acostumbre á poner la persona llamada á responder del hecho ilícito? ¿O se atenderá, en cambio, á la diligencia del *escrupulosísimo padre de familia*, según el significado que se atribuye á este concepto? En el primer caso, la valuación de la culpa se haría *in concreto*; en el segundo, *in abstracto*. Ahora bien: parece que las palabras de la ley aluden al primer modo de estimación de la culpa, á lo menos según la doctrina que las interpreta en el sentido de que la imposibilidad no debe

(1) Sourdat, ob. cit., I, 658.

(2) Cód. civ., art. 1.153. V. el cap. X y XVIII.

ser absoluta (1), y que conviene distinguir el delito ó cuasi delito cometido por el agente responsable del delito ó cuasi delito cometido por otros de cuyo hecho se deba responder, no pudiéndose pretender, en este último caso, una vigilancia (razón de la responsabilidad suya) continua, moralmente imposible (2).

Estas ideas indican el motivo por el cual algunas legislaciones quieren considerar tal posibilidad de vigilancia en relación con la diligencia *in concreto*, ordenando la no responsabilidad cuando el llamado á responder prueba que empleó en la vigilancia la *diligencia ordinaria* (3), á pesar de lo cual no pudo impedir el hecho ilícito. Pero la disposición del derecho italiano, ¿consiente verdaderamente este concepto? De creerlo así se llega á la conclusión de que en el régimen de la ley sobre la culpa extracontractual, la diligencia *in abstracto* no es siempre el criterio según el cual se debe determinar la culpa, y que en algunos casos se debe recurrir á la diligencia *in concreto*. Pero sin buscar ahora la virtud del acuerdo por el cual el padre, al confiar el hijo á un preceptor, consintió en regular la vigilancia de éste según la *c. in concreto*, podemos decir que es otra la razón que preside á las reglas de la ley sobre el hecho no contractual.

40. Esta aserción tiene su primer fundamento en la historia de la ley. Lo mismo que en el derecho romano (4), mal se podría comprender en el derecho moderno el concepto de la culpa aquiliana si esta figura surgiese en contraposición con la *d. q. in rebus suis*. Que de toda violación injusta del derecho ajeno nace el hecho ilícito, y consiguientemente la acción de responsabilidad, ya queda

(1) Larombière, ob. cit., art. 1.384, n. 24.

(2) Laurent, ob. cit., XX, 564.

(3) Cód. suizo cit., art. 51. Confróntese con la disposición más severa del art. 62.

(4) V. el cap. I, § 1; l. 31 pr. D. *ad l. Aq.* (IX, 2): «*culpam autem esse, cum a diligenti provideri poterit, non esset provisum*».

demostrado. Las fuentes de la disposición legal no dejan duda sobre esto. «Compárese el interés del perjudicado con el de la persona que por culpa ó negligencia ocasionó el daño, y la justicia responderá que éste debe ser reparado por su autor» (1). A este pensamiento, expresado de modo tan incisivo, responde plenamente la expresión de la ley al deducir la obligación de responder de *todo hecho*.

Hecho ilícito pues; cualquiera que sea la omisión de diligencia, ó, lo que es lo mismo, la culpa imputable al obligado, en razón á su posición jurídica respecto al ofendido (2). Si la culpa de donde se induce responsabilidad fuese la *c. in concreto*, cualquiera, con pretexto de no usar mayor diligencia para consigo, tendría el derecho de perjudicar á los demás, lo que no es posible. Se puede ser ligero, imprudentísimo en las cosas propias; pero esto no excusa la injuria cometida en daño ajeno. La razón por la cual en la culpa contractual se encuentran la diligencia y la culpa *in concreto*, enseña que en la culpa extracontractual no pueden darse. ¿Cómo se podría conciliar con el criterio fundamento de este grado de *c. in concreto* la necesidad de proteger el derecho de todo ataque injusto, razón de la culpa en general, y especialmente de la aquiliana? ¿Acaso en el sistema legal de la *c. contractual* la *c. in concreto* no representa una restricción *requerida* por el criterio severo en que se informa la responsabilidad por efecto de injuria?

40 bis. Y, sin embargo, en el cuasi delito la culpa se aprecia *in abstracto*, no porque, como ahora se dirá investigando su grado, el criterio estimador sea la *diligencia ordinaria del buen padre de familia*, puesto que podemos representarnos la diligencia exactísima, máxima, más allá de la cual no sea posible encontrar y determinar culpa con

(1) Tarrible, Disc. cit., Locré, ob. y lug. cit.

(2) V. sobre esta determinación de la diligencia *in abstracto*, el n. sig.

el tipo del *diligentísimo* padre de familia, sino porque la figura del *buen padre de familia* es el indicio mesurador de la diligencia y de la culpa, cualquiera que sea el grado de la diligencia que, según este tipo, se fijara. También sería posible abandonar estas locuciones arcaicas para muchos, y decir que si, no obstante el empleo de la mayor diligencia, las consecuencias del hecho no pudieran preverse (1), faltarían la imputabilidad y la culpa; pero esta diligencia, que excluye para el tipo especial de comparación que la determina la que se tiene *in rebus suis* (*d. in concreto*), se ha llamado constantemente *c. in abstracto*, y la figura del *buen padre de familia* constituyó y formó siempre su entidad.

No es contrario á esto el principio expuesto que hace consistir la injuria subjetiva en la conducta ilícita del agente, el cual, tanto en su acción como en la apreciación de las consecuencias de ésta, no tuvo la diligencia que un buen padre de familia hubiese puesto en las mismas condiciones; antes bien, para afirmar que en la *c. extracontractual* la culpa puede ser determinada en concreto, sirven los argumentos traídos de los casos de accidente del trabajo ya expuestos. Pero, aun admitiendo lo contrario, no parecería, como se demostrará en su lugar, una verdadera *d. in concreto*, sino una real *d. in abstracto*, que no cambia de carácter porque los elementos que la constituyen asuman en el agente el carácter de habitualidad. Tampoco es materia conveniente de objeción lo dicho sobre la responsabilidad de los padres, tutores, preceptores y maestros, si bien deban tomarse en cuenta las circunstancias particulares en que se pueda desenvolver la educación, y, por tanto, la vigilancia de estas personas. Este concepto quedará luego aclarado, como también se investigará el punto relativo á los errores profesionales, cuando no sea teoría más conforme con la ley la que aplica á las relaciones entre los profesionales de

(1) V. el n. sig.

artes liberales y sus clientes las reglas concernientes á la culpa contractual, no á la aquiliana (1).

41. Ahora bien: si la *c. in abstracto* se fija y determina según el tipo del buen padre de familia, ¿en qué consiste esta figura abstractamente concebida? ¿De qué modo se determina este tipo de diligencia, que ha de compararse luego con la diligencia guardada efectivamente por el agente para saber si hubo ilicitud subjetiva en su acto?

La teoría expuesta al tratar este punto en relación con la *c. contractual* (2), sirve aquí también como razón de la unidad del concepto de la culpa. No sería conveniente volver ahora sobre la crítica dirigida á la expresión de «*buen padre de familia*», como un tipo que á veces se encuentra ridículo ó grotesco (3), si no se volviese con extremada complacencia sobre ello, lo que no deja de ser también grotesco. Pero cuando se enseña que el defecto de diligencia consiste en el descuido de poner en los actos propios el cuidado que una persona de ordinario diligente hubiera puesto y que hubiese aconsejado el sentido común, se dice algo distinto del contenido de la teoría tradicional y de la locución que sirve para determinarlo. Déjese ahora á un lado toda cuestión de grado y de la posibilidad de exigir mayor cuidado que el que el «*sentido común*» hubiera podido y debido sugerir á la conducta del agente. Al decir «*diligencia del buen padre de familia*» se personifica ese índice mesurador, se refiere á un tipo, á una concepción abstracta el *cuidado de una persona ordinariamente diligente, el criterio que la mayoría de los hombres* observaría en su comportamiento tratándose de un hecho como el que hubiera realizado el agente. La crítica es válida y atendible cuando recae sobre la razón de las

(1) V. § 3 y cap. IV, § III.

(2) Es claro, pues, que la *nueva* teoría propuesta sobre este punto por Levy (mon. cit.) es concepto ya contenido en la doctrina clásica de la culpa (V. también Chironi, *Culpa contractual*, 2.^a ed.).

(3) Cfr. Saleilles, en la mon. cit.

cosas, sobre los conceptos, no sobre las palabras; y no consigue esos resultados ni ventajas la teoría que pretende combatir y repudiar la locución tradicional de la *diligencia del buen padre de familia*, que además tiene la ventaja de determinar incisiva, plásticamente, el *cuidado* referido á la *mayoría de los hombres*. Seguramente esa denominación que recuerda el modo incisivo de representar la condición social y jurídica de la *persona* libremente activa, el tipo normal del hombre en el ejercicio de su derecho, vale más que otra con la que se ha pretendido determinar el mismo tipo: el *homo economicus*. Ante el nombre tradicional resalta la exigüidad del concepto del nombre nuevo. En efecto, en el *paterfamilias* no sólo se designa el *hombre económico*, sino, lo que es más interesante, el *hombre jurídico*, el tipo medio de la persona considerada en su potencialidad de obrar económico-jurídica.

Culpa es, pues, el hecho ilícito que constituye omisión de la diligencia del buen padre de familia; y si bien, para que exista el cuasi delito (en el grado especial de diligencia y de culpa de que se hablará ahora) se requiere la omisión referida al tipo del *padre de familia diligentísimo*, la determinación permanece *in abstracto*; esto es, referida, no á la diligencia *ordinaria* del buen padre de familia, al cuidado de la mayoría de los hombres en la situación del agente ante él perjudicado, sino á la *excepcional* que hubieran desplegado personas más diligentes que la mayoría. De este modo, el criterio determinante de la culpa resulta siempre de la misma creación abstracta, de la configuración del mismo tipo ideal; consistiendo todo en investigar de qué modo se hubiera portado un hombre que, conduciéndose como la mayoría de ellos, se encontrara en la idéntica posición jurídica del agente ante el ofendido (*diligencia ordinaria del buen padre de familia*), ó bien de qué manera se hubiera conducido un hombre que, obrando de modo más diligente que la mayoría de los hombres, se encontrara en las mismas circunstancias, en idéntica condición que el

agente ante el ofendido, cuando resultara de su actividad hecho ilícito.

Esto sentado, ¿con qué fundamento se critica la doctrina tradicional, asegurando que el tipo de buen padre de familia es concepción egoísta, cuando no está vacía de sentido? ¿No representa acaso el comportamiento que debiera haberse guardado con relación al ofendido, *á su derecho*, en las condiciones en que obrara el agente?

Ni siquiera es justo afirmar que, en la concepción descrita, la culpa es subjetiva en apariencia y en realidad objetiva, puesto que siempre se debe investigar el comportamiento que hubiera guardado la mayoría de los hombres, esto es, las personas ordinariamente diligentes, ó las más diligentes todavía. No se advierte, en efecto, que esta investigación es necesaria para fijar el *criterio* que determina la diligencia, y que, una vez que éste se ha obtenido, se pone en comparación con la *conducta que el agente tuvo efectivamente*. La investigación, llámesela ó no objetiva, fija la *diligencia*; y en la aplicación al caso especial, en la investigación del cuidado que el agente omitió indebidamente, la *culpa* se busca y fija subjetivamente, no sólo por la comprobación de la diligencia omitida, sino también por el examen y apreciación de la omisión ante las condiciones intelectuales del agente en el *momento* de la culpa (1).

42. Para cambiar, en esta investigación de la conducta guardada por el agente (*diligencia-culpa*), el criterio innovador descrito, importa que el modo ó el grado de la diligencia tenida esté conforme al pacto habido entre el agente y otra persona, sin indagar si ésta sea la que deba responder del hecho. Al ofendido, que se queja de la injuria que se le ha causado por vía de cuasi delito, no se le puede oponer que la culpa deba valuarse *in concreto* si á ello obligase al agente el pacto en cuestión. Como el vínculo contractual

(1) V. Bensa, en *G. pen.*, XIX, p. 14.

sólo vale entre las partes, dará derecho al agente para valerse de la acción de repetición, pero no producirá defensa válida contra el injuriado. Por ejemplo: si una persona otorga mandato de obrar por su cuenta concediéndose al mandatario la diligencia *in concreto*, mal podrá éste defenderse invocándola contra el que obrase contra él, ofendido por cuasi delito. Así también si un padre entrega un hijo á un preceptor, conviniendo en que permanezca en el establecimiento en el intervalo entre las lecciones, al ofendido que dirigiese acción de responsabilidad contra el preceptor no se le podrá oponer tal cláusula cuando la vigilancia se redujese en aquel lapso á una forma menos rigurosa (que podría también ser *dil. in concreto*).

Por consiguiente, el pacto existente entre el agente y otra persona, fijando un determinado grado ó modo de diligencia á hecho ó hechos determinados con que el pacto se relacionara, no ejerce influencia alguna contra el ofendido por el agente, totalmente extraño al pacto. La responsabilidad por cuasi delito tiene su razón en la ley, su criterio estimador y su medida; y este criterio, índice de valuación, es la *dil. in abstracto*.

43. Sentados estos conceptos fundamentales sobre la razón de la culpa, fácilmente se entenderá cuál sea el *momento* en que debe existir ó concurrir, á fin de que el hecho ilícito induzca responsabilidad; no en el momento en que ocurriera el daño, sino en el que ocurriera la *injuria* (objetiva), indica el instante en que la injuria subjetiva (culpa) debe ser indagada y apreciada. La investigación acerca de *si la injuria se le ha ocasionado sin culpa*, es el proceso que conduce á establecer *si el agente es responsable del hecho ilícito realizado*.

§ II

b) Grado de la culpa. Regla.

SUMARIO: 44. Grado de la c. aquiliana según la doctrina. — 45. Historia. — 46. Teoría: regla. — 47-54 ter. Impericias y errores profesionales.

44. Sin repetir ideas ya declaradas con suficiente amplitud (1) acerca de la graduación de la culpa considerada en sí, independientemente de las reglas que gobiernan su prestación, ocurre sólo recordar que, establecidos los tres grados de *c. lata*, *levis*, *levissima*, es regla general del derecho positivo que en la culpa contractual debe prestarse la *leve*, mientras en la extracontractual hay una medida más severa. Este concepto fué ampliamente escrutado y discutido al indagar la naturaleza jurídica de la *culpa* y la diferencia que hay en la *prestación* de la c. contractual y de la extracontractual (2), asegurando que, en las fuentes de la ley romana, esta diversidad está clara y fuertemente acusada allí donde se dice: «*in L. Aquilia et levissima culpa venit*» (3). Verdad es, y de esta construcción se ha dado ampliamente noticia, que la duda acerca de si la expresión «*levissima*» no comprende sólo la *c. levis in abstracto*, se ha cambiado hoy en doctrina casi cierta, la cual, por otra parte, enseña también que no puede darse gradación alguna á la c. aquiliana (4). Ahora bien: parecería que el concepto de que en este modo de injuria se debe responder de toda culpa, se expresaría de manera más enérgica con la *c. le-*

(1) V. *Culpa contractual*, cap. I, II.

(2) V. la nota anterior.

(3) L. 44, D., *ad. l. Aq.* (IX, 2).

(4) Hasse, ob. cit., § 4 y sig.; Schaaf, ob. cit., I, p. 120 y sig.; Vangerow, ob. y § cit.; Windscheid, ob. cit., § 455; Maynz, ob. cit., § 172; Dernburg, ob. y § cit.; Arndts-Serafini, ob. cit., § 85; Pernice, ob. cit., p. 72 y sig.; Castellari, ob. cit., n. 27. V. también *C. contractual*, cap. III.

visima, último grado á que puede llegar la diligencia humana, y después del cual sólo hay el caso fortuito: de modo que entre el concepto que fija el límite extremo de la culpa y el de su no graduación, no existiera contrariedad, sino consonancia, y uniéndolas, que hubiera siempre unidad en el concepto de la culpa, correspondiendo las reglas del derecho positivo sobre la prestación de ésta á la posición abstracta de los principios sobre la gradación (1).

Tal es la teoría enseñada en los trabajos adonde se acudió para la compilación del Código civil francés (2), expuesta en los motivos que se leen en los trabajos preparatorios (3), y afirmada por casi todos los comentaristas (4); la culpa, por ligera que sea, da origen á cuasi delito, y, por consiguiente, á responsabilidad. Y entonces, ¿qué importa que la doctrina romanista haya cambiado en cuanto á la manera de entender el texto referido por el Digesto, si algunas legislaciones han fijado expresamente la *c. levis in abstracto* como límite general de la culpa? (5). La razón de la ley francesa y de las demás legislaciones que, como la italiana, se inspiraron en ella, no da lugar á dudas. Para ellas, la *c. levísima* (con razón, como se dirá luego) es límite extremo de la culpa, es *culpa*, y, fuera de relaciones contractuales, induce responsabilidad cuando es imputable al agente. Cier- to; esta doctrina no siempre se entiende y aplica rectamente, y á veces se halla rodeada de dudas que menguan su

(1) V. el n. sig.

(2) Domat, ob. cit., 11, 8, 3, 4, n. 8; V. Pothier, ob. cit., n. 113.

(3) Treylhard, Bertrand de Greuille, Tarrible, l. cit., en Loaré, l. cit.

(4) Toullier, ob. cit., IX, 119; Duranton, ob. cit., XIII, 708; Larombière, ob. cit., 1, n. 8; Sourdat, ob. cit., I, 655; Marcadé, ob. y l. cit.; Massé y Vergé, s. Zachariae, ob. cit., § 625; Aubri y Rau, ob. cit., § 446; Laurent, ob. cit., XX, 466; Hue, ob. cit., VIII, n. 407; Stabel, ob. cit., § cit.; Baudry-Lacantinerie, *Prec. de dr. civ. fr.*, v. ed., n. 1.349; Pacifici-Mazzoni, ob. cit., v. 83 y sig.; Giorgi, ob. cit., v. 149.

(5) V. el n. sig.

significado, por querer coordinar con el principio limitaciones contradictorias á las fuentes de la ley. Así se ha enseñado (1) que, cuando hay culpa *extremamente* ligera, no se debe responder, como cosa inherente á la misma debilidad humana, introduciendo una distinción entre la c. levísima y la extremadamente ligera, de la que no hay huella alguna en la ley, y cuyo significado cierto y determinado no aparece como debiera. Se ha observado también (2) que, en la disposición en que se fijan los elementos del cuasi delito por hecho propio y en la que se regula el cuasi delito por hecho ajeno, existe una diferencia de gradación de la culpa, que sería más severa en el segundo caso; teoría que no resiste á la crítica ya dicha y que no dice la razón de restringirse la excepción á ciertos casos de responsabilidad (padres, tutores, preceptores, maestros). Tampoco se ha dejado de advertir que culpa no es cualquier ligera inadvertencia ú omisión de cuidados inusitados ó extraordinarios, pues aquí está la diferencia entre la c. contractual y la aquiliana, y la ley con su marcada dicción no consiente distinguir; ni de proponer (3) que, respetada la integridad de la disposición que ordena que para constituir el cuasi delito basta cualquiera culpa, por ligera que sea, se conceda luego al Juez el derecho de estimarla y de moderar oportunamente el importe de los daños, según sea más ó menos excusable. *Summum ius*, se dice, *summa iniuria*. Sea; pero téngase en cuenta que el Juez no debe preocuparse de esto, pues, por dura que parezca la ley, su deber es aplicarla. Si el peso de los aforismos pudiese valer aquí para decidir la cuestión, se podría oponer este otro: *dura lex, sed lex*. El Juez debe respetar la ley, y, por amplias que sean sus facultades, puesto para mantener la ley, según su fin y su íntima adaptabilidad, en relación constante con las nuevas y variables contingencias del

(1) Sourdat, ob. cit., 657; Proudhon, ob. cit., 1.513.

(2) Laurent, ob. cit., XX, 564.

(3) Larombière, l. cit.; Demolombe, l. cit., Giorgi, l. cit.

medio social (1), no puede modificarla ó interpretarla de tal modo que por la interpretación hecha por él se varíen los términos fundamentales del sistema constituido.

Esta teoría, que es sugestiva por inspirarse en la equidad, peca de grave contradicción con la ley respecto á los términos á que se la conduce. Que no responde á la ley, resulta de su propia enseñanza, á saber: que no hay cuasi delito, no obstante la extrema lenidad de la culpa. Pero, además, que envuelve sentencias contradictorias, se verá cuando se contraste esta proposición con la del poder atribuido al Juez para la liquidación del daño. ¿Cómo? ¿La lenidad de la culpa no impide el cuasi delito, y el Juez podrá ocuparse de su mayor ó menor entidad al establecer á cuánto sube la indemnización? Que el Juez de hecho puede afirmar soberanamente si en el caso sometido á su decisión hay culpa, es cierto; pero la doctrina expuesta le da un derecho extensísimo, dejando á merced de su apreciación la medida de lo que es consecuencia de la responsabilidad en que se ha incurrido, según la entidad de la culpa. La gradación, excluida del principio acogido, entra después en la aplicación del mismo. ¿Para qué afirmar, incluso respecto al derecho moderno, la regla «*in L. Aquilia et levissima culpa venit*», si, refiriéndose al arbitrio del Magistrado, se pone la incertidumbre en lugar de una regla tan bien definida? El único límite requerido por el derecho se sustituye por el juicio del hecho, que, según los casos, podrá conducir hasta á la valuación de la diligencia *in concreto*. Hé aquí las graves consecuencias de querer subordinar los principios y su aplicación lógica á un criterio de equidad de cuya virtud limitadora no hay huella alguna en la ley general sobre la c. aquiliana.

(1) Cons., con cautela, las mon. de Danz, *Ausleg. d. Rechtsgesch.*, Jena, 1897, y de Geny, *Méthode d'interprét. et sourc. en dr. privé positif*, Par., 1899. (Traducida al castellano por la *Revista de Legislación*.)

45. Pero, no obstante la enseñanza que pueda deducirse de las fuentes á que se ha aludido y se aludirá en seguida, es grave el problema sobre el punto fundamental del *grado* de la culpa de que el agente debe responder, pues, en opinión de muchos, si la diligencia del hombre ordenado, correspondiente á la que tienen la mayoría de los hombres, debe ser norma de conducta, de comportamiento social, no se podría pedir más sin exagerar malamente, y sobre todo la ley, que impone la responsabilidad por cuasi delito, partiendo más bien de la consideración directa del interés público que del privado, y se contradeciría á la razón de su regla, en que se refleja la condición natural de las cosas, de voluntad social, si se requiriese una mayor diligencia de los asociados para no caer en culpa (1). También se afirma, como ya tuvimos ocasión de indicar (2), que esta distinción de grado en la diligencia, á fin de establecer en cuál deba fijarse la prestación de la culpa, supone una investigación psicológica no menos abstracta, que repugna á la posibilidad de un resultado práctico. La ley aparece entonces como una construcción metafísica, no como regla de las acciones humanas.

Ya se ha dicho, y ahora se verá con mayor amplitud, que las fuentes no están en auxilio de tales críticas y de la novedad teórica consiguiente. Sería obvio demostrar, además, que no responden al principio mismo de la responsabilidad, observando que la prohibición de ofender injustamente el derecho ajeno impone que se haga cuanto sea posible humanamente para evitar la injuria. La coexistencia de los derechos respectivos, el estado de independencia de las personas asociadas en la convivencia civil, exigen este rigor. ¿Qué importa que en materia contractual las partes concierten otro grado y á veces otro modo de diligencia, ó que le requiera la ley en silencio de ellas? El am-

(1) V. el n. sig.

(2) V. *C. contractual*, c. I; Pernice, ob. y lug. cit.

biente en que la relación se desenvuelve es distinto, y la ley supone bien que los contrayentes, ligados con vínculo obligatorio, quieren, por efecto de la recíproca buena fe, la diligencia normal media. La razón del contrato, la proximidad que procura entre los interesados, hace suponer con justicia que el vínculo ha sido entendido *civiliter*, sin imposición de gravamen inmoderado en la diligencia que deba prestarse en su ejecución. La ley dice esto expresamente: mientras cuando el medio no se encuentra dominado por la influencia del contrato, cuando éste no ha producido proximidad entre los interesados, domina en su rigor el principio de la responsabilidad: el que ocasiona injuria con culpa que le sea imputable, por ligera, extremadamente ligera que ésta sea, está obligado á responder de ella.

Este principio de la ley (porque no es simple y discutible construcción teórica) responde al desarrollo del concepto de la culpa en la responsabilidad. Según las ideas jurídicas primitivas del derecho y del daño, bastaba para determinarla la ofensa, la injuria específicamente manifestada en el daño; después, el análisis afinado de las ideas, á la manera que supo separar el *daño* de la verdadera *injuria*, requirió el concurso de la imputabilidad del hecho ilícito: la culpa, cualquiera que fuese su entidad ó grado, salvo las reglas especiales en materia contractual. Con este temperamento de considerar bastante cualquier culpa, con tal que la hubiera en el acto injurioso, se señala el paso del concepto antiguo, eliminante de la culpa, al concepto nuevo, que requiere su concurso. Este movimiento de las ideas, repercutiendo en el dictado de la ley, aparece evidente en el texto «*in L. Aquilia et levissima culpa venit*», y al mismo tiempo demuestra la inanidad de los esfuerzos que tienden á desnaturalizar el valor del calificativo que designa la entidad de la culpa.

Esta inanidad es evidente cuando se piensa que, como nada impide que en materia contractual el deudor asuma

el caso, nada impediría que se obligase á responder de la culpa *levísima*, la cual deberá ser apreciada por el Juez, aunque se diga que con tal gradación se hace metafísica (1); y más evidente aparece todavía cuando se piensa que si como fundamento de la responsabilidad extracontractual se acepta la teoría de que todos deban estar á las resultas de los riesgos inherentes ó derivados de su actividad (2), el término de la culpa que mejor responde á este concepto es el de la *levísima*, que separa el caso de la culpa más ligera. Ahora bien: como se ha dicho y se dirá con más amplitud en seguida, si el riesgo da en ciertos casos origen á la obligación de *garantía*, cualquier culpa puede dar lugar á la responsabilidad. De este modo, el concepto de una responsabilidad amplia, correspondiente á la amplitud de la varia y libre actividad humana, queda justificado según la ética social y la ley.

46. Pero no basta demostrar la contradicción que hay en las partes de la teoría para que resalte su debilidad. Es preciso comprobar que la limitación indicada repugna á la razón de la ley.

Que en la jurisprudencia romana el principio se entendiera y aplicara rectamente, parece aserción no dudosa frente á los textos recordados y discutidos (3); y la doctrina común (4) y la jurisprudencia anterior á la codificación francesa (5) le aceptaron igualmente, si bien alguna parte de las fuentes, relativa á esta última, puede dejar alguna duda en cuanto á la gradación de la culpa. Tal la definición del cuasi delito (6): «el hecho por el cual una persona, sin malicia, pero con imprudencia *no excusable* como injuria (*tort*) á otro», donde la voz «imprudencia» alude á la

(1) V. la nota precedente: y Pollock, ob. y lug. cit.

(2) Saleilles, mon. cit.

(3) V. el n. prec., y el n. 44, t. y n.

(4) V. Sebast. de Medicis, ob. cit., l. cit.

(5) Domat, op. cit., l. cit.

(6) Pothier, ob. cit., l. cit.

culpa en sus varios grados, ínfimos y mínimos, limitada al hecho de *no ser excusable*, según el soberano criterio del magistrado.

Si en los motivos de la disposición legislativa hubiese alusión á la conservación de este límite, se podría dudar, á pesar de la claridad de la misma, de que tuviera en algún modo razón la doctrina que refrena la amplitud de la norma con el poder discrecional asignado al magistrado (1). Conviene, no obstante, considerar que mientras dicha doctrina sienta el principio en la mayor extensión que su entidad consiente, y confina la excepción en un temperamento extraño á ésta, en la definición recordada, la *falta de excusa* puesta al lado de la imprudencia, no da lugar á tal desorden y designa claramente el grado de la responsabilidad. Además, hay la indicación precisa que se hace en los motivos de cómo la idea de los compiladores se inspira enteramente en el derecho romano.

En ellos, en efecto, no hay alusión alguna al grado de la culpa como término limitativo de la responsabilidad, sino que dicen: «Todo individuo debe garantizar sus hechos; por esto, la disposición abraza en una palabra *todo lo que ofende al derecho ajeno*, y conduce á la reparación de la injuria, resultado de la negligencia ó imprudencia» (2); y en otro lugar, más terminantemente: «Habiendo culpa ó imprudencia se debe reparación, por ligera que sea su influencia en el hecho cometido» (3). Verdad es que la culpa la definen como «defecto de vigilancia sobre sí mismo» (4); pero cierto que no puede nacer duda en cuanto á la extensión de tal defecto, hallándose en el silencio sobre este punto la confirmación de los conceptos antes expuestos. De suerte que parece legítima la conclusión de que una vez

(1) V. el n. precedente.

(2) Bertrand de Greuille, *Rep.*, cit., in Loaré, lug. cit.

(3) Tarrible, *Dric.*, cit. in Loaré, lug. cit.

(4) Bertrand de Greuille, lug. cit.

comprobada la omisión de vigilancia (defecto de diligencia-culpa), cualquiera que sea su medida es causa bastante para el cuasi delito.

Esta noticia sobre la doctrina común, particularmente en la jurisprudencia francesa anterior á la codificación acogida por los compiladores del Código, consiente asegurar una vez más que la ley francesa, y los que la siguieron, como la italiana, no consienten en principio ninguna graduación de culpa en el cuasi delito, y niegan al Juez el poder de apreciar la ligereza más ó menos extrema.

46^{bis}. Tal es, precisamente, el sentido de la ley civil (1), donde la voz «*imprudencia*» expresa el valor especial de la culpa y su grado, en cuanto intervienen en el cuasi delito. Inútil es volver sobre las consideraciones hechas sobre el significado de las palabras «por hecho propio....., por propia negligencia ó imprudencia» (2), en las cuales la palabra «*imprudencia*», que incluye actos positivos y negativos (por lo cual no se la puede oponer á la de *hecho*, como si contuviera simplemente el hecho negativo), designa la culpa que interviene en el cuasi delito; y sólo conviene advertir que el mismo concepto adoptado por la doctrina anterior á la codificación, y que excepción hecha de la incertidumbre del término sobre la excusabilidad, pasó á la ley, tiene la palabra «*imprudencia*», como contrapuesta á la *malicia*, ó sea la *culpa* en sentido estricto, frente al *dolo*.

El cual término «*imprudencia*», mientras designa en el cuasi delito el elemento subjetivo de la culpa, en cuyo significado tiene puesto en la regla general que da la ley en el hecho ilícito (3), indica también que cualquier falta de diligencia en el cálculo de las consecuencias del hecho que se realiza da origen al cuasi delito, en correspondencia con la máxima *in L. Aquilia et levissima c. venit*. En resumen,

(1) Cód. civ., art. 1.152 cit.

(2) V. el cap. I, § 3.

(3) Cód. civ., art. 1.151 cit.

para constituir el cuasi delito se requiere una ofensa al derecho, *cualquiera* que éste sea, *cualquiera* que sea el modo con que dicha lesión se manifiesta y «cualquiera que sea la ligereza de la culpa que ocasiona la ofensa» (1).

Como hemos dicho ya, esta doctrina está en perfecta armonía con los principios que rigen la responsabilidad por hecho ilícito. Si ésta es la garantía contra la injuria; si el derecho, estando fuera de toda relación contractual, no debe sufrir injusta ofensa y la lesión es idéntica en sus efectos, ya nazca de dolo, ya de defecto de diligencia (*imprudencia*), una vez comprobada esta falta, nada importa que sea mayor ó menor. ¿Acaso el derecho ha quedado menos violado porque fuera menor la culpa? La comparación con la regla adoptada en materia contractual aclara más el concepto. Las partes contratantes son libres en cuanto á fijar el grado y modo de diligencia que quieran en el cumplimiento de la relación; y si el acreedor, pudiendo exigir del deudor la prestación de la c. levísima, se atiene sólo á la leve ó á la grave, toma sobre sí el daño que le podrá resultar. Pero en las relaciones extracontractuales, precisamente por ser tales, es imposible que esto suceda; de suerte que queda firme el principio amplio de que no se puede violar injustamente el derecho ajeno, ni siquiera con culpa levísima. No se diga que en materia contractual la ley fija también la regla. Sabido es que ésta se funda en una presunción de la voluntad de las partes (2), que pueden alejarse de ella, ordenando expresamente otra regla para la responsabilidad inherente al hecho.

(1) Cfr. Cód. civ. austriaco, § 1.297: «Se presume que todo el que está dotado de razón es capaz del grado de diligencia y atención que puede emplearse por los que están dotados de una capacidad común. El que no emplea este grado de diligencia incurre en culpa». Cód. civ. suizo cit., art. 51: «El juez determinará el modo y medida del resarcimiento, con equitativa apreciación de las circunstancias y de la gravedad de la culpa». V. más adelante.

(2) *Culpa contractual*, cap. I.