

gación civil, tenga ésta figura de venta, mandato ó arrendamiento de obra, se deberá establecer en materia de responsabilidad que, cuando la prestación de la obra esté ligada á la existencia de tal vínculo, la culpa es la *contractual*, no la *aquiliana* (1); la cual surge, por el contrario, cuando la cuestión de la responsabilidad se liga en relación de causa con un hecho ilícito. No vale distinguir para la aplicación de este concepto entre las diversas artes liberales, desde el momento en que, pudiendo éstas constituir objeto de vínculo obligatorio, la única distinción admisible será la distinción general, por la cual la culpa en el contrato está separada de la extracontractual. Las tentativas hechas para dar al ejercicio de las bellas artes, y particularmente á la pintura y escultura, un aspecto particular que las sustrajese de la aplicación rigurosa de las reglas establecidas en materia contractual, no podrían surgir ante los resultados hallados y ante la ley. Vano es decir que la inspiración artística huye del rígido imperio del contrato, que es algo colocado fuera del comercio humano. El artista «*compromete la chispa del genio*», y sólo se obliga á darla cuando y como la tiene; pero la obra de su inteligencia artística es un producto útil, dotada de un valor exterior, que le hace apta para el cambio. Tal es el objeto de su obliga-

(1) Cfr. Cód. civ. austriaco, § 1.163; Cód. suizo de las obligaciones, § 348; Cód. civ. de Chile, art. 2.006; Hefke, n. cit. Sin embargo, nótese que en la exposición de motivos del proyecto de ley, presentado á la Cámara francesa sobre el ejercicio de la medicina (rel. Chevaudier, J. off. ann. 3828, s. 11 Junio 1885), se lee: «*Tout sentiment de dignité, d'élévation de fonctions mis à part, en quoi les honoraires du médecin ressemblent-ils aux salaires ou au prix de la marchandise?*» (p. 43). En cuanto concierne á la *impericia*, compárese este texto con el art. 2.036 del Cód. musulmán de Khalil, trad. por Seignette (Paris, 1878; sección II, de los *cuasidelitos*, art. 2.036): «*Le médecin sera responsable pécuniairement de l'INJURE qu'il aura causée, soit par ignorance, soit par négligence des préceptes de son art.*»

ción, y el vínculo obtenido de esta suerte es contractual, debiendo cumplirse (1).

Verdad es, y la observación tiene gran peso en cuanto á la aplicación de estas reglas y al modo de entenderse la valuación de la culpa, que la naturaleza del objeto está íntimamente ligada con la persona del obligado, siendo una producción de su inteligencia como tal, y porque tal fué estipulada por el comitente; por lo que, en el caso de vínculo contractual, el caso fortuito deberá entenderse en relación con las condiciones normales del obligado; y los Tribunales deberán examinar la demanda de resolución por retraso en relación con la entidad del objeto, y, por consiguiente, de aquellas condiciones, valiéndose del poder discrecional que tienen (2); y la culpa *in abstracto*, contractual ó extracontractual, se deberá estimar recurriendo á la comparación de lo que un profesional diligente ó diligentísimo de la condición y estado del agente, hubiese hecho en las circunstancias de que el hecho ilícito derivara (3).

53<sup>ter.</sup> Estos criterios, si bien fijados ahora en relación con el ejercicio de las bellas artes, se refieren necesariamente á toda producción directa, entera, de la inteligencia, á todo el que produce según la potencialidad de su ingenio, como se le ha dado la naturaleza y le ha adiestrado el estudio. Pero este carácter íntimo, personal, que domina en la producción, no hace aplicable á la fijación y valuación de la culpa la diligencia *in concreto*. La regla de la conducta (salvo la diversa voluntad de las partes en materia de contrato) se deduce de la d. *in abstracto*, del tipo del *dili-*

(1) Cons. sobre la obligación del escultor de realizar la obra en el plazo establecido, Ap. Turín, 12 Abril 1898 (*Legge*, 1898, II, 157); y Cas. Turín, 28 Enero 1899 (*Legge*, 1899, I, 368).

(2) Sobre este punto, véase las sentencias indicadas en la nota anterior, en la cual, y no bien enteramente, se ha prescindido de examinarlas.

(3) Esto, en aplicación del criterio general propuesto sobre la prestación de la culpa y sobre el modo de determinarla *in abstracto*.

*gens* ó del *diligentissimus partes familias*, que ofrece en este caso la diligencia que, en igualdad de condiciones, pusiera una persona de la condición y estado del agente.

La resultante se obtiene, pues, pensando cómo hubiera obrado una persona encontrándose en la situación del agente, y tratando de aplicar el concepto general propuesto como índice mesurador, al ambiente intelectual que se vive en las profesiones liberales. De este modo deberá apreciarse la culpa y la impericia, que viene á ser manera de culpa. El médico, el abogado que olvida lo que necesariamente exige su profesión que sepa, sin distinguir mayor ó menor ingenio ó cultura, cometen hecho ilícito y deben responder de él (1); pero el médico especialista, el clínico, el profesor del ramo del derecho á que el asunto se refiera, se encuentran en estado y condición particular que no consienten que se fije para ellos el tipo del *bonus p. familias*, como se fijaría para otros; su grado hace presumir en ellos una cultura que no tienen los demás, sin que por esto estén en culpa (2). Del mismo modo habría error grave si con la fijación del mismo tipo se quisiese determinar y valuar la culpa del médico que ejerza su profesión en lugar donde existan escuelas, clínicas, hospitales, y la del que viviere en lugares remotos de estas facilidades de estudio, ó la del médico á quien la Administración proporcionase de continuo buenos medios de estudio, instrumentos, etc., y la del que careciese de todo esto.

53 cuarto. Con este criterio de apreciación de la culpa y

(1) V. los aut. cit. Cons. también Briand y Chaudé, *Man. de méd. leg.* (Paris, 1880), p. 50 y sig.; Cas. fr., 21 Julio 1862 (*J. du P.*, 1863, 196); Ap. Lieja, 30 Julio 1890 (*id.*, 1895, 237 en n.). Inútil es decir que es indudable la responsabilidad del que ejerce la medicina sin diploma, como el magnetizador que cura sin ser médico ó sin estar asistido de un médico. Cons. Ap. Angers, 26 Julio 1897 (*J. du P.*, 1897, 2, 232); Trib. de Jonzae, 26 Mayo 1898 (*id.*, 1899, 2, 22).

(2) Cons. Trib. fed. suizo, 10 Junio 1892, cit. anteriormente.

responsabilidad del médico, simple aplicación del concepto fundamental propuesto en cuanto á la medida de la culpa en general, parecerá inútil la fórmula sugerida (1) por «la confianza que tenga en sí el obligado á cumplir una determinada prestación que la exige». El médico no debe olvidar ninguna de las enseñanzas que son base de su arte, sin que por ello incurra en culpa (2), y debe conocer y hacer cuanto conociera é hiciera otro médico diligente ó diligentísimo que se encontrara en el estado y condición suyos. Dentro de estos términos su conducta puede desenvolverse libremente, sin que los Tribunales tengan el poder de apreciar si, informándose más bien en uno que en otro método de cura, ha obrado bien ó culpablemente (3).

Pero esta libertad, que es consecuencia del comportamiento lícito y justo en los límites descritos, y que le puede conceder, cuando imprevistamente se encontrase ante un caso de absoluta urgencia, emplear medios distintos de los que técnicamente serían más apropiados, no le consiente proceder á operaciones quirúrgicas con instrumentos inadaptados (4), ó á curas que, más que tales, serían experimentos.

El enfermo, valiéndose del derecho que cada uno tiene

(1) Levy, mon. cit.

(2) V. la n. ant.

(3) Cas. fr. 21 Julio 1862 (antes cit.); Ap. Argel, 17 Marzo 1894 (*J. du P.*, 1895, 2, 237); Ap. Donai, 15 Agosto 1897 (*id.*, 1898, 7, 78); Ap. Paris, 4 Marzo 1898 (*id.*, 1899, 2, 90), que también conceden rectamente á los Tribunales el poder de apreciar los hechos aducidos para demostrar la existencia de culpa.

(4) Cfr. Ap. Paris, 4 Marzo 1898, cit. antes, que declara no responsable á un médico que operó la craneometría en un feto con instrumentos improvisados, alegando, de conformidad con los peritos, la suma urgencia del caso y la necesidad de practicar inmediatamente la operación como única esperanza de salvación para la enferma. Pero ¿es lícito este comportamiento del médico, que seguramente sabría las consecuencias gravísimas que pueden resultar de servirse de *instrumentos quirúrgicos improvisados*? V. la n. sig.

sobre su persona, tal vez no lo consintiera; de suerte que causaría injuria el médico que contra la voluntad expresa del enfermo (ó de la familia, si él no pudiese consentir) intentase experimentos aun no recibidos ampliamente en la clínica y cuyos peligros se hubiesen señalado (1), ó que, con medios impropios, intentase una operación quirúrgica (2).

54. Con la teoría propuesta y las aplicaciones que la esclarecen, se demuestra que la *impericia* y el *error profesional* no son modos especiales de culpa, sino que entran en los conceptos generales fijados en materia de comportamiento ilícito. Según el criterio mesurador dado, á veces lo que es impericia ó poca pericia respecto á un médico que se encuentra en otra condición y estado que el agente, puede no ser culpa; pero esto no depende de particular consideración de la *impericia* ó del *error profesional*, sino del modo de medir y graduar la culpa en general.

Ciertamente, en algunas de las construcciones intentadas sobre los puntos que hemos estudiado se trasluce la solución á que hemos llegado como la más correcta, si bien, quizá, el espíritu de reacción contra la doctrina que enseña que el ejercicio de una profesión liberal puede tan sólo constituir objeto de mandato y nunca arrendamiento de obra, en cuanto en todos los casos á primera vista semeje haber la figura de este último contrato, aun cuando de contrato no aparezca propiamente figura alguna. Así ha sucedido con la responsabilidad de los alguaciles y los Notarios, aunque, de ordinario, se entiendan como procedentes de c. aquiliana (3).

---

(1) Para fijar la responsabilidad del médico, será siempre precisa la relación de causalidad entre el evento dañoso y el remedio intentado; pero la alegación del «caso *desesperado*» no valdrá para eliminar la responsabilidad, cuando el remedio empleado no podía conducir *ciertamente* más que á aumentar los sufrimientos del enfermo.

(2) Cons. Ap. París, 4 Marzo 1898, cit.

(3) Laurent, ob. cit., XX, 506, 507.

Pero también aquí la fórmula en que se encierra la teoría propuesta parece suficiente para dirimir toda dificultad. Porque, antes de discutir sobre la entidad de la culpa, conviene indagar la existencia de la relación contractual á que la prestación de obra se refiere; y por lo que toca á la responsabilidad de los alguaciles y Notarios, la investigación, por regla general, es negativa. Ambos son funcionarios públicos que deben prestar su obra á todo el que la requiera, y en tal calidad no son libres de aceptar ó rechazar la demanda que se les haga, por lo que, jurídicamente, no puede atribuirse carácter contractual á las relaciones que median entre ellos y sus clientes. Verdad es que no el Estado, sino los particulares, son los que les pagan su honorario y derechos respectivos; pero no por esto cambia la índole de la función que ejercen, y se podría añadir (si bien no sea ésta la razón de decidir) que falta siempre en ella la libertad necesaria para el convenio. La naturaleza y objeto del ministerio que les está confiado les reviste de la calidad de funcionarios públicos (1), y deberán responder, según las leyes especiales de su cargo, de las acciones ilícitas que cometieren; esto es, según los principios sentados para la culpa no contractual; y no sólo ante el que directamente acude á ellos, sino también ante cualquiera persona que hubiese recibido injuria del acto que realizaran culposamente.

54 bis. De los Notarios, especialmente puede decirse, encerrando en una breve fórmula los términos de la responsabilidad que los concierne, que como quiera que intervienen directamente en dar vida á un hecho jurídico, además de la ejecución normal de las formalidades requeridas, deben comprobar, según la ley lo ordene, los elementos de

---

(1) También el médico puede revestir la calidad de funcionario público cuando está encargado de algún público servicio, como la necroscopia ú otro. Entonces, la responsabilidad en que pueda incurrir es aquiliana, no contractual.

que aquel hecho se origina (1), dando á las partes, con la amplitud correspondiente á su cultura (2) y cuando lo necesiten (3), conocimiento de la ley que regula las condiciones del acto y sus efectos, á fin de que su voluntad se determine más conscientemente.

Hé aquí por qué se ha declarado justamente la responsabilidad del Notario en nulidad del acto por vicio de forma dependiente del mismo (4), si bien se afirme que la culpa ha de ser *grave* (5), y que el Magistrado tiene un poder latísimo para fijar la cantidad del resarcimiento debido (6); decisiones en contradicción con los principios de la culpa aquiliana y el contenido de la responsabilidad (7). Comete también injuria el Notario que no comprueba legalmente la identidad personal de partes á quienes no conoce (8). De su capacidad jurídica, en cambio, no está obligado á sincerarse, y, por consiguiente, no le obliga la nulidad por tal vicio, siempre que la incapacidad no fuese manifiesta (9).

(1) Cas. fr., 6 Junio 1894 (*J. du P.*, 1895, 1, 395), que hace aplicación del principio puesto en el texto al caso de ineficacia de hipoteca por falta de propiedad en el constituyente, vicio que podía haber advertido el Notario examinando la titulación. También responde el Notario que no comprueba el empleo de la dote, si la inalienabilidad de la misma estuviese sujeta á esta condición. Cas. fr., 11 Julio 1898 (*J. du P.*, 1899, 1, 211 y la n.).

(2) Cas. fr., 11 Julio 1893 (*J. du P.*, 1897, 1, 1.503); 7 Marzo 1894 (*id.*, 1894, 1, 355 y la n.); 10 Mayo 1898 (*id.*, 1898, 1, 398); Ap. Nimes (*id.*, 1894, 1, 226, n.); Ap. Amiens, 31 Diciembre 1896 (*id.*, 1898, 1, 398, n.).

(3) Cas. fr., 4 Mayo 1868 (*J. du P.*, 1869, 515). Necesidad que faltaría cuando las partes estuviesen asistidas de persona técnica.

(4) Cons. especialmente Demolombe, ob. cit., XXXI, 531 y sig.; Laurent, ob. cit., X, 507 y sig.; Huc, ob. cit., VIII, 416; Cas. fr., 24 Mayo 1886 (*J. du P.*, 1886, 1, 247).

(5) V. sobre esto el n. 48.

(6) Cons. Cas. fr., 25 Abril 1887 (*J. du P.*, 1887, 1, 1.159); 24 Diciembre 1888 (*id.*, 1889, 1, 251).

(7) V. n. 48.

(8) Cons. Cas. fr., 30 Diciembre 1828 (Daloz, *Pér.*, 1829, 1, 83).

(9) Ap. Burdeos, 20 Junio 1866 (*J. du P.*, 1.866, 1.257 y la n. 1).

También es responsable por consejos jurídicos no dados (1) ó dados malamente, induciendo á las partes á querer lo que de otro modo no hubieran declarado que querían (2), ó por no reproducir exactamente las circunstancias referentes al acto tal como ocurrieran (3), procurando su anulación por culpa propia (4).

54<sup>ter.</sup> Entiéndase, pues, que coherentemente siempre á la construcción propuesta, los resultados obtenidos tienen su aplicación en los casos en que concurren las condiciones necesarias para proceder correctamente. Por lo mismo, mientras el Notario y alguacil obran en esta exclusiva cualidad, mientras en sus relaciones con los particulares su función especial domina exclusivamente, no hay relación contractual ó cuasi; pero cuando, incluso con ocasión del ejercicio de sus funciones, prestan sus servicios como particulares, las relaciones que surjan son contractuales, aun cuando la cualidad que ellos revisten pueda impulsar á constituirlos por la confianza que inspiran. Así, el depósito de fondos en poder de un Notario, el encargo dado por el cliente para que los emplee ventajosamente, es operación que no afecta al funcionario público, sino al particular (5);

(1) Hucq, ob. cit., VIII, 417; Ap. Amiens, 28 Abril 1669 (*J. du P.*, 1.870, 631).

(2) V. n. ant.

(3) Cas. fr., 27 Marzo 1839 (*J. du P.*, 1.839, 1, 336); el Notario había olvidado mencionar la aceptación del donatario presente al acto.

(4) Entiéndase que la responsabilidad exige la culpa y la relación de causalidad entre el hecho culposo y la injuria sufrida.

(5) Larombière, ob. y l. cit., n. 15; Troplong, ob. cit., 19 y sig.; Demolombe, ob. cit., VIII, 537; Laurent, ob. cit., XX, 512; Giriodi, en *Legge*, 1899, I, 2, 759. V. el cap. V. Y como aplicación de la figura del mandato, v. especialmente: Cas. fr., 24 Enero 1887 (*J. du P.*, 1890, 1, 1.100); 22 Enero 1890 (*id.*, 1890, 1, 1.104); 9 Julio 1890 (*id.*, 1892, 1, 567); 17 Octubre 1893 (*id.*, 1894, 1, 32); 28 Enero 1895 (*id.*, 1895, 1, 211); 18 Noviembre 1895 (*id.*, 1896, 1, 500); 22 Febrero 1897 (*id.*, 1897, 1, 454); 23 Enero 1899 (*id.*, 1900, 1, 11); Ap. Pau,

pudiendo darse de este modo la coexistencia de la c. contractual con la aquiliana á cargo de la misma persona, según que haya obrado como funcionario público y como particular, en cuyo último caso la ley no obliga, como en el primero, á recibir ó á hacer actos para los que se haya sido requerido. Si debiera decirse, pues, que hay arrendamiento de obra cuando el Notario obra como funcionario público, lo mismo ocurrirá con los demás funcionarios, aunque empleados del Estado; y si se objeta que éste los retribuye, se podría argumentar con la naturaleza del impuesto, diciendo que el contribuyente retribuye indirectamente sus servicios. El Estado, persona jurídica, se convertiría legalmente ó en mandatario ó en gestor de negocios ó en arrendatario de servicios, de donde la relación siempre contractual entre el mismo y los particulares. A tan extraña construcción puede conducir el perder de vista los principios.

### § III

#### Excepción.

SUMARIO: 55-56. Teoría sobre la determinación menos rigurosa de la culpa. Crítica.—57. La regla puesta por la ley no puede ser aminorada por la voluntad de las partes.—57 bis. Distinción.—58. La sola excepción válida es aquella que la ley misma introduce expresamente.—59. Regla de interpretación á propósito.—60. Remisión.

#### 55. Las fuentes de donde dimana la ley, la locución

29 Junio 1892 (*id.*, 1893, 2, 123); Ap. Orleáns, 22 Julio 1892 (*id.*, 1895, 2, 102); Ap. Dijon, 9 Junio 1898 (*id.*, 1899, 2, 237); y sobre la posibilidad del mandato tácito, deducido especialmente de las condiciones de pobreza y cultura de las partes, v. Cas. fr., 11 Julio 1893 (*id.*, 1897, 1, 513) y Ap. Lyon, 20 Marzo 1900 (*id.*, 1902, 2, 83). Para la responsabilidad del Notario como gestor de negocios, v. especialmente Cas. fr., 23 Abril 1877 (*id.*, 1.877, 1.211); 7 Febrero 1881 (*id.*, 1886, 1, 1.030); 1.º Marzo 1886 (*id.*, 1.886, 1, 748); 18 Enero 1892 (*id.*, 1892, 1, 255). Pero también aquí quedan las dudas sobre el grado de la culpa.

enérgica y decisiva con la cual determina la responsabilidad derivada de la culpa aquiliana, indican suficientemente que á la extensión del criterio regulador antes indicado no puede el intérprete sustituirlo por otro que la restrinja, suscitando cuestiones sobre el grado mayor ó menor de negligencia.

No obstante, ni la doctrina ni la jurisprudencia se han atendido siempre fielmente al principio, expuesto como se ha tenido ocasión de observarlo anteriormente. Al discutir las cuestiones sobre el grado de la culpa, se recordó la teoría que enseña la irresponsabilidad por la culpa extremadamente ligera: opinión de la cual parece deducirse la creación arbitraria de un cuarto grado de culpa, ó, por lo menos, una excepción no consentida por la ley, y por lo mismo no atendible (1).

También se ha hecho notar que una gran parte de los tratadistas, si no la mayor, interpretando la ley en el sentido de que obliga á responder de cualquier grado de culpa, da al Juez la facultad de moderar, según la importancia que representa, la indemnización debida. En contra de esta opinión se observa (2) que de esta manera la ley era respetada en apariencia solamente, porque la estimación del grado no hecha con la seguridad de los términos de donde resulta el cuasi delito, viene después hecha al determinar el resarcimiento de la cual es consecuencia: ¿qué importa que se diga que el Juez tiene la facultad, según sus atribuciones, de valorar la cantidad del daño, y, por lo tanto, la cantidad del resarcimiento? De ese poder nadie duda; pero otra cosa es decir que el Juez puede valerse de dicha facultad para proporcionar la cantidad debida á título de resarcimiento, con el grado de culpa, que como consecuencia quedaría sometido á su libre arbitrio, desenvolviéndose con arreglo á las circunstancias especiales del hecho. De esta suerte esta

(1) V. el cap. presente, § 2, t. y n.

(2) V. el § 2 del cap. presente.

teoría introduce una excepción en la norma legislativa, más peligrosa, por su extensión, que la ya citada é imposible de aceptar.

Es cierto que hay casos en los que la inflexibilidad jurídica debería resolverse con arreglo á la equidad; pero cuando la ley establece un principio absoluto y no lo limita, no tiene la facultad de restringirlo (1), y el Juez debe ejecutarle estrictamente.

El progreso lógico, con el cual ciertas doctrinas se han desarrollado, demuestra fácilmente por sí mismo las consecuencias del concepto erróneo de donde se originan. La teoría expuesta reconoce la extensión amplísima del ordenamiento legal, y, sin embargo, sugiere la moderación en la medida de la indemnización. Ahora bien: ¿cómo se explica que esta doctrina, estudiando la *impericia*, eleve á regla la justificación de los errores profesionales cometidos por quien ejerce una profesión liberal ó por empleados públicos? (2). La contradicción es clara, porque la razón de la justificación no se refiere aquí en manera alguna á la determinación de la indemnización, pero toca directamente á la existencia de uno de los elementos esenciales del cuasi delito, que es la culpa. Es verdad que hay hipótesis en las cuales el error profesional no se puede asemejar á la culpa; pero eso no quiere decir que la mera existencia del error profesional determine la eliminación de la responsabilidad, haciendo excusable la culpa, especialmente si ésta reviste la forma de impericia. Acogiendo estos conceptos, se tendría que decir que aunque la impericia en el caso de error profesional no determina por regla general el cuasi delito, se tendría así una restricción directa del grado de la culpa, en lo que se refiere á tales errores. Y mientras la ley ordena la responsabilidad para cualquier grado de culpa, esos no estarían comprendidos; lo que la ley no dice.

(1) Cfr. á propósito el § 1.332 del Cód. austriaco.

(2) V. el § 2 cit.

56. Sin embargo, esta doctrina ejerce tan amplia influencia que se la quiere aplicar al estudio de la responsabilidad de los médicos, abogados y procuradores; ya hubo ocasión de advertirlo y muy especialmente para los Notarios y empleados públicos en general.

Sobre los Notarios se ha dicho que por la delicadeza y la dificultad de las funciones á ellos encomendadas, no debe llevarse al exceso la responsabilidad (1), y que los Tribunales deben, con su discreción y equidad, estimar cuando se pueda declarar (2).

Pero ¿es lógica interpretación de la ley la que introduce una excepción generalísima para los actos cometidos en el uso de sus funciones por una clase de funcionarios públicos, é introducirla á virtud de convicciones propias del intérprete cuando de ellas no hay indicio alguno en las fuentes del ordenamiento legislativo, expresado con una locución tan general que queda excluida toda limitación? Favorece la teoría las referencias que hace á leyes especiales, pero si éstas en algún caso pueden restringir la culpa á un grado menor del fijado por la regla, no es de la excepción especial ciertamente de donde se puede deducir una de carácter general en la que se comprendan todos los actos de la profesión.

De tales ideas hay señales también en alguna teoría donde se sostiene la necesidad de referirse en la especie á la norma que comprende la culpa contractual (3): se observa que mientras ninguna restricción puede hacerse correctamente cuando se aplican á la materia los principios de la culpa aquiliana, sin embargo, parece legítima cuando se refiere á la forma de la culpa contractual.

(1) Troplong, *Du mandat* (ed. cit.), n. 26; Demolombe, ob. cit., XX, 538; Bonasi, *Della responsab. penale e civile dei ministri ed altri ufficiali pubblici*. cit., n. 171.

(2) V. p. 166 t. y n.

(3) Laurent, ob. cit., XX, 507. V. el § precedente, n. 51.

Se observa que (según se advirtió) tal alternativa no es posible, teniendo en cuenta las funciones que el Notario desempeña, y que además esto, que parecería restricción de responsabilidad, es, por el contrario, aplicación de los principios que gobiernan la prestación de la culpa contractual. Y, por fin, se puede traslucir en esta propuesta la idea, diríase preconcebida, de la excusabilidad de los errores profesionales y el estudio de ponerla por el mejor medio en relación con la ley: trabajo que no se puede llevar á cabo correctamente.

Las mismas cuestiones, las mismas consideraciones se hacen respecto á la responsabilidad de los ujieres (1); y se entiende que los resultados á los cuales se llega son también los mismos, é igual conclusión ven algunos al indagar la responsabilidad civil de los Ministros, para los cuales se aplica como límite la culpa grave (2). No. En la culpa aquiliana, los principios que gobiernan su interior economía, la ley y las fuentes de donde tuvo su origen, vedan que la responsabilidad de los empleados públicos encuentre limitación respecto al grado. Cuando existen los elementos que deben concurrir para que haya delito ó cuasi delito, esos deben responder: la regla no se manifiesta diversamente respecto á ellos, y las solas excepciones que las limitan están fijadas determinadamente por la ley (3).

57. La entidad de la culpa aquiliana es tal, que, diversamente de lo que ocurre en la contractual, la convención de las partes no puede absolutamente ni desvanecerla ni modificarla con relación al criterio regulador. Así que, si antes del hecho injurioso entre el ofensor y el ofendido se hubiera estipulado una convención con objeto de regular los actos en la ejecución de un determinado negocio, la

(1) Cons. Laurent, ob. cit., XX, 506.

(2) Ugo, *Della responsab. civ. dei ministri*, de la *Rassegna di scienze sociali*, 1885, n. 10.

(3) V. el n. 55.

culpa sería contractual; pero en la aquiliana, la culpa no está considerada en relación con un vínculo jurídico preexistente entre los partes, y el hecho que tiene su origen en la relación de obligación entre el ofensor y el ofendido es precisamente la injuria objetivamente considerada. No se puede, por lo tanto, tener en cuenta una excepción de la regla, respecto al grado de la culpa aquiliana, que haya sido determinada por la voluntad de las partes, no siéndoles jurídicamente posible un semejante acuerdo tomado anteriormente al hecho ilícito.

Es cierto que parece á primera vista que, deduciéndose de la tal posibilidad la invalidez del acuerdo, pueda dudarse cuándo el pacto se refiera, no á la irresponsabilidad por dolo ó culpa grave, antes bien á la culpa levísima, ni valdría el aducir la diferencia que separa la culpa contractual de aquiliana, ó sea que en aquélla la ley ha designado el grado de la culpa leve como regla, por tener las partes ocasión y manera de disponer diversamente durante las negociaciones y después; tal argumento no parece aplicable al caso desde el momento que se estipuló el anterior pacto. Por fin, se podría también decir que la regla *volenti non fit iniuria* debiera servir también para legitimar el pacto, que determina como causa de responsabilidad un grado de culpa menor que aquel asignado por la ley.

Sin embargo, para demostrar la invalidez del pacto basta una sola y clarísima consideración. La razón de la responsabilidad por culpa es el hecho ilícito, la *iniuria*, esto es, el hecho cometido determinante de la culpa, esto es, *sine iure, contra ius*. Ahora bien: como es notorio que este derecho, en su objeto y en su extensión, puede fijarse á voluntad de las partes por vía del contrato ó por la ley con figuras de diversos actos jurídicos que tengan analogía, entonces la cuestión de la culpa es considerada como perteneciente al cumplimiento de la obligación, que las partes pueden regular á su placer, sin embargo, será *iniuria* cuando en el período de ejecución del contrato no se hiciese éste conforme con

los pactos estipulados al objeto por las partes. Bien es verdad que la culpa da causa é importancia á una obligación especial, cual es, la obligación de satisfacer la responsabilidad por daños y perjuicios, que se traduce en la acción dirigida á obtenerlos. Es verdad también que, explicándose la responsabilidad por el hecho lícito, que es la *iniuria*, y teniendo ésta á su vez su razón de ser en el contrato, como la obligación á la cual concurre á dar vida la culpa, tiene con el contrato una relación íntima y necesaria. Por eso la culpa es contractual y las partes están aquí en libertad de fijar la manera y grado de culpa que les parezca, sin atenerse á las reglas establecidas al objeto por la ley, fuera del caso en que el pacto sea contrario á la moral pública ó al orden público (1). Esto es, las partes, con relación al cumplimiento del contrato estipulado, pueden establecer cuándo haya *iniuria* y fijar la entidad y extensión de la culpa.

En la culpa extracontractual, por el contrario, los elementos que deben concurrir á constituirla están determinados por la ley. Aquí no hay sombra de contrato, y, obedeciendo á la necesidad fundamental para el orden público derivada de la razón misma del derecho, de su fijeza, que impone la defensa contra todo hecho que lo viole, la ley quiere que, cualquiera que sea el modo por el cual la violación se haga y cualquiera que sea la conducta observada por el agente, éstos deben responder de la *iniuria* hecha. Y esta determinación de la injuria y de la culpa no puede modificarse al arbitrio de las partes, porque el pacto que anulara la responsabilidad por culpa, ó que para constituir el cuasi delito entre los contrayentes requiriera no la culpa levísima ó leve, sino sólo la grave, tendría por objeto no establecer, como en el caso de la culpa contractual, el modo del cumplimiento del contrato, sino la violación de la ley, porque regularía con privada convención y en contra del ordenamien-

(1) V. el vol. I, cap. XIII, § 1.

to legal el cuasi delito, considerado como objeto posible de lícita contratación. Se comprende el distinto criterio que se tiene respecto de la culpa contractual, donde el acreedor es juez de su utilidad y puede medirla con relación á un grado mayor ó menor de diligencia del deudor; pero el pacto en materia de culpa extracontractual que fijase la irresponsabilidad en un determinado modo y grado de diligencia, sería concesión de verdaderas imprudencias, carta blanca para cometer injurias, esto es, sería un nuevo ordenamiento en el cual la voluntad particular sustituyera y se superpusiera á aquel que en el interés social fijó la voluntad general, y por lo mismo que el orden público es superior á la voluntad de los particulares, la disposición de la ley es suprema sanción que voluntad particular no puede en manera alguna modificarla.

57 bis. Los conceptos hasta ahora expuestos indican ya una distinción inherente á la razón que los justifica. De ella se deduce necesariamente la nulidad del pacto que limita en materia de culpa extracontractual la disposición de la ley, y, por lo tanto, lo que vale lo mismo, la imposibilidad de que se introduzca una excepción al modo y al grado de la culpa, por la voluntad de los particulares.

Ahora bien: se deduce la consecuencia mientras se trate de pacto que directa é inmediatamente se refiera á las condiciones que constituyen el cuasi delito; porque respecto al delito no hay cuestión, por ser evidentemente inmoral el pacto que alienta la depravada intención de ofender. Pero si la convención no los modificara, y se refiriera solamente á los efectos de la culpa aquiliana, esto es, la responsabilidad y el resarcimiento del daño causado; si no fuese anterior, antes bien posterior al hecho ilícito, y se condonara del todo ó en parte, la indemnización fijada ó á fijarse sería válida. La razón de orden público, de la cual se ha hablado antes, no es aplicable al caso, porque el pacto se desenvuelve sobre un derecho particular de crédito, cuya existen-