

CHIRONI

LA CULPA

EN EL

DERECHO CIVIL

CULPA

TRA-CONTRACTE

KM202

18

CI 15

C-1



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN  
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS





BIBLIOTECA JURÍDICA

DE

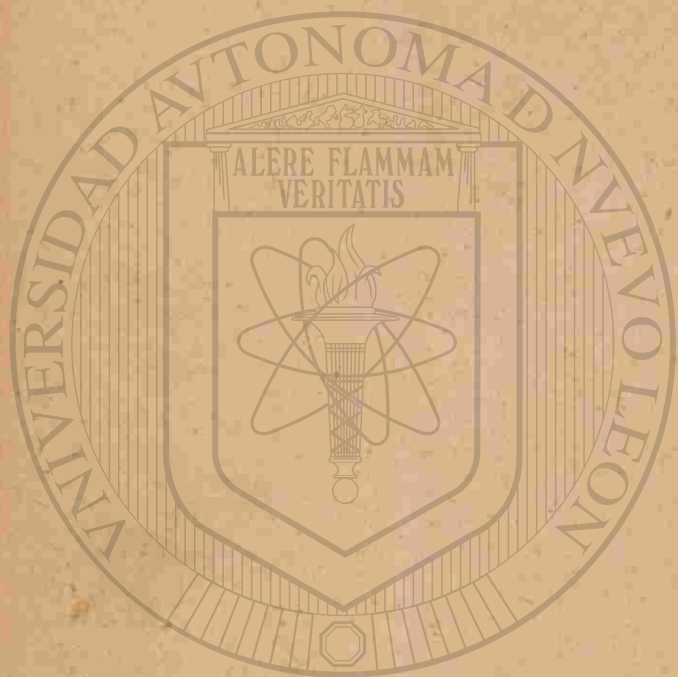
AUTORES ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS

U A N L

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS





BIBLIOTECA JURÍDICA DE AUTORES ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS

LA CULPA

EN

EL DERECHO CIVIL MODERNO

CULPA EXTRA-CONTRACTUAL

POR

**G. P. CHIRONI**

Profesor de Derecho civil en la Universidad de Turín.

TRADUCIDA DE LA SEGUNDA EDICIÓN ITALIANA

POR

**C. BERNALDO DE QUIRÓS**

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

**TOMO PRIMERO**



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

MADRID

HIJOS DE REUS, EDITORES

Cañizares, 3, segundo izquierda.

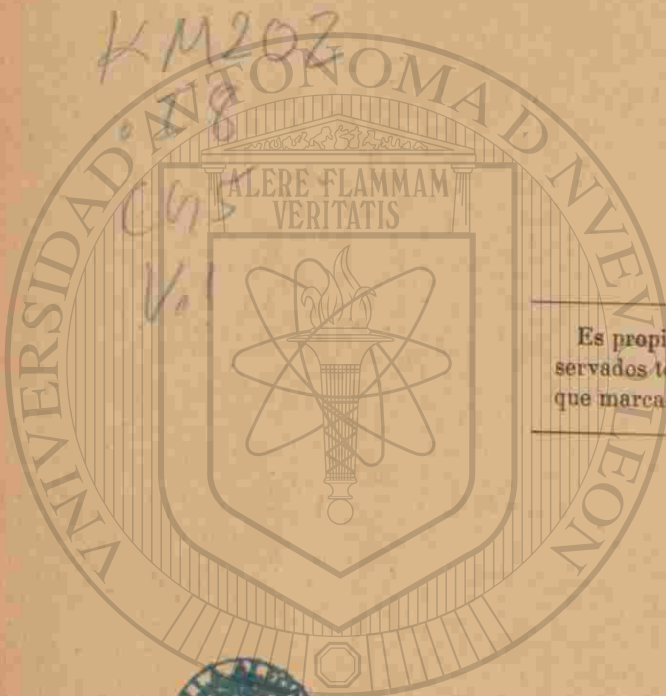
1904

D346.45  
Ch 532c

SR 10 nov 78

v. 1.

KM202



Es propiedad. Quedan reservados todos los derechos que marca la ley.



FSRM

77

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

IMPRESA DE LA SUCESORA DE M. MINUESA DE LOS RÍOS  
Miguel Servet, 13. — Teléfono 651.

## ADVERTENCIA PARA LA SEGUNDA EDICIÓN

Lo mismo que la *Culpa contractual* (1), también esta parte de la *Culpa no contractual* (aquiliana) aparece en forma nueva. Los conceptos fundamentales no han cambiado; tampoco ha sufrido alteración la división del trabajo; antes bien, ha quedado como estaba; pero el desarrollo de los conceptos, por la doctrina, la jurisprudencia y la legislación presente, imponía al autor la obligación de tener su obra en relación discreta con el nuevo material de estudio.

Hé aquí por qué, como el lector avisado descubrirá en la parte que ahora se publica, y todavía mejor en la que ha de seguirla, la noción de *culpa* en relación con la de *garantía* ha sido objeto de investigación nueva; y establecidos con toda claridad los límites que separan á ambas, según el predominio de sus caracteres especiales, nuevamente se las adapta á las instituciones particulares de que se trata. En esta forma, la misma legislación sobre los Accidentes del trabajo entra, en sus líneas generales, en los términos de la razón común.

EL AUTOR.

(1) Segunda edición. — Turín, 1897.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN  
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

LA CULPA  
EN EL  
DERECHO CIVIL MODERNO

PARTE II  
Culpa aquiliana (C. delito).

SECCIÓN PRIMERA

ENTIDAD JURÍDICA DE LA CULPA AQUILIANA

CAPÍTULO PRIMERO

GENERALIDADES

SUMARIO: 1. Transición de la culpa contractual á la extra-contractual (aquiliana).—2. Su razón de ser.

1. De la *culpa*, en su amplio significado de lesión injusta (1), nace una relación especial, distinta, que tiene por objeto la responsabilidad del agente, y, de resultados de ésta, la reparación del daño causado. La construcción jurídica de la entidad de la «culpa» reposa sobre ese concepto fundamental, que demuestra por sí solo la unidad de una institución, no obstante la variedad que, en su modo de determinarse, resulta del origen y carácter del derecho á que la ofensa se refiere. La lesión culposa (2) del derecho ajeno

(1) Para la terminología, véase la parte I (C. contractual), capítulo I; y después este capítulo. § 2.

(2) Para el concurso de la injuria objetiva y la subjetiva, v. la nota prec.

induce la responsabilidad; hé aquí el principio: que la ofensa ocurra en la ejecución de una relación obligatoria preexistente, ó fuera de ella, ó fuera de toda relación obligatoria, no importa, porque la existencia de este vínculo no influye, modificando la *entidad* de la culpa, sino sólo en el modo de valuar su extensión y de determinar la cantidad del daño resarcible. En su concepción jurídica, la culpa es *una*; los dos modos de ser que puede tomar, de contractual y de no contractual (*extra-contractual: aquiliana*), no impiden que sean idénticas las líneas generales y fundamentales de la relación jurídica nacida de ellas y en que se contiene la obligación de responder, porque al concepto abstracto de «culpa» responde el resultado, también abstracto, de la *responsabilidad*, que adquiere después existencia concreta y material en el resarcimiento del *daño*, resarcimiento que no es de por sí la razón de la responsabilidad, derivada toda de la injuria culposamente acarreada (1).

Único, pues, es el concepto de «culpa», aunque en su determinación tenga variedad de aspectos; y en esta diferenciación, como se observa en todo proceso evolutivo, el contenido es lo que alcanza el mayor perfeccionamiento, razón por la cual ejercen doctrina y jurisprudencia (2), que, prescindiendo de los resultados obtenidos por la continua y progresiva elaboración jurídica de la «culpa», confunden

(1) V. luego el § 2.

(2) V. luego § 2. La distinción entre las dos formas de culpa la pone exactamente la Casación de Nápoles en sentencia de 20 Octubre 96 (*Giur. it.*, 96, I, 24), aun cuando luego no responde á la ley la aplicación que hace á la entidad del daño resarcible, de lo que se hablará en su lugar. Pero no siempre se mantiene la separación tan profunda que existe entre las dos formas, especialmente por la jurisprudencia francesa, que acumula en las cuestiones de *culpa* las reglas relativas á la contractual y á la extra-contractual. Más adelante (v. el cap. sig. y también la parte I citada, lug. cit.) se hablará de estos casos, en que la característica de una ú otra forma, ó aparece claramente, ó puede ocasionar duda.

en la identidad de la concepción fundamental las dos formas que toma, y que entiende las reglas especiales de cada una de ellas como si, por informarse en la misma razón común, fuera indiferente aplicar á las varias instituciones las unas mejor que las otras. Nada más admirable tiene la historia del derecho privado que el desarrollo del concepto de la culpa y de las distinciones introducidas en ésta, según la diversidad del «medio» en que debía apreciarse y valuar-se la injuria. Ya en los orígenes de las concepciones jurídico-sociales, donde la razón individual da contenido á la injuria y medida á la reparación, en el derecho más antiguo, ya sea el griego (1), ya el romano (2), ó el germano (3), la injuria estaba constituida por el solo *daño injustamente oca-*

(1) Cons. Platner, *D. Process u. d. Klagen b. d. Attiken* (Darmst., 1824), I, p. 191 y sig., 674 y sig.; II, p. 370; Herrmann, *Lehrbuch d. griech. Staatsalt.* (3 Aufl., ed. Thalheim), p. 120 y sig.; Meier u. Schömann (ed. Lipsius), Leipzig, 1887, p. 654, t. y n. 480; Caillemet, *Contrat de prêt*, p. 30 y sig.; Beauchet, *Hist. du dr. privé de la Rép. Ath.*, II, p. 394 y sig. Pero la «*δίκη βλάβης*», ¿se restringía sólo al resarcimiento del daño ocasionado extra-contractualmente, ó se aplicaba también en materia de c. contractual?

El desarrollo del derecho ático en este punto, ¿es idéntico al del derecho romano en lo tocante á la ley Aquilia, ó estableció claramente la distinción de las dos formas de culpa, siendo enteramente independientes las respectivas acciones? No parece que esta última opinión responda á las fuentes y al desenvolvimiento que en el derecho griego tuvo el concepto de culpa. V. luego el § 2, y también Gide en el *Dict. d. antiq. grecq.* de Daremberg et Saglio, palabra βλάβη; δίκη.

(2) Ihering, mon. cit.; Voigt, *XII Tafeln* (Leipz., 1883), II, § 131 y sig.; Krüger, *Gesch. d. capit. diminutio* (Bresl., 1887), I, § 16; Girard, en *Nouv. R. hist.*, 1888, p. 36 y sig.

(3) V. Beseler, *Syst. d. germ. deutsch. Privatr.* (IV Aufl.), § 53; Stobbe, *Handb. d. deutsch. Privatr.* (II Aufl.), § 200; Heusler, *Instit. d. deutsch. Privatr.* (Leipz., 1885-86) V. también Amira, *D. altnordgerisch. Vollstreckungsverfahren*. (Munich, 1874), p. 234 y sig.; Leist, *Alt-Arische ius civ.* (Jena, 1896), p. 148 y sig., 239 y sig.



sionado, y la garantía de la ofensa consistía en la *pena*, sin calcular para nada la imputabilidad del daño y sin establecer proporción entre éste y el resarcimiento impuesto, siendo el daño de por sí ofensa injusta que excitaba con la venganza la justa reacción del ofendido. Dada esta relación entre los conceptos de daño y ofensa, de reparación y pena, se comprende que mal podía existir la distinción de la culpa en *contractual* y *extra-contractual*, según el diverso origen del derecho á que se refiere la injuria, y que es un resultado del análisis llevado á cabo en la ruda concepción primitiva.

Que el derecho derivase ó no de contrato, el faltarle era ofenderlo, y el ofendido inducía la pena. De este modo, el concepto de delito, extendiéndose en los términos sumamente amplios de la ofensa y la pena, dominaba necesariamente las relaciones contractuales en lo tocante á la violación causada por el obligado. La razón de distinguir, según la varia naturaleza de la posición jurídica, herida directamente por la ofensa, debía repugnar más bien al modo de entender la injuria. En todo caso, la *ofensa*, es decir, el *daño*, era *lesión del derecho*, y de aquí, el resentimiento general, informando el concepto de la reparación, daba á ésta el carácter de penalidad exagerada, excesiva como el espíritu de venganza. Todavía, cuando el análisis y la consiguiente construcción jurídica, progresando cada vez más, asignaron á toda relación contractual la acción expresiva del derecho del acreedor, y dieron á la injuria ocasionada por vía no contractual figura y ordenación propia (1), la idea de *pena* no se desterró por completo de la

(1) Sobre este punto, v. especialmente Ihering, mon. cit., y la parte I (*Culpa contractual*), cap. I. Es notable la analogía de desarrollo en el derecho griego y romano. De no admitir, como parece más en armonía con las fuentes, que las dos formas de culpa tuvieron *acción propia*, independiente (com. Meier u. Schömann, ob. y lug. cit., y Lipsius, id., en nota; Hermann, ob. y lug. cit.;

nueva concepción de la garantía del derecho ofendido. Ni siquiera el continuo restringirse de la misma á los términos que más adelante le asignó la Ciencia, y su desaparición gradual de las instituciones de índole puramente privada, se debe á la noción de la injuria *subjetiva*, venida á reemplazar el concepto originario, confuso de la *injuria* objetiva, requiriendo el término de la *imputabilidad* de la *culpa*, para constituir la responsabilidad.

El concurso de este nuevo elemento «modificaba», proporcionándolo el concepto de *pena*, pero no influía directamente para limitar su extremada extensión. En cambio, debió influir bastante para llegar á este resultado la consideración sugerida é impuesta por el análisis del origen distinto del derecho á que podía hacerse *ofensa*. Ciertamente, en la constitución de la relación contractual aparecía, junto con la *voluntad*, como razón determinante del vínculo, el *interés* que le incitaba, y la creencia del acreedor de que el deudor atendiese á él (y, por tanto, al cumplimiento de la obligación) con una cierta *diligencia*. De este modo, en el derecho nacido de la ley especial del contrato, la injuria, aun no cambiando su razón fundamental, debía asumir los términos derivados al derecho de esta ley, que le daba nacimiento, y, por la necesidad misma de las cosas, no podía comprender más de lo que el derecho contuviese. Del *interés*, motivo determinante de la voluntad de formar el contrato, nació la medida de la reparación, y la *regla especial de conducta* impuesta al obligado, inducente de la imputabilidad, como razón de la responsabilidad, derivó de la intención de las partes de que el *cumplimiento* del asunto fuese del modo generalmente observado (1).

Beauchet, ob. y lug. cit.), se debe investigar si la estimación del daño derivado de culpa contractual ó extra-contractual procedía según criterios distintos. Y parece que así fué (v. los autores cit. y el § sig.).

(1) De donde el concepto de c. *en abstracto*. V. la parte I, cap. cit.

De este modo, la valuación jurídica de la *ofensa* en materia de injuria contractual contribuyó mucho á que se considerara el elemento subjetivo (imputabilidad: culpa), como término esencial del concepto de responsabilidad, sustituyendo la noción de *interés* por la de *pena*.

Pero sería contradecir gravemente á las fuentes suponer que la doctrina romana separara limpiamente la culpa contractual de la no contractual, constituyendo en dos instituciones independientes los dos modos de ser de la culpa. La jurisprudencia, aun elaborando y diferenciando el contenido de las dos formas, y aun extendiendo, á fin de completar la construcción de la *injuria* y, por consiguiente, la tutela del derecho ofendido, el concepto originario de la L. Aquilia y de la *a. iniuriarum*, admitió, por regla general, la posibilidad de acumular la acción nacida de contrato con la derivada de la L. Aquilia (1), y, en algún caso, adoptó la *a. iniuriarum* á la tutela del derecho nacido del contrato (2). Acumulación, pues, hecha á fin de hacer las

(1) L. 7, § 8; l. 48 pr.; l. 27, §§ 11, 34; l. 42, D. *ad L. Aq.* (IX, 2); l. 47, § 1; l. 48; l. 49, D. *pro socio* (XVII, 2); l. 13, § 6, D. *Comm. v. c.* (XVIII, 1); l. 25, § 5; l. 30, § 2, D. *loc.* (XIX, 2).

Pero no se debe entender por esto que se confundieran los criterios propios de la culpa contractual y de la aquiliana, y que un deudor, no responsable contractualmente, lo fuera en virtud de la L. Aquilia. Verdad es que de la posibilidad de la acumulación de las acciones se podría inferir lo contrario; pero el desarrollo histórico de la institución demuestra bien que este concurso no disminuía la diferenciación obtenida entre las dos formas de culpa. Ni tampoco se puede reducir á este fin la distinción de la *c. in non faciendo* de la *c. in faciendo*, notando que la obligación de observar una diligencia leve no da derecho á cumplir actos no excesivos de tal grado de conducta, porque, acogiendo este concepto, la distinción entre las dos especies de culpa se subvierte por completo. Cfr. Löhr, *ob. cit.*, V, 4; Hasse, *ob. cit.*, §§ 36, 37; Vangerow, *ob. cit.*, § 681, an. 3; Windscheid, *ob. cit.*, § 455; y cons. Pernice, *Z. Lehre v. Sachsbeschädigungen n. röm. R.* (Weimar, 1867), p. 78 y sig.

(2) Acción mixta, dirigida á asegurar el rehacimiento: § 19, *I. de action.* (IV, 6). V. los autores citados y Ihering, *mon. cit.* V, el § sig.

dos acciones especiales subsidiarias de la acción inherente á la relación contractual violada; subsidiaria en modo general, amplio, la acción deducida de la L. Aquilia (1), y de un modo muy restringido la *a. iniuriarum* (2). La razón de este desarrollo fácilmente se puede sorprender. Se había diferenciado la culpa contractual de la aquiliana; se había determinado la injuria subjetiva frente á la objetiva; se había fijado mejor la entidad de la *pena*; pero el análisis debía conceder algo al concepto originario de la unidad de la injuria por ser el único que permanecía siempre en sus líneas fundamentales, y el trabajo abstracto para la coordinación de esta unidad con la dualidad de la forma era lo que no se había realizado. Por otra parte, no siempre la acción derivada de contrato concedía el pleno resarcimiento, el completo interés, que debía constituir la sanción propia contra la injuria contractual.

Otro cosa es investigar si, en cuanto al modo de proceder á la acumulación, fuera mejor concepto el de la jurisprudencia, que atribuía la elección, ó el justiniano, que consentía el ejercicio de la acción no elegida previamente para obtener aquello que no lograra ésta (3). A la razón jurídica pura responde mejor el primero; el segundo, á la equidad. De todos modos, en el derecho moderno no es necesaria ninguna de las consideraciones expuestas en cuanto á la oportunidad de la acumulación de las acciones como medida transitoria que acompañó á la elaboración de la culpa; y si todavía reapareciera en algún orden jurídico, serviría esto de confirmación de lo que se ha dicho sobre el proceso de diferenciación de las dos formas de injuria.

La concepción abstracta de la institución se presenta

(1) Cfr. Windscheid, *ob. cit.*, § 472, t. y n. 1; pero cons. la mon. de Ihering, en *Ges. Aufs. cit.*, II, p. 1 y sig.

(2) L. 25, D. *de a. emti* (XIX, 1); cons. la mon. cit. de Ihering; y v. Pernice, *Labeo* (2 Aufl., Halle, 1895), II, pp. 34, 35.

(3) V. luego el § 2.

ahora con toda su transparencia: la culpa es lesión de derecho ajeno imputable al agente, y en esto está la unidad de su sustancia. Pero el derecho puede nacer como tal de una obligación (vínculo especial consentido por el derecho objetivo), ó de la ley general, y según que esto suceda se disciplina de diverso modo la razón de la injuria y de la responsabilidad. Es la misma sustancia jurídica la que se manifiesta diversamente en las dos formas de culpa contractual y de culpa extra-contractual (aquiliana), y confundirlas significa contradecir al resultado de la elaboración de la «culpa», empleando indiferentemente criterios mesuradores de la injuria y de la imputabilidad que deben ser distintos según su propia razón de ser (1).

Debemos insistir sobre esta concepción fundamental (2), porque declara la sustancia común que existe en las dos formas de la culpa contractual y de la aquiliana, y la diferencia específica que las separa. A este fin, y para fijar los límites en que las dos especies se distinguen, se ha propuesto adoptar para la contractual el término de *garantía*, reservando el de *responsabilidad* para designar la extra-contractual (3); pero no parece que esta terminología sea exacta; antes oscurece con nuevas incertidumbres. Verdad es que la ley, al disponer el cumplimiento de algunas obligaciones, emplea á veces la locución «*garantía*» á que está obligada una de las partes respecto á otra (4); pero esto no

(1) V. el cap. sig.

(2) V. la parte I, cap. I, § 1 y sig.

(3) Sainctelette, *De l'importance et de la difficulté de l'appréciation du fait*, en la *Revue Critique*, N. S. XIII (1884), p. 184; *De la responsabilité et de la garantie* cit., cap. I; y sobre su doctrina. Amar, *Studi di diritto industriale*, p. 471; Lyon-Caen, en *J. du Palais*, 1885, 1, 280 n.; Labbé, en *J. du P.*, 1885, 2, 33 n.; Saletilles, *Essai d'une th. gén. de l'obl. d'après le proc. de Cod. civ. germ.* (II<sup>a</sup> ed., Par., 1902), p. 439 y sig.

(4) Por ejemplo: el vendedor debe al comprador la garantía de la posesión pacífica de la cosa vendida (Cód. civ., art. 1.481) y de los vicios ocultos (Cód. civ., art. 1.498).

significa que se valga de ella para expresar los efectos derivados de la culpa contractual. Jurídicamente, ¿qué tiene la «*garantía*» de común con la *culpa*? ¿Para qué equipararla en materia contractual con el concepto de *responsabilidad* en la extra-contractual? La «*garantía*» no nace de «*culpa*», no la supone como término constitutivo, y declara sólo la obligación impuesta á quien concurre á la constitución de un hecho jurídico de comprobar la existencia real de los términos justificantes de su concurso, porque la seriedad de las contrataciones la presupone necesariamente. Por esto es por lo que la obligación de garantizar es general (1), y las reglas especiales que la gobiernan en algunas instituciones determinan sólo los efectos especiales que produce respecto á ellas. Así, el coheredero debe al coheredero la *garantía* por las molestias y evicciones procedentes de causa anterior á la división (2), y, limitadamente por la solvencia del deudor de una renta (3); la debe el vendedor al comprador en diversos casos determinados por la ley (4); el locador al conductor por los vicios y defectos de la cosa que impiden su uso (5); pero la «*garantía*» designa aquí lo requerido especialmente para la verdadera constitución del hecho, y, por consiguiente, la verdadera preexistencia de los términos descritos (*c. in contrahendo*). No basta que el vendedor consigne la cosa, sino que debe garantizar al comprador la existencia del derecho que le transmite. Si así no fuese, ¿dónde estaría la *buena fe* requerida para contratar, dónde la seriedad del hecho jurídico originado?

La «*garantía*», pues, no significa la «*culpa*» ligada al incumplimiento de la obligación constituida, y sí indica los extremos necesarios para la eficacia seria de la misma. Pue-

(1) V. la parte I, p. 42 y sig.; 115 y sig.

(2) Cód. civ., art. 1.035.

(3) Cód. civ., art. 1.037.

(4) V. la nota 4.<sup>a</sup> de la página anterior.

(5) Cód. civ., art. 1.557.

de decirse que es el efecto de la obligación precedente á la constitución de toda relación bilateral, el deber que incumbe á las partes de observar en la contratación lo que la buena fe impone. El incumplimiento de esta obligación sería incumplimiento de la garantía debida, sería *c. in contrahendo* (1).

Todavía la palabra «responsabilidad» se emplea á veces, en sentido más restringido, para indicar, en materia de delitos y cuasi delitos, la obligación de responder del hecho ajeno en los casos determinados por la ley (2). Esta razón de distinguir no la consiente la disposición expresa de la ley (3), ni siquiera los principios, porque la responsabilidad es siempre consecuencia de la culpa y no puede existir un término sin el otro (4); concepción general de la que se refiere que el hecho culposo obliga al agente á responder (*responsabilidad-resarcimiento*), si bien la culpa se mida diversamente (*índice y grado*), según que la injuria ocurra al cumplir una obligación precedente ó fuera de esta relación. Por donde, atribuyendo al concepto de culpa la *unidad* jurídica derivada de la identidad de sus términos fundamentales, inmutables en la variedad de formas que asume, la responsabilidad *civil* no sólo se da en materia de delitos y cuasi delitos; es consecuencia de la culpa, y como ésta puede ser contractual ó aquiliana; lo mismo sucede con la responsabilidad que se deriva, y que en ambos casos designa el objeto de la relación, deduciendo de la *culpa* su característica propia.

Al tratar de la culpa contractual (5) se ha dicho en qué consiste la entidad jurídica de la *culpa* en general, y se in-

(1) V. sobre estos puntos la parte I, p. 108 y sig.; 262 y sig.

(2) Cód. civ., art. 1.153. Cons. especialmente Laurent, ob. cit., XX, cap. III, de la *responsabilité*: sec. I, de la *responsabilité por hecho ajeno*; Aubry y Rau, ob. cit., IV, § 446, 1 y 2.

(3) V. arts. 1.151, 1.152.

(4) Sobre la pretendida responsabilidad sin culpa, v. la parte I.

(5) V. el vol. I, cap. I y II.

dicaron los principales caracteres que separan la contractual de la no contractual. A fin de ponerlos más en evidencia, y para demostrar una vez más cómo no puede darse identidad en las determinaciones de los dos modos de ser de una única institución jurídica, se expondrá ahora la teoría de la culpa no contractual por el mismo orden de la contractual.

2. La razón jurídica de la culpa no contractual (*extra-contractual, aquiliana*), cuyo contenido designa claramente la ley cuando ordena que «todo hecho humano que produzca daño á otros obliga á aquel por culpa del cual ocurrió al resarcimiento» (1), es idéntica á la que rige á la contractual (2), como parte del concepto único que informa la institución encaminada á defender el *derecho* contra ofensas injustas. La responsabilidad nacida de culpa (*injuria culposa*) es modo por el cual se manifiesta la existencia del derecho, pues deriva del hecho de haberle violado. De aquí la obligación de resarcir. Donde hay un *derecho* hay la posibilidad de lesionarle injustamente, por lo cual la noción de la *injuria* se extiende tanto como la de derecho, sin que á este concepto fundamental se oponga de ningún modo la distinción entre las dos formas de injuria culposa. Por efecto de la culpa contractual, el obligado responde del *incumplimiento culposo* por acción ú omisión lesiva del derecho (*non iure, iniuria*, en sentido lato), concedido al acreedor por una relación obligatoria preexistente; mientras en la culpa aquiliana, considerándose igualmente el daño *injustamente* causado, se da también en materia de derecho ofendido, de *iniuria*, de *facere contra ius*. Única diferencia entre las dos especies es, pues, la materia á que el hecho injusto se refiere, porque, en la última, la ofensa no con-

(1) Cód. civ., art. 1.151. Más adelante se aludirá á las leyes extranjeras.

(2) V. vol. I, cap. I.

siste en la inejecución de obligación anteriormente constituida. En ambas, pues, la *culpa* origina una obligación distinta que mira á resarcir la injuria (1).

Verdad es que la doctrina tiende á restringir esta razón de ser, y la característica que resulta de ella, únicamente á la culpa aquiliana (*quasi delicto*), como si entre las dos formas de culpa existiera diferencia sustancial, porque en la contractual el resarcimiento apareciera como simple sustitución en el objeto, permaneciendo inalterada la relación obligatoria preexistente, pues el débito de la indemnización no supone novación respecto á la causa de la relación. Concepción exacta en el sentido de que la obligación de resarcir se liga, como á su causa, á la relación quebrantada por vía de incumplimiento, porque el que se obliga á cumplir la prestación se impone el no permitirse dejar de cumplirla y resarcir el daño si olvida el deber jurídico que tiene: donde ciertamente se advierte el progreso de la concepción y la construcción jurídica en esta unificación, en el concepto del *derecho* de todos los efectos que emanan de su sustancia, en este concepto de la *acción* nacida de la relación que la comprende, sin que sea necesario dividirlos en tantos modos de ser cuantos son, y separar la acción de daño de la acción de cumplimiento, como si no estuviese comprendida en ésta. Y aunque menos distinta en materia contractual, la *culpa* no da menos carácter especial á la nueva fase de la relación, porque no sólo se responde por la injuria única del daño, sino también por el concurso del elemento subjetivo, por la imputabilidad.

Alguien ha dicho que la ley civil sanciona la obligación de reparar el hecho ilícito, demostrando la experiencia que el miedo al presidio no es bastante remedio para alejar las negligencias lesivas de ajenos derechos (2); razonamiento

(1) Cons. Demolombe, *Obligations*, VIII (*Cours de C. Napoléon*, XXXI, ed. cit.), 450.

(2) Giorgi, *ob. cit.*, V, 137.

con el cual la ley civil se convertiría en sustitutiva de la penal; y si la *experiencia* demostrase que el sano terror de la pena fuera coacción suficiente, la providencia, en cuanto á la culpa aquiliana, no tendría razón de ser. No; la obligación de resarcir, inherente á esta especie de culpa, no está sometida á la consideración de si la pena puede hacer nacer en los ánimos el saludable temor que impone el respeto al derecho ajeno. Otra es la razón de la ley civil, que ordena la institución de la culpa y de la responsabilidad con criterio distinto que el de la ley penal. Consideran ambas la lesión injuriosa, y, según el ambiente jurídico en que se desenvuelven sus efectos, imponen al agente la reparación adecuada. La ley penal restaura con la *pena* el sentimiento, la conciencia jurídica pública ofendida; la ley civil reintegra el patrimonio del particular directamente ofendido por el hecho ilícito. Con la diferenciación de estas dos funciones se elimina del derecho privado la figura de la «pena» propiamente dicha; en él se considera la culpa sin atribuirle entidad distinta, según que sea contractual ó no contractual, como lesión injusta de un derecho, como hecho ilícito (*iniuria*); y reprobándole, se afirma el derecho del ofendido á hacer que se declare la responsabilidad del ofensor, que se puede definir: «la reintegración del derecho ofendido». La ilicitud del hecho consiste en la violación de la conducta impuesta por el respeto debido al derecho ajeno. Dada la relación de obligación, el deudor debe observar, en cuanto al acreedor, la conducta correspondiente al compromiso asumido, cumpliendo la prestación según lo requiere la diligencia prevista y pactada; por consiguiente, no es que en la culpa contractual la acción esté determinada por el contrato, y en la culpa aquiliana por la ley, porque la eficacia del contrato tiene su razón en el derecho objetivo, que da fuerza jurídica á la voluntad; pero, ciertamente, la c. contractual viola *directamente* la ley del contrato, ley que expresa, restringiéndola ó ampliándola, la regla general, que prohíbe cometer injuria. Esta regla

gobierna, en toda su integridad, la conducta impuesta frente al derecho ajeno, cuando los actos á que se aplica son enteramente extraños á una determinada relación de obligación. En efecto: en este caso no ha intervenido, para cambiarla, ninguna voluntad apta, y permanece intacto el principio de que todo hecho injurioso es ilícito, y que la persona imputada debe responder de él. En esto precisamente está la sólida afirmación del derecho, y por este fin y este carácter suyos, las disposiciones de la ley civil en materia de responsabilidad por hechos ilícitos no contractuales no tienen la entidad de norma penal, siendo más bien medidas de orden público, y, si no pena, *punición* de la injuria. Esta analogía explica cómo en el derecho romano las instituciones de que deriva su organización actual fueron tenidas por delitos privados, y declara la concepción similar, aun mantenida por el derecho inglés.

§ I

Las fuentes del derecho moderno en cuanto á la culpa no contractual y especialmente de la aquiliana.

SUMARIO: 3-4. Las XII Tablas. — 5-6. Del capítulo III de la ley Aquilia: su examen. — 7-8. Acción y omisión.

3. Sin investigar y discutir ahora si en las más antiguas fuentes relativas al *daño ocasionado con injuria* descansara la razón de la responsabilidad en la causación del simple hecho dañoso (cosa de que se tratará más adelante), y sin insistir todavía sobre la identificación que media en los conceptos primitivos de las ideas de *resarcimiento* y *pena* (1), identificación por la cual todas las acciones dirigidas contra la injuria tienen carácter penal principalmente, por lo cual no se puede distinguir con facilidad qué injurias pertenecen á la materia del derecho privado y cuáles á la del

(1) V. los n. 1 y 2, texto y notas.

derecho penal público, necesario es indicar brevemente las fuentes de la ley moderna sobre la injuria extra-contractual, á fin de que el desarrollo histórico de la institución nos muestre su contenido actual.

El derecho griego concedía, contra el daño injuriosamente ocasionado, la *βλάβης δίκη* (1), y los textos que permiten reconstituir su mecanismo (2) demuestran que, á diferencia de otras muchas instituciones, ésta de la *injuria* había sido analizada con finura. Verdad es que aquí el daño es la razón de ser de la relación, que tiene por objeto la reparación, y en esto recuerda la concepción más antigua, que fijaba la injuria y la responsabilidad en el hecho del daño; pero si en este concepto sólo aparece la injuria objetiva, en la acción descrita entra en necesario concurso la subjetiva (3), distinguiéndose en ella la injuria voluntaria (condena *in duplum*) de la involuntaria (condena *in simplum*). Ciertamente, también esta acción tiene carácter penal principalmente (4), y aquí debe recordarse el carácter que la más antigua concepción jurídica daba á la obligación de resarcir; como el mero hecho del daño era *injuria*, el resarcimiento era pena, y ésta, que desde el principio era *vindicta privada* (5), constituía también el fin de la *βλάβη ἀνδραπήδων* y de la *βλάβη τετραπόδων*, por los daños ocasio-

(1) V. la nota dedicada al derecho griego en el n.º 1 de este tomo.

(2) V. especialmente Platner, ob. y lug. cit.; Meier u. Schömann (ed. Lipsius), ob. y lug. cit.; Gide, ob. y lug. cit.; Beauchet, ob. y lug. cit.

(3) ¿Siempre? La duda puede surgir de esto: que entre las fuentes se recuerda el pasaje de Aristófanes, *Avispas*, versos 1 386-1.410, donde se amenaza á un borracho con la *βλάβης δίκη* por haber tirado una canasta, estropeando el pan que contenía. V. Beauchet, ob. y lug. cit. La distinción recordada en el texto la sienta claramente Demóstenes, c. *Midia*, § 43, y Platon, *Las Leyes*, IX, 6. V. también los autores citados antes.

(4) V. los autores citados.

(5) Idem.

nados por personas ó animales que el responsable tuviera en custodia (1). Verdad es que la *βλάβη διὰ* se concedía también contra el daño ocasionado por vía de culpa contractual (2), con lo que se demuestra que aun no estaba bien separada la materia de la culpa contractual de la no contractual (3); pero las fuentes no prueban con seguridad que el acreedor perjudicado pudiese recurrir indiferentemente á tal defensa, ó bien á la derivada del contrato violado (4), y parece que el concurso de ambos medios fuera más bien subsidiario, á fin de conceder al ofendido la plena reintegración de su patrimonio perjudicado (5).

No obstante estos defectos, que se encuentran también en el idéntico desarrollo del derecho romano en materia de injuria privada, la *βλάβη διὰ* tuvo un contenido que respondía á su razón de ser mejor que la L. Aquilia. En ella inciden ya los conceptos que la jurisprudencia romana sentó por vía de interpretación extensiva de aquella ley, y que determinaron la *a. l. Aquiliae util.* y la *a. in factum l. Aquiliae accomodata* (6), y los que, con análisis continuo de la entidad de la injuria, aparecen en la elaboración de la *a. iniuriarum*. En la institución griega, la injuria apare-

(1) Especialmente en el caso de daño ocasionado por cosas ó animales, la acción tendía á que el propietario los entregase al ofendido, el cual ejercitaba sobre el animal ó sobre la cosa su vindicta privada. V. Ihering, mon. cit.; Meier u. Schömann (ed. Lipsius), ob. y lug. cit.; Beauchet, ob. y lug. cit., y las fuentes en ellos citadas.

(2) V. los autores citados antes.

(3) V. la nota tocante al derecho griego en el n. 1 de este tomo.

(4) Cons. Platner, ob. y l. cit.; Caillemer, ob. y l. cit.; y cfr. Meier u. Schömann, ob. y l. cit., y Beauchet, ob. y l. cit.

(5) V. la referencia hecha en el n. 2. Meier u. Schömann y Beauchet limitan el alcance de la *βλάβη διὰ* para el caso de culpa contractual, asegurando que las partes, al contratar, podían muy bien atender á sus propios intereses, y precaverse incluso con el uso de la cláusula penal; pero esta inducción no está justificada por las fuentes.

(6) V. los n. 5 y 6.

ce mejor determinada en sus caracteres fundamentales, y de aquí la posibilidad de su amplia aplicación; así es la *βλάβη διὰ* que se concede en las fuentes contra la usurpación de nombre (1); contra el que impidiera un asunto patrimonial ventajoso (2); contra el huésped por cuya culpa el hospedado hubiera sufrido hurto de sus valores (3); contra el que hubiere leído en el tribunal testimonio de persona ignorante, y que no consintiera en ello, exponiéndola al peligro de proceso por falso testimonio (4). En tanta amplitud del concepto de injuria, parece que para la *βλάβη διὰ* fuese verdadero el carácter que se ha atribuído á la *a. iniuriarum* del derecho romano, á saber: que donde hay lesión voluntaria del derecho siempre hay injuria, y que sólo donde la infracción da lugar á una relación especial es donde debe aplicarse la pena fijada para ello.

4. Por los fragmentos llegados á nosotros, no parece dudoso que en Roma las XII Tablas dispusieran, no sólo las formas especiales de *iniuria* previstas y reguladas expresamente, sino también la obligación de resarcir el daño injustamente acarreado: *rupitia sarcito* (5). Sobre la reconstrucción de esta ley, no son leves las dudas originadas en la lección común del lugar de las fuentes (6), donde se

(1) Meier u. Schömann (ed. Lipsius), ob. cit., p. 657, y pág. cit.

(2) Beauchet, ob. cit., IV, p. 389, y pág. cit.

(3) Meier u. Schömann (ed. Lipsius), ob. cit., p. 655, y f. cit.

(4) Meier u. Schömann (ed. Lipsius), ob. cit., p. 880.

(5) V. Bruns-Mommsen-Gradenwitz, *Fontes iuris romani antiqui* (VI ed., Freib., 1893), t. VIII, 5; Sell, *Die actio «de rupitiis sarcendis» der XII Tafeln und ihre Aufhebung durch d. L. Aquilia* (Bonn, 1877), cap. I, § I; Voigt, *D. XII Tafeln*, l. cit.; Cuq, *Instit. iur. d. Rom.* (Paris, 1891), p. 584 y sig.; Pernice, ob. cit., l. cit.; Kuntze, *D. Obligat.* (Leipz., 1886), p. 563. V. la mon. de Castellari (*Archivio giuridico*, XXII, 305 y sig.). V. las notas siguientes.

(6) Fest., v. *Rupitias*, y v. *Sarcito* en Bruns-Mommsen-Gradenwitz, cit.; P. Diacon., v. *Rupitia*.

expone el significado de las palabras *rupitias sarcito: rupitias (in) XII significat damnum dederit* (1).

El texto no tendría la voz *in* entre *rupitias* y *XII*, por donde el final *ias* que compone la palabra *rupitias*, se debería leer *in*, reconstruyéndose el texto de este modo: *rupit in XII significat damnum dederit*.

La declaración del texto se referiría, por consiguiente, á la ley que dispone sobre el caso del *membrum ruptum: si membrum rupit ni cum eo pacit, talio esto* (2); pero no se observa que, manteniendo al *rupit* el significado de *damnum dederit*, la ley hubiera irrogado para un daño cualquiera la pena del Talión, siendo así que para el caso del *os fractum* era tan sólo pecuniaria (3). Por otra parte, mal se entiende que pudiese darse el significado de «inferir daño» á un hecho castigado con la pena del «talio». La inconsecuencia sería patente (4).

Con otro argumento se puede demostrar mejor y más directamente que la voz declarada *damnum dederit* no fuera de la ley que dispone sobre el caso del *membrum ruptum*. En efecto: que *rupere* tuviese el significado amplio, general, de *damnum dare*, se infiere de lo dispuesto en la L. Aquilia: *quod usserit, fregerit, ruperit iniuria*, y esta ley, que había mudado el derecho antiguo de las XII Tablas sobre injurias (5), restringía tal innovación sólo á la penalidad (6). Se induce también del texto *RUPERE verbum omnes*

(1) Keil, *Rheinisch. Museum f. Philol.*, VI, 623; Mommsen, *ib.*, XV, 464; Schöll, en *ob. cit.*, p. 7, n. 1.

(2) Festo, s. v. *Talionis*.

(3) *Propter os vero fractum aut collisum CCC assium poena erat statuta, si libero os fractum erat; at si seruo CL.*; Gayo, III, 223.

(4) V. Pernice, *Zur Lehre von d. Sachsbeschädig.* cit. Einl., I, p. 3; Karlowa, *Der Römische Civilprocess 2, zeit der Legislationen* (Berlin. 1872), p. 118; Sell, *ob. y lug. cit.*; Castellari, *mon. cit.*; Voigt, *ob. cit.*, I, 721; Cuq, *ob. cit.*, p. 360.

(5) Ulpiano, Jr., § 13.

(6) Voigt, *ob. cit.*, II, 532.

*VETERES sit intellexerunt: CORRUPERIT*. Ahora, de los lugares (1) donde se conserva la disposición del *membrum ruptum* y del *os fractum*, se observa que, al ordenar la ley *si membrum rupit ni cum eo pacit, talio esto*, consideraba dos especies particulares de injuria (2) y sancionaba por la gravedad inherente una penalidad particular; y por lo mismo, no podía dar al *rupit* el contenido amplio de *damnum dare*, sino el restringido á las dos figuras determinadas por la *membri ruptio* y la *osis fractio*. Parece, pues, que el texto que explica la voz *rupit* da sólo el significado general, y no era preciso que se diese el especial restringido á la *ruptio* de un miembro, porque la relación entre los dos casos del *membrum ruptum* y del *os fractum a. collisum* indicaba claramente su entidad. Comparando estas dos formas especiales de daño, se comprende bien el significado de la locución *membrum RUPERE*, donde el *rupit* no tiene el valor genérico de *damnum dare*, sino el especial de lesión grave, pareciendo absurdo que la ley castigase con el talión el más pequeño daño (3). Y aun cuando se quiera referir el *rupit* del pasaje declarativo ahora examinado al *rupit* de las XII Tablas (*membri ruptio*), el daño contenido en la *ruptio* en general tiene, sin embargo, en este último caso, el significado especial que le da la gravedad particular de la lesión.

Esto sentado, no parece que la lección del pasaje declarativo sea *rupitias*, sino *rupit*. Del *rupere*, en general,

(1) Gayo, *lug. cit.*; Gellio, XX, I.

(2) Que estas dos figuras estuvieran contenidas en el concepto general de injuria, parece inducción justa de las fuentes: cons. y confr. Voigt, *ob. cit.*, II, 223. No importa objetar que la injuria exigía el concurso del *animus iniuriandi*, porque no consta así de los lugares conservados de las XII Tablas, y el hecho de que se debía responder del *membri ruptio* y del *osis fractio*, incluso en caso de imprudencia, prueba que, en general, el daño era, de por sí, razón de la responsabilidad. V. Ihering, *mon. cit.*; Pernice, *La-beo*, II, *lug. cit.*

(3) Cons. Voigt, *ob. y lug. cit.*; I, 27, § 17, cit.



á más de los dos casos *ruptio membri* y *osis fractio*, debían ocuparse las XII Tablas. Se puede observar, en efecto, que, considerado el significado de *rupere*, leyendo *rupitias* no se llega á cosa bastante clara de por sí, ni leyendo *rupit* se confundiría el valor especial con el general de esta locución. ¿Qué importa discutir en cuanto á la formación del sustantivo *rupitia* del verbo *rupere* (1), cuando éste significa *damnum dare*? Ciertamente de tal locución bien pudiera haberse valido el gramático para declarar el término recordado, si éste no hubiese sido *rupit*, sino *rupitias*; pero el tiempo en que la glosa emplea el verbo *dare* (*dederit*) hace presumir que la declaración se refiere á un verbo que probablemente tenía el mismo tiempo que el usado por el verbo de la locución explicativa, y que tal vez era *rupsit* (2). Ya se ha observado que la ley Aquilia, innovando á las XII Tablas en materia de *iniuria*, más que nada lo que hizo fué cambiar la pena; se puede suponer, por consiguiente, que donde los términos de esta ley son idénticos á los usados ciertamente por la ley antigua, había de reproducir las disposiciones de ésta. Ahora bien: el capítulo III de la L. Aquilia, donde se consideraba el daño injuriosamente causado (*rupitias*), parece que comenzaba de este modo: *si quis ruperit*...., y no sería conjetura infundada la de que tal debía ser también la dicción de la regla sancionada por las XII Tablas. Acaso, especializando mejor los diversos hechos contenidos primero en el *rupsit* (*ruperit*), la L. Aquilia añadiera las dos figuras del *fregerit* y del *ussedit* (3).

(1) Sell, ob. cit., § 2.

(2) Cons. Bruns-Mommsen-Gradenwitz, ob. cit., t. VIII, en n.º; Schöll, *Leg. XII Tabul. Reliq.*, nota en t. VIII, 2, p. 141.

(3) Cons. todavía sobre la locución *damnum dederit*, Sell, ob. cit., I, 53, y las observaciones de Castellari, ob. y lug. cit. Conf. Bruns-Mommsen-Gradenwitz, ob. y lug. cit. Voigt lee *rupitias* (ob. cit., I, p. 721, t. y n. 17, y II, p. 540, n. 17-18); pero al recons-

Pero cualquiera que sea de estas dos la lección que deba preferirse, y sin indagar la acción (1) que se concediera al ejercicio del derecho del ofendido á obtener la reparación del daño (*noxiam sarcire*), parece firme esto: que en las XII Tablas quedan muchas y notables huellas de la concepción antiquísima que atribuye carácter de delito á todo daño injustamente causado (injuria objetiva), y el de pena á la sanción opuesta á la ofensa. Ciertamente en algunos actos ilícitos especiales (hurtos, injuria) aparece la consideración subjetiva del *animus* del agente (2); pero no para adecuar la sanción al hecho (3), sino para diferenciar objetivamente cada una de las lesiones. Ciertamente también que, excepción hecha de algunos casos (4), el impúber, por incapacidad, estaba exento de pena; pero no lo es menos que estaba obligado siempre al resarcimiento del daño (*noxiam sarcire*) (5). Ciertamente, por fin, que la venganza, desaprisionada del sentimiento del ofendido, incide en los términos de la pena determinada por la ley; pero todavía permanece casi íntegra en algún caso (*talio*) (6). Defectos eran éstos que no era posible esquivar en un estudio tan imperfecto del derecho, y que, en parte, se compensaban por la distinción de los varios delitos privados, según la penalidad correspondiente. Frente á los delitos de injuria (en sus varias formas), hurto, corte de plantas, daños en las cosechas, castigados con pena, otros están considerados por la ley como suficientemente castigados con la obligación de reparar el daño en forma de *noxia*, ó

truir el fragmento que asigna á la tabla VII, en el XIII lugar, lee: *asi rupitias faxit vel alienum sercum, quadrupedemve pecudem acceslit noxiam sarcito*.

(1) Cons. Voigt, ob. cit., II, p. 541, n. 10 y sig.

(2) Cons. y efr. Pernice, ob. cit., II, p. 28, 103 y sig.

(3) V. la n. precedente.

(4) Cons. Voigt, ob. cit., I, 720; II, 542.

(5) V. la n. prec.; y v. Goldschmidt, en *Arch. f. Civilist. Pr.*, t. XXXIX, 440.

(6) En caso de la *membri ruptio*.

según la determinación del árbitro (1). No importa que en estos últimos hechos el elemento subjetivo estuviese completamente descuidado y que se tomase en consideración el daño (destrucción y deterioro: *rupitias?*), en cuanto dirigido á una cosa corporal (*rem rumpere, rem frangere*); ni tampoco importa que la prestación del resarcimiento se hiciese, por lo general, en natura (*noxia*), y que en los demás casos, y cuando tal modo de reparación no era posible, la ley no estableciera criterio alguno para la determinación del valor. Ya es un progreso la distinción descrita según la gravedad de los hechos y el haber ordenado el concepto de resarcimiento del modo que parecía corresponder mejor al daño injustamente ocasionado (2).

5. A los conceptos en que se informaban las disposiciones de las XII Tablas sobre delitos privados, y especialmente al *damnum iniuria datum* (*rupitias?*), dióles la L. Aquilia un desarrollo impuesto, no sólo por razones jurídicas, sino también políticas (3). Todo daño injustamente causado, cualquiera que fuera la forma en que se cometiera, cae bajo la sanción legislativa. El hecho dañoso que por sus caracteres no entrase en las clases especialmente consideradas y castigadas obligaba al agente, y esta disposición fué el punto de que partió el amplísimo desarrollo de la jurisprudencia clásica en cuanto á la injuria, siendo la fuente directa de la concepción moderna de esta culpa, que tomó de la L. Aquilia su nombre característico: «*AQUILIA enim omnes RUPTIONES quae damna dant, persequitur*» (4).

(1) V. los autores cit., y Cuq., ob. cit., p. 352 y sig.

(2) De este modo amplio de considerar el *daño* como razón constitutiva del delito privado especial, da fe el texto de Ulpiano, en l. 1, D. *ad L. Aq.* (IX, 2): «*Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit: sive duodecim tabulis, sive illa quae fuit....*»; donde parece explícita la afirmación en cuanto á las disposiciones contenidas en las XII Tablas sobre el *damnum iniuria datum*.

(3) Cuq., ob. cit., p. 586.

(4) L. 27, § 17, h. t.

6. La ley contenía tres capítulos (1). Los dos primeros, que se refieren, uno al caso de muerte de un siervo ó de un cuadrúpedo (2), y otro á la *acceptilatio* del *adstipulator* en fraude del acreedor estipulante (3), no nos interesan. Sólo es necesario advertir que el segundo, al pensar la ilícita disposición que el *adstipulator* hacía del crédito ajeno, consideraba ya al *derecho de crédito* como una *cosa*. En el tercer capítulo se ordenaba: «*Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos* (4) *si quis alteri damnum facit quod usserit, fregerit, ruperit iniuria, quanti ea res erit* (5) *in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.*»

Con toda su latitud, esta disposición llena el orden de las XII Tablas en cuanto al daño injustamente causado, y determina con toda claridad los elementos por los cuales el «hecho ilícito» que produce la responsabilidad del inju-

(1) Se duda que no fueran más de tres; pero v. Gayo, §§ 200, 210. El modo de referir Ulpiano el tercer cap. en la l. 27, § 5, D. *ad L. Aq.*, (IX, 2): «*ceterarum rerum...*», si se tiene presente que la ley se refería al *d. iniuria datum*, prueba que el tercer capítulo era el último. Pero esto no regiría, de adoptar la lección sostenida por Pernice (ob. cit., Einl. II) y aceptada por Castellari, ob. y lug. cit. V. también Cuq., ob. cit., p. 586, n. 3 en f.

(2) L. 2, pr. D. *ad L. Aq.* (IX, 2).

(3) Gayo, III, § 215, 216.

(4) L. 27, § 5, D. *ad L. Aq.* (IX, 2) cit.; Pernice (ob. cit., E., II) no cree que este inciso formase parte del texto genuino de la ley, y hace comenzar el tercer capítulo con la palabra *si quis*. Esta conjetura no nos parece buena. Se puede observar que, después de la disposición sobre el *adstipulator*, se debía relacionar la materia del tercer capítulo con la del primero, ligados ambos por el principio sobre el daño, referido, es cierto, al caso del *adstipulator* (véase más adelante), pero separado como figura distinta. Además, el pasaje que se quiere suprimir indica con mayor viveza la amplia extensión del tercer capítulo. El pasaje (§ 12, de la *Instituta* (IV, 3) relativo á este punto: «*capite tertio de omni cetero damno caretur*», sirve también para justificar la lección comúnmente acogida.

(5) *Quanti ea res fuit....?* Mommsen, en la edición de los Digestos (Berlín, 1898-1900, sobre esta ley); Cuq., ob. cit.

riante tiene los signos jurídicos que le especifican, de lo que se tratará, como lugar más oportuno, en las páginas siguientes, donde se describen los extremos jurídicos de cuyo concurso nace aquel hecho jurídico propiamente determinado como «ilícito», y no relacionándose con el derecho ofendido mediante relación contractual preexistente, que es precisamente la injuria extra-contractual (culpa aquiliana). Aquí bastará indicar el modo amplio de concebir el término fundamental del *daño*: porque si el significado de *rumpere* es en la L. Aquilia el mismo que se advierte en las disposiciones de las XII Tablas (*rupitias?*), con la locución *ceterarum rerum* se extiende la noción de la *injuria* y de la sanción legal contra ella á todo daño causado en una cosa materialmente y con injuria (1).

La *injuria* originaba, pues, la obligación (responsabilidad), nacida del *rumpere*; pero, tanto en la letra como en el espíritu de la ley, no todo daño en cualquier modo inferido era adecuado á esto. La locución *rumpere* muestra ya qué daño se sobreentendía, á saber: el del contacto directo del causante; el daño debía ser producido *corpore et corpori*.

(1) Gai., III, 217; l. 27, § 13, D. *ad l. Aq.* (IX, 2); v. también los §§ 46, 17, y la *l. 1.*, § 13 en f. (IV, 3). La extensión del c. III de la l. Aq. la da claramente la l. 29, § 6, D. *h. t.* Cons. Donell., ob. cit., *ad l. Aq.*, l. n. 3; Noodt, *de l. Aquil.*, c. II; Krause, *de l. Aquilia*, § 8; Suárez de Mendoza, *ad l. Aq.*, II, c. 2, n. 2; en Meermann, ob. cit., II; Glück, *Erläut.* cit., X, 365; Hasse, ob. cit., § 12; Pernice, *Zur Lehre v. d. Sachbeschädigungen n. röm. Recht.* cit., E., XII; Waechter, *Pandekten*, § 133; Vangerow, ob. cit., § 681, a. I; Windscheid, ob. cit., § 455; Baron, ob. cit., § 313; Wendt, ob. cit., § 277; Brinz, ob. cit., § 340; Dernburg, ob. cit., § 131; Schupfer, *Le obbligazioni in D. R.*, p. 479; Castéllari, mon. cit., n. 22. V. también los autores que se citan después, y en el texto, el límite de la extensión de este capítulo de la L. Aquilia.

Ya se ha advertido, y en esto hay un progreso manifiesto de la L. Aquilia sobre las XII Tablas, que en el capítulo II, relativo al acto ilícito del *adstipulator*, se da el hecho de *rumpere* (daño) en cosa incorporeal (derecho de crédito).

Era una materialidad mal avenida con la idea expresada en la ley en términos generales; pero, por otra parte, respondía á las concepciones restringidas nacidas de un análisis imperfecto de las relaciones jurídicas. Como quiera que los derechos sobre una cosa suponen la facultad de tenerla y sujetarla directamente (1), ni se puede formar la noción abstracta del «peso sobre la cosa», el daño en ella se restringía á los términos del deterioro *material*, derivado del contacto del cuerpo ofendido con el cuerpo del ofensor. En este contacto injustamente lesivo estaba la ofensa y la razón de la responsabilidad, como lo demuestra el antiguo concepto de la acción noxal para el daño ocasionado por un animal á cosa inanimada.

Comprendese, pues, cómo, por aparentemente amplia que parezca la injuria, según la L. Aquilia, se restringiera en el modo de concebir el daño, como también se comprende que el movimiento progresivo de la jurisprudencia supliera luego, por vía de interpretación, los defectos inherentes al límite que determinaba la noción del daño injusto. Existiendo la obligación de resarcir por causa de injusto suceso, cualquiera que fuere el modo de aparecer en el hecho, se extendió el alcance de la ley hasta incluir el perjuicio ocasionado á la cosa sin ejercitar sobre ella un acto físico (*corpore*), ó sin que se ofendiese á su materialidad física (*corpori*); figuras ambas (*si non corpore d. fuerit datum, neque corpus laesum fuerit*) que, no estando comprendidas en el texto de la ley, no podían producir á favor del ofendido la acción que directamente procedía de aquella. De aquí las dos acciones que demuestran la válida extensión dada al concepto del daño ilícito, á saber: la *a. utilis Aq.* y la *a. in factum L. Aq. accomod.* (2), relativas, respectivamente, á la primera y segunda de las hipótesis descritas.

(1) V. Chironi: *Priv. ed. ipot.* (Turín, 1893), I, cap. I. Cons. Voigt: *Ueb. d. Best. u. d. hist. Entwickl. d. servitutum* (Leipzig, 1874).

(2) Gayo, III, 219; l. 51, D. *de furt.* (LI, 52), § 16, *T. de l. Aq.* (IV, 3), 9, 11, § 1; 27, § 14, 21; 29, § 5, 7; 33, § 1; 49, pr. y 53, D.

7. La obra, continuamente progresiva, de la interpretación de la jurisprudencia, investigando, escrutando y notando con clásica transparencia los términos constitutivos de la entidad del «hecho ilícito» contractual y extra-contractual, dió á la noción del *damnum iniuria datum* la amplitud conforme á la razón jurídica de que procedía, á saber: como hecho de injusta lesión del derecho. Determinado así el contenido de la ofensa y la razón de la responsabilidad, advirtiéndose la importancia del hecho de omisión ante el derecho ofendido. Este modo de daño convirtiéndose en especie del hecho jurídico ilícito (1), y de este modo el mejor escrutinio del concepto de «ofensa» trajo la integración de la idea de *derecho*. Parece, á primera vista, que la ofensa sólo podría darse obrando en contra del mismo (hecho positivo), y que el no hacer (omisión) fuera facultativo en el omitente. La materialidad del concepto primitivo de la ofensa inducía la necesidad de un acto exterior que manifestara la violación del derecho (á saber: violación *corporal* de la *cosa* objeto del derecho); pero como se vió que también podía derivarse daño de la omisión, se completó la figura de la injuria, observando que el derecho puede obligar á no omitir, y, por consiguiente, á *hacer* (2). Así aparece completada la entidad

*ad l. Aq.* (IX, 2). Cons. especialmente la l. 11, *de praescript. verb.* (XIX, 5). En estos fragmentos aparece claramente distinguida la función de la *a. util.* y de la *a. in factum* (v. Molitor, ob. cit., l. 930); pero sobre el efecto de un criterio seguro para distinguir, v. Savigny, *Sist.*, cit., V, § 217, y Keller, *Pandekt.*, cit., § 356. Distingue, ampliando mucho la extensión de la *a. in factum*, Vangerow, ob. cit., § 681, *ann.* 1; pero su interpretación no está justificada, como tampoco la opinión de Mühlenbruch, *D. Lehre v. d. Cess.*, cit., § 15, que hace de la *a. in factum* una acción no penal distinta de la aquiliana. Sobre la *a. in factum accommodata l. Aq.*, v. § 16, I, *de leg. Aq.* (IV, 3), consúltense los autores y lugares citados, y v. Hasse, ob. cit., § 7; Löhr, ob. cit., § 15.

(1) Gai., III, 219, § 16, I, *de l. Aq.* (IV, 3); Mosaic. et Roman, II, coll., XII, 7, § 7; l. 8 pr.; 44, § 1; 45, D. *ad l. Aq.* (IX, 2).

(2) Vangerow, ob. cit., § 564.

del derecho, por el cual su titular puede recobrar contra las ofensas que le dañan; lesión contenida, ya en actos ó hechos positivos queridos dolosamente ó culposamente, ya en hechos negativos, calificados de ilícitos cuando el respeto del derecho impone al agente la obligación de hacer. Considerada así la violación del derecho, la *iniuria* y su valor jurídico en la institución de la *c. aquiliana* no se restringe sólo á los hechos positivos (*c. in faciendo*), sino que también la *c. in non faciendo* puede darle causa, lo que sucede cuando existe obligación á una acción, como término que en la relación corresponde al derecho (1).

Las fuentes esclarecen este concepto fundamental (2), del que aparecen los modos de violación que pueden ocasionar injusta ofensa. Lo mismo que en la *c. contractual*, también en la *aquiliana* el daño producido de no *hacer* causa injuria cuando el derecho impone el *hacer* como regla de conducta del injuriante. La distinción entre las dos figuras de *c. in faciendo* y de *c. in non faciendo*, á la manera que en materia de *c. contractual* no constituyen una diversa razón y grado de la responsabilidad, tampoco pueden reparar la culpa contractual de la *aquiliana*, como si ésta se determinara sólo de hecho positivo. Verdad es que cualquiera que fuese el modo de ser de la culpa (contractual ó *aquiliana*), primeramente tan sólo el hecho positivo constituía el daño posible; verdad que la ley *Aquila*, como no separaba las dos especies de culpa (contractual y extra-contractual), y como no subrogaba claramente el concepto de daño á la pena (dado el criterio del *quanti ea res erit* y no del que *interest*), dejó intacto este concepto primitivo; pero

(1) Cfr. Löhr, ob. cit., p. 81; Hasse, ob. cit., § 4; Arndts-Serafini, *Pandette*, § 324; Windscheid, ob. cit., § 455; Pernice, ob. cit., XIV; Molitor, *Les obligations en droit romain*, § 185; Schupfer, ob. cit., p. 477; Castellari, mon. cit., n. 43.

(2) Mosaic. et Rom., II, coll., XII, 7, 7; § 6, I *de l. Aq.* (IV, 3); l. 7, §§ 2, 3, 6, 8; 9, §§ 1, 2; 27, §§ 9, 10, 11, 12; 30, § 3; 49 pr., D. *ad l. Aq.* (IX, 2).

la jurisprudencia innovó estos puntos fundamentales de la teoría, afirmando, en cuanto á este último, que la omisión es siempre razón de responsabilidad tantas veces como la integridad del derecho á que se refiere (nazca ó no de contrato) es compatible con ella.

8. Pero se equivocaría el que tan sólo al trabajo de construcción delicadísima realizado sobre la ley Aquilia quisiese referir la larga obra de la jurisprudencia romana en cuanto á la institución de la injuria en su amplio significado de culpable ofensa del derecho ajeno. El concepto del daño y de la figura primitiva del *damnum corpore corpori dato* se podía extender, como se hizo, y ampliarlo hasta comprender el daño causado *corpore non corpori* y *non corpore corpori*, sin que por ello en la noción de la ofensa entraran todos los hechos que á la concepción integrada del derecho y á la delicadeza del sentimiento jurídico progresivo debían parecer y parecían formas de lesión injusta. El trabajo de la jurisprudencia sobre los escasos materiales ofrecidos por la ley Aquilia pudo determinar los elementos constitutivos del hecho ilícito, elevándose desde la simple noción del *daño* á la *ofensa contra el derecho*, y haciendo de éste una fuente especial de obligación, uniendo á la injuria objetiva la consideración subjetiva de la imputabilidad. Separando los conceptos de *pena* y *resarcimiento*, pudo señalar los límites en que la simple injuria objetiva es razón de relación, que tiene por objeto el reconocimiento del derecho ofendido, sometiendo de esta suerte la reparación del daño á la culpa (1); pudo también, no obstante, mantener el concurso de las dos acciones, separar la culpa contractual de la aquiliana; pero tan sólo con la elaboración de lo ordenado por la ley Aquilia no hubiera podido extender la noción de la injuria á los hechos en que no hay intención

(1) Cons. especialmente Ihering, en *d. Schuldmoment* cit., y en *d. A. iniuriarum*, cit.

de afirmar un derecho contra el derecho ajeno (1), y si sólo el de ultrajarlo por desprecio ó por despecho, sin cuidarse si del acto deriva ó no ventaja para el agente (2).

Esta nueva parte de la elaboración jurídica, que debía completar el análisis de la injuria y dar en toda su integridad la institución del «hecho ilícito» como fuente de obligación, realizóla la jurisprudencia sobre los términos de la antigua *a. iniuriarum*. La ley de las XII Tablas (3) contenía disposiciones sobre las injurias reales y verbales; pero el Edicto pretorio, innovando, si no los elementos constitutivos del derecho, el modo de la responsabilidad, sustituyó á esta organización la suya, que dejaba libre la *estimación* del juez en cuanto á la cantidad del *resarcimiento*, debido al ofendido por razón de pena (4); y de esta *a. iniuriarum* la jurisprudencia hizo una institución subsidiaria, por la cual, las ofensas que por su modo de ser respecto al derecho ofendido no podían excitar contra el agente la defensa propia de este último, se consideraron injuria contra la persona en calidad de sujeto del derecho á que el acto lesivo se refería. El derecho, pues, tuvo su plena garantía en el hecho de que la ofensa dirigida contra él se tuvo jurídicamente como *insulto* á la persona, y de este modo se pudo construir el concepto de injuria y el de resarcimiento en los casos en que hubiera faltado al ofendido la oportuna tutela.

De todo esto aparece que la *a. iniuriarum*, en la extensión que le dió la jurisprudencia, sólo podía ser subsidiaria (5), y tal aparece especialmente en las ofensas contra los derechos reales (6), porque en las relaciones de obligación,

(1) Ihering, *d. A. iniur.* cit., III.

(2) Ihering, mon. cit.

(3) V. los autores antes citados.

(4) Lenel, *D. Edict. perpet.*, cit., p. 231.

(5) Schweppe, *D. röm. Privatr.* (IV. Aufl. Götting, 1828-33), III, § 544; Ihering, mon. cit.

(6) Ihering, mon. cit.

el acreedor estaba garantizado suficientemente por la acción nacida del negocio, y, por otra parte, en la falta de cumplimiento, además de la *voluntariedad* del acto (necesaria para instituir la *a. iniuriarum*), entraba también la simple *culpa*. Pero semejante extensión no se representó con el nombre de *a. iniuriarum utilis*, como la culpa aquiliana, que partía del amplio contenido que estaba ya en la noción de injuria, como ofensa al derecho, tívose también como ofensa a la posición, al estado de la persona como sujeto de aquél. Lesionar el derecho, sin que la ofensa repercuta en la persona con que se relaciona, no pareció posible. De esta suerte, toda ofensa al derecho se tuvo por injuria en el sentido de *ofensa a la personalidad*, que es el contenido de la *a. iniuriarum* (1); si bien no se quiere decir con esto que esta acción tuviese carácter de defensa general (2), porque el sistema legal, clasificando y determinando las relaciones jurídicas concretas, y proveyéndolas de defensa, había ya considerado y valuado especialmente la injuria posible, por lo cual la misma *a. iniuriarum* se refería a un modo particular de injuria lesivo de la persona en vía directa, inmediata. El trabajo de la jurisprudencia redujose así a referir a este modo especial las ofensas hechas a relaciones jurídicas determinadas que, por razones técnicas, escapaban a la acción de los medios particulares dados para protegerlas (3).

Con la elaboración realizada sobre esta institución, los conceptos de injuria y responsabilidad consiguiente tuvieron completa integración.

8 bis. De las fuentes del derecho germano en su estado anterior a la influencia que la ley romana ejerció en él,

(1) Sintenis, ob. cit., II, § 144; Ihering, mon. cit.

(2) Cfr. Windscheid, ob. cit., § 472.

(3) La construcción propuesta en el texto concilia así lo que de muy extenso aparecería en el concepto que Windscheid da de la *a. iniuriarum*, y las restricciones de que, por el contrario, la rodea Ihering en la mon. cit. Cons. Pernice, *Labes*, cit., lug. cit.

resulta que la ofensa injusta no estuvo considerada y regulada de otro modo que lo estuvo en el derecho griego y romano de la época más antigua. El daño causado era por sí mismo razón de responsabilidad para el causante en forma de venganza y composición; y más tarde, mitigadas las costumbres y refrenada la defensa privada, intervino el poder social, obligando a la composición, cuya entidad fijaba en casos determinados. Desconocíase, en cambio, el concepto de *culpa* del injuriante, no menos que toda relación de medida entre la ofensa y la indemnización. Toda ofensa era *crimen*, en el que sólo aparecía el daño inferido a la persona; y toda vez que obligaba al ofensor a la composición, era motivo, si no fuente, de una relación de obligación entre particulares. No otro es el concepto en que se informa la responsabilidad por hechos cometidos por personas ó cosas que se encuentran en poder ajeno; el responsable es tal por razón del poder que tiene, y no en virtud de ninguna presunción de culpa que determine su obligación de componer el daño, como si su derecho respecto a la persona ó a la cosa ocasión de la injuria expusiera su propia persona en calidad de perjudicante (1).

De todo esto se hablará con mayor atención más adelante. Ahora basta advertir que, según las fuentes, toda injuria objetiva, toda ofensa, es por sí injuria, en el sentido de hecho jurídico causante de responsabilidad, sin que exista huella alguna de la *culpa* (injuria subjetiva) como elemento esencial para la constitución de la relación obligato-

(1) V. L. Sal., 24, § 5; L. Sajona, 54, 56, 58, 59; L. Frisona, *add.* III, 69; Ed. de Rotario, 387; *Sachsenspieg.* II, 65, § 1; III, 3 V. Gesber, ob. cit., § 165; Gengler, ob. cit., §§ 129, 131; Hepp, *D. Zurechn. a. d. Geb. d. Civilr.* (Tüb., 1838), p. 121 y sig.; Wilda, *D. Strafr. d. German.* (Halle, 1842), p. 544 y sig.; Beseler, ob. cit., § 119; Stobbe, ob. cit., III, § 200, 3, t. y n.; Amira, *Nordgerm. obligationenr.* (Leipz., 1882 1896), I, § 58; II, § 11; Pertile, *Storia del dir. ital.* (II ed.), V, p. 1 y sig. V. Emminghaus, en *Arch. f. p. R.*, VIII, 39 y sig.

ria. La presencia del nuevo término descubre la influencia de la doctrina romana (1), por cuya virtud la responsabilidad derivada de hecho ilícito queda profundamente cambiada. Este desarrollo se advierte también en el derecho franco (2); si bien, á decir verdad, sería menester indagar si quedó huella profunda de la antigua concepción en la nueva, afirmada en el *daño injusto*, considerado de por sí *hecho culposo*; ó si esta señal deriva directamente, no del desarrollo que la noción de la *injuria* tuvo en el derecho bárbaro, sino del que le dió la jurisprudencia romana sobre los términos de la L. Aquilia (3). Pero de esto se hablará en su lugar.

8 trip. El concepto que en el derecho moderno informa el sistema legal en cuanto á la responsabilidad extra-contractual es que la doctrina romana fijó por vía de interpretación sobre los términos de la L. Aquilia y de la *iniuriarum*: el concurso del elemento objetivo de la *injuria* y del subjetivo (*culpa, imputabilidad de la ofensa*) se reputa esencial, á fin de que la completa tutela del derecho se manifieste con la *responsabilidad* del injuriante (4).

(1) Así, en el *Livre de iostice et plet* (Par., 1850); L. 27, c. 24, XXI, se dice: *nul ne doit estre puniz sans colpe*; y en el l. 10, c. 13, X: *nul ne doit perdre sa droiture sans colpe*.

(2) L. Borgoñona, 72. V. los autores antes citados, y especialmente Stobbe, ob. y lug. cit.

(3) L. 31, D. *ad l. Aq.* (IX, 2): *iniuria damnum... non iure datum id est culpa*.

(4) Cód. civ. it., arts. 1.151, 1.152; Cód. fr., arts. 1.382, 1.383; Código civ. german., § 823; Cód. civ. austr., arts. 1.293, 1.294; Código feder. suizo de las obligaciones, § 50; Cód. civ. esp., art. 1.902; Cód. civ. port., art. 2.361 y sig.; v. Blackstone, *Commentaires s. les lois anglaises* (tr. fr. Paris, 1823), IV, libro III, cap. I, y 8; Broom, *Commentaries on the common Law* (Lond., 1880), p. 651 y sig.; Swet, *A Dictionary of English Laws* (Lond., 1882), v° *tort*; Pavitt, *Le droit angl. codifié* (Par., 1885), p. 93; Glasson, *Hist. du dr. et d. instit. polít. civil. et jud. de l'Angleterre* (Par., 1882-83), IV, § 296; Nasmith,

Esta es la regla. No importa luego que la ley ordene, á veces, indemnizar el daño aun no siendo derivado de culpa, obligando de este modo, más que á responder de un hecho ilícito, á *garantizar* contra determinados accidentes perjudiciales (*garantía*), y que haga esto por vía de providencia de razón social (leyes sobre accidentes del trabajo), ó por la eficacia que, en especiales casos, atribuye á la mera injuria objetiva (daño causado por personas imputables, daño ocasionado por cosas ó animales). Como tampoco importa si la ley obliga á veces, aun cuando no existan siquiera los términos de la injuria objetiva, sino tan sólo peligro de ella. Si razones particulares pueden justificar estas medidas (y la construcción que se propondrá en seguida mostrará de qué modo entran también en la concepción general de la culpa), la regla fundamental no muda: *no hay responsabilidad (verdadera) sin injuria, ni injuria que pueda motivarla sin culpa* (1).

*The Institutes of English Private-Law* (Lond., 1885), I, cap. 6, tit. 26; Bouvier, *A Law Dictionary adapted to the Constitutions and Laws of the Unit. States of America* (Philad., 1882), v° *tort*; Holmes, *The Common Law* (Lond., 1883), l. 3; Pollock, *The Law of Torts* (IV ed.), ch. 1; Stephens-Garratt, *The Law of Nuisances* (Lond., 1897), ch. 1; Cód. civ. de Bolivia, arts. 1.341, 1.342; Cód. civ. de Haití, arts. 1.168, 1.169; Cód. civ. de la Luisiana, arts. 2.294, 2.295; Cód. civ. del Bajo Canadá, art. 1.052; Cód. civ. de Guatemala, art. 2.276; Cód. civ. del Uruguay, art. 1.280; Cód. civ. de Méjico (1871), art. 1.574, 2°; Cód. civ. de Chile, art. 2.314; Cód. civ. de la Rep. Argentina (1883), arts. 1.077, 1.199; Cód. civ. del Japón (28 Abril 1896), tr. Motono y Tomii (Par., 1898), art. 709.

(1) La investigación toca á un punto fundamental para la construcción del sistema: el daño injustamente causado, ¿es de por sí culpa, y tiene en sí la presunción de tal? V. el cap. sig.

§ II

La culpa aquiliana en el derecho moderno.

SUMARIO: 9. Contenido del término «culpa aquiliana». — 10. Más sobre la unidad de la culpa. *Injuria*. — 11. Dolo y culpa en los contratos: delito y cuasi delito (culpa extra-contractual). — 12-12 bis. Si esta distinción está formulada en la ley positiva y de qué manera. Teoría de los autores. Crítica. — 13. Continuación. — 14. Teoría que se propone. — 15. Entidad jurídica de la culpa aquiliana y caracteres que la distinguen de la contractual. — 16. La existencia de estos caracteres no contradice el principio de que sea único el concepto de la culpa. — 17. Sobre la posibilidad del concurso de las dos especies de culpa, contractual y aquiliana. Teoría de los autores. Crítica. — 18. Teoría que se propone.

9. A la manera que con el término «culpa contractual» se quiere significar el hecho jurídico del incumplimiento de una obligación contractual (ó cuasi contractual), comprendiendo la inejecución de por sí y el elemento subjetivo de la imputabilidad, así la *culpa aquiliana* designa toda acción ú omisión imputable que, violando el derecho ajeno, sin ser por esto incumplimiento de obligación contractual preexistente, excita la reacción del sistema objetivo creado para la defensa del derecho ofendido, reacción que se revela y manifiesta con la acción de responsabilidad (y por lo mismo de resarcimiento) contra el autor de la injuria.

Mucha es, pues, la amplitud de este término, que por sí solo designa toda la institución del hecho ilícito, como fuente especial de obligación (1); si bien la *culpa*, considerada en su significado propio y estricto, sea sólo uno de los elementos que crean la relación, á saber: la parte subjetiva de la injuria. La historia de la institución enseña ya la

(1) De la injuria objetiva y de la garantía sin injuria (injuria subjetiva, ó bien sin ninguna injuria) se hablará luego particularmente.

sinonimia de las voces «injuria» y «culpa»; pero además hay otra razón justificante de esto en la entidad de la culpa y en la relación en que está con los demás elementos de donde resulta el hecho ilícito. La culpa, como defecto *imputable* de la diligencia impuesta al agente, determina la violación, con efecto jurídico, del derecho ajeno, siendo la razón principal por la cual el hecho ilícito es hecho jurídico (1): por eso esta violación injusta es propiamente injuria, es negligencia punible (2); de este modo, el elemento de la culpa hace suponer necesariamente, cuando no los comprende, los demás términos que constituyen el hecho ilícito; y hasta parece, estudiándola con relación á ellos, que se la debe asignar una especie de predominio, derivado de que expresa la imputabilidad de la injuria; y si bien la injuria objetiva es elemento esencial para la existencia del acto ilícito como hecho jurídico, una vez que se piensa que muy bien puede haber injuria (objetiva) sin culpa, pero no hecho ilícito generador de responsabilidad, si á la injuria objetiva no se añade la subjetiva, parecerá justificada esta mayor entidad de la culpa: por donde la voz «culpa» se usó y se usa aún para significar «injuria» (objetiva y subjetiva). Cuando no á tal predominio, ciertamente á la necesidad absoluta de que este elemento subjetivo determine el hecho ilícito, es á lo que ha querido aludir la ley cuando (condición correspondiente en su amplitud á la intensidad determinada por el concepto que expresa) ordena la responsabilidad por causa de acto ilícito: «Cualquiera hecho del hombre que dañe á otros, obliga á aquel por culpa del cual sucedió al resarcimiento del daño» (3); el hecho en cuanto culposo, la culpa, pues, es lo que da

(1) V. la parte I, cap. I.

(2) Hasta se puede decir que la amplitud del término denota la reacción contra la concepción antigua, que resumía la injuria posible en el solo hecho dañoso.

(3) Art. 1.151 Cód. civ. italiano; 1.382 Cód. civ. francés.



nacimiento, como relación jurídica especial, á la obligación de responder (resarcimiento); y si bien el conjunto de las disposiciones sobre este punto lleva el título de las dos formas jurídicas especiales que el acto ilícito asume (delitos y cuasi delitos), la voz «culpa», que por regla general en su valor propio se refiere á la segunda (cuasi delito), significa en la posición de principio general el elemento subjetivo, la imputabilidad; y así, en su más amplio valor, comprende el *dolo* y la *simple negligencia* (1), refiriéndose á toda desviación, querida ó no, de la regla de conducta impuesta hacia el derecho ajeno.

La doctrina pone justamente de relieve este concepto fundamental de la institución, advirtiendo que la voz «culpa», en la disposición recordada, es característica saliente del hecho ilícito; ó de otro modo, que la virtud de la regla no se contiene en la expresión «cualquier hecho», sino en la de «culpa», que, limitando la amplitud de la palabra «cualquiera», designa los hechos ilícitos que dan lugar á responsabilidad.

10. Para evitar dudas que puedan surgir de esta construcción, y que se discutirán y eliminarán luego, preciso es considerar que si la simple injuria en su materialidad ó el solo evento dañoso no contienen la culpa, ésta, como puro elemento subjetivo, no determina jurídicamente la figura del hecho ilícito. Por reprochable que sea la infracción de las reglas impuestas á la conducta, no basta por sí sola para constituir la ilicitud: la intención de obrar contra tal regla, ó el defecto de diligencia en su cumplimiento, podrán constituir razón de censura contra el agente; pero

(1) V. especialmente: Colmet de Santerre, ob. cit. (2.ª ed.), V, n. 364 y 364 bis 1. Cons. Marcadé, ob. cit., arts. 1.382-83, n. 1-11; Demolombe, ob. cit. (XXXI, 6), VIII, n. 468; Laurent, ob. cit., XX, 384; Stabel, ob. cit., § 150; Dreyer, ob. cit., § 388; Giorgi, ob. cit., V, n. 149.

esta capacidad de ofender es consideración puramente subjetiva, que no da lugar al hecho jurídico determinante de la responsabilidad. Verdad es, según se ha dicho, que el concurso de este término subjetivo es la característica de la *ilicitud* del hecho; de aquí el significado amplio que la ley moderna da á la palabra «culpa» cuando fija la regla de la responsabilidad por delito y cuasi delito, representando en ella la imputabilidad; de aquí también la exactitud del principio que sirve de fundamento á la teoría, á saber: la unidad de concepto en las dos formas de culpa contractual y culpa extra-contractual.

Inútil es ya insistir sobre esto, puesto que se ha demostrado suficientemente que la culpa da fundamento y título á una obligación especial que tiene objeto propio determinado en la responsabilidad de resarcir el daño. En su valor genérico, es lesión ilícita del derecho ajeno, acto ú omisión *contra ius iniuria* (en el sentido derivado del concurso de los dos elementos, subjetivo y objetivo): *generaliter «iniuria» dicitur omne, quod non iure fit (1): quod non iure factum est, hoc est contra ius (2)*.

Dada la equivalencia del término culpa y el de injuria, se entiende la existencia de la obligación especial que la culpa engendra, porque ya ocurra la injuria en el cumplimiento de una obligación determinada ó independientemente de ella, la acción ó la omisión son siempre *contra ius*: ó se lesiona el derecho del acreedor concretado en la obligación, ó se ofende un derecho que, como tal, está garantizado á su titular por la organización jurídica: de donde la responsabilidad y el resarcimiento. En ambos casos, el derecho (nazca ó no de obligación) está protegido por la ley, y la obligación que deriva de la violación culposa del mismo es uno de sus modos de defensa. Hé aquí por

(1) Pr. I. de iniur. (IV, 4).

(2) L. 5, § 1, D. ad l. Aq. (IX, 2). V. l. 1, pr. D. de iniur. et fam. libel. (XLVII, 10).

qué no parece muy correcto el restringir á la culpa aquiliana el apelativo de «obligación nacida de hecho ilícito», como si designara una figura íntimamente separada de la culpa contractual. También esto es hecho ilícito del obligado, el cual, violando la ley de la obligación que le compromete, ofende el derecho resultante. En ambos casos domina el mismo concepto informador de la ilegitimidad, la injuria, si bien de distinto modo, por el diverso medio en que el derecho se mueve (1).

11. Supuesto que el término «culpa», considerado en su valor genérico, tanto quiere decir como acto ilícito ó injuria, con lo que expresa una relación en la que concurren el elemento objetivo de la *ilicitud* y el subjetivo de la *mala conducta imputable*; y como esta conducta, jurídicamente reprochable, puede contener la *voluntad de ofender*, ó sólo la negligencia en el comportamiento, según requiriría el respeto al derecho ajeno, esto supuesto, la voz «culpa», en cuanto expresa en general este comportamiento defectuoso, comprende las dos figuras que el acto ilícito puede asumir, según el grado especial en que este comportamiento ha concurrido para determinarle; por donde si de este modo de intervenir el elemento subjetivo, la voluntad dirigida á injuriar da el contenido propio al dolo, la «culpa», que en su significado general, amplio, le comprende, es después materia y término apelativo del modo opuesto; es también *negligencia, culpa*, en su valor restringido y rigurosamente técnico.

En contraposición al *dolo* (acción ú omisión *dolosa*;

(1) El Cód. cid. civ. de Méjico, en el tit. III, cap. IV, art. 1.554 y siguientes, regula la responsabilidad cid. civ. en relación con la culpa contractual y la extra-contractual. El Cód. civ. alemán, § 249, tiene también una disposición general sobre lo debido por indemnización. Cons. Planck, ob. cit., sobre este §; Crome, *Syst. d. d. B. R.*, I (Tub., 1900), § 107.

acción *culposa*), este contenido particular es la característica de la culpa, bien sea contractual ó extra-contractual. El concepto de la institución, según se ha dicho, es idéntico, no obstante el medio jurídico en que se manifiesta, y en todo caso supone «omisión de diligencia» (1); es «lesión inferida injustamente sin voluntad dirigida á causarla», consecuencia ilícita, aunque no querida, de un hecho (positivo ó negativo) lícito de por sí. Y á la manera que en la injuria contractual la distinción entre el dolo y la culpa nace del defecto ó la existencia del ánimo de ofender con el incumplimiento de la obligación, según los términos en que se hallaba constituida (2), así en la injuria extra-contractual la separación entre los dos estados en que se exterioriza la conducta del agente está determinada y puesta por la ley, que, según tal condición subjetiva, distingue en el hecho ilícito las dos figuras de *delito* y *cuasi delito*.

De la exactitud de esta terminología ante las fuentes, cuando se quiere apreciar su contenido en relación con la división de la ley romana entre *obl. ex delicto* y *obl. quasi ex delicto*, se podría discutir ciertamente. Pero sin buscar ahora las razones que justifiquen esta diferencia, y si reposa ésta sobre la diversa actitud de la conducta individual respecto á la injuria, ó sobre la responsabilidad por culpa propia ó por la ofensa producida por hecho ajeno de animales ó cosas en poder del responsable, ó si descansa, en cambio, sobre el modo de aplicar el concepto de *pena* á las dos figuras de hecho ilícito, lo cierto es que en las fuentes de las leyes modernas la separación del delito y el cuasi delito se ha referido á la primera de estas declaraciones, aunque repug-

(1) V. la primera parte de este estudio: «Culpa contractual», cap. I: Ant. cit. en nota, así la l. 5, § 4, D. *ad l. Aq.* (IX, 2): «*igitur iniuriam hic damnum accipimus culpa datum, etiam ab eo qui nocere noluit*». V. la n. últ. al n. 11.

(2) V. la parte I, *Culpa contractual*, lug. cit. Cód. civ., artículos 1.224 y 1.229.

ne á la doctrina romanística reciente (1). Con este fundamento y significado, las dos figuras han sido acogidas en el derecho italiano, señalando las dos maneras generales de causar injuria extra-contractual, según la varia condición subjetiva del agente.

Pero de esto se hablará en seguida. Ahora es preciso advertir cómo, contradiciendo al sistema objetivo y á su razón de ser histórica y jurídica, se ha querido dar nota de poca oportunidad á la distinción referida. Se dice que la ciencia no la conoce, y que no sabe hacerla la ley, y que carece de práctica importancia, por ser idénticas las consecuencias del hecho ilícito, delito ó cuasi delito (2). Todo esto es muy inexacto. La ciencia, ¿no conoce la distinción entre delito y cuasi delito, cuando la doctrina anterior á la ley francesa y los trabajos preparatorios ponen de relieve su significado? La ley, ¿no sabe hacerla, cuando su sistema sobre el «hecho ilícito extra-contractual» está fundado sobre ella, y si su terminología parece oscura es porque no se advierte la relación en que la palabra «culpa» de la regla moderna está con la voz «culpa» de las fuentes? Por último, nada significa la observación sacada de la práctica, la cual no puede trastornar los principios cuando no tienen vicio intrínseco de error. Tan es así, que de admitir la corrección de la crítica, se debería también reputar inútil la distinción entre dolo y culpa, desde el momento en que sus consecuencias son iguales al resarcimiento en la injuria extra-contractual.

Práctica y teoría distinguen estas dos figuras de la culpa en general: *delito* y *cuasi delito*, y no se deben confundir instituciones tan diversas, alegando la identidad de las consecuencias; defecto mucho más grave en aquellas teorías que, con violación cierta de la ley, consienten al juez un amplio poder de apreciación, á fin de distinguir cuándo

(1) Cód. civ., l. 3, tit. IV, c. 1, sec. 3.

(2) Giorgi, ob. y vol. cit., n. 139.

la diligencia se puede considerar excusable. De esta suerte, los dos conceptos llegan á una contradicción manifiesta, porque prácticamente se mantiene la distinción que, elevada á razón teórica de la ley, se querría eliminar como inútil (1).

12. Cuanto á la idea de la ley al separar las dos figuras

(1) El razonamiento tiende á demostrar que la terminología responde á una diferencia sustancial entre las dos instituciones. La ley federal suiza de las obligaciones, es verdad que pone como epigrafe del tit. I, cap. II, *De los actos ilícitos*, pero en el art. 50 dispone: «Todos están obligados á reparar el daño causado con actos ilícitos, voluntariamente, por negligencia ó imprudencia.» El Código civ. austriaco, art. 1.294, está también concebido de esta suerte: «El daño injusto se causa voluntaria ó involuntariamente.... Llámense culpa el uno y el otro.» V. aplicaciones y explicaciones en Rhiel, *Das allgemeine bürgerl. Gesetzb.* (Viena, 1879-1880), sobre el § 1.294; Stubenrauch, ob. cit., id. El Cód. civ. alemán ha tomado la terminología de delito y cuasi delito (§ 823); pero informa su sistema en la distinción fundamental del dolo y la culpa. V. Plank, *D. Bürg. G. B.*, cit., sobre estos §§; Listz, mon. cit.; Endemann, *Einf. i. d. Stud. d. B. G. B.* (Berlín, 1901), l. 86; Cosack, *Lehrh. d. d. bürg. R.* (Jena, 1898-1900), § 71; Eneccerus u. Lehmann, *D. bürg. R.* (Mart., 1900), § 116 y sig.; y Linckelmann, *D. Schadensatz pfl. a. cenerlaubi. Handl.* (Berlín, 1898). El Cód. civ. español, lib. IV, cap. II (?), pone también como fuente de obligación el hecho derivado de «culpa ó negligencia». El Cód. de la Argentina, lib. II, sec. II, tiene un tit. II de «dos actos ilícitos», distinguiéndolos en delito, que define en el art. 1.072, y cuasi delito, definido en el 1.109; el Cód. civ. del Uruguay, lib. IV, cap. II, sec. II, trata de los *delitos y cuasi delitos*; el Cód. civ. de Guatemala, lib. III, tit. IX, § 5, trata de los *cuasi delitos*; el Cód. civ. de Chile, lib. IV, tit. XXXV, de los *delitos y cuasi delitos*; el Cód. civ. del Bajo Canadá, titula el c. 3.º del tit. III, de los *delitos y cuasi delitos*; el Cód. civ. japonés, lib. II, parte II, cap. I, sec. III, trata de los *daños injustos ó de delitos y cuasi delitos*; v. Bouvée, *A Law Dictionary*, cit., vº *quasi delict*. Cuanto á la doctrina inglesa sobre la distinción entre *delito y cuasi delito*, v. Glasson, ob. y l. cit.; Pavitt, ob. y p. cit.; cfr. Swet, *A Dictionary* cit., vº *quasi tort*; v. la n. 1, p. 23; Pollock, ob. cit., p. 18 y sig.

de delito y cuasi delito, hay incertidumbre en la doctrina (1), pero sólo leve momento, pues hay acuerdo en el punto que parece fundamental en la investigación de que mueve la controversia señalada.

Adviértese, en efecto, que los caracteres diferenciales, dados á las dos instituciones jurídicas en que se expresa el «hecho ilícito no contractual», demuestran que las expresiones empleadas para designarlas (*delito y cuasi delito*) no responden á las fuentes de obligación, recibidas con igual nombre por la jurisprudencia romana, sino á la doctrina declarativa que prevaleció en este punto en la jurisprudencia francesa anterior á la codificación. Observación ociosa y no exacta. Ante todo, no hay que olvidar la teoría que atribuye la diferencia entre la *obl. ex-delicto* y la *obl. q. ex-delicto* de la ley romana á la consideración del elemento subjetivo. Después de lo cual, aun siendo equivocada esta construcción, no es menos cierto que estaba admitida por la doctrina anterior á la codificación (2), y que por esto, asignada á las *obligationes q. ex-delicto*, como característica suya, la falta de voluntad encaminada á injuriar (*dolo*), ocurrió la confusión entre la figura de la *obl. q. ex-delicto* y las disposiciones atinentes á la ley Aquilia, donde el término «culpa» se emplea en su sentido técnico de falta de diligencia, de injuria, dada su intención de dañar (3). ¿Qué importa si la doctrina moderna argumenta de la necesidad de impedir tal inmixción de conceptos, de figuras distintas para afirmar que la nueva culpa no puede ser razón diferencial de la *obl. q. ex-delicto*? Así lo concibió la teoría que informa á la ley moderna; por donde la c. aquiliana es considerada como cuasi delito que designa la injuria cul-

(1) Aubry y Rau, *Cours de dr. civ. fr.*, IV, § 444, n. 9; Demolombe, ob. cit., vol. cit., nn. 451-452.  
(2) Cfr. Cujaci, *Notae et sch.*, en t. IV, *Instit.*, t. V (*Opera omnia*, II, ed. cit.), c. 293, sch. 1.  
(3) V. n. 14 y sus notas.

posa ocasionada fuera de contrato, á la que se extendieron los conceptos que, según las fuentes, eran propios de la c. aquiliana. Tal es la noción del cuasi delito en oposición al delito, cuyo contenido subjetivo es la *malicia*, mientras el de aquél consiste en la negligencia imputable (1). Desde la doctrina, esta distinción pasó á los trabajos preparatorios de la ley francesa (2); después á esta ley, y más tarde á la italiana, disponiendo ambas que «cualquier hecho del hombre que produce daño á otros, obliga á aquel por culpa del cual ocurrió á resarcir el daño» (3), y que «cada cual es responsable del daño que ocasiona, no sólo por hecho propio, sino por propia negligencia ó imprudencia» (4).

Algunas teorías que, en relación á este sistema, construyen la noción del hecho ilícito fuera de contrato, aun admitiendo, si bien con una indagación incompleta, que la distinción entre delito y cuasi delito se acoge con el significado descrito en las disposiciones legislativas referidas, acusan de grave inexactitud la redacción de éstas. Observan los fautores de estas teorías que en el texto de la ley está mal contrapuesta la expresión de hecho *propio* á la de *negligencia é imprudencia*, porque al hecho *propio* lo que se opone es el hecho *ajeno*, como á la *negligencia é imprudencia* se opone el *dolo*; de donde resulta que con el término hecho *propio* se ha querido significar más bien el hecho *positivo* opuesto á la *omisión*, contenida en la *negligencia é imprudencia* (5).

(1) Pothier, *Tr. d. obligations*, cit., n. 118.  
(2) *Exposé d. motifs* p. Treilhard (q. pl. a. XII, en Loaré, *Lég. civ.*, n. 9); *Rapport au Tribunal* p. Bertrand de Greville (16 pl., a. XII) en Loaré, ob. y l. cit. V. Tarrible, *Disc. au C. législatif* (19 pl., a. XII) en Loaré, l. cit.  
(3) Cód. civ., art. 1.151 cit.  
(4) Cód. civ., art. 1.152 cit.  
(5) Cons. especialmente Marcadé, ob. y lug. cit.: Aubry y Rau, ob. cit., § 318, n. 4 en f.; Giorgi, ob. y lug. cit.

Peca de ligera tal crítica. Si hecho *propio* significa hecho de acción, ¿de qué modo no responde con corrección á los términos siguientes que contendrían un contenido diverso que contraponerle? La acción culposa propia (de la mala fe del representante la ley dispone en seguida) se opone á la omisión (negligencia, imprudencia) propia, y la ley había expresado con esto correctamente el concepto de que el elemento objetivo de la injuria puede consistir en un hecho positivo, ó bien en un hecho negativo. No es, pues, como se quiere suponer, que la ley designe con la palabra *propio*, añadida á la de *hecho*, la acción opuesta á la omisión ilícita; la voz *hecho* tiene ya de por sí tal contenido, sin que fuera preciso ningún calificativo, tanto más puesta en relación con los demás términos que significan el *no hecho*.

Ni siquiera vale la crítica promovida á la redacción de la ley, cuando poniendo *hecho propio* en oposición á *hecho ajeno*, á éste, y no á los términos de *negligencia é imprudencia*, debía referirlo. ¿Cómo no se advierte que la palabra *propio*, añadida á *hecho*, corresponde á la voz *propia* que precede á *negligencia é imprudencia*, y no se infiere que la ley opone *hecho propio* á *propia negligencia é imprudencia*? El calificativo *propio* es común, por consiguiente, á los dos términos, por lo que el *hecho* queda como acción, que es el concepto opuesto á *negligencia*, como omisión; y *hecho propio*, como *negligencia é imprudencia propia*, son términos opuestos á *hecho é negligencia é imprudencia ajena*, hipótesis de que la ley dispone antes (1).

12 bis. Se obtiene, pues, el resultado de que la distinción entre delito y cuasi delito, admitida por la ley en el tí-

(1) Cons. Toullier, ob. cit., XII, 113; Duranton, ob. cit., XIII, 699; Proudhon, *Tr. du dr. d'usufruit* cit., III, 1481-2; Larombière, ob. cit., V, s. art. 1.382-83, n. 3; Marcadé, op. cit., art. 1.382-83, n. 1-111; Sourdat, ob. cit., I, n. 622; Aubry y Rau, ob. cit., §§ 443-46; Laurent, ob. cit., XX, 384; Demolombe, ob. cit., VIII, n. 451 y sig.; Colmet de Santerre, ob. cit., V, 364 bis, IV; Hue, ob. cit., VIII, 402; Ricci, ob. cit., VI, 84. V. también Giorgi, ob. y l. cit.

tulo en que se reúnen las reglas sobre el *hecho ilícito fuera de contrato*, está entendida en su valor tradicional. Pero ¿de qué modo está expresada en cada una de las disposiciones? De las dos recordadas antes, ¿se referirá la primera al delito y la segunda á la culpa?

Respecto á esta duda, se ha opinado que la locución *culpa* de la disposición general (1) comprende en su latitud, no sólo la culpa específica, sino también el dolo, abarcando, pues, el delito y el cuasi delito; pero se quiere después restringir á la culpa en su sentido especial la disposición que sigue á ésta, en que, como se ha dicho, se sienta el concepto general de la responsabilidad por hecho lícito (2). Tiene esta opinión el vicio de una inconsecuencia no ligera, porque la generalidad de los términos *culpa* y *hecho* empleados en la primera de las dos disposiciones que enuncian los principios sobre la responsabilidad no contractual, debería inducir á afirmar que la segunda, ó conserva esta generalidad de significado, ó distingue, al referirse á ambas, las dos figuras que comprende (dolo y culpa), pero no que concierna á la una ó la otra exclusivamente. Esta consideración induce á opinar que la segunda disposición es complementaria de la primera, y que unidas ambas se refieren al delito y al cuasi delito (3), construcción ciertamente más correcta que la otra, si bien responde mal á la objeción de que, al declarar la regla en cuanto á la responsabilidad por la acción y la omisión como aplicables á las dos figuras de hecho ilícito, se olvida un término que está en la ley y que debe tener un significado propio:

(1) Cód. civ., art. 1.153 y sig.

(2) Cfr. Laurent, ob. cit. y l. cit.; Duranton, ob. cit., n. 708 y sig.; Ricci, ob. cit., n. 85. Estos últimos autores afirman que el art. 1.151 (art. 1.382 Cód. civ. francés) habla sólo de hechos positivos.

(3) Cons. Toullier, ob. cit., XI, n. 117; Larombière, ob. cit., artículos 1.382-83, n. 3; Colmet de Santerre, ob. cit., 364 bis, 1; Demolombe, ob. cit., VIII, n. 470; Aubry y Rau, ob. cit., § 444; Proudhon, ob. cit., III, 1.489.

la palabra *imprudencia*, que no puede confundirse con *omisión*, puesto que también por vía de acción puede manifestarse (1).

Se ha querido obviar esta dificultad diciendo que de las dos disposiciones generales con que comienza el sistema del hecho ilícito no contractual, la segunda es inútil y puede ser eliminada (2). Pero este cómodo sistema de interpretación no es el que mejor puede llevar al cabal conocimiento de la ley. Admitiendo que las palabras *hecho* y *culpa* empleadas en la redacción de la regla general sobre la responsabilidad lo estén de modo tan general que comprendan toda gradación de la conducta subjetiva del agente y todo modo de ser de la injuria objetiva, se comprende bien la necesidad, tratándose de términos empleados de modo tan genérico, de decir después el uso especial que de ellos se hiciera en el derecho y en la ley para designar los modos especiales de injuria; por lo que, no tanto se trata de separar el «hecho» de acción de la «omisión» que estaría contenida en los términos de «negligencia» é «imprudencia», cuanto de diferenciar el modo de conducta, fijando el grado de culpa que basta para determinar la responsabilidad. Por manera que, de un lado, como quiera que en la culpa hay siempre omisión de diligencia, la palabra *negligencia*, desde su valor de injuria subjetiva, viene forzada á significar casi la injuria objetiva, la materialidad del hecho; y al mismo tiempo, señalando la simple imprudencia como razón de responsabilidad, la ley determina el valor de la culpa como figura específica de injuria subjetiva, sin subordinar esta eficacia á un grado definido de conducta (3).

13. De este modo, de las dos disposiciones que contienen las reglas generales sobre responsabilidad no contrac-

(1) Marcadé, ob. y lug. cit.

(2) Marcadé, ob. y lug. cit.

(3) Cons. Laurent, ob. y lug. cit.

tual, la segunda completa á la primera, fijando, diferenciando conceptos y términos puestos en esta última de modo bastante amplio. Pero el haberse titulado esta parte de la ley civil «de los delitos y cuasi delitos», sin que conste claramente del texto el valor que esta distinción tendría, ha hecho surgir nueva duda sobre el significado de los términos empleados, pues se pretende asignar, según las fuentes, al delito el significado de injuria causada directamente, y al cuasi delito la mera obligación de responder del hecho ilícito ajeno, de personas, animales ó cosas por quienes legalmente se estuviera obligado (1).

Se ha dicho de esta opinión que se adapta mal á las fuentes del derecho romano y del francés (2). La primera observación afirma demasiado, pues tiene mayor sufragio la doctrina que hace consistir la figura del cuasi delito, como está recibida en las fuentes del derecho romano, en la responsabilidad por el *hecho ilícito no propio* (3); tanto, que recientes leyes extranjeras, informándose en este concepto, poniendo el principio fundamental de la culpa como fuente de obligación, eliminan la figura del cuasi delito constituida por la responsabilidad, por la culpa no propia (4). No sucede así con la segunda objeción. La razón de la ley francesa (y, por consiguiente, de la italiana, que en este punto la sigue enteramente) en la teoría está acogida por la doctrina anterior en cuanto al significado del delito y del cuasi delito, según el comportamiento del agente (*injuria subjetiva: dolo, culpa*). Los trabajos preparatorios no dejan

(1) Cód. civ., arts. 1 153-55. Zachariae, ob. cit., § 446, n. 2. Véase también Swet, *Dictionary cit.*, v<sup>o</sup> *quasi tort*.

(2) Demolombe, ob. cit., VIII, n. 453.

(3) *Inst. de obl. q. quasi ex-d. nasc* (IV, 5). Cons. Windscheid, ob. y § cit.; Ards-Serafini, ob. cit., §§ 243, 326; Brinz, ob. cit., § 366 y sig.

(4) V. gr., el Cód. federal suizo de las obligaciones; «Todos están obligados á reparar el daño causado á otros con hechos ilícitos, ya *voluntariamente*, ó por *negligencia é imprudencia*» (art. 50).

lugar á dudas. Y aun cuando esta teoría se avenga mal al correcto examen de las fuentes, no por eso se podrá negar que ha sido el origen directo del sistema legislativo.

14. El testimonio de los orígenes muestra, pues, que la distinción entre delito y cuasi delito corresponde á la de dolo y culpa propiamente dicha; separación que está ya en la razón misma de las cosas por el vario modo en que la conducta ilícita se manifiesta, y que es de necesidad en las legislaciones que, careciendo de la terminología de «delito» y «cuasi delito», no por eso dejan de distinguir el «dolo» de la «culpa», como hace el sistema de la ley italiana con las dos figuras descritas. Esta consideración demuestra de qué modo, discutiendo la terminología de delito y cuasi delito, y aun no adoptándola, se acaba esclareciendo los elementos constitutivos de cada uno, y, por lo mismo, cuán incorrectamente se ha negado la utilidad de distinguir uno de otro (1). Verdad es que esta diversidad de contenido no está bien expresada en las disposiciones de la ley; pero de las disposiciones del título que las comprende y de las fuentes se desprende el modo de entenderla.

«Cualquier hecho del hombre que produce daño á otros obliga á aquel por culpa del cual ocurrió á resarcir el daño»; esta es la regla general en que se resumen los criterios fundamentales para la constitución del hecho ilícito, y cuya valor particular se tratará en seguida. Para justificar la corrección de las palabras de la ley bastará observar que la voz «culpa» se toma en sentido de «injuria», en sentido lato, representando, por consiguiente, la ilicitud del hecho por su propia injusticia y por la conducta anormal del agente. Así, en los textos sobre la ley Aquilia, culpa significa á menudo *injuria*, hecho lesivo del derecho (*in ius, contra ius*) que existe, cualquiera que sea la anormalidad de la conducta del agente. *Injuria* comprende de este modo la figura del dolo y la de la culpa propiamente dicha; y cuando

(1) Giorgi, l. cit.

*culpa* significa *injuria* (1), contiene también la ofensa dolosa.

La voz *culpa*, que aparece en la regla referida, significa, pues, en la ley, en su generalidad, *injuria* (objetiva = ilicitud; subjetiva = dolo, culpa); y no se comprende verdaderamente por qué se acusa de incorrecta su disposición, cuando se callaría un elemento esencial para la ilicitud del hecho, que es el que éste sea *contra ius*. La existencia de la culpa requiere necesariamente el sustrato de la *injuria* objetiva. A esta regla general sigue la determinación especial de cada uno de los conceptos, por donde la distinción del dolo de la culpa y la designación del límite en que ésta es imputable: «todos son responsables del daño que ocasionan, no sólo por hecho propio, sino también por propia negligencia ó imprudencia». Los adjetivos *propio* y *propia* sirven sólo para dar el concepto principal de la responsabilidad *directa*; y de las palabras anteriores, *hecho* se contrapone á *negligencia*, significando *hecho positivo, de comisión*; mientras *negligencia*, no obstante su ambigüedad, significaría el *no hecho, la omisión*, como ya se ha advertido. Indicado ya el significado de la voz *imprudencia*, que parece no poder referirse á otro concepto sino al grado extremo de la culpa imputable (*c. levisima*), decir que con ella se ha querido significar el hecho de *omisión* no parece correcto, puesto que á este fin sirve la voz *negligencia*, que inmediatamente precede á la que se examina, y á la que la economía de la ley no consiente que se dé el valor de mera repetición de concepto, tanto más si se advierte que puede existir lo mismo cuando el hecho es positivo que cuando es de omisión.

De aquí que la voz *imprudencia*, pudiéndose referir á los dos modos de *injuria* objetiva, represente en el sistema de

(1) V. especialmente l. 5, § 1, D. *ad l. Aq.* (IX, 2), en f. Cons. Löhr, ob. cit., § 4; Hasse, ob. cit., § 10 y sig.; Windscheid, ob. cit., § 101; Arndts-Serafini, ob. cit., § 85; Waekter, ob. cit., § 86.

la ley la consideración subjetiva de la conducta del agente; é indicando, tanto el grado mínimo de culpa (*c. levisima*) como el máximo (*c. lata*), da un concepto bien definido de esta figura, en el sentido especial de injuria causada sin voluntad directa de ofender. Se podría, pues, declarar la ley, observando que, si la *imprudencia* supone culpa, los dos términos que preceden se refieren, en su sentido propio, al dolo, sin que importe la falta de alusión á la voluntad del agente, pues el empleo final de un término que indica del modo más característico el defecto de tal voluntad, demostraría que los términos precedentes se refieren á los hechos hijos de la malicia; y esta declaración, por la cual el concepto de *culpa* estaría enteramente en la palabra *imprudencia*, aludiendo al *dolo* los dos términos de *hecho* y *negligencia*, parece avalorada por la relación entre las dos disposiciones que estatuyen los conceptos generales del hecho ilícito. La primera fijaría la regla en cuanto á la responsabilidad, y la segunda, distinguidos, respecto al *dolo*, los modos de ser de la injuria objetiva, determinaría el valor de la *culpa* en su significado especial: interpretación inadmisibles ante la ya recibida, porque ninguna razón habría para diferenciar sólo, con relación al *dolo*, los dos modos de injuria objetiva, que son también comunes á la culpa. La segunda disposición determinaría, pues, estos modos para el dolo y para la culpa, y á la vez, no siendo el dolo graduable, establecería la entidad de la culpa entre los límites de la culpa *grave* y de la *levisima*. Pero de esto, objeto de no leves dudas, se tratará más tarde.

15. En su sentido especial, la *culpa extra-contractual* (*aquiliana*) constituye el cuasi delito, y, lo mismo que en la *culpa contractual*, su razón está en la «omisión de la diligencia», en la falta de voluntad directa de dañar (1).

(1) V. los autores citados en el n. 12. Agréguese, sobre el significado especial de la palabra *culpa*, en los textos (incluso referidos á la ley Aquilia): Donell, ob. cit., XVI, 7; Löhr, ob. cit., § 5 y sig.;

Sabido es ya que la presencia del vínculo obligatorio, respecto á cuya formación (*c. in contraendo*) ó á cuyo cumplimiento há menester esta negligencia que es culpa, distingue la culpa contractual de la extra-contractual ó injuria causada sin voluntad directa, y no referida de ningún modo á vínculo obligatorio constituido. Estas dos figuras de culpa están separadas por diferencias que dan á cada una su característica propia, y todas se refieren al criterio de existencia de la relación obligatoria (1).

De ordinario se advierte que la culpa contractual deriva del incumplimiento de un contrato (de modo más general: de un vínculo obligatorio), y la aquiliana de la infracción de la ley (2); noción exacta si sólo hubiera de atenderse al diverso modo de considerar la estructura jurídica de la culpa, pero incorrecta cuando se quiere deducir de ella una variedad respecto á los elementos esenciales de que la institución consta. La *culpa*, ya derive de ley especial reguladora de la relación constituida por el vínculo jurídico, que es la obligación, ó derive de la ley independientemente de la existencia de tal vínculo, es siempre *injuria*, violación del derecho ajeno; pero cuando se refiere á una obligación preexistente, se advierte una grave variedad de consecuencias, independientes de cambio en su entidad, y que vienen

Hasse, ob. cit., § 15; Wangerow, ob. cit., § 103 y sig., y § 681; Windscheid, ob. cit., §§ 101 y 455; Keller, ob. cit., §§ 240 y 356; Baron, ob. cit., §§ 210 y 313; Arndts-Serafini, ob. cit., § 75; Brinz, ob. cit., § 342; Unterholzner, ob. cit., §§ 270 y 675; Unger, ob. cit., § 100; Waechter, ob. cit., § 11, p. 776; Förster-Eccius, ob. cit. (edic. 1883), § 89; Dernburg, ob. cit., 11, § 294; Stobbe, ob. cit., § 2.0; Beseler, ob. cit., § 119; Siebenhaar, *Comm. zu bürg. Gesetzbuch f. d. K. Sachsen*, cit. §§ 214 y 353; Molitor, ob. cit., § cit.

(1) V. la parte I, cap. II.

(2) Cfr. especialmente Sainctelette, *De la responsabilité et de la garantie*, cit., n. 1 y sig. La idea dominante en este trabajo, en cuanto á la distinción entre *responsabilidad* y *garantía*, se ha examinado ya en la parte I.



á adaptar el concepto (único) á la presencia del vínculo obligatorio.

Las diferencias más salientes entre la culpa contractual y la aquiliana, ¿dependerán, pues, de que aquélla es de orden privado y ésta de orden público (1), por donde la validez, respecto de aquélla, de una indemnización convenida con anterioridad (2), y la legalidad de cláusulas excluyendo la responsabilidad ó limitándola? (3). Consecuencias son todas estas estrechamente ligadas entre sí en relación de causalidad. Así, de estas tres razones de diversidad que quedan potadas, las dos últimas derivan de la primera, á saber: que la culpa contractual es institución de orden privado á causa del vínculo obligatorio en relación con el incumplimiento del cual se la considera. No de otro modo proceden las diferencias en cuanto al grado, porque es sabido que la gradación y prestación de la culpa contractual se informan, por regla general, en la voluntad presunta de las partes, por referirse la injuria á la relación obligatoria en calidad de modificación objetiva que no altera la estructura jurídica de la relación misma, cuando en la culpa extra-contractual se mantiene íntegro el principio del respeto debido al derecho ajeno, sin que se pueda hacer injustamente cosa que de algún modo le ofenda. Hé aquí por qué si en la culpa contractual la consideración á la voluntad de las partes ha informado las disposiciones sobre la medida de la conducta (diligencia), aquí, en cambio, donde domina enteramente la sanción del precepto *no ofender injustamente*, como defensa del derecho protegido por el orden objetivo, no haya, por lo general, cuestión de gradación de la culpa: sea grave, ligera ó ligerísima, da causa válida á la responsabilidad. Por la misma razón, á las partes entre quienes existe el vínculo obligatorio, les

(1) Sainctelette, ob. cit., cap. II, n. 2.

(2) V. la parte I, cap. XI, § 3; Sainctelette, ob. cit., n. 4.

(3) V. la parte I, cap. XIII, § 1; Sainctelette, ob. cit., n. 5.

está concedido (1) aumentar la cantidad de prestación fijada por la ley ó disminuirla: de suerte que á la manera que ese libre querer puede desenvolverse en cuanto al objeto directo inmediato del vínculo, puede igualmente regular la diligencia en el incumplimiento, indicando su silencio en este punto el ánimo de referirse á la disposición de la ley, la cual, por vía de tácito asentimiento, se hace regla del vínculo especial constituido.

Por último, tampoco es otra la razón de la diferencia en cuanto á la prueba. La culpa extra-contractual es de por sí fuente directa de la relación obligatoria especial causante de responsabilidad, y, por consiguiente, el ofendido debe establecer los términos de su razón de crédito por vía de injuria objetiva; la obligación de resarcir depende de la prueba directa de la injuria (objetiva y subjetiva), mientras en el caso de culpa contractual no se impone tal gravamen al acreedor, puesto que el vínculo preexistente impone el cumplimiento, según su naturaleza, y al no hacerlo el deudor está ya presunto en culpa, salvo su derecho á demostrar que en esto no le es imputable defecto alguno de la diligencia que se le impone: de donde se ha querido inferir que la diversidad entre los dos modos de ser de la culpa es de sustancia, sin que, por tanto, sea justo afirmar la unidad de su concepto jurídico. Semejante construcción no es admisible, porque la diferencia en cuanto al peso de la prueba deriva precisamente de la existencia del vínculo obligatorio, que induce por sí, como correspondiente á la justa pretensión del acreedor, el deber jurídico del deudor de cumplirla; y de aquí que si no se obtiene el cumplimiento en los términos establecidos, el acreedor deba demostrar sólo este hecho, y no también la omisión de la diligencia á que el deudor estaba obligado. Obsérvese bien esto: no es que el incumplimiento sea por sí solo la razón

(1) V. la parte I, cap. II, y el cap. IV de esta II parte. Punto es este, como se ha dicho ya, muy debatido.

de la responsabilidad: es que induce la presunción (no más) de que el obligado, al cometerlo, ha causado injuria, porque el vínculo obligatorio obligaba necesariamente al deudor á la ejecución. El incumplimiento implica, por esto, la modificación objetiva de la obligación (sustitución en el objeto), salvo al deudor el derecho de probar que la *ofensa* no le es imputable.

4. Finalmente, la no aplicación en materia de culpa extra-contractual de las reglas en cuanto á las personas incapaces de obligarse, tiene su razón de ser en la falta de vínculo obligatorio respecto al cual se imponga una determinada regla de conducta (1). Lo mismo sucede con el diverso criterio sobre el modo de proceder á la estimación del daño (2). De todo ello se hablará más adelante en su lugar.

16. De todas estas consideraciones sale más firme y claro el criterio puesto como fundamento de la entidad de la *culpa*, demostrándose además que algunas reglas convenientes á las formas que puede asumir no le contradicen; reglas que, lejos de contener alguna modificación á los conceptos generales, son, por el contrario, su explicación en el modo adecuado á cada una y en relación con las cuales se las considera. No puede, pues, ofrecer ya dudas el resultado obtenido, esto es: que la culpa contractual y la extra-contractual son dos aspectos de una misma institución jurídica, que, por lo mismo, tienen normas fundamentales idénticas, si bien se adviertan respecto á cada una algunas particularidades necesarias para comparar lógicamente las exigencias del principio con la aplicación especial suya.

De aquí, como ya hemos tenido ocasión de observar, que no sea posible aplicar indiferentemente en materia de injuria las reglas relativas á la culpa contractual y á la

(1) V. el tomo I de este trabajo, cap. XIV. Disposición expresa del art. 1.547 del Cód. civ. de Chile.

(2) Giorgi, *Sulla colpa nel dir. civ.* (en *Monitor dei Tribunali*, Milán, XXVI, 21).

extra-contractual. Uno es el principio que las rige, cierto; pero las reglas en que se manifiesta se determinan diversamente, según conciernen á la una ó á la otra forma de culpa, y quererlas confundir traería grave ofensa á la ley de la obligación, en ocasión de la cual se aprecia el comportamiento del derecho constituyente de la subjetividad de la injuria (1).

Así, pues, las reglas que la ley establece en materia de culpa contractual no se pueden aplicar á la extra-contractual, ni viceversa. Las dos formas de injuria, en razón al elemento especial de cada una de ellas (obligación precedente), son distintas, y mal se puede confundir el espíritu que informa las disposiciones que contienen como una presunción de voluntad en cuanto á la regla de conducta del obligado, con la razón dominante de las reglas que impone el respeto absoluto al derecho ajeno (2).

16 bis. Se ha dicho «obligación precedente», por lo que parece que, pronunciada la nulidad de la obligación, la existencia de culpa de una parte en daño de otra, respecto á la conclusión de un contrato después aniquilado, deba ser investigada y fijada según las reglas generales de la culpa extra-contractual (3); pero, sin volver ahora sobre el tema de la culpa *in contraendo*, bastará advertir que la posición que las partes asumen en el período preparatorio de la formación del vínculo contractual induce de por sí una relación, un vínculo especial, cuyo contenido es el de obligar á los interesados á conducirse, «respecto á la constitución del vínculo á que el propósito mira», de buena fe, no indución

(1) Cons. Sourdat, ob. cit., p. 651 y sig.; Larombière, ob. cit., l. cit., n. 8; Demolombe, ob. cit., VIII, n. 477; Aubry y Rau, ob. cit., § 446, t. in f. y n. 7; Laurent, ob. cit., XVI, n. 213, y XX, n. 463; Massé y Vergé s. Zachariae, ob. cit., II, § 548; Sainctelette, ob. cit., cap. I.

(2) Cons. la parte I, cap. I y II.

(3) V. el cap. V, § 3.

dose culposamente en error sobre la seriedad y certidumbre del respectivo querer.

Sería inútil insistir sobre la separación profunda que existe entre las dos formas de culpa (contractual y extra-contractual), si la doctrina y la jurisprudencia no se informaran á veces en criterios opuestos, justificando, en materia de culpa contractual, la responsabilidad y el pronunciamiento de daños, según las reglas de la culpa extra-contractual (1), e intentando conciliar normas enteramente opuestas, declarando que son aplicables á los delitos y cuasi-delitos las reglas sobre la culpa contractual cuando la analogía consiente tal extensión (2). Los principios resisten este criterio. ¿Cómo es posible jurídicamente este modo de razonamiento analógico, cuando, si bien se refieren á la misma institución jurídica, las dos formas especiales que comprende como género (injuria) están diferenciadas por características especiales, que de ningún modo deben confundirse?

Cierto que se ha observado que á la manera que la especie deroga al género, así el sistema objetivo sobre delitos y cuasi-delitos rige la responsabilidad que nace de hecho ilícito no ligado con el cumplimiento de obligación (3), y que, por lo mismo, cuando la contradicción no sea manifiesta, debe ser compatible con las reglas de la culpa contractual. Sólo que se olvida que no es que esta forma de culpa sea el género y la otra la especie, sino que ambas son dos modos especiales de ser de la «culpa» abstractamente considerada. Por otra parte, si se debiese asignar á una de estas dos formas el mayor contenido del concepto abstracto de culpa, sería ciertamente la aquiliana

(1) Por ejemplo, muchos autores tratan la responsabilidad de los posaderos y cocheros como derivada siempre de cuasi delito. Cfr. Giorgi, ob. cit., V, § 278 y sig. V. también Cód. penal español, art. 20; Stat. 19, 20 Vict., cap. LX.

(2) Cas. Roma, 9 Julio 79 (*Foro it.*, IV, 1, 1.003).

(3) Cfr. Giorgi, ob. cit., 140 en f.

la que constituiría el género en relación con la contractual. Mejor dicho: en esta última, el contenido genérico de la culpa está restringido á los términos requeridos por el medio en que se manifiesta, que es el cumplimiento del vínculo obligatorio.

17. Para investigar la profunda distinción que separa las dos figuras de culpa, preciso es ahora saber si pueden concurrir, esto es: que en la misma relación de obligación pueda incumbir al deudor la responsabilidad nacida de culpa contractual y la derivada de culpa aquiliana. No se habla del caso en que el incumplimiento del vínculo obligatorio dé lugar á acción penal, como en el mandato y el depósito, una vez que se sabe que del delito nace, con la acción penal, una acción civil (1). La investigación nuestra se restringe á la hipótesis de la culpa extra-contractual propia, el cuasi delito, considerado en relación y en confrontación con la culpa contractual. La divergencia que separa en dos figuras, cada una con características propias, el concepto general de la culpa, ¿se podrá allanar de manera que á veces las dos se encuentren como regla de la misma relación?

La gravedad del problema se manifiesta al advertir las diferencias por que las dos culpas son distintas, especialmente en el grado. Porque si las reglas de la culpa extra-contractual se extendieran á una relación de obligación existente, sería lícito pedir indemnización por el daño causado con culpa leve ó levísima, cuando la ley especial de la obligación fijara la responsabilidad en virtud de culpa grave ó leve solamente. Ya se sabe que las partes son enteramente libres de regular la culpa contractual según el régimen de la extra-contractual, pudiendo encomendarse á las reglas de la ley sobre ésta; pero no es esta la cuestión.

(1) Cfr. Larombière, ob. cit., l. cit., n. 9; Laurent, ob. cit., XX, 463; Demolombe, ob. cit., VIII, n. 454 y sig.; Colmet de Santerre, ob. cit., n. 364 bis, V, y sig.

La cláusula contendría siempre el régimen dado á la culpa contractual, y no cambiaría su naturaleza; mientras aquí la dificultad propuesta concierne á la posibilidad de que, siendo distintas las dos formas de culpa, ambas concurren á regular la responsabilidad en la misma relación.

Ya se ha aludido sobre este asunto á las fuentes del derecho griego y romano. A muchos les parece indudable que la doctrina de estos derechos enseña la imposibilidad de que el causante del daño oponga la ley del contrato, á fin de eximirse de la responsabilidad que le incumbiría por hechos lesivos del derecho que tiene cada cual á no ser injustamente ofendido; y, por tanto, el estar obligado el deudor á prestar la culpa leve en las relaciones contractuales, no le da derecho á dañar mediante la levisima; pues de admitirse lo contrario, se concedería al obligado la facultad de dar injuria al acreedor (1). Doctrina es esta cuya rigidez ha sido reducida á términos más templados por la construcción que enseña la ineficacia jurídica de las restricciones á la responsabilidad derivada de hechos ilícitos por los cuales se estaría obligado independientemente de todo vínculo contractual, si bien la existencia de tal asunto *pueda* influir al dictaminar si existe culpa; que la ley del contrato no debe valer como dirimente absoluto de la responsabilidad en la *culpa facti proprii*, á diferencia de lo que sucede en la *culpa custodiae*, por no ser posible asignar á la voluntad de los contratantes la potestad de hacer

(1) Cons. y cfr. Löhr, ob. cit., p. 81; Hasse, ob. cit., § 36; Thibaut, *System d. Pandektenrechts* (Jena, 1834), § 623; Unterholzner, ob. cit., § 675; Haenel, *Versuch einer Darstellung der Lehre vom Schadenersatz* (Leipz., 1823), § 35; Sintenis, ob. cit., § 330; Molitor, ob. cit., § 203; Vangerow, ob. cit., § 681; Mühlenbruck, *Doctrina Pandectarum* (Hal., 1833-40), § 393; Glük, ob. cit., X, 699; Wening-Ingenheim, *Lehrbuch d. gem. Civilrechts* (Münch., 1837-38), § 330; Göschen, *Vorlesungen ü. d. g. Civilrechts* (Gött., 1843), § 592; Arndts-Serafini, ob. cit., § 250; Pernice, ob. cit., VII; Castellari, *mon. cit.*, n. 39 y sig.

lícito lo que sin ella estaría prohibido (1). Parece, pues, que se puede asignar al régimen moderno en materia de responsabilidad el principio fundamental de que «no se tiene derecho á invocar la ley del contrato cuando se ha faltado al deber de no ofender, común á todos los hombres» (2).

Tal construcción no puede conducir á buen resultado, porque inútilmente se contiene la extensión de un concepto cuya entidad es discutible, no sólo su alcance. Verdad es que parece responder, por lo menos, á las fuentes, donde es cierto el concurso de la acción derivada del contrato y la nacida de la ley Aquilia (3); pero prescindiendo de que esta consideración vale poco respecto al derecho moderno (y antes al contrario), otra es la razón que explica y justifica el fenómeno de tal concurrencia. Ya se ha observado que, por el modo con que la noción de la culpa se viene diferenciando en la construcción jurídica, la figura de la *pena* dominó primero sobre el concepto de la *responsabilidad*, y penalmente se consideraron las injurias derivadas de violación del contrato; y cuando la separación de las dos maneras de ser de la culpa, impuesta, no por la varia entidad observada en ésta, sino por la diversidad de la injuria objetiva, determinó el alcance de la culpa aquiliana, todavía no desapareció el concepto primitivo de *pena*. El cual aun se manifiesta en el *concurso* notado, por parecer que cuando la misma violación puede caer bajo la sanción de las dos leyes, la nacida de la voluntad de las partes no debe prevalecer sobre la que se dirige de modo general á *penar* la injuria, y en la que se ha conservado casi inalterada la noción de la pena; y se manifiesta también en el carácter mismo de la

(1) Cons. Glück, ob. cit., X, § 699; Vangerow, ob. y lug. cit.

(2) Giorgi, ob. cit., n. 149.

(3) Cons. l. 7, § 8; 8 pr.; 18; 27, § 14, 34; 42, D. *ad l. Aq.* (IX, 2); l. 18, § 1, D. *Comm. v. c.* (XIII, 6); 47, § 1, 48, 50, D. *pro socio* (XVII, 2); l. 25, § 5; 43, D. *loc. cond.* (XIX, 2); 34, § 2, D. *de obl. ob act.* (XLIX, 7).

acción derivada de la ley Aquilia, no del todo penal, ni enteramente persecutoria de la cosa, sino *mixta* (1). De esta suerte, el concurso se explica por la restricción del concepto de *pena* á la responsabilidad en la construcción incompleta que tendía á eliminar aquélla del derecho privado, y con la posibilidad procesal de que varias acciones que tienden al mismo fin concurrieran de modo que el ejercicio de una consumase las demás; concurso fijado, por último, en la medida por la cual el fin común fuera considerado en cada una: por lo que se entiende cómo, dado el doble carácter de *rei persecutoria* y de *poenalis* á la *actio ex L. Aquilia*, el concurso de ésta y de la *a. ex contr.* ejerciese su virtualidad por el contenido relativo al primero de los dos elementos, dejando intacto el segundo, no común á los dos medios, sino propio sólo del primero. De aquí el resultado de este régimen procesal, á saber: el derecho de pedir, no obstante el concurso, *el más* correspondiente al carácter penal del remedio, que necesariamente quedaba como contenido especial suyo.

Ahora bien: ¿no aparece manifiesta de este modo la exageración de la teoría según la cual el contrato no puede conceder que se falte al deber de no ofender, común á todos? ¿No contradice á todo el desarrollo que tuvo la noción de la culpa, una de las más geniales y ricas del derecho romano, esto es, á la reducción del concepto de la *pena* á sus límites propios, y, por consiguiente, á la reparación precisa de la culpa, según la injuria objetiva (contractual ó extra-contractual)?

Verdad es que este último resultado no se consiguió enteramente en la ley romana; pero tanto logró en ésta, que hoy es posible asegurar que la ley del contrato dominaba por entero la responsabilidad nacida de ella (excepción hecha del concurso procesal advertido), dentro de los términos en que de ordinario estaba restringida la voluntad de los

(1) Savigny, *Syst. cit.*, V, § 233; Pernice, *ob. cit.*, p. 78 y sig.

contratantes. En el derecho moderno, este resultado se ha conseguido por entero, y no por simple movimiento de dialéctica, que lleva á categorías lógicas, sino induciéndolo de la necesidad del comercio jurídico. El principio general de *no ofender injustamente* emerge de la entidad misma del derecho reconocido por la ley á la persona; pero el contenido de la ofensa y la razón de la responsabilidad que se deriva está sometido al arbitrio de las partes cuando la violación se refiere á un derecho contractual. El arbitrio de los interesados, ó gobierna directamente esta materia de la relación constituida, ó da á la ley medios de ayudarla con criterios especiales, distintos de cuando el contrato falta. Por consiguiente, no por sola necesidad lógica de construcción, sino por motivos reales, la ley separa las dos formas de culpa, por lo que debe huirse de toda confusión entre las reglas de una y otra. De otro modo, ¿qué influencia ejercitaría el contrato entre las partes? Si éstas fijaron un determinado grado de culpa como razón de responsabilidad, ¿no quedaría violada su voluntad si, en virtud del principio de la culpa aquiliana, un grado menor bastara á producirla? Por otra parte, por lo que se refiere á la ejecución del vínculo y á la diligencia que hubiera de observarse en su cumplimiento, la voluntad de las partes contratantes puede manifestarse libremente, gobernándolo de manera que el acreedor no podría apartarse de lo pactado, alegando el deber de no ofender, común á todos los hombres. Pero precisamente este deber, según está impuesto en la ley contractual, es el que no le permite violar el derecho del obligado á que no se le agrave la obligación que ha asumido. Este *deber común* está determinado por reglas especiales al vínculo contractual respecto al cual se le considera, según examen y medida hechos expresamente por los interesados ó tácitamente por aceptación de la ley, declarando cuál sea la *diligencia* debida en el cumplimiento de la obligación, cuya inobservancia constituye *injuria*. Ahora bien: si, según el contrato, la culpa leve ó levísima no causan injuria, ¿cómo se po-

drán imputar al obligado, derivándolas del principio de la *c. aquiliana*? Libre era el acreedor, al contratar, de imponer mayor diligencia al obligado, y no lo hizo; culpe á su propia torpeza, y, recurriendo á una institución extraña á la relación contractual, no viole la ley, alterando la condición normal del obligado, haciéndola más gravosa.

18. Todas estas consideraciones nos persuaden para no acoger la doctrina en cuestión, afirmando, por el contrario, que en todo lo que se refiere al cumplimiento de la obligación constituida, la diligencia impuesta (respecto al *modo* y al *grado*), y por lo mismo la culpa á que, en su defecto, está atenido el obligado, es la que las partes fijaron expresamente, ó la de la ley, tácitamente aceptada. Por lo cual, cuando la culpa exigida fuese la grave ó la leve, el deudor no deberá responder de la leve ó de la levisima.

Con este criterio se consiguen los dos resultados. El primero, la necesidad de que la injuria se refiera al cumplimiento del vínculo contractual, porque si se refiriese á cosas extrañas, sería injuria dada extra-contractualmente, y, por consiguiente, culpa aquiliana inducente de obligación, con objeto propio, extraño á la cosa deducida en la relación. En efecto: si bien entre los contratantes existe el vínculo que los liga, no por eso toda injuria que el uno cause al otro debe ser regulada por la ley del contrato, el cual, como vínculo impuesto á la libertad de los contratantes, exige que, más allá de los términos fijados para la ejecución debida, las partes estén como si ninguna obligación intercediera entre ellas. Por donde la injuria causada en tales circunstancias asume jurídicamente la figura de delito y de cuasi delito. Nótese bien que va comprendida la regla en cuanto al concepto del cumplimiento, y que no contradice la figura de la *c. in contrahendo*. Admitido que la relación preliminar al acuerdo es acuerdo también, en vista del negocio que se quiere actuar, la *c. in contrahendo* es necesaria en la ejecución de esta relación especial.

Del concepto propuesto como razón fundamental de la

construcción se infiere también que la injuria contractual debe estar regulada en su entidad exclusivamente por la ley creadora de la relación, y que ésta quedaría violada si se diese derecho al acreedor para pretender una diligencia mayor que la que él mismo consintió que se prestara.

No vale objetar que el obligado á la prestación de la culpa leve no por esto tiene derecho de causar injuria por vía de culpa levisima. Hé aquí otro modo de dirigir la objeción observada en cuanto á la eficacia de la ley contractual (1). No; precisa invertir la fórmula en el sentido de que el obligado á la *c. levis* no debe prestar la *c. levissima*. Porque si de las dos proposiciones se mantiene la primera, ó se le da un significado opuesto á la otra, y su error es manifiesto, porque el acreedor no puede cambiar á su voluntad el alcance del pacto; ó si quiere decir que con *mala intención* da injuria, cometiendo *c. levisima*, debe responder, y entonces la proposición es verdadera en su sustancia, pero la responsabilidad no se deriva de *culpa levisima*, sino de *dolo*. Existe la voluntad de dañar, y á fin de evitar la responsabilidad, el autor de la injuria procura disfrazar su mala voluntad bajo la apariencia de culpa levisima. Pero en este caso la culpa sólo existe aparentemente; en sustancia, lo que hay es *dolo*, aún más censurable por el cuidado puesto en hacerle pasar como derecho; pues si, por el contrario, la injuria procediese verdaderamente de culpa levisima, el deudor no estaría obligado á responder, toda vez que observó la regla de conducta que le imponía el vínculo contractual. Pidiendo más, sería el acreedor el que causaría injuria entonces.

Verdad es que mientras el sistema legal en materia de culpa contractual sienta la regla de que en el cumplimiento de la obligación se debe observar la diligencia del buen padre de familia (2), muchos entienden que sólo deberá ser

(1) De-Crescencio, ob cit., § cit., *annot.*

(2) Cód. civ., art. 1.224. V. la parte I, cap. III.

asi cuando tal diligencia no sea inferior á la que el obligado observa en sus negocios (1). Pero esta teoría no es admisible, puesto que quiere sustituir la regla clara y terminante de la ley por otro índice mesurador de la responsabilidad. Hemos aludido á esta polémica por su afinidad con la cuestión discutida. En efecto; admitiendo en cuanto al modo de entender la diligencia en abstracto la doctrina rechazada, cuando la diligencia observada por el obligado en las cosas propias fuese la del diligentísimo padre de familia, debería responder de la culpa levisima, aunque sólo estuviera obligado á prestar la leve, con lo cual quedaría agraviado, no menos que, cuando obligado por contrato á prestar la culpa leve, la culpa aquiliana le exigiera la levisima. Téngase en cuenta que, mientras aquella doctrina comprende toda la responsabilidad dentro de la culpa contractual, esta última agrega la aquiliana; pero esto no significa que si la teoría es equivocada en el primer caso, no deje de serlo en el segundo.

18 bis. A esta separación absoluta entre la culpa contractual y la extra contractual, aun siendo manifestaciones del mismo principio que se muestra diversamente en razón del distinto medio en que se desenvuelve, parece que se opone un hecho que ya hemos tenido ocasión de observar (2), y que ha dado ocasión á la teoría de la posibilidad de que el modo y el grado de la culpa contractual, puedan á veces influir y determinar el grado de la culpa extra contractual. Teoría ésta propuesta para el caso de que se quiera acoger la doctrina que en los hechos estudiados toma la figura de la culpa aquiliana, y por la cual, si la persona que ha causado injuria se encontrase al darla en una especial situación jurídica legitimamente constituida, que le obligaba respecto al constituyente á un determinado grado de diligencia, el ofendido no podría imputarle una

(1) Cód. civ., art. 1.224. V. la parte I, cap. III.

(2) V. la parte I, p. 666 y sig.

culpa (aquiliana) derivada de la omisión de una diligencia diversa en cuanto al modo y al grado.

La cuestión se refiere especialmente á los casos de responsabilidad de los subinquilinos para con el locador originario (1), en los que la doctrina y la jurisprudencia afirman la obligación de responder por culpa no contractual; pero, resolviendo las reservas en otro lugar hechas, claro es que en esta hipótesis basta atenerse al concepto de la representación, en consecuencia del cual nunca se dará *justamente* influencia del motivo contractual en la medida de la culpa aquiliana, sino tan sólo culpa contractual ó extra contractual. En efecto: si el representanté causa injuria, ó el ofendido está en relación contractual con el representado, pudiendo ejercitar las acciones correspondientes á su deudor directo en los términos en que éstas se originaron, y, por tanto, en los que se fijaron en la representación ordenada por el deudor, ó no hay contrato, y la culpa es extra contractual, tanto respecto al autor inmediato de la injuria como á su comitente (representante en general). Pero en la primera de las dos hipótesis, la extrañeza del ofendido á la relación de representación constituida con el ofensor por su obligado, parece que puede dar á su acción de responsabilidad contra aquél la figura de extra contractual, porque el razonamiento hecho se adaptaría al caso de que el ofendido obrase valiéndose de la acción perteneciente á su deudor, y no comprendería el otro caso de la acción directa que puede ejercitar contra el ofensor por vía de la injuria sufrida. Ahora bien: afirmando que la constitución de la representación hecha por el deudor de ningún modo compromete al acreedor extraño á ella, y caracterizando, por tanto, de extra contractual la acción directa de que acaba de hablarse, el pretendido injuriante tiene derecho á oponer que, en virtud del asunto de que nace su representación, está obligado á una cierta diligencia, y que, habiéndola observado,

(1) V. la nota precedente.

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

§ III

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

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

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

(1) V. en el cap. III la investigación sobre el elemento subjetivo.  
 (2) Pothier, ob. cit., n. 115. V. el n. 12, t. y n.

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

Verdad es que esta distinción de responsabilidad por

(1) V. el cap. V.

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

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

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

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

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

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

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

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

(1) Cód. civ., art. 1.152 cit.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(2) V. el cap. precedente, § 3.

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

## CAPÍTULO II

### A) VIOLACIÓN DE DERECHO AJENO.—GENERALIDADES

SUMARIO: 22. Latitud de la expresión y límites que determinan su entidad. — 23. Comprende el hecho material de la violación del derecho ajeno. — 24-24 bis. Dañamiento y daño efectivo. — 24 ter. División de la materia.

22. Toda ofensa que, fuera de relación dependiente de ejecución de un vínculo preexistente de obligación, se infiera al derecho ajeno, da por sí nacimiento contra el injuriante á la obligación de responder. Al decir «toda ofensa» se entiende cualquiera que sea el modo de la violación, cualquiera su entidad y cualquiera el derecho ofendido. Las cuestiones en cuanto al grado de la negligencia, á la que el hecho se liga, tocan al otro elemento del cuasi delito: la culpa. Cuanto al dolo, ya se ha dicho que su entidad censurable no le consiente gradaciones, concepto del que más adelante se sacarán las consecuencias. La ley aplica rigurosamente un principio con el que se relaciona la misma idea de derecho, cuya integridad, que aquélla, como voluntad general, debe garantizar, recibe ofensa de todo hecho que tienda á amenazar su existencia y extensión. Ha de tenerse en cuenta que en las relaciones preexistentes de obligación cuyo cumplimiento fuese debido, esta amplitud tiene una medida propia: la injuria es sólo ofensa al derecho, según resulta de aquel determinado vínculo. Por lo cual, si entre los mismos sujetos activos y pasivos de la obligación pueden en diverso tema de relaciones existir compromisos tocantes á la culpa contractual y á la aquilia-

na (1), entre las mismas personas y por relaciones derivadas del mismo origen no puede haber acumulación (que sería confusión injusta) de las reglas reparadoras de la culpa contractual y de la extracontractual (2).

Para determinar mejor la entidad de la proposición que enuncia el primer elemento del cuasi delito, podría decirse que todos deben ser resarcidos de *cualquier* violación de su derecho, *cualquiera* que sea su razón de ser (entiéndase fuera de contrato ó de cuasi contrato): esto es, que todos tienen acción para obtener reintegración en su derecho. En estos términos generales se inspira la ley, cuando dispone que «*cualquier hecho del hombre que causa daño á otros, obliga á aquel por culpa del cual ocurrió á resarcir el daño*» (3).

Las palabras «cualquier hecho» se refieren á la latitud de las otras «cualquier violación del derecho», empleadas antes para expresar mejor el concepto de la ley. Las fuentes de donde procede la disposición demuestran del modo más cierto la exactitud del aserto (4). La índole de la violación del hecho material, cualquiera que sea, se esclarece,

(1) V. el cap. ant., § 3.

(2) Esta distinción la establece claramente en materia de responsabilidad por el transporte de personas no cumplido regularmente, la Cas. de Roma, 31 Diciembre 1897 (*G. it.*, 1898, 1, 1, 81). Sentencia bien la Cas. de Florencia, 1.º Agosto 1898 (*id.*, 1898, 1, 1, 909), cuando rechaza la demanda de nulidad de un contrato por dolo, pues unos mismos hechos no pueden servir de base para nueva acción fundada sobre responsabilidad extracontractual. Mientras el Tribunal de Apelación de Génova, 31 Octubre 1898 (*T. gen.*, 1898, 649), afirmando que, en el concurso de la culpa contractual con la aquiliana, ésta sigue las condiciones del contrato en las relaciones contractuales, afirma, ante todo, en contradicción con la ley, el concurso de las dos formas de culpa, y reduce luego á la nada esta afirmación, confundiendo en su modo de ser la culpa aquiliana con la contractual. De todo ello se hablará luego.

(3) Cód. civ., art. 1.151 cit.

(4) «Il (a. 1.382) embrasse en un mot tout ce qui blesse les droits d'un autre.» Bertrand de Greuille, *Rapport*, y Loaré, ob. y l. cit. V. también Tarrible, *Disc. cit.*, y Loaré, ob. y l. cit.

respecto al cuasi delito, de la expresión «de un hecho ajeno», porque la injuria consiste en ofender injustamente á otros. Cuando, á pesar del perjuicio habido, el hecho no lesiona derecho ajeno, no hay injuria, no hay hecho ilícito. De este modo, en relación con los principios, la latitud de la expresión adoptada encuentra en sí misma su justo límite: la ofensa debe contener la violación de un derecho (1).

23. De aquí resulta que el primer elemento de que consta el concepto expuesto del cuasi delito puede escindirse en dos ideas, cada una de las cuales tiene su importancia especial, y de las cuales la última es límite de la primera: a) la exterioridad de la violación (2); esto es, el acto en que se manifiesta; b) la lesión del derecho ajeno. De este modo, cuando la ofensa al derecho no puede referirse á un determinado hecho, éste no toma la cualidad de ilícito, y, por consiguiente, no da lugar á responsabilidad, como aparecerá en la exposición de los principios relativos á la prueba de la injuria.

Los mismos conceptos fundamentales á que se ha recurrido para aclarar las palabras «cualquier hecho», sirven para afirmar que, cualquiera que sea el derecho ofendido, siempre nace en el autor la obligación de responder, á pesar de que las garantías de que la ley circunda al derecho no se midan por su naturaleza y extensión, sino por su entidad. Establecida la existencia del derecho y el hecho de la violación, esta última no puede legitimarse por ninguna

(1) V. el § 3 de este cap., lo dicho en el § 1 sobre la injuria y los textos cit. en nota.

(2) Se dice «exterioridad» para indicar el hecho ó no hecho en que la lesión injuriosa se manifiesta; y se podría designar tal exterioridad, no diciendo *daño*, aunque de ordinario el daño es la forma en que se determina, sino *dañamiento*, para indicar el acto que contiene el daño causado y la razón del daño posible. De este modo se completa mejor el concepto de injuria objetiva, y se demuestra con toda claridad que el *daño* no es el *dañamiento* ó *hecho dañoso*. V. el n. sig.

consideración relativa al carácter del derecho ofendido. El concepto de la ley moderna responde enteramente en este punto al que la jurisprudencia había venido estatuyendo en orden á la ley Aquilia, cuyo texto llamábala claramente providencia del propietario (1); de suerte que sólo el *derecho de propiedad* es lo que defendía. Pero como quiera que, una vez establecido el principio de la injuria como determinante á la obligación de resarcimiento, no era posible restringirle en límites tan exigüos, la jurisprudencia, con la *a. utilis* y con la *a. in factum accom. L. Aq.*, debió extenderle á beneficio, no sólo del que tuviese un derecho real sobre la cosa (2), sino también del que gozase de un derecho solo con ocasión de la cosa. En este último caso, si bien el derecho no cae directa é inmediatamente sobre la cosa, tampoco sin ella, no sólo no es posible el ejercicio de la relación, sino que ni siquiera hay modo de concebirlo: de modo que el titular tiene más que un simple interés en conservarla (3).

Este concepto tiene hoy aplicación en el sentido más lato. Sea el derecho *real* ó *personal*, una vez que ha sido injustamente ofendido, há lugar siempre á la responsabilidad del ofensor. Hasta el arrendatario que en el goce de la cosa alquilada tuviese obstáculo en el hecho de un vecino, pue-

(1) Pernice, ob. cit., XVI, p. 186 y sig.; Windscheid, ob. cit., § 455 cit.; Vangerow, ob. cit., § cit.; Dernburg, *Pand. cit.*, § 131; Arndts-Serafini, ob. cit., § 324; Castellari, ob. cit., n. 81 y sig.; Cons. L. 11, § 6, 13, D. *ad L. Aq.* (IX, 2).

(2) L. 11, §§ 6, 8, 9, 10; l. 12, 13 pr., 17 pr., § 3; 27, § 5; 30, § 1; 43, D. *ad L. Aq.* (IX, 3). Sobre esta extensión v. los aut. cit. en la n. prec. y Stölzel, en *Arch. f. C. P.*, XXXIX, p. 47 y sig.; Grucher, *id.*, LXXV, p. 303 y sig.; y en la cuestión especial de daño causado por el propietario al poseedor de buena fe, v. también Stölzel, en *Arch. f. C. P. cit.*, XXXIX, p. 67 y sig.

(3) L. 27, § 14, D. *ad L. Aq.* (IX, 2); Seuffert, ob. cit., § 402; Dernburg, ob. y § cit.; Pernice, l. cit. Cfr. Löhr, ob. cit., l. cit.; Windscheid, ob. cit., § cit.; Vangerow, § cit. n. 1; Brinz, ob. cit., § 340.

de, en garantía del derecho que le corresponde, instituir contra el mismo acción por injuria. Lo mismo el que tiene sobre la cosa un derecho sujeto á condición resolutoria, puede defenderla, sin que la naturaleza del derecho resoluble sea un obstáculo para ello. Se podría objetar que, deduciendo del concepto de injuria, y, por tanto, de *ius*, en materia de derecho condicional debe excluirse la hipótesis en que no se tenga derecho, sino puro interés en conservar la cosa, como sucedería en el caso de derecho subordinado á condición suspensiva; en suma, que si el titular puede pedir las medidas necesarias para la conservación de la cosa (1), como quiera que antes de que la condición se cumpla no hay derecho, inexistente todavía, faltaría á su acción la razón de ser, el cuasi delito; si bien al cumplirse la condición que al tiempo del dañamiento tenía el derecho suspendido, la ley de la retroactividad (2) haga que se le considere existente: de donde el poder del titular para obrar contra la injuria sufrida. Sirve de apoyo á esta consideración el hecho de que no hay injuria sin derecho ofendido; pero ciertamente no es razón suficiente para sostenerla. El derecho condicionado, si aun no es derecho, lo es con la característica especial que de la condición se deriva, y, por tanto, con tal calidad se deducirá para establecer la injuria. La acción suya se dirigirá á *conservar* el derecho condicionado que tiene; y si esta reintegración fuese pedida de quien, pendiente la condición, figura como titular del derecho, podrá intervenir y precaverse á fin de impedir que el resarcimiento producido le falte en el caso de que la condición se cumpla luego (3).

24. Distinguiendo la *violación* de la *injuria* que resulta de ella, se da el concepto del *hecho* (en sentido lato), que, puesto después en relación con el derecho ofendido, da el

(1) Cód. civ., art. 1.171.

(2) Cód. civ., art. 1.170.

(3) Conf. la primera edic. de esta monografía, n. 23, en f.

*factum contra ius*. De modo que, designando el acto ocasionante de la injuria con el nombre de *dañamiento*, resulta clara su distinción del *daño*. No hay en ello inútil sutileza, sino modo de determinar exactamente, en respeto á los principios, cuál sea el elemento que da nacimiento al cuasi delito.

Dañamiento, causa de daño ó de la posibilidad de daño, es el acto de la violación del derecho, que entra á constituir el cuasi delito (1); es término de la *injuria objetiva*, que, en su latitud, la comprende junto con la *injuria*; es la injuria objetiva misma, si ésta implica hecho injurioso. Tal acto *c. ius*, cometido con culpa (cuasi delito), hace nacer en el ofendido el derecho contra el ofensor al resarcimiento del daño: de modo que si la indemnización es la consecuencia del cuasi delito, el que la demanda no puede eximirse de establecer su cuantía, tomando como medida el daño sufrido. Pero la idea de *daño* no es *esencial* para el cuasi delito, aunque sí para el resarcimiento, que es su consecuencia, según el principio de que no puede haber indemnización donde no existe derecho que reintegrar. No debe confundirse el resarcimiento, que incluye el daño efectivamente sufrido, con la causa de la obligación de resarcir, que está sólo en el hecho (culpos) en que se manifiesta la injuria. En los tratados sistemáticos del derecho se ve expuesta claramente esta idea cuando, entre las fuentes de las obligaciones, se ponen los hechos ilícitos, distinguiéndolos en delitos y cuasi delitos. Confirmanla también los textos desde los cuales ha pasado la distinción, primero á la jurisprudencia y luego á la ley. Por consiguiente, término constitutivo del cuasi delito (y del delito) es la injuria; y como el

(1) Cfr. l. 21, § 1; 23, § 1; 27, §§ 25-28, D. *ad L. Aq.* (IX, 2). V. Pernice, ob. cit., VIII, cuya teoría acepta Castellari, ob. cit., n. 12-14, con alguna reserva. Sobre este punto y sobre la ventaja que la teoría propuesta presenta respecto al modo de considerar el daño, v. el cap. XIV. Cons. también Pavitt, ob. cit., p. 93.



resarcimiento del daño es la obligación resultante, así también la existencia y la cantidad del daño deben demostrarse para obtenerlo.

No otro es el concepto de la ley moderna, porque si es verdad que da á la palabra «cuasi delito» una comprensión mayor que la que tenía en las fuentes romanas, al contener lesiones no referidas en éstas á la L. Aquilia, en cambio el concepto suyo en orden al nacimiento de la obligación no ha cambiado. Las fuentes de donde procede la materia lo demuestran. En los tratados anteriores á la codificación, donde se la determina con el mismo título con que ha pasado después á la ley francesa (*des délits et quasi délits*) (1), la definición del cuasi delito no se refiere para nada á *daño efectivamente dado*, y sólo designa el «hecho por el cual una persona, sin intención maliciosa, aunque por imprudencia inexcusable, causa alguna injuria (*tort*) á otra» (2). Se desprende también esto mismo del sistema de la ley francesa en la organización de esta parte, anteponiendo á los delitos y cuasi delitos una disposición donde se dice que «las obligaciones nacidas de un hecho personal del obligado derivan de cuasi contrato, ó de delito ó cuasi delito» (3). La ley italiana, enumerando las causas de las obligaciones, declara que éstas «proceden de contrato ó cuasi contrato, de delito ó cuasi delito» (4). Ambas, tenido el delito y cuasi delito como causas de obligación, declaran el objeto especial que tiene, á saber: la responsabilidad para el resarcimiento.

La distinción entre los dos momentos en que debe ser considerada la injuria no es inútil, ni mucho menos. Elemento del delito y cuasi delito es la *violación* del derecho;

(1) Pothier, ob. cit., sec. 2, § 2.

(2) Pothier, ob. y lug. cit., n. 113.

(3) Cód. civ. francés, art. 1.370.

(4) Cód. civ., art. 1.097. Verdad es que el Cod. civ. austriaco, § 859, establece: «los derechos personales se fundan ..... ó en el daño sufrido»; pero no se disputa que el último resultado de la injuria sea la restauración del daño sufrido.

consecuencia de ello, la *responsabilidad*, la obligación de responder del daño demostrado. La aplicación de este concepto se refiere especialmente á la prueba; porque si para que nazca la responsabilidad del autor de la violación basta demostrar que se ha cometido injuria (objetiva y subjetiva), la prueba del daño causado toca sólo á la liquidación de la indemnización. Ciertamente, el demandado podrá oponer la falta, no sólo de daño, sino hasta de la posibilidad de éste; pero esto no es argumento contrario para la teoría propuesta, advirtiéndose sólo en el caso una excepción encaminada á demostrar que inútilmente declararía el juez la obligación de responder. De este modo, los dos términos, injuria culposa y resarcimiento, están entre sí en relación de causalidad. La injuria produce la obligación de responder, y, por consiguiente, de resarcir; pero la demostración del daño tiene su puesto en este último desarrollo del hecho injurioso.

24 bis. Estas consideraciones, que parecen dar exacto fundamento á la teoría (1), no quitan que las más de las veces se enseñe que el *hecho*, sólo cuando es *dañoso*, es elemento del cuasi delito (2). Alguno exagera cuando escribe que «no asume figura de cuasi delito civil el hecho que no produce daño, si bien produzca todas las violaciones jurídicas del mundo» (3); consecuencia deplorable del nuevo simplicismo, al que se quiere sacrificar todo en jurisprudencia, sin observar que al desarrollo normal de la regla jurídica daña tanto la abstracción injustificada, por sus exageraciones, como el olvido de la investigación, de que se induce la construcción científica. Que sin la *prueba* del

(1) Cons. Aubry y Rau, ob. cit., § 446 en pr. y 446 in f.

(2) Merlin, ob. cit., l. cit.; Toullier, ob. cit., VI, 115; Duranton, ob. cit., XIII, 699; Larombière, ob. cit., l. cit., n. 1-3; Marcadé, ob. cit., s. l. cit., 1482-83; Laurent, ob. cit., XX, 391; Demolombe, ob. cit., VIII, 671; Sourdau, ob. cit., I, 643, 444; Pacifici-Mazzoni, ob. cit., V, n. 85; Ricci, ob. cit., VI, 99.

(3) Giorgi, ob. cit., V, n. 159.

daño no es posible el resarcimiento, verdad es, porque no es posible restaurar el patrimonio si no se demuestra que el hecho injurioso trajo la mengua que repara la indemnización; pero no por esto se debe confundir la causa de la obligación con uno de los momentos de su desarrollo. El cuasi delito (ó el delito) producirá sólo la obligación de indemnizar, que será liquidada cuando haya habido daño; si no le hubo, nada quita esto á la injuria del delito ó del cuasi delito.

Verdad es que en la ley se dice: «todo hecho humano que produce daño á otros»; pero no lo es menos que determina de este modo la obligación del resarcimiento, que, según se ha dicho, no puede existir si el daño no sigue ó ha dejado de probarse.

Por otra parte, la teoría generalmente admitida no se concilia bien con la práctica, porque si al tiempo del llamado por nosotros dañamiento nada podría demostrar que el daño resultara, no se podría hablar de cuasi delito, y si se hiciese una reserva, se abandonaría el principio. De aquí el valor, no puramente teórico, de la distinción entre la violación (el llamado dañamiento) y el *daño*; términos de los cuales, el hecho ilícito es el elemento propio del delito y del cuasi delito, refiriéndose el segundo sólo al resarcimiento, si bien el concepto de la responsabilidad deba relacionar luego uno con otro en relación de causalidad (1).

(1) Para que la violación injusta del derecho induzca responsabilidad, el ofendido deberá demostrar la *lesión injuriosa* á fin de obtener este resultado. El *daño* deberá probarle en la existencia y cantidad pretendidas en el momento de la liquidación, que puede hacerse en el mismo juicio y separadamente. Adviértase que el demandado puede impedir este segundo momento, *oponiendo*, desde el principio, que el hecho injurioso no contiene daño posible, de donde la *inutilidad* del momento primero. Pero como ya se ha dicho y se ha repetido ahora en el texto (v. cap. I), no entra en los términos esenciales para la existencia del hecho ilícito, ni el ofendido debe demostrarle, al menos como *posible*, para la declaración de responsabilidad del ofensor.

24 *ter.* Fijados estos conceptos generales, la materia relativa á la violación del derecho ajeno se tratará investigando:

a) La *violación* en sí (dañamiento), no considerada como causa de que *deba* derivar el daño (que en este momento de la relación basta con que sea posible), ó sea el acto determinante de la *injuria*, y esto en su primer aspecto: *hecho positivo* (comisión, acción);

b) La *violación* en sí, en su segundo aspecto: *hecho negativo* (omisión);

c) La *violación* en orden al derecho ajeno, ó sea el hecho ó la omisión *injusta, ilícita* (injuria).

#### § I

##### Violación: a) Hecho positivo.

SUMARIO: 25. Hecho positivo: caracteres. — 26. Más sobre la distinción entre hecho *propio* y *ajeno*.

25. Cuando la violación se manifiesta por vía de un *acto*, aparece el hecho positivo ó *hecho* propiamente dicho. Se *comete*, pues, *una acción* de la que se deriva ofensa al derecho ajeno, siendo éste, como la misma palabra denota suficientemente, el carácter por el cual el *hecho* ilícito se distingue del *no hecho* ilícito, la comisión de la omisión. Del valor que hoy día tiene esta distinción, se hablará pronto; bastará notar, en relación con lo expuesto, que, siendo ilícita toda acción, cualquiera que sea su forma, puede constituir delito ó cuasi delito. Las aplicaciones pueden ser variadísimas, y las cuestiones que se relacionan con ésta son puramente de hecho, ya que todo se reduce á examinar si el *hecho* realizado es contradictorio al derecho.

26. Es oportuno aquí insistir nuevamente sobre la distinción entre hecho *propio* y hecho *ajeno*, eliminando todo equívoco en este punto, porque muchos creen que la «responsabilidad por hecho ajeno», apreciada según las dispo-

siciones legales, contiene sólo la aplicación de los principios generales del sistema de la culpa no contractual, observando que existe una presunción legal de culpa á cargo de las personas declaradas responsables, aun no siendo directamente autoras del hecho, ni estando en culpa respecto al mismo (1). De esto se hablará ampliamente en su lugar; aquí se recuerda la teoría sólo porque la afirmación que contiene no parece enteramente conforme á los principios, y á fin de indicar el motivo que la distingue de la propuesta, si bien uno y otro parten de un principio común, que es la relación en que están con las reglas generales sobre delitos y cuasi delitos.

La distinción entre hecho *propio* y hecho *ajeno* (2), tal como está en la ley (3) y en la doctrina, vale si á la locución *hecho ajeno* se le da el significado *violación del derecho*, de *objetividad* de la *injuria* cometida por otra persona de la que, aun no siendo autor, es responsable. Pero cuando se quiere dar á la distinción un significado jurídico especial, mezclando en ella el concepto de presunción de culpa, la teoría enseña cosas inexactas, porque en algunos casos determinados no hay esta presunción legal, y, admitiendo su existencia, se tendrían que admitir consecuencias muy distintas de las generalmente aceptadas.

Sirve esto para decir que ahora á la tal distinción se le quiere dar una importancia limitada al *agente* que la haya cometido, un significado restringido á la *violación* como aspecto material de la *injuria*. En suma, siendo expresión

(1) Confr. Laurent, ob. cit., XX, 550, si bien después distingue, como ya se ha advertido, la responsabilidad «por hecho ajeno», llamándola especialmente «responsabilidad»; y Demolombe, ob. cit., VIII, 557 bis y sig. Sobre esta presunción legal, v. el cap. VI y los autores que se citan en las notas. V. también el cap. I, § 3.

(2) En que se comprende también el *no hecho*, siempre que á éste se pueda extender el caso de la omisión, V. el § sig.

(3) Cód. civ., art. 1.153. Para la legislación comparada, véanse los cap. VI y X. Lo mismo para la bibliografía.

del *hecho* de que nace la *injuria*, porque su existencia contradictoria al derecho ajeno puede ocurrir por obra, no del llamado á responder, sino de otros; y si bien, de ordinario, cada cual sólo responde del hecho *propio*, aquí es tal la posición en que el responsable se encuentra ante el *agente*, que el *hecho* de este último le obliga. La distinción, pues, tal como aquí se acoge, no contradice á la teoría propuesta sobre el significado *jurídico* de la responsabilidad por hecho propio y de la responsabilidad por hecho ajeno (1).

## § II

### Violación: *b*) Hecho negativo (omisión).

SUMARIO: 27. *Omisión*: valor histórico de su distinción del hecho positivo. — 28. Teoría sobre el carácter de la omisión. — 29. Si por otro motivo esta distinción tiene virtud en el derecho moderno.

27. La otra forma que puede asumir la materialidad de la violación es el término opuesto al *hecho*, el *no hecho*, como en su dicción general declara la ley, ante todo (2), y luego especificando el sistema seguido (3). Lo mismo que el *hacer*, el *no hacer* puede ser contradicción al derecho ajeno y originar *delito* ó *cuasi delito*, siempre que concurren las demás condiciones necesarias.

Diríase que la distinción entre hecho de *comisión* y de *omisión* tendría apenas un valor histórico. Las palabras del

(1) La separación entre ambas no tiene ahora por objeto puntualizar la razón de responsabilidad de cada una, y sólo hace observar esto: que la *materialidad* de la ofensa, la *injuria* objetiva, puede obligar á responder á persona distinta de su autor, pero que está en una determinada relación con él. Luego se dirá si esto es así por *culpa* propia, directa ó no, ó *independientemente* de culpa.

(2) Cód. civ., art. 1.151 cit.

(3) Cód. civ., art. 1.152.; Cód. civ. austriaco, § 1.294: «proviene el daño de acción ú *omisión* injusta.....»; Cód. civ. de la República Argentina, art. 1.073, 1.408.

tercer capítulo de la ley Aquilia (1) realmente excluían el *no hacer*, é incluían la necesidad de una acción de que derivase *injuria*, indicando, ante todo, diversas formas, en las cuales la acción ilícita podía manifestarse (por ejemplo, *usserit, fregerit*), y estableciendo luego un término general que comprendía á todas (*ruperit*). Pero aquí hay que repetir la observación relativa á la extensión que hubo la ley Aquilia. En efecto: admitido el concepto de la responsabilidad nacida de la *injuria*, como era necesidad lógica deducir (ampliando los límites en que artificialmente la ley restringía el principio que en sí tiene la extensión correspondiente al concepto del *derecho*) que todo derecho debía tener defensa, se debía argumentar que todo modo de producir la lesión injuriosa debía también constituir *injuria*. De este modo, si la acción concedida por la ley (*a. directa*) nacía de los hechos positivos indicados en la misma, de las omisiones injuriosas debía nacer la *actio utilis*.

Tal es el interés de la distinción respecto á las fuentes. Sus límites (omisión injuriosa) demuestran que sólo infundadamente se afirma que en el movimiento integrativo de su constante arreglo, la jurisprudencia desarrollada alrededor de la ley Aquilia negase á ésta toda virtud en el caso de omisión, estableciendo que la *injuria* en materia no contractual sólo podía darse con un hecho positivo (*factum contra ius*) (2). De nada vale decir que el desarrollo del principio legal debía atribuir á la omisión carácter injurioso siempre que la precediera ó acompañara un hecho *positivo*; porque si éste era *ilícito*, ya la omisión estaba comprendida, y si *lícito*, su omisión culposa era *injuria* de por sí. Mucho menos valdría alegar que constituye culpa contractual la violación del deber existente, porque no todo deber impuesto induce una relación de obligación.

(1) V. el cap. I, § 1.

(2) V. el cap. I, § 1; Dernburg, *Pand.*, II, § 131; Pernice, ob. cit., p. 164 y sig.

28. En el derecho moderno se manifiesta una opinión enteramente contraria á la indicada, y se enseña que el que, pudiendo impedir á otros la ejecución de daño injusto, dejase de hacerlo, debe ser responsable ante el perjudicado (1). Esta opinión ha quedado aislada, con razón (2), pues contraría demasiado al carácter de ilegitimidad que debe acompañar á la violación. De aquí que la teoría generalmente acogida (3) enseñe que sólo se debe responder de las omisiones cuando no pudieran tenerse *juridicamente*, por estar obligado á *hacer* el omitente. La jurisprudencia anterior á la codificación (4) había dado la misma enseñanza, exacta rigurosamente, en virtud de las consideraciones hechas (5), si bien no diera con la evidencia necesaria la razón de distinguir *hecho* de *omisión*.

Para demostrarlo, basta reflexionar cómo lo que se quiere indicar, cual carácter especial del *no hecho*, á saber: el haber dado lugar contrariamente á una obligación *jurídica* de hacer (siempre, se entiende, en materia no contractual), es aplicación de los principios y debe existir, no sólo en la *omisión*, sino también en el *hecho*, porque la ley, que puede imponer la abstención de hacer, puede también ordenar que se haga (6). Sentada así la responsabilidad nacida de la violación del derecho ajeno *c. ius*, se entiende que ocurre cuando el *hecho* se comete con *injuria* contra la ley,

(1) Toullier, ob. cit., XI, 117.

(2) Proudhon, ob. cit., III, 1.489-90; Larombière, ob. cit., artículo 1.382-83, n. 6, 7; Sourdau, ob. cit., I, 442; Marcadé, ob. cit., artículo 1.382-83, n. 11; Aubry y Rau, ob. cit., § 444; Demolombe, ob. cit., VIII, 479; Laurent, ob. cit., XX, 388; Colmet de Santerre, ob. cit., V, 164 bis 11; Huc, ob. cit., VII, 404; Tissier, en *J. du P.*, 1895, 4, 273, n.; Giorgi, ob. cit., V, 151; Ricci, ob. cit., VI, 85.

(3) Véase los autores citados en la nota anterior.

(4) Loysel, ob. cit., VI, t. I, n. 5; Domat, *Les lois civiles*, II, t. VIII, s. IV, n. 8; «... que quelque devoirs les engageait». Nótese la latitud de la expresión *quelque devoirs*.

(5) Cons. Binding, d. *Noomen*, cit., II, p. 206 y sig.

(6) Cons. Listz, en mon. cit.

que obliga á no hacer; y por omisión, cuando el que no hizo estaba obligado á hacer *juridicamente*. Por la naturaleza misma de la omisión, en este único caso puede darse la violación injusta del derecho, la *injuria*, fuente de la responsabilidad.

De aquí se desprende que asignar este carácter especial á la omisión porque de materia de delito ó cuasi delito, no sirve seguramente para avalorar la distinción propuesta, como no vale insistir en el carácter de *juridica* atribuído á la obligación de hacer incumplida. Recordando los principios, basta atenerse al concepto de *injuria*. La necesidad de un derecho al cual se cause violación, indica ya cuál sea la obligación del omitente.

La distinción entre la culpa contractual y la extracontractual, establecida como principio en que reposa la teoría de la culpa y de la responsabilidad, determina suficientemente el carácter de esta obligación, cuyo incumplimiento da lugar á delito y cuasi delito, siendo preciso que este punto fundamental sea determinado con exactitud, á fin de impedir que se haga argumento de la *preexistencia de la obligación* para confundir después las dos especies de culpa, ó bien que, para impedir tal confusión, se afirme que la *omisión* jamás puede causar culpa extracontractual. Se podría designar el carácter de esta obligación siguiendo un método eliminativo y diciendo que la omisión constitutiva de ilicitud con figura de delito ó cuasi delito es la relativa á una obligación no dependiente de relaciones de obligación entre las partes. No importa que haya casos en que la ley impone la obligación cuyo incumplimiento se regula con las reglas relativas á la culpa contractual, porque en ellos el razonamiento de analogía pone bien de relieve la figura de la relación contractual (*de obligación*) á que se refieren (1).

(1) No siempre la jurisprudencia, á pesar de acoger el concepto de la *omisión culposa*, considerada según las ideas expuestas, esqui-

29. En esto está toda la importancia que en el derecho

va el peligro de confundir las dos figuras de culpa, cayendo con esto en la teoría según la cual donde quiera hay omisión surge la *c. contractual*. En materia de contrato de transporte, se ha fallado que no es responsable el conductor por el daño ó destrucción de las mercancías que se le consignaron, si por naturaleza eran fácilmente incendiables y el comitente no le advirtió de este peligro, impidiéndole, por tanto, exigir y hacer guardar los cuidados necesarios. (Cas. francesa, 8 Marzo 1883, in *Journal du Palais*, 1885, 1, 659; 4 Julio 1894, *id.*, 1895, 1, 287.) Indudablemente, la decisión es exacta, porque las reglas en cuanto á la diligencia en la celebración de los contratos (*dil. y c. in contrahendo*), imponen al que expide una mercancía advertir al conductor de las circunstancias que aumentan el riesgo; pero la culpa es *contractual*. Se objetará á esta sentencia que la *dil. in contrahendo*, no refiriéndose á la ejecución del contrato, no debe ser regulada con las reglas de este último; pero las consideraciones expuestas en cuanto á la *c. in contrahendo*, imponen afirmar que es contractual la relación relativa á la constitución del contrato; y, ciertamente, aun criticando por confusión de dos figuras distintas las sentencias referidas, se debe reconocer que se ha hecho bien la aplicación de la *c. in omittendo* á la responsabilidad que incumbe al expedidor ante *terceros* perjudicados. Porque, si bien á primera vista parece que ante estos últimos el hecho ilícito sea *positivo*, se debe observar que el daño que han recibido procede de defecto de las precauciones que el conductor hubiera tomado de saber la verdadera cualidad de las mercancías; defecto ocasionado por *omisión* de la declaración á que estaba obligado el expedidor.

Verdad que á veces sucede que el *no hecho* insuficiente para dar causa á responsabilidad extracontractual, puede, por la condición especial del sujeto á que se refiere, poner á cargo suyo la necesidad de un modo particular de diligencia y, por consiguiente, de responsabilidad. Así, los administradores de una sociedad que tuvieran conocimiento de irregularidades cometidas por el director, no cometerían *no hecho* (reticencia) ilícito dejando de ponerlo en conocimiento del Consejo de administración; pero por ese estado de cosas quedarían obligados á una vigilancia especial (Cas. francesa, 9 de Julio de 1888, *J. du P.*, 1888, 1, 894). Se puede objetar, ante todo, á esta sentencia, que esta responsabilidad siempre sería contractual y no derivada de cuasi delito, y, además, que mal se entiende esa no responsabilidad de la reticencia, que en sustancia se cambia res-

moderno puede atribuirse á la distinción hecha, porque la confusión entre las dos especies de culpa puede originarse del error sobre el carácter de la obligación á que se refiere el *no hacer*. Tanto es así, que se ha enseñado la falta de idoneidad de la omisión para determinar el cuasi delito, por no poderse concebir el deber jurídico de hacer sino cuando voluntariamente se hubiese asumido (1). Ahora bien: la ley impone estas obligaciones, y cuando el Magistrado, en cuestiones no relativas á contratos ó á otras relaciones que por analogía se pueden referir á ellas, juzga imponiendo una obligación de *hacer*, el *no hacer* puede muy bien constituir materia de cuasi delito (2).

responsabilidad por la obligación de una especial diligencia. No, los hechos de que tienen conocimiento, ó son tales que dejen suponer justamente que con la ordinaria vigilancia no se puede cometer irregularidad en daño de los bienes, y entonces no hay *reticencia* injusta, ó son tales que requieren un aumento de diligencia, de vigilancia, y entonces este *exceso* de obligación no se explica sin la ilicitud del no hecho, que no es no contractual, sino derivado de *dil. ó c. in contrahendo*, que es la razón de lo que en la sentencia se llama impropia (necesidad de una vigilancia especial)

(1) V. el cap. I, § 1, y los autores citados en las notas.

(2) Cons. Cas. francesa, 11 Noviembre 1891 (*J. du P.*, 1892, 1, 91); 19 Abril 1893 (*id.*, 1893, 1, 381); 24 Abril 1894 (*id.*, 1894, 1, 300); 4 Febrero 1895 (*id.*, 1895, 1, 356); en las que, con justicia, se pone á cargo de una sociedad ferroviaria la responsabilidad por haber omitido las mayores precauciones para impedir daños á las personas en los pasos á nivel cuando la concesión le dispensase de poner vallas ó colocar guardas. V. también Apelación París, 7 Agosto 1876 y 13 Febrero 1877 (*J. du P.*, 1878, 497); Tribunal de Blois, 30 Julio 1878; Ap. Orleans, 26 Diciembre 1879 (*J. du P.*, 1879, 451) y las requisitorias de Flouest, *id.*, p. 455; 23 Noviembre 1882 (*J. du P.*, 1884, 1, 742); Apelación de Argel, 19 Diciembre 1892 (*id.*, 1894, 2, 300) y 7 Mayo 1894 (*id.*, *lug. cit.*).

§ III

C) Injuria.

SUMARIO: 30. Hecho ú omisión en relación con el derecho ajeno. — 31. El porqué de este último elemento. — 31 bis. Referencia. — 31 triplicado. Continuación.

30. El hecho ó la omisión se consideran como materia de delito ó cuasi delito sólo en cuanto contienen lesión de derecho ajeno, ó, mejor, que constituyan su base y objetividad. Si del hecho ó de la omisión no se deriva tal ofensa, nada tiene en sí de *injuriosa*, y, por consiguiente, no hay el cuasi delito, que es uno de los modos en que se manifiesta la injuria en el derecho positivo.

Inútil es insistir más en este concepto, en que se repite el principio fundamental de la materia, que es una de las obligaciones nacidas de hecho ilícito, y que la ley regula como garantía necesaria para la existencia del derecho, prohibiendo violarla. Con todo, si el *hecho* (ó el *no hecho*) no es *c. ius*, la injuria que informa la institución no existe, y no puede haber obligación de responder. De aquí los dos datos para constituir el cuasi delito: *a*) la violación del derecho ajeno; *b*) la culpa (y el dolo en el delito). Respecto del primero, ya se ha dicho que la protección de la ley se extiende á todo derecho. La investigación inicial en cuanto á la responsabilidad por cuasi delito (y, en general, por hecho ilícito) es, pues, si se ha ofendido ó no un derecho, observando, por la limitación misma del tema (culpa extracontractual), que no ha de tratarse de incumplimiento de obligación, si bien en esto haya injuria; porque aunque el derecho nacido de obligación puede, al ser violado por persona no obligada á cumplirla, dar lugar á cuasi delito, la obligación, y, por tanto, las relaciones nacidas de ella ó con ella relacionadas (incumplimiento, culpa contractual), es ley sólo entre las partes.

La ofensa al derecho ajeno, por consiguiente, necesita manifestarse en un hecho ú omisión realizado sin derecho, en lo que precisamente está la ofensa (*q. non iure factum est, hoc est contra ius*) (1). La ley positiva es en este punto suficientemente explícita: «todo hecho del hombre que produce daño á otros, obliga á aquel por culpa del cual ocurrió á resarcir el daño» (2), prescripción en la cual se contienen dos conceptos diversos: uno, el hecho acaecido por culpa; otro, la obligación de resarcir el daño derivado; de los cuales, el primero contiene el elemento necesario al delito y al cuasi delito, *facere ó non facere contra ius* (3); porque en la voz culpa, no obstante la necesidad de no confundir las dos expresiones, se comprende la injuria (4), sin lo que es inútil decir el significado especial asignado á la culpa (injuria subjetiva).

31. Se dice «derecho ajeno», porque, y esto es evidente, si lo que se lesiona es un derecho del agente, *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* (5). Se puede poner de relieve esta idea del derecho ajeno claramente contenida en el concepto de injuria, observando que no puede darse responsabilidad por daño causado á las cosas cuyo dominio sea posible obtener por medio de la ocupación. Puede surgir alguna dificultad en la aplicación, pero no en cuanto á la posición del principio, sino respecto

(1) L. 5, § 1, D. de l. Ag. (IX, 2). No es preciso distinguir según que se considere al agente (*agere sine iure*) ó al ofendido (*contra ius*), refiriendo el primer caso, más que á la injuria, á la imputabilidad. La ofensa es injuriosa cuando se comete *contra ius*, y se entiende que sólo en relación con tal término está la posición del ofensor (agente *sine iure*). No es posible obrar *iure contra ius*. V. Exner, en *Kritik Vierteljahrschr.*, XI, p. 313.

(2) Cód. civ., art. 1.151 cit. V., por otra parte, Giorgi, *ob. cit.*, V, 138.

(3) V. cap. I, § 3 y el cap. II, *Generalidades*.

(4) L. 203, D. de R. I. (L. 17).

(5) Cons. Grucher, *The Roman Law of damage to property* (Oxford, 1886), p. 214 y sig.; Pernice, *Labeo cit.*, II, p. 231.

á la comprobación de la existencia del derecho ajeno, al que se subordina la posibilidad del cuasi delito (1).

31 bis. Al decir que la ofensa al derecho ajeno (*non iure, i. e. contra ius*) es el primer elemento del cuasi delito, se fija el concepto opuesto para el caso en que, lejos de la acción sin derecho, se haya ejercitado el derecho propio. ¿Qué extensión deberá darse á este «ejercicio»? ¿Se deberá entender del modo más absoluto, más lato, de manera que toda acción ú omisión que se puedan referir al ejercicio del derecho (cualquiera que sea el ánimo del agente, exista ó no una relación de necesidad ó de utilidad entre el acto y el sujeto agente) no deban dar materia á cuasi delito? Ó, por el contrario, ¿se deberá restringir esta libertad con consideraciones y límites inspirados en el «abuso del ejercicio del derecho propio»?

La cuestión, que es bastante grave (2), queda indicada; pero su discusión tendrá lugar más oportuno en otra parte del trabajo. Si es verdad que la determinación de cuando se obra *iure* sirve, por necesaria correlación, para esclarecer mejor el *facere contra ius*, todavía lo es más que el obrar *iure* se presenta como causa de exclusión del cuasi delito; de modo que será más correcto dejar para el estudio de las causas exclusivas de responsabilidad la solución de la dificultad notada. Aquí, para explicar uno de los conceptos fundamentales del cuasi delito (y del delito), bastará decir que á causa de la injuria que manifiesta, no puede existir sin un acto ú omisión que constituya violación de un derecho.

31 trip. Queda, pues, como uno de los principios que entran á formar el concepto de responsabilidad, que no hay ofensa constitutiva de injuria objetiva sin lesión del derecho ajeno. Entiéndase bien: no simple daño, sino injuria, hecho ú omisión *contra ius*, sin que importe observar ahora, según ya se ha indicado, qué especiales razones jurídico-sociales

(1) V. el cap. IV, § 1, y el XVIII, § 1.

(2) V. Charmont, in *R. tr. de D. C.*, 1902, f. 1.

puedan inducir *responsabilidad* (impropia) cuando, no sólo no hay *culpa* (injuria subjetiva), sino que tampoco *injuria subjetiva*, ó ninguna forma de injuria, y sí sólo peligro de ella, porque el obligado está entonces tenido, no á responder, sino á *garantizar*.

Con todo, consistiendo la injuria en la ofensa del derecho, sería preciso investigar cuándo el derecho sufre lesión y cómo debe ser demostrada la existencia del derecho ofendido. La ley no establece sobre este punto ningún concepto general, ni siquiera distingue unos derechos de otros, para no dar lugar á inútiles dificultades. Baste decir que el hecho tiene cualidad de ilícito, y que la injuria objetiva existe cuando un derecho queda ofendido, sin que importe que este derecho sea de los que afectan á la *personalidad* (vida, libertad, honor) ó á la clase que, con mayor amplitud que ésta, comprende todo derecho absoluto, en el sentido de que incumba á todos el deber general y negativo de no ofender, ó, por último, á los que son simplemente relativos ó de obligación (1). Tampoco importa que la ley, expresa ó particularmente, no reconozca ó proteja ninguno de estos derechos *absolutos*, y no significa nada que la ley italiana carezca de la disposición que tienen otras leyes (2) cuando dicen que es injuria el acto realizado contra una obligación impuesta por consideraciones de moral pública. La ley civil, en efecto, las reconoce en varios lugares (3), y no podría suceder de otro modo sin que el legislador, en contra del destino del Estado y de su poder sumo, trastornase los sentimientos de moralidad que sirven de base á la existencia de la sociedad y la dan el carácter de nación.

La distinción entre la razón de estos varios derechos puede influir, ciertamente, en la investigación y determi-

(1) Cons. Meischeider, en la mon. cit. en *Bekker-Beitrage*, L. III, p. 36 y sig.; Gierke, in *Zeitschr.*, XIII, 250.

(2) Cód. civ. alemán, § 823.

(3) Cód. civ., Disp. prel., art. 12.

nación de la conducta del agente respecto á sus actos, porque si se trata de un derecho absoluto, la culpa en el descuido de las consecuencias de su acción ó inacción fácilmente puede indagarse y apreciarse. Pero esto nada añade á las consideraciones expuestas y al concepto formado. Cualquiera que sea la naturaleza del derecho ofendido, su lesión constituye hecho ilícito, injuria objetiva, injuria que maliciosamente origina el delito y culposamente el cuasi delito.



### 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 contrarius* 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, afirmandose 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 Matsia, *D. Rechte d. Schadenersatz.*, Leipz., 1888; Gierke, *D. Genossenschaftsth.*, Berl., 1887, p. 803 y sig.; *D. Entw. civ. burgerl. Gesetz. 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. Gesetz. 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 rechtmüssiger 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 *inevitable* (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 <sup>trip.</sup> Las objeciones puestas hasta ahora á la doctrina construida 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.

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; 1. 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 aparecería, 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 obrará 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. Cierro; 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., II, 8, 3, 4, n. 8; V. Pothier, ob. cit., n. 113.

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

(4) Toullier, ob. cit., IX, 119; Duranton, ob. cit., XIII, 708; Larombière, ob. cit., I, n. 8; Sourdat, ob. cit., I, 655; Marcadé, ob. y I. cit.; Massé y Vergé, s. Zachariae, ob. cit., § 625; Aubri y Rau, ob. cit., § 446; Laurent, ob. cit., XX, 486; 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. levisima y la *extremamente* 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 levisima 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. 1; 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 determinar 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 gradación 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. levisima, 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 levisima. 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.

Verdad es que, atendiendo sólo á las apariencias, este razonamiento todavía no parece decisivo. No responde, podría decirse, contradiciéndole, al concepto opuesto de que más allá de la *c. leve* no haya ni sea posible otro modo de culpa, por responder al tipo medio del hombre diligente. Añádase también: si á esta figura y criterios mesuradores se presume por todos, y esta presunción debe estar también en la voluntad común, que es la ley, que deben los asociados conformarse en el ejercicio respectivo de su propia libre actividad, no se puede decir, sin errar, que se haya impuesto un tipo superior de diligencia por el imperativo jurídico en cuanto al cuasi delito. La ley, hecha para los hombres, informa sus disposiciones en lo que éstos son común, no excepcionalmente (*c. grave*), ó en lo que deberían ser de una manera superior (*c. levisima*). Pero tampoco puesto así queda victorioso el razonamiento; y aunque se observe, como característica de la sociedad moderna (1), que cada vez se hace más humana, menos severa, se podrá siempre responder que, fuera de las relaciones contractuales, la medida de la actividad humana en la sociedad civil es la *posibilidad* de ofender el derecho ajeno. Guárdense, pues, todos de ello, y cada cual se comporte, no sólo como la mayoría de los hombres de su condición haría en las mismas circunstancias (*c. leve*), sino aun con mayor cuidado, hecha reserva de su *posibilidad* subjetiva de lograrlo (imputabilidad). Tal es, y no otro, el significado de la *c. levisima*.

Confiesa ésta lo que también se ha observado ya, sin confundirse, como sucede, en la otra dirección, con la *c. grave* y el *dolo*. *Dolo* y *caso fortuito* son los dos términos en que se desenvuelve la institución de la culpa, tanto en la contractual como en la extracontractual; pero en esta última el criterio para fijarla, más que la diligencia ordinaria, es la diligencia exactísima, la del diligentísimo padre de fa-

(1) Taine, *Philosph. de l'art*, Paris, 1893, I, p. 123.

milia, tipo al que se debe recurrir para saber cuándo está determinado por la *culpa* ó por el *caso*. No otra cosa se ha querido decir al afirmar que se debe responder de toda culpa.

De la comparación de las circunstancias del hecho con el criterio sugerido, podrá resultar que en las circunstancias en que el agente cometió el hecho no había de modo alguno la no posibilidad de prever sus consecuencias. Faltaría entonces la culpa, y, por consiguiente, la imputabilidad. Pero de este aspecto de la culpa (que después de todo es un verdadero significado), por el cual el criterio abstracto se aplica al hecho especial, al agente, dando la figura de la injuria *subjetiva*, se hablará en seguida. Examinando la entidad de la culpa considerada en sí, en su contenido objetivo de falta de diligencia, falta aún saber si la *impericia* es culpa, de qué modo y en qué medida, y si los *errores profesionales* en las artes liberales se deben apreciar con criterios especiales.

47. Hablamos ahora de la *impericia* particularmente, no porque en ella se advierta algún elemento especial que determine alguna modificación de los principios expuestos, sino á fin de evidenciar algunas teorías que se enseñan sobre este punto, y que no responden al concepto de responsabilidad.

Algunos, en efecto, quieren asignar á la *impericia* una figura muy distinta de la negligencia y la imprudencia (1). Otros, en cambio, afirman que constituye una especie particular de culpa (2). Construcciones enteramente inútiles, ó peor, dañosas, pensando en la teoría que enseña la excusabilidad de los errores profesionales; pues coordinando la doctrina á un modo especial de culpa, se hace, en efecto, posible dar á la *no imputabilidad del error profesional* el aspecto de singularidad que de ordinario se le atribuye.

(1) Laurent, ob. cit., XX, 466, 471, 482. V. el cap. sig.

(2) Giorgi, ob. cit., V, 154.

No. La impericia es culpa, y el error profesional puede ser también culpa bastante á constituir cuasi delito. A la índole de la c. aquiliana, á su valuación, no la sirve de indicio que la fije ó mida la *d. in concreto*, por lo cual la impericia se confunde en la falta de diligencia; es culpa propia; *imperitia culpa adnumeratur* (1). ¿De qué vale decir que no hay defecto de diligencia, cuando el agente ha puesto en el hecho el cuidado que le concede la extensión de sus conocimientos? Antes de dedicarse á un asunto debía conocer bien si poseía aptitud conveniente (2), y esto basta para poner de relieve la omisión de diligencia necesaria para el cuasi delito; esto es, la existencia de la culpa.

Por esto están en lo cierto los que no dan á la impericia ninguna importancia en sí, ni la consideran como modo particular de ser de la c. aquiliana, y asignándola entidad de culpa (en su concepto general, que comprende también la contractual), plantea la cuestión de la extensión de las reglas relativas al cuasi delito á todas las profesiones, y responde afirmativamente (3). Pero si la impericia es culpa, el error profesional derivado de ella origina también c. delito; es culpa en su entidad objetiva.

47 bis. Es culpa, hemos dicho, ó mejor *puede ser culpa* (contractual ó no contractual, refiriéndose la impericia ó el error profesional á defecto de diligencia en general), porque su apreciación *in abstracto* requiere la determinación clara de todos los elementos que deben concurrir para constituirla. Y si esta valuación debe hacerse teniendo como criterio de comparación el comportamiento que una persona diligente ó diligentísima (según la investigación

(1) L. 132, D. de V. S. (L. 17).

(2) Cons. l. 7, § 6, 8 pr. y § 1. 9, 27, § 29, c. 29, § 2, D. ad l. Ag. (IX, 2). V. también §§ 7, 8, I, de l. Ag. (IV, 3). Cons. especialmente Pernice, ob. cit., VII. V. también Castellari, l. cit., n. 42.

(3) Sourdat, ob. cit., I, 670 y sig.; Larombière, ob. cit., I, cit., n. 15; Demolombe, ob. cit., VIII, 516; Aubry y Rau, ob. cit., § 446; Colmet de Santerre, ob. cit., V, 364.

se refiera á la culpa contractual ó á la extracontractual) hubiera tenido ó debiera tener en la misma *condición* en que el agente se hallaba ante el ofendido, y si necesariamente al investigar esa condición no se deben considerar únicamente las circunstancias atinentes al hecho, sino la persona del agente, su estado, independientemente de su relación con el hecho ilícito (c. *subjetivamente* entendida), deberemos decir que el *tipo de comparación* del hombre diligente ó diligentísimo deberá referirse á la figura abstracta de una persona del mismo estado ó condición del agente, de su grado de cultura y de educación civil.

Este concepto, por el cual la figura abstracta del buen padre de familia representa la realidad de las cosas, más que parezca á la crítica que pretende combatirla, ha sido ya ampliamente desarrollado al sentar los principios sobre la culpa en general y la contractual particularmente (1). No es preciso volver sobre ello, porque la determinación de la c. contractual *in abstracto* vale también para la extracontractual, y porque es patente la justicia de configurar el tipo del *buen padre de familia*, según la mayoría de los hombres pertenecientes á la misma condición y grado (estado) del agente. Y á la manera que la impericia es culpa, pero de los que ejercen la misma profesión pueden ser varias las condiciones, así la valuación de la impericia (culpa) debe hacerse en relación con el estado, grado y condición del profesional agente (2). O sea: no la ignorancia, sino la impericia, da por sí sola la materia de la culpa; pero necesariamente se debe añadir el hecho de la *condición ó posi-*

(1) *Culpa contractual*, c. III.

(2) V. la nota anterior. Así, para determinar la figura del buen padre de familia, indicio mesurador de la diligencia, y por ende de la c. *in abstracto*, no se investiga y fija un *ideal* de diligencia, sino que se abstrae buscando el tipo de diligencia que racionalmente debieran tener hombres del estado y condición del agente; de suerte que, como se dice en el texto, aparece aún más injustificada la crítica á ese criterio y á la expresión para significarle.

ción del agente que excluye de por sí la presunción de ignorancia é impericia, é incluye, por el contrario, la presunción de ciencia y pericia. De este modo la ignorancia é impericia son materia de injuria cuando son *culposas*.

48. Una enseñanza que, á propósito de impericia y de error profesional, da con frecuencia la doctrina y aun más exageradamente la jurisprudencia, error que conviene notar por su poca armonía con los principios y con la ley, es que tal modo de ser de la culpa se refiere particularmente á la culpa extracontractual, aun cuando los términos del hecho jurídico demuestren que la figura sea, no de culpa aquiliana, sino de culpa contractual. Así se determina la responsabilidad del carretero que no sabe disponer las misiones sobre el carro, del capitán que no sabe gobernar la nave, del cochero que no sabe refrenar los caballos, del artífice que por impericia estropea el objeto que se le ha dado á componer (1), y no se advierte en estos casos (y especialmente en los dos últimos) la incorrección de confundir la culpa aquiliana con la contractual.

Este defecto es más notable todavía en el que trata como culpa no contractual la responsabilidad de los arquitectos y de los contratistas (2), gobernada por la ley en el régimen del contrato de locación; más notable, porque esta responsabilidad la fija la ley expresamente en cuanto á la ejecución de un contrato, como hace con la responsabilidad de los cocheros y la del inquilino por el incendio de la casa arrendada, que también parece á algunos materia de cuasidelito (3). Ahora bien: en cuanto á estos casos y á la teoría de que son expresión, bastará observar que la impericia ó el error profesional no asumen, por el mero hecho de serlo, la figura de la culpa aquiliana; dan materia de culpa, son mo-

(1) Giorgi, ob. cit., 154.

(2) Cód. civ., art. 1.639.

(3) Sourdat, ob. cit., I, 661; Demolombe, ob. cit., VIII, 525; Guilouard, en la *Revue critique*, 1877, p. 72 y sig.; 1878, p. 91 y sig.

dos de ser de la injuria, y, considerándolos como figura que la culpa en general puede tomar, pueden constituir culpa no contractual ó contractual, según que ocurran en relación con un vínculo de obligación ó independientemente de esto.

La dificultad toma importancia especial tratando de la responsabilidad de los médicos, abogados, notarios, y, en general, de todos los que ejercen un arte liberal (1); pero se debe aquí objetar lo mismo que se ha observado en cuanto á la impericia ó al error profesional en general. Se dice en cuanto á los médicos, que los Tribunales no deben cambiarse en academias llamadas á elegir entre los varios sistemas aconsejados por la medicina, y que, por otra parte, tantas son las complicaciones que pueden surgir en la curación, que hagan excusable el error profesional; por donde se enseñaría la no responsabilidad como regla, exigiéndose sólo la excepción para el error sobre preceptos claros y generalmente admitidos, de modo que sea *grave, evidentísimo é imperdonable* (2); la culpa grave sería, pues, el término de la responsabilidad del médico, y consistiría en omitir cuanto en el caso especial aconsejaran la teoría y la práctica ciertas. Se ha querido dar mejor aspecto á esta teoría, distinguiendo la responsabilidad del médico que obra en tal condición (estado), de la responsabilidad del médico considerado como particular (3), poniendo el criterio y límite indicados á la primera, y quitándolos en la otra. Enseñanzas sustancialmente idénticas circulan también en cuanto á la responsabilidad de los abogados, que, en su sentir, no de-

(1) Giorgi, ob. cit., V, 278 y sig. Para la historia y la bibliografía, véase *Culpa contractual*, cap. V, y aquí el capítulo siguiente.

(2) Confr. Sourdat, ob. cit., I, n. 679; Demolombe, ob. cit., 532 y sig.; Dalloz, ob. cit., V, *responsabilidad*, n. 305 y sig.; Giorgi, ob. cit., I, cit. V, los autores citados en las notas siguientes.

(3) Giorgi, I, cit. V, Sourdat, I, cit., y la requisitoria de Dupin en Dalloz, I, cit., n. 129.

ben responder sino cuando les sea imputable culpa gravísima (1).

Las dos teorías incluyen un error común á ambas y otro especial de la segunda. El error común consiste en la pretendida aplicación correcta de las reglas sobre el cuasidelito á los errores profesionales, cuando el camino que se sigue es la negación manifiesta de los principios invocados. En efecto: si la culpa, incluso en su menor grado, basta para que exista cuasidelito, ¿es justo luego limitarla, en el caso de los errores profesionales, sólo para cuando éstos sean evidentes é inexcusables? Los dos atributos se refieren á dos órdenes de ideas completamente distintos, porque la *evidencia* parece que se refiere más bien al hecho, y

(1) Sobre la responsabilidad de los abogados y procuradores, cons. Merlin, *Rép. cit.*, *Avocat*; Demolombe, *ob. cit.*, VIII, 556; Troplong, *Mandat* (ed. cit.), 16; Huc, *ob. cit.*, VIII, 419; cfr. Laurent, *ob. cit.*, XX, 519; Larombière, *ob. cit.*, arts. 1.382-83, n. 15. Sobre los procuradores, véase especialmente Cas. fr., 26 Noviembre 1883 (*J. du P.*, 1885, I, 1.157); 26 Noviembre 1890 (*id.*, 1891, I, 152); 6 Marzo 1902 (*id.*, 1902, I, 145); 27 Marzo 1901 (*id.*, 1902, I, 146). Sobre los médicos, véase Denisart, *Coll. cit.*, *Chirurgien*; Demolombe, *ob. cit.*, VIII, 543; Lecomte, *De la respons. des médecins*, *France judic.*, 1879, 206; Muteau, *De la responsab. civ.* (Par., 1898), p. 597 y sig.; Ap. Metz, 21 Mayo 1867 (*Dall.*, *Pér.*, 1867, 2, 110); 21 Mayo 1867 (*J. du P.*, 1868, 468); Ap. Argel, 17 Marzo 1894 (*id.*, 1899, 2, 237). Cfr. Dalloz, *Dict. gén.*, *Art de guérir*, n. 97; Laurent, *ob. cit.*, XX, 516. Véase la monografía de Hü, *Étude hist. et jur. de la resp. des médecins*, cap. II; véase especialmente Hefke, *Der Arzt im römischen u. im heutige. Recht.* en *Archiv f. praktische Rechtswissenschaft*, n. Folge, XIV B.; y, por último, un dictamen de Oppenheim, en *Zeitschr. f. Ohrenheilkunde*, Wiesbad., 1891, B. XXXV, ps. 225-259, y las mon. de Sarfatti, en *Legge*, 1900, I, 2 423 y sig.; de Ricca-Barberis, en *Atti della R. Acc. della Sc. di Torino*, 1902, f. 12, 13; véase Cód. pen., art. 318 y sig., especialmente art. 323. Véase el cap. sig.; sobre los notarios, lo que se dirá luego.

Lo dicho sobre la responsabilidad de los médicos se aplica á las demás profesiones sanitarias: farmacéuticos, matronas, veterinarios, etc.

la *inexcusabilidad* al derecho; aquélla toca á la apreciación del Juez; la otra se refiere también á esto, pero principalmente al *grado* de la culpa, que apenas debería ser la *grave* si debiera darse importancia á la teoría. La ley, que, ordenando la materia del hecho ilícito no contractual, podría fijarla, estimando de este modo la condición del agente, no lo hace, sin embargo. Y el error profesional nada tiene en sí para que se imponga tal fijación especial del grado de conducta (1). El segundo error toca sólo á la última de las teorías, en la cual el defecto advertido se agrava con una distinción imposible. ¿Qué regla puede darse para separar el hecho del médico *como médico* del hecho del médico *como particular*? En la aplicación será imposible, y podrá suceder que se afirme la responsabilidad absoluta ó la irresponsabilidad en casos que deberían resolverse de otro modo (2).

49. Ni para la impericia, ni para los errores profesionales, se deben establecer teorías especiales. La correcta interpretación de la ley no lo consiente, y pronto se verá cómo el contenido que la doctrina impugnada da á la culpa grave, en realidad hace de ésta la culpa leve (siendo contractual) ó levisima (siendo no contractual); la trata, pues, como culpa *in abstracto* correctamente entendida. Baste advertir sobre la *inexcusabilidad* que para que exista el cuasidelito precisa siempre que la injuria sea imputable al autor, para lo cual hay que establecer la culpa subjetivamente entendida. Faltando la imputabilidad (como puede faltar por muchas causas), la figura del cuasidelito, imperfecta ya, no llega á tener existencia jurídica (3). Como aplicación de estas ideas, se verá que la responsabilidad del médico por impericia está en el hecho de que incurre

(1) V. el n. sig.

(2) Cons. Merlin, *ob. y l. cit.*

(3) V. Chironi, noticia del vol. VIII de la obra citada; *ob. cit.* de Demolombe, en *Rivista critica*, 1884, n. 4.

en culpa si no sabe lo que debiera saber por el oficio que ejerce, y hace lo que no sabe, y que, debiendo saberlo, deja creer que sabe. Pero tambien aquí la investigación de la culpa subjetiva es bastante delicada.

Porque si ciertamente no basta para eliminarlo decir que el médico no está obligado á conocer los descubrimientos, doctrinas y métodos empleados después de los estudios que le habilitaron para su profesión; si, antes bien, sería grave error pensarlo, porque el que ejerce una profesión nunca debe olvidar los nuevos descubrimientos con que ésta se perfecciona (1), hay que tener también en cuenta la posibilidad en que el médico esté de entenderlos plenamente y de aprovecharlos con seguridad, lo que no tendría el que, lejano de un centro de estudios ó de buena práctica (hospitales), no tuviese modo ó conveniencia de renovar sus conocimientos. Todavía debe añadirse la investigación sobre la diligencia ó culpa del médico al procurarse, conforme á su estado, noticia de los nuevos conocimientos, al asumir una cura, no obstante saber que los desconoce, cuando debería requerir ó aconsejar el auxilio de médicos más peritos; en su tratamiento como médico en casos de suma urgencia, careciendo en el momento de los medios técnicos necesarios, ó si, conociendo el caso ó por su oficio especial (cirujano ó cirujano especialista), no los hubiera llevado consigo (2).

49 bis. Las consideraciones hechas hasta aquí bastarían para demostrar la crítica de las teorías rechazadas; pero convendrá observar que la verdadera razón de la inexactitud de los mismos es que intentar una doctrina especial para los errores profesionales, adaptándola á los principios del cuasidelito, depende de la intención de referirlos absolutamente á la culpa aquiliana, aun siendo la culpa cierta-

(1) V. especialmente Oppenheim, dictamen citado.  
(2) V. la nota anterior.

mente contractual (1); esto es lo que sucede, por regla general, con los médicos (2), abogados, procuradores (3) y notarios (4), tratándose de los cuales enseña que la culpa en el ejercicio de sus funciones sólo puede ser no contractual, en homenaje á la teoría según la cual el ejercicio de estas profesiones no es objeto válido de arrendamiento de servicios ó de otra relación contractual ó cuasicontractual. Un error debía engendrar necesariamente otro (5).

50. Se ha dicho (especialmente de los médicos, abogados y procuradores; de los notarios y alguaciles luego se dirá) que esta relación no puede calificarse de otro modo que de mandato retribuido (6), y se niega la proposición, objetando que en el mandato existe la representación como nota característica, por lo que respecto á terceros, si el mandatario obra dentro de los límites del poder que se le ha otorgado, es la persona del mandante la que obra jurídicamente en el hecho realizado por el representante (7). Y se ha observado también que el titular de una profesión liberal la ejerce en nombre propio, y no en el de la persona en cuyo favor la ejerce, razón que no es plausible para todas las profesiones liberales ni para todos los casos (8). Otros dicen que no hay en estos casos mandato, sino arrendamiento de obra, con todos los elementos que la ley exige para la

(1) En este sentido podría entenderse la teoría de Dupin (l. cit.) sobre la responsabilidad de los médicos. V. el cap. XVIII.  
(2) V. los autores antes citados.  
(3) Idem y el n. 54, y el párrafo siguiente.  
(4) Idem.  
(5) Cfr. Trib. fed. suizo, 10 Junio 1892 (*J. du P.*, 1892, 4, 38); pero véase el mismo Trib., 9 Diciembre 1892 (*id.*, 1893, 4, 16).  
(6) Pothier, *Louage*, n. 23 y sig.; Duranton, ob. cit., XVII, 224; Merlin, ob. cit. V. *Notaire*, § 6, n. 4; Troplong, *Louage*, 791 y sig.; Marcadé, ob. cit., art. 1.779; Championnière y Rigaud, *Des droits d'enregistrement* (Paris, 1851), II, p. 443.  
(7) Duvergier, *Louage* (Paris, 1836), II, 267 y sig.  
(8) ¿No es el procurador un mandatario?

existencia jurídica de este contrato (1); habiéndose objetado que la relación jurídica tiene aquí por objeto una cosa inestimable, como es el fruto del ingenio iluminado por el estudio, de tal suerte, que la compensación de la prestación no puede llamarse precio, sino honorario (2). Finalmente, otros no ven en ello ni mandato ni arrendamiento de obra (3), ni otra relación obligatoria: de modo que la persona que ejerce la profesión liberal no estaría obligada á prestar la obra prometida, salvo su responsabilidad por delito ó cuasidelito; pero, una vez que la prestara, tendría derecho á honorario. Alguien (4) exceptúa el caso en que la obligación fuese de realizar un trabajo determinado, en el cual el contrato sería obligatorio.

51. De estas tres teorías, la última resulta de elementos en contradicción resuelta con la ley, y las otras dos pecan por ser demasiado absolutas y por su extensión exagerada.

No es dudoso, en efecto, que en ciertos casos la relación entre el que ejerce la profesión liberal y el que requiere su obra no es un verdadero mandato con salario; pero también es cierto que á veces el mandato existe sin salario, como es también indiscutible que en otros casos hay verdadero arrendamiento de obra. Verdad es que los dos primeros casos parece que sólo se dan excepcionalmente, y que de ordinario el ejercicio de la profesión liberal origina la última de las tres figuras, á saber: el arrendamiento de obra. Contra este modo de ver, los partidarios de las dos teorías alegan argumentos comunes, cuyo valor apreciaremos ahora.

El mayor de ellos consiste en imaginar que el fruto de

(1) Duvergier, ob. y l. cit.; Laurent, ob. cit., XXVII, 335 y sig.

(2) Cfr. Troplong, ob. y l. cit., y los aut. cit. antes. Adde: Aubry y Rau, ob. cit., § 371 bis; Pacifici-Mazzoni, *Locazioni* (Firenze, 1872), 268; Guillouard, *Contrat du Louage* (Paris, 1894), II, 692 y sig.

(3) Aubry y Rau, ob. cit., l. cit. y § 344; Guillouard, ob. cit., l. cit.; Pacifici-Mazzoni, ob. cit., l. cit.

(4) Guillouard, ob. cit., II, 696.

la inteligencia no puede ser materia de arrendamiento de obra, y se querría confirmar esta idea con la distinción, bastante problemática, entre *precio* y *honorario*. Pero ¿qué es el honorario recibido sino el equivalente del ejercicio de la profesión liberal? Se añade que no se puede considerar la equivalencia del honorario con el precio del trabajo; pero tampoco es justo este razonamiento: el artífice que, sobre ajenos diseños, ha debido construir instrumentos delicadísimos, ¿á cuántas preocupaciones no habrá estado sujeto, cuánto habrá debido estudiar para perfeccionarse en la profesión que ejerce?

Se ha recurrido también á las fuentes del Derecho romano, sin pensar que la historia de las necesidades humanas, que es también la historia de la sociedad y del derecho, tiene sus épocas, sus fases; de modo que este derecho con frecuencia no está en armonía con la sociedad y el derecho moderno, y el no reconocer el mismo una determinada relación jurídica, no es razón suficiente para decir que no se deba reconocer en el estado y en el movimiento jurídico presente (1); así que, en este asunto, las ideas admitidas en la sociedad y en la ley romana eran distintas de las actuales. En efecto: el que piense en los conceptos de donde vino la denominación *operæ liberales, liberales artes vel disciplinae*, comprenderá cuán mal se avendrían las ideas de mercancía y precio de la obra ó servicio prestado para considerarse la remuneración como simple beneficio (2); pero observará también que esas distinciones se van cambiando á medida que, aun conservándose la primitiva locución de *operæ liberales*, se reconoce en quien las ejercita el derecho

(1) V. Gabba, en el *Foro italiano*, X (1883), p. I, col. 36. V. también Chironi, *Socialismo ed individualismo nel diritto privato*, Turin, 1899; y la aguda observación de Jhering, en *Jahrb. f. d. Dogm.*, B., XVIII, p. 41.

(2) V. especialmente Séneca, *De beneficiis*, VI, 15 y sig.



de pedir una *adecuada* (1) compensación (2). El paso de una a otra de las dos fases no se efectuó tan bruscamente que permitiera notar cuánto la segunda está en contradicción con la primera, por lo cual la compensación no recibió el nombre de *precio* del servicio, sino el de *remuneratio, honorarium* (3), quedando así eliminada la figura del arrendamiento de la obra, si bien apareciese clara en el caso del honorario debido al abogado por patrocinio del litigio, en el cual los textos, aun indicando la existencia del mandato, no consienten la *a. mandati* (4); y se buscó la conciliación entre los dos momentos, huyendo de aplicar cualquiera de las figuras de los contratos nominados, y concediendo el derecho al honorario por vía de una *extraordinaria cognitio* (5), y el poder de obtener lo que anteriormente a la prestación de la obra se hubiese pactado, mediante la *a. praescriptis verbis*, por encontrar en el hecho los elementos de un contrato innominado (6).

Parecía, sin embargo, que aun habiendo cambiado las ideas acerca de la liberalidad de ciertas artes, aun influían en que su ejercicio compensado no diera lugar a arrendamiento de obra; pero el que la prestaba tenía la garantía de otra acción, a lo que se adaptaba bien un medio especial del procedimiento romano: la *extr. cognitio* y la clase de los contratos innominados. Así se realizaba la evolución, dejando a salvo el prestigio de las *op. liberales* frente a las

(1) Cfr. para los abogados ley 1, § 10, D. *de extr. cognitio*. (L. 13); y para los *prozenetae*, l. 1, F. D. *de prozenet.* (L. 14).

(2) V. l. 1, D. *de extr. cogn.* (L. 13), y l. 1, D. *si mentor falsum mod. dix.* (XI, 6).

(3) L. 1, pr. D., *si mentor*, etc. (XI, 6). V. Hefke, mon. cit., p. 109 y sig.

(4) Cons. Wening-Ingenheim, *L. v. Schadenersatze n. rom. Rechte* (Heidelb., 1841), § 101.

(5) L. 1, D. *de extr. cogn.* (L. 13); l. 3, D. *de prozenet.* (L. 14).

(6) L. 5, §§ 2 y 22, D. *de praescr. verbis* (XIX, 5). Cons. Seuffert, ob. cit., § 334; Göschen, ob. cit., § 513; Zimmermann, cit. en *Archiv für civilist., Praxis*, N. S., vol. VI, p. 222 y sig.

demás, en las cuales podía recurrirse válidamente al contrato de locación (1). Las fuentes guardan expreso testimonio de este proceso (2).

Compréndese cómo, bajo el imperio de estos conceptos dominantes, la jurisprudencia anterior a la codificación consideraba que el hecho jurídico descrito no tenía la figura jurídica del arrendamiento; y que, falta de los medios procesales con los que en el Derecho romano se verificaba la conciliación referida, se construyese y aceptase la del mandato con compensación; resolución que no puede ser adoptada en el Derecho moderno en su generalidad, libre como está el movimiento jurídico de las consideraciones tradicionales que lo habían sugerido; y todavía menos puede acogerse la otra, que no hace de la prestación de obra un vínculo jurídicamente obligatorio.

Esta libertad, y por consiguiente la diversidad de ideas en cuanto al modo de apreciar el arte liberal como objeto de relación jurídica, de tal suerte que mal se pueden inferir hoy de las fuentes del Derecho antiguo las resoluciones que la conciernen, se demuestra perfectamente por muchas observaciones especiales. Así, el *mentor*, según la ley romana, ejercitaba una profesión liberal, y la moderna, regulando el contrato de arrendamiento de obra, establece expresamente la responsabilidad del arquitecto (3). En cambio, la pintura, recordada en las teorías contradecidas como arte liberal, podía ser objeto de arrendamiento de obra (4). No sólo esto: hoy, en que el derecho de propiedad literaria está garantizado por leyes y tratados internacionales, la ce-

(1) Cons. Windscheid, ob. cit., § 404, y especialmente la monografía de Schaeffer, en *Zeitschrift f. Civilrecht u. Prozess*, N. Fol., B. 7, 1 y sig.

(2) L. 7, § 8, D. *ad. l. Aq.* (IX, 2). V. otras referencias en Hefke, ob. cit.

(3) Cód. civ., art. 1.639 y sig.; Cód. civ. fr., art. 1.792 y sig.

(4) L. 5, § 2, D. *de praeser. verbi* (XIX, 5). Cfr. Pacifici-Mazzoni, l. cit.; Guillaouard, l. cit.

sión hecha por el titular se llama venta, y no hay honorario, sino precio; y cuando la ley no regula expresamente el contrato de edición (1), se infiere del arrendamiento de obra la figura jurídica de la relación por la que uno se obliga á suministrar original de imprenta á un editor, del cual reciba un equivalente determinado. La ley mercantil, determinando los actos de comercio, alude manifiestamente á este concepto (2).

52. Contra la última de las teorías expuestas, todavía se pueden oponer otras consideraciones especiales.

Enseña ella que el compromiso del que ejerce una profesión liberal no constituye vínculo obligatorio (3), y aplica esta decisión reconociendo en el abogado el derecho de abandonar el pleito (4) cuando reconozca su insuficiencia, y en el médico el de abandonar la curación del enfermo por el mismo motivo; salvo, no obstante, la responsabilidad en que pudieran incurrir por delito ó euasidelito. Pero no se advierte que la excepción destruye la regla, ya porque la omisión sólo sirve para constituir cuando existe obligación de hacer, y, por consiguiente, vínculo; y en el caso propuesto, la obligación de hacer puede muy bien ser convencional; ya porque además del hecho ilícito se requiere el elemento de la culpa, y el médico y el abogado que aceptan prestar su obra en el caso en que sus conocimientos son insuficientes, incurren en culpa, toda vez que debieron contar antes con sus aptitudes. Este concepto es

(1) Cód. civ. alemán.

(2) Cód. de comercio, art. 3, n. 40. V. *Atti della Commiss. incaricata di studiare le modif. da introdursi al Cod. di Comm.*, n. 428 bis, 445, 446. *Relaz. della Commiss. del Senato*, p. 40.

(3) Demolombe, *ob. cit.*, VIII, 556; Aubry y Rau, *l. cit.*; Troplong, *ob. cit.*, 16; Huc, *ob. cit.*, VIII, 419; Guillaud, *l. cit.*; Pacifici-Mazzoni, *l. cit.*; Giorgi, *ob. cit.*, n. 155, en f. Cfr. Laurent, *ob. cit.*, XX, 519; Larombière, *ob. cit.*, art. 1.382-83, n. 15.

(4) V. los aut. cit. en la n. 1. V. también Cresson, *Usage et règles de la profess. d'avocat*, II, 69.

simple aplicación de la doctrina impugnada, que pretende apoyarse en las fuentes del Derecho romano, en las cuales se decidía expresamente la responsabilidad por culpa aquiliana del médico que, habiendo practicado con éxito bueno ó malo una operación quirúrgica en el enfermo, abandonase después su curación (1); decisión en perfecta coherencia con las ideas recibidas en cuanto á la naturaleza jurídica de las profesiones liberales, y, atendiendo á una decisión especial (2), con las reglas sobre el concurso de las acciones. En cambio, la doctrina que discutimos no responde al concepto que luego acepta en materia de inspección.

No hemos de dejar de observar cómo, negada á la promesa de obra liberal la entidad de un vínculo obligatorio cualquiera, se reconoce después en el que la profesa el derecho á obtener una compensación, acabada que sea la obra (3), proposiciones que están en desacuerdo. ¿A qué relación se ligará, como á su causa, la existencia de tal derecho? Si es á un contrato, ¿se podrá decir correctamente que sólo se forma cuando quede *acabado* el hecho que sea su *objeto*? Y, dado el *objeto* y concurriendo los demás extremos de su formación, ¿no se podrá decir, por el contrario, que existía anteriormente?

Por otra parte, puesto que el derecho á la compensación nace una vez prestado el servicio, si éste se ha cumplido mal por culpa del profesional, el derecho del perjudicado á obtener resarcimiento, ¿no tendrá la misma razón jurídica que el del profesional á obtener el honorario? Ahora bien: si la relación de obligación da origen á esta pretensión y no puede dejar de dar causa á la otra, la culpa y la responsabilidad tendrían carácter contractual.

El defecto de la teoría aparece mejor con la adición que

(1) L. 8, § pr. D. *ad. l. Aq.* (IX, 2); el § 6, I, *de l. Aq.* (IV, 3).

(2) L. 7, § 3, D. *ad. l. Aq.* (IX, 6).

(3) V. los aut. antes citados.

hace un escritor (1), diciendo que existe el contrato civilmente obligatorio entre las partes cuando el objeto sea una obra limitada, determinada. ¿Habrá una venta? Supóngase que sea tal la figura de la relación constituida; pero ¿no hay contradicción entre la regla y la restricción cuando se piensa que, sentado el principio en que se informa esta última, la regla no tiene razón de ser? La compensación se trocaría en *precio*; y si es tal para la venta, eso se comprende, porque dejaría de serlo para el arrendamiento. ¿Será arrendamiento de obra? La contradicción no pierde nada de su gravedad.

53. Por consiguiente, se puede fijar como resultado de la investigación que el ejercicio de un arte liberal es por sí objeto válido de relación jurídica, que no se presenta sólo bajo la única forma de mandato ó de arrendamiento de obra, sino que asume variedad de formas, según como la prestación se determina y el objeto que le da la voluntad de las partes. Por esto, en algunos casos toma la figura del mandato, como en la constitución de procurador; en otros, la de arrendamiento de obra, como en la obligación del abogado al patrocinar una causa, ó en la del médico al asumir la cura de un enfermo; en otros, en fin, la de venta, y hasta, según alguna ley especial (2), puede tomar la forma de mandato y arrendamiento de obra, como cuando el procurador es á la vez abogado en la causa. Sin embargo, la figura del arrendamiento es la más frecuente.

Se ha observado que la ley, en sus disposiciones, considera como objeto del contrato de arrendamiento de obra sólo las obras manuales (3); pero nada justifica interpretación tan arbitraria. Verdad que esta razón de distinguir según la naturaleza del objeto atribuida á la ley, se funda

(1) Guillaouard, ob. y l. cit.

(2) Ley para el ejercicio de las profesiones de abogado y procurador de 8 de Junio de 1874.

(3) Pacifici-Mazzoni, ob. y l. cit.

sobre la distinción de los productos materiales é inmateriales, asunto de no leve disputa entre los economistas (1), si bien, por otra parte, sus mantenedores no hayan dudado en cuanto á que los productos no materiales pueden entrar en la circulación económica. Tanto en las industrias manuales cuanto en las llamadas liberales; tanto en los productos materiales cuanto en los inmateriales, la economía tiene para apreciarlos el criterio de la utilidad de que tienen valor; por el valor es por lo que el derecho considera las *cosas* como *bienes*, valor que en los contratos conmutativos se manifiesta por vía de la prestación recíproca, y que en el contrato de arrendamiento es *precio* del servicio.

No importa objetar que la ley, entre los elementos del arrendamiento de obra, enuncia el «salario pactado» (2). Ciertamente el salario pactado de antemano es el caso más frecuente; pero en los casos descritos también sucede con frecuencia lo contrario, pues nada impide á las partes dejarlo para cuando el trabajo se concluya (3), especialmente cuando hay una autoridad que, en caso de disenso, liquida el precio debido ó dictamina sobre el mismo. Este es el caso de tácita referencia ó determinación ajena, como en el honorario de los abogados fijado por un cuerpo especial en caso de discordia (4), ó del de los médicos, sobre el cual puede dictaminar el Consejo Sanitario (5).

53 bis. La cuestión que vamos examinando es grave en relación con la doctrina de la culpa. Si el ejercicio de las profesiones liberales puede ser válidamente objeto de obli-

(1) Cons. Ferrara, prefacio al vol. V de la *Biblioteca dell'Economista*, 1.ª serie.

(2) Cód. civ., art. 1.570.

(3) Confr. Schaeffer, mon. cit., y el mismo Pacifici-Mazzoni, ob. cit., n. 270. Cfr. Cód. civ. austriaco, § 1.163.

(4) Ley 8 Junio 1874. No se habla ahora de los procuradores, cuyos derechos están fijados en arancel, y en cuyo ejercicio se advierte antes la función de mandato que la de arrendamiento de obra.

(5) Ley sanitaria de 22 de Diciembre de 1888.

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; Heffe, 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'élevation 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. 4).

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, 1, 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 gen eralísima 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 levisima, 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 levisima 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 sobrepusiera 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-

cia y cuyo ejercicio pueden regularlo libremente las partes á su libre placer (1).

58. El razonamiento ya hecho acerca de la naturaleza jurídica de la culpa aquiliana, y sobre el cual ahora se ha profundizado al demostrar que la entidad y el grado de la misma son completamente independientes de la voluntad de los particulares, asegura por sí mismo que la ley sola puede modificar estos elementos y limitar ó dar especiales amplitudes á la regla, por las cuales en el cuasi delito se debe responder de cualquier injuria, de cualquier culpa, y que no hay responsabilidad por hecho ilícito si la injuria *objetiva* y la culpa (*injuria subjetiva*), no concurren á constituirlo.

Es fácil comprender la razón. La ley, por la necesidad de garantizar eficazmente el derecho contra toda violación injusta que pueda ofenderlo, provee declarando la responsabilidad del injuriante cualquiera que sea la culpa que acompañó su hecho ilícito; pero alguna vez tiene en cuenta la condición del agente con relación al hecho consumado, y considerando entonces como medida excesiva la de responder de todo grado de culpa, modera el rigor. Estimar estos casos corresponde enteramente al legislador, que es el Juez de la tutela de que debe estar rodeado el derecho; sin embargo, cuando le parezca bastante una protección menor que aquella que ordinariamente está dada por ordenamiento sobre la culpa no contractual, muy justamente la deroga; y esto se explica, porque en la disposición dada sobre los delitos y cuasi delitos no se ha hecho mención de su poder exclusivo para aducir excepciones á la regla fijada, de la misma manera que se observa en el ordenamiento sobre la culpa contractual (2), donde, aunque no se diga expresamente, la facultad que la volun-

(1) V. la bibliografía sobre esta materia en el cap. XIII.

(2) V. el cap. cit. en la n. prec. para mayores esclarecimientos de la distinción propuesta.

tad de las partes tiene para derogarlo, la índole misma de la materia ordenada, lo contiene y declara. Aquí, como la ley ordena la responsabilidad aun para el grado mínimo de culpa, á ella sólo corresponde la facultad de reducirlo cuando quiera.

La existencia de esta única excepción da nuevo argumento para sostener cuanto se ha dicho acerca de la medida de la culpa en el cuasi delito; esto es, que se deba responder de cualquier grado de ella, no siendo justo el enseñar que la culpa aquiliana no tiene grados. Si tal doctrina fuese exacta, mal se podría coordinar la regla con la excepción, incluyéndose en cada una principios absolutamente opuestos. Ahora bien: como la excepción está contenida en determinados casos, la ley requiere para la existencia del cuasi delito un grado determinado de culpa; así es justo que se diga que, si generalmente basta á dar vida al cuasi delito por vía de excepción la culpa *levísima*, en casos especiales designados por la ley, un grado menor es suficiente: esto es, si la regla es la responsabilidad, aun para la culpa *levísima*, la excepción es la restricción de la responsabilidad para culpa de menor grado. Y á otros conceptos expuestos anteriormente da también apoyo la excepción así determinada; el ser, en efecto, mantenida en este ordenamiento la terminología de culpa grave, demuestra que exactamente, considerando la culpa en sí misma independientemente de cualquier aplicación, se propone distinguirla en tres grados, y que es necesario definir cuál sea la naturaleza de la culpa aquiliana, si culpa *in abstracto*, ó bien culpa *in concreto*, atribuyéndole el primero de estos dos caracteres.

59. Del concepto de donde la excepción se colige, y que es el mismo de donde está sacada la regla, se deduce el límite dentro del cual la excepción misma debe restringirse; no se puede extender más que en los casos en que sea expresamente ordenado por la ley. En materia de culpa contractual, el legislador se ha reservado expresamente la facultad de introducir excepciones restrictivas ó extensivas

á las reglas fijadas sobre el modo y grado de la diligencia, excepción hecha, se entiende, para la voluntad de las partes, de la cual difiere mucho en tal materia por la índole misma de esta institución jurídica; y si esto sucede respecto á relaciones que la ley regula interpretando la intención de las partes, mayormente se justifica cuando el ordenamiento abarca acuerdos cuya razón de ser es del todo independiente de obligación contractual ó casi contractual.

La ley, por tanto, establece y ella sola puede ponerla como cautela del derecho que afirma y que por ella existe, la regla general sobre la responsabilidad fuera del contrato; y ésta se aplica siempre con todo su rigor, á menos que con disposiciones especiales que se refieran á hipótesis determinadas no sea derogada; así que no pueden darse interpretaciones por analogía, en virtud de las cuales se pueda extender la excepción á distintos casos.

Y esto, mientras esté en perfecta congruencia con el concepto fundamental que justifica la excepción, demuestra de qué manera no es correcto el método que á menudo se emplea al interpretar la ley, cuando, tomando como pretexto el contenerse en algunas leyes disposiciones especiales que en alguna hipótesis fijan un grado menor de culpa, extienden la excepción del caso típico considerado, á toda la materia reglamentada por la ley particular, como si la disminución de la responsabilidad fuera carácter propio de la ley en su integridad. No siempre esto es exacto: lo es cuando sea cierto que á toda la institución reglamentada por la ley especial se aplica la regla de la disminuida responsabilidad; de otro modo (y en caso de duda, así se debe decidir, por la naturaleza misma de la ley especial), la regla impuesta por la ley en materia de culpa aquiliana es de índole generalísima, y no hay relación alguna á la cual no se deba y pueda aplicar. Ahora bien: las leyes especiales de ciertos institutos no la derogan por su sola especialidad, y aquella mantiene así toda su influencia; y si la disposición que contiene respecto á la responsabilidad no se extiende

del modo anteriormente descrito á la ley entera, se referirá á un caso particular; y por tanto, aun cuando corresponda á la ley especial, no podrá nunca extenderse más allá de la hipótesis á la cual va estrechamente unida.

59 bis. De esta facultad de la ley, que por modo soberano define y determina la regla jurídica y los términos en los cuales se desenvuelve la garantía que esa le da contra la injuria dolosa ó culposa que la ofende, se deduce al parecer con evidencia que el concepto puesto como excepción (y que tal es frente á la regla) es un procedimiento para ordenar la tal tutela; del cual se hablará después más ampliamente en las aplicaciones que justificarán la construcción adoptada, y se verá que alguna vez la ley, por justa estimación del Ministerio fiscal del cual ciertas personas están investidas, restringe al hecho doloso la razón de la responsabilidad por la injuria hecha en el desempeño de su cargo (1); y que otras, aun apreciando la condición del agente frente á su derecho de recurrir á la autoridad judicial (2) ó respecto á la cosa (3), reduzca á la sola culpa grave el proceder ilícito que debe concurrir con la injuria para determinar la responsabilidad. Y todavía antes de proceder á estas indagaciones que justifican los principios expuestos, se hará mención de aquel modo más amplio por el cual, tan simple reducción de culpa no es aquella con la que, el poder ordenador de la ley estima con su concurso los elementos de la responsabilidad, ó bien los estima separadamente determinando los efectos; y su razón es siempre la protección que justamente parece al legislador que se debe al derecho, siquiera falte aquel concurso de donde nace la obligación de responder á cargo del agente.

Mas primero es necesario sea aclarado un punto que parece contradice la limitación antes expuesta, en cuanto

(1) Cód. proc. civ., art. 783; v. en seg.

(2) Cód. proc. civ., art. 370 (litis temeraria); v. en seg.

(3) Cód. civ., art. 2.020; v. en seg.

que ésta pudiera no derivar de una disposición especial de la ley, sino del modo de considerar en ciertos casos la culpa aquiliana en contraposición á la culpa contractual. Ya se ha dicho (1) que hay ciertas situaciones jurídicas en que parece que el grado de la culpa contractual se refleja sobre la culpa aquiliana, y esto sucedería cuando, con relación á una cosa—que corresponde á otros que la hubieran concedido—ó en su relación con otros el agente injuria culposamente á personas que á tal hecho ó cosa resultan extrañas.

Esta cuestión se reduce, en último caso, á una forma de la representación, de modo que la excepción en realidad no existe (2); efectivamente, cuando se afirma que el agente no debe en cuanto al ofendido se refiera más allá del grado de diligencia á que estaría obligada la persona que representaba mientras obraba, esta figura, es bien evidente, y la responsabilidad solamente contractual; y donde no existiese una tal relación entre el ofendido y el representado á quien la injuria se hizo, poco importa que el representante haya estipulado á su favor la responsabilidad por un grado mínimo de culpa, porque el ofendido podrá obrar en tutela de su derecho con arreglo á los términos de la culpa extracontractual, y el pacto entre el representante y el representado servirá para fijar entre ellos la relación de reciprocidad en la medida que corresponda á la diligencia que haya sido determinada.

De donde que si una persona disfrutara de la cosa, y en el ejercicio de su derecho fuese obligada respecto del que la concede á un cierto grado de diligencia, cuando en el uso de esta facultad ocasionara perjuicio á otros, no podrá alegar que en su derecho con relación á la cosa, entra aquel término que constituye la esencia, aquel grado dado de conducta, ¿qué importa eso al perjudicado? Este grado de diligencia se refiere al negocio de la concesión, y si el ofen-

(1) V. Chironi, *C. contrattuale* (2.ª ed.), c. 1.

(2) V. la n. precedente.

dido fuera extraño, no podrán extenderse á él en modo alguno los efectos; pero otra cosa sucederá si el ofendido estuviera él también en relación con el concesionario respecto á la misma cosa, y si la injuria fuese hecha cuando el autor obrase en representación del concesionario por las obligaciones que de la concesión le obligasen respecto del ofendido; y aquí se volvería á la posición anteriormente descrita, y la culpa sería contractual.

La cuestión se refiere especialmente á la responsabilidad de los coinquilinos por el incendio de la casa alquilada, y también al alquilador en el caso que se le deba considerar como co-inquilino (1). La responsabilidad respecto al alquilador es contractual, y la culpa se fija según la norma general; pero respecto á los co-inquilinos, parece que es extracontractual, y se afirma, por consiguiente, que la más pequeña negligencia es bastante á considerar responsable al agente. Parecerá extraño que al mismo hecho, que es el incendio, se puedan coordinar dos modos diversos de fijar la responsabilidad; pero cuando se arguya sobre la distinción entre las dos formas de culpa, y, por lo tanto, de los diferentes hechos respecto á los cuales se examina el hecho ilícito, la duda pierde toda razón de ser. Otra cosa es ver si la figura de la culpa extracontractual existe verdaderamente en la hipótesis descrita; pero de esto se tratará después en el examen de las aplicaciones relativas á la distinción entre la culpa contractual y aquiliana (2).

59<sup>ter</sup>. Ya se ha observado, al fijar la razón de la excepción antes descrita acerca del grado que, según la regla, tiene responsabilidad por culpa no contractual, que esa se conexiona con la misma razón que justifica el principio general; la ley, vengadora soberana del derecho ofendido, puede desarrollar su ordenamiento de tutela, según estime los varios aspectos que la ofensa puede revestir; y, propor-

(1) V. el § siguiente.

(2) V. el § siguiente.

cionando al hecho, la necesidad más ó menos enérgica de la defensa, mientras de ordinario añade á su protección el concurso de la injuria objetiva y subjetiva, por excepción, ó atempera este concurso, ó ejercita su función de garantía independientemente de él.

El caso en que el concurso quede atemperado en el sentido de que alguna vez concurra á dar razón de la responsabilidad un grado de culpa menor de aquel establecido por la regla, se ha visto ahora (1); y también se ha hecho mención del modo en que la otra función tutelar del derecho es ejercida por la ley (2). De este último punto es necesario se dé ahora mayor conocimiento, para que se perciban claramente con la división de la materia todas las líneas de la construcción, y así se verá el puesto que en relación al principio general ocupan estas funciones, que se refieren íntimamente por el concepto del derecho al cual se reúnen, y no se contradicen ni requieren por lo mismo el cambio de la teoría «tradicional» de la culpa.

Según la regla, de la falta del concurso de la injuria y de la culpa, se deduciría la no existencia de responsabilidad en el agente. Pero la ley, por la necesidad preponderante de la tutela del orden público (que entra en mucha parte en la regla misma), puede establecer:

1.º Que la sola *ingiuria oggettiva* sea fuente de relaciones jurídicas entre las partes, independientemente de todo concepto de culpa. Lo que sucede especialmente, cuando el desconocimiento de una determinada pretensión jurídica induzca á quien se diga tutor, á pedir á la autoridad competente la declaración de su justo derecho, y la obligación del que lo desconozca, á cesar en su injusta contradicción: aquí la sola injuria, en cuanto que determina la intervención del poder judicial, á fin de que «diga el derecho», es fuente de relación, en la cual puede también entrar la obli-

(1) V. los n. 59 y sig.

(2) V. la n. precedente.

gación del que contradice, ó de quien injustamente alegó una pretensión infundada, á resarcir los gastos del proceso. De esta manera, la ley, según el fin para el cual la autoridad judicial está instituída, esto es, como garantía de paz entre los asociados, suprimiendo el arbitrio del individuo, determina el valor del desconocimiento injusto (*ingiuria oggettiva*) de una determinada pretensión jurídica; verdad es que á tal desconocimiento como fuente del debate judicial, puede unirse un cierto comportamiento ilícito que la ley misma determina (1), y entonces surge la figura propia de la culpa por medio de la *litis temeraria*, como después se verá. Puede también establecer:

2.º Que la sola *ingiuria soggettiva*, el solo comportamiento, sin que todavía llegue á la *ingiuria oggettiva*, esto es, la tentativa (comprendida como la unión de los dos términos que concurren á componerla) determine la responsabilidad del agente; que alguna vez es más ó menos extensa, según el peligro de injuria que efectivamente presente, y aun aquí, la razón de la ley es el interés público, que quiere sean alejados y castigados ciertos hechos que encierran peligro manifiesto de injuria y de daño: motivo que justifica las contravenciones establecidas por la ley penal (2) ó por leyes especiales, y donde no se busca voluntad alguna dirigida á cometer el hecho ilícito; las conclusiones establecidas para la falta de cumplimiento de los reglamentos sobre accidentes del trabajo, y las disposiciones (donde todavía prevalece el interés de los particulares) de la ley civil sobre el daño temido (3). Finalmente, puede también establecer:

3.º Que por la relación en que está con el causante del daño, una persona que no ha cometido ni injuria objetiva

(1) V. *Colpa contratt.* cit., n. 294; y la monog. de Jhering, *D. Schuldmoment*, cit. en pr.

(2) V. sobre este argumento, Angiolini, mon. cit.

(3) Cód. civ. art. 699.

ni subjetiva esté obligada á resarcir el daño; y ya se ha hecho notar, discutiendo sobre la culpa como término del cuasi delito, y de ciertas teorías que quisieran mudar el significado que han tenido hasta ahora (1), que este ordenamiento justificado por consideraciones de interés público que la ley sola puede apreciar, y que los particulares no pueden contradecir, no es de responsabilidad propia, sino de garantía, de seguro, del mismo modo que en el verdadero interés privado está establecido en materia de mandato y de depósito (2).

60. Al exponer los conceptos generales sobre la culpa, como elemento del cuasi delito, se ha hecho una distinción que responde á tres modos de estudiarla, construyendo la teoría sobre las disposiciones de la ley (3): a) A), culpa en su valor objetivo, como defecto de comportamiento; B), culpa entendida en relación directa de causalidad con el hecho injurioso en la persona misma del agente, esto es, en sentido subjetivo; C), culpa en esta misma relación, pero en persona distinta del agente; b), culpa no existente en relación directa con la persona del agente, ni con el hecho, sino por vía de especial relación jurídica general entre el agente y el responsable. De estos tres modos, el primero y el segundo se confunden, y resulta la culpa por propio hecho, y es tal aunque el hecho ilícito sea originado por mediación de representante; en el tercer caso resulta la culpa por el hecho de otros.

En esta división se considera la culpa, en su entidad objetiva, y subjetivamente, en relación con la persona á quien se impute la injuria, que es el elemento con el cual ella se conexiona, y la primera razón de ser del hecho ilícito. Y de conformidad con los conceptos generales expuestos acerca de la culpa extracontractual, y de la partición antes

(1) V. el tratado que seguirá sobre los infortunios del trabajador.

(2) Cód. civ., art. 1.754, 1862; v. *C. contratt.* cit.

(3) V. el cap. VI.

mencionada y sostenida, se discutirá sobre las aplicaciones que á estos conceptos se refieren, y serán ordenados y esclarecidos los institutos especiales que entran en aquella división, coordinando las varias excepciones que la ley ha unido á la regla, y que han sido divididas en grupos especiales (1).

(1) V. el n. precedente.



#### CAPÍTULO IV

ALERE APLICACIONES. — GENERALIDAD A)

SUMARIO: 61. Los principios acerca de la culpa aquiliana y la jurisprudencia. — 62. De la responsabilidad por incendio de casa habitada por varios inquilinos. Teorías propuestas en relación con la nueva ley francesa. — 63-64. Crítica de la primera teoría. — 65. Crítica de la segunda. — 65 bis. Crítica de la tercera. — 66. Teoría propuesta. — 67-68. Continuación. — 69. Aplicaciones de los resultados obtenidos con la ley italiana. — 70. Continuación. — 71. De la acción individual en responsabilidad contra los administradores de una Sociedad anónima. — 72. Transporte de personas. — 72 bis. Conclusiones. — 73. La cuestión de la existencia de la culpa, ¿está toda dejada á la apreciación del juez? — 74. En contraposición de lo que ocurre con la *iniuria*.

61. Al fijar los principios que definen é integran el instituto de la culpa aquiliana, se ha hecho ya notar cómo frecuentemente la doctrina, por espíritu de equidad, se aleja de ellos, en las teorías que propone; cosa que también se observa en muchas disposiciones dadas por los Tribunales, respecto al concepto de la *iniuria* y de la culpa (1), y á la misma distinción, también tan elemental, que existe entre la culpa contractual y la aquiliana.

A propósito de lo cual, no parecerá fuera de lugar una consideración de carácter general en la que obtiene confirmación válida la teoría expuesta acerca de la índole jurídica de la culpa y las relaciones que existen entre las dos formas con que suele presentarse; formas tan profundamente

(1) V. los §§ 1 y 2.

diferentes la una de la otra, y que responden cada una como á figuras y manifestaciones distintas, especiales, del mismo concepto: la ilegalidad. Y es que, mientras con mucha frecuencia se ven casos en los cuales se deberían aplicar las reglas sobre la culpa contractual, se resolvió, por el contrario, con las relativas á la aquiliana; y mientras esta especie de culpa se ha confundido alguna vez con la otra, rara vez ha sucedido lo contrario. Así, en muchas sentencias dictadas sobre relaciones contractuales se hace referencia á los daños y aplicación de la ley sobre el cuasi delito (1), y, como en la doctrina, sucede que en la jurisprudencia se ve muy á menudo considerada como aquiliana, la responsabilidad que atañe á los arquitectos, á los dueños de fondas, mientras se considera casi aislada la teoría que considera contractual la responsabilidad del notario y del ujier, aun en los casos donde decididamente no es contractual (2). Cuya conducta, aun haciendo caso omiso del proceso evolutivo de la culpa, de que ya se ha hablado, se puede explicar pensando que en el instituto de la culpa aquiliana, se explica enteramente el concepto general de culpa, mientras que en la culpa contractual, se manifiesta sometándose á diversas adaptaciones impuestas por el ambiente jurídico que la relación jurídica creada por la obligación impone á las partes; y si fuera el caso de adoptar aquí los términos *regla y excepción*, y si el adoptarlos fuese, sin duda alguna, corriente, debería darse el primero á la culpa aquiliana, y el otro, á la contractual.

Sin embargo, si este proceso lógico puede explicar de qué suerte, de qué modo se produce la confusión que se hace frecuentemente de los dos institutos, esto no obsta para que sea deplorable y contraria á la ley. Por eso se ha decidido que la Sociedad de navegación que haya aceptado el transporte de mercancías de una nave que no sea suya en otra de

(1) Cfr. la decisión cit., en n. al cap. I.

(2) V. la observación hecha en el cap. preced., § 3.

su propiedad, sea responsable, no contractualmente, sino por vía de culpa aquiliana (1), mientras la decisión contraria parece bien evidente por razón del acuerdo entre las partes y de la gestión de negocios por la cual se explica la relación con el propietario de la mercancía, y que en caso de necesidad resulta, no obstante, toda prohibición preventiva del administrado. No basta: la jurisprudencia y la literatura jurídica francesa señalan un grave desacuerdo acerca del modo de considerar la responsabilidad por causa de incendio de la casa alquilada á varios inquilinos, de los cuales algunos se hayan librado, demostrando que el fuego no pudo principiar en su aposento; los otros que no hicieron la tal prueba, ¿por qué culpa y por qué valor deberán responder? Cuestión que del modo más general puede enunciarse así: la disposición de la ley que, en la hipótesis de incendio de una casa habitada por varios inquilinos, obliga á cada uno de ellos á responder en proporción de la parte del edificio ocupado, ¿se debe aplicar en todos los casos, aun cuando por parte de algunos se haya hecho la prueba liberatoria que la misma ley concede? La cuestión, que por semejanza de la norma legislativa pudiera nacer respecto á la ley patria, interesa en sumo grado el punto que discutimos: resuelta afirmativamente, se tendría la culpa contractual y la responsabilidad limitada á la parte ocupada por los coinquilinos responsables; extendiéndola en cambio hasta aquella ocupada por otros inquilinos, la culpa sería aquiliana, y, por lo tanto, al propietario correspondería la obligación de suministrar la prueba de la culpa.

61 bis. Pero antes de empezar estas indagaciones especiales es necesario, insistiendo todavía sobre el principio antes expuesto, avalorar con los argumentos que la robustecen, las consideraciones de donde se originan las sentencias que afirman la posibilidad del concurso de las dos

(1) Cons. Cas. Florencia, 31 Mayo 1878 (*Temi veneta*, 1878, p. 333).

clases de culpa, contractual y aquiliana (1). Y dicen que es principio de razón natural, confirmado por la razón escrita, el derecho de ejercer ambas acciones, derivadas del hecho ilícito para acumular las ventajas y suplir los efectos de la una con los mayores y más positivos de la otra, raciocinio que encierra tanta pretensión como vacuidad, porque es inútil invocar una «razón natural» y recurrir en general á la razón escrita cuando no se dice cuál sea, en efecto, esta ley que consiente la acumulación de los dos remedios.

Tales ideas, muy cómodas desde luego, revelan por sí mismas la insuficiencia que las condena; y basta añadir que si en el Derecho romano hay ejemplos de esa acumulación, justificada por el desenvolvimiento que el concepto de la culpa adquirió en contraposición á la antigua concepción del daño, como razón de injuria y de resarcimiento, en el Derecho moderno, cerrada como está la distinción que separa las dos maneras de ser de la culpa, y separadas claramente las relaciones según la causa contractual que les da origen ó las motiva, es del todo contrario á la ley decir que la acción por culpa contractual pueda concurrir con la que deriva de la culpa extra-contractual, ¿á qué título la ley que determina la relación nacida de hecho ilícito no contractual podrá valer para ejercitar la acción que está determinada por el contrato? ¿No repugna esa al ambiente jurídico creado por la convención?

Verdad es que estas decisiones parecen inspirarse en la

(1) Ap. Génova, 28 Febrero 1899, en *Giur. ital.*, 1899, 2, 438, en materia de transporte de viajeros. Confr. para el sentido de la responsabilidad por culpa aquiliana, Cas. Turín 9 Marzo 1901, 1, 692, que pretende inferir para el ejercicio de la acción el carácter no comercial ó mercantil de quien la intenta, cosa que ciertamente está en su lugar. Pero en el sentido de la responsabilidad que hace del contrato y de su intrínseco carácter mercantil, puede consultarse en consonancia con los principios que hemos afirmado, Ap. Venecia, 3 Dic. 1901 (*Legg*, 1902-701).

equidad; pero no se puede acudir á una equidad discutible donde impera la ley; y sucede también que la necesidad de ceder al sentimiento de equidad depende alguna vez de conocimientos incompletos y no armónicos de los conceptos en que la ley informa sus disposiciones. Así, se aplica el concurso descrito, en materia de transporte de personas, para atribuir al viajero perjudicado la acción contractual con el fin de fijar la competencia del tribunal para atribuirle el resarcimiento de daños en la medida derivada del cuasi delito, lo mismo los directos que los indirectos (1), ó para aplicar á la especie el tiempo de la mayor prescripción civil, diferentemente de la comercial, y la relación sería, por tanto, al mismo tiempo contractual y no contractual, lo que es sencillamente absurdo.

Semejante hipótesis realiza el fin propuesto de proteger mejor la persona; porque si con ella se cree poder imponer al vector mayor diligencia, se hace una construcción inútil, debiéndose entender la diligencia del buen padre de familia también en relación con el objeto del contrato (2); y si se cree aún aumentar la medida del daño, como está fijado en materia de culpa contractual, se hace una construcción de dudoso valor, debiéndose discutir si el daño que deriva del cuasidelito comprende verdaderamente tanto al directo como el indirecto ú ocasional (3). En cuanto á la cuestión de la prescripción, la *inelegantia iuris* derivada de la contradicción manifestada en la colocación de las premisas es bien manifiesta, y de esto se hablará á su tiempo.

Grave y no justificable contradicción con los conceptos fundamentales en materia de responsabilidad y con el mismo ordenamiento literal de la ley, es el decidir que para los daños derivados del contrato, pero no previstos en el mo-

(1) Ap. Génova, cit.

(2) V. *Colpa contratt.* cit., c. IV en pr.

(3) V. *Colpa contratt.* cit., p. 568 y sig.; y á continuación los estudios sobre los efectos de la culpa extracontractual.

mento del contrato, corresponde acción por culpa aquiliana (1), de igual modo que lo está para la razón del contrato. Ahora bien, estando fijada la responsabilidad derivada de la culpa por daños previstos ó á prever, el juez podrá, en relación con la ley y con el deseo de las partes en que la ley se informa, extender el gravamen con el concurso de la culpa aquiliana? Que las partes puedan establecer esta garantía; que el juez pueda descubrir en la especie la culpa aquiliana, aunque la parte demandante se haya referido á la contractual, pase y bien está; pero confundir las dos culpas, confundir dos diversos órdenes de relaciones, para decidir después en contra de la voluntad supuesta de la ley bajo el tema de la responsabilidad contractual, es resolución del todo incorrecta.

62. La grave cuestión mencionada en materia de incendio de la casa alquilada á varias personas, será estudiada aquí en primer lugar, en relación á la ley francesa que la regula; y eso aunque ésta sea muy posterior á la ley civil italiana, porque es muy notable y amplio el desarrollo con que la jurisprudencia y doctrina la favorecieron.

La primera ley civil francesa disponía (2) que si la casa destruída ó perjudicada por el incendio estuviera habitada por varios inquilinos, todos serían responsables solidariamente del daño, á menos que el incendio hubiera tomado origen en el aposento de uno de ellos, en cuyo caso éste sólo era responsable; ó también que alguno probara que el incendio no pudo empezar en la parte de casa habitada por él, en cuyo caso tampoco estaba sujeto á responsabilidad alguna. La doctrina, que interpretaba dicha norma enteramente contraria á la teoría que precedió á la codificación (3), criticaba mucho su severidad, sin que nada justificara la obligación solidaria que imponía á los coinquilinos: por eso

(1) Cas. Turín, 29 Agosto 1900 (*Legge*, 1901, I, 380).

(2) Cód. civ. fr., art. 1.734. V. *Colpa contratt.* cit., cap. V.

(3) Pothier, *Contrat de louage* (en *Œuvres*, ed. cit.), n. 193.

la nueva ley (1), enmendando la antigua, dispuso que «cuando haya varios inquilinos, todos sean responsables del incendio proporcionalmente al valor del arriendo de la casa por ellos ocupada», dejando por lo demás en igual estado los medios de liberación consentidos por la ley anterior (2). La nueva disposición corresponde enteramente á la que está inspirada en la ley civil italiana.

Ahora, combinando las diversas partes, se pueden formular dos hipótesis distintas. Supongamos que en la prueba concedida se demuestra que el incendio tuvo su origen en el aposento de un inquilino; hé ahí la primera hipótesis, ó también que, excepción hecha de uno, todos los demás prueban que el incendio no ha podido principiarse en la parte habitada por ellos, hé ahí la segunda. El inquilino contra el cual resulta la prueba ó que no pueda probar nada en contrario, ni como los demás, demostrar que el incendio no comenzó en su habitación, ¿es responsable solamente del daño causado en su aposento, ó tendrá también que responder de las partes de los demás inquilinos? La ley nueva quiere abolir solamente la solidaridad, ó quiere también determinar la extensión de la obligación que corresponde á los diversos actores?

Las teorías propuestas para la aplicación de la ley, bajo este punto, se pueden reducir á los grupos siguientes:

a) Una, que recoge el sufragio mayor de la doctrina (3),

(1) L. 5 Enero 1883

(2) L. cit., art. 1.

(3) Guillonard, *Traité de louage* (Par., 1891), 1, 277; Lassaigue, *Nouvelle loi sur les risques locatifs* (Par., 1883), p. 19; De Lalande y Couturier, *Tr. du contr. d'assur. c. l'incendie* (Par., 1886), n. 625 y sig., 670 y sig.; Lassaigue, *Appendice au manuel des assurés* (Par., 1884); Vavasseur, *Journal d. assurances*, 1883, n. 5; Labbé, *Journal du Palais*, 1885, p. 79 y sig., p. 434 y sig.; Sauzet, *Revue critique*, 1885, p. 166 y sig.; Descos de Colombier, en *Journal de la semaine*, 1885, n. 11. V. sobre Planiol, *Tr. élem. de Dr. civ.*, (Par., 1901), II, p. 541, t. y n. 2. Cons. y cfr. Baudry-Lacantinerie y Wahl, *Contr. du louage* (Par., 1901), I, c. 3.

pero no de la jurisprudencia (1), enseña que la nueva ley restringe la responsabilidad de cada inquilino al valor de la parte ocupada, fuera del caso de que se demuestre su culpa en el incendio acaecido. Sostiene que, según los trabajos preparatorios, la responsabilidad fijada es la misma que deriva de la norma general que absuelve al deudor de una cosa determinada de la obligación que tiene cuando pruebe la pérdida acaecida por efecto del caso; ahora bien: el inquilino obligado por el contrato á la restitución de la parte alquilada, no podría estar obligado, según el orden de la culpa contractual, á restituir un valor mayor.

El alquilador puede probar la culpa que haya cometido, y en tal caso podrá declararse la responsabilidad por el valor total, pero la culpa será aquiliana; la obligación no sería ya contractual, por el diverso objeto que esa tiene del deducido del negocio de alquiler, y tendría por eso su razón de ser en el delito ó en el cuasidelito. Así que, en la duda, la ley se declara contra el demandado, fijando la responsabilidad restringida á los daños causados en el aposento que ocupa, y contra el alquilador por los daños causados en las partes alquiladas á otros inquilinos librados por medio de la prueba favorablemente resuelta.

b) La segunda teoría (2) afirma, por el contrario, que el fin de la ley es solamente la abolición del vínculo de solidaridad. Pero todavía ésta no difiere de la otra respecto á la distinción entre la culpa contractual y la aquiliana, porque opina que por el contrato el inquilino es responsable proporcionalmente del valor de la parte de casa ocupada por

(1) Ap. Nimes, 25 Marzo 1884 (*J. du P.*, 1885, p. 79); Ap. Tolosa, 19 Febrero 1885 (*J. du P.*, 1885, p. 434); Trib. de Burdeos, 7 Mayo 1884; Trib. del Sena, 2 Agosto 1884 (*J. du P.*, 1885, 79); Trib. de Lyon, 7 Enero 1884 (*J. du P.*, 1885, 79). Pero v. la n. sig.

(2) Bathie, en *Revue critique*, 1884, p. 745; V. sent. cit. en el n. preced. Adde, Richard y Maucorps, *Responsab. civ. en mat. d'incendie* (Par., 1883), n. 546. Y v., sin embargo, Cas. fr., 4 Junio 1889 (*J. du P.*, 1889, I, 477); 9 Mayo 1892 (*id.*, 1892, I, 240).

él, y el hecho ilícito no contractual, le obliga por el valor de los aposentos ocupados por los otros coinquilinos, cuando éstos hayan hecho la prueba positiva ó la negativa que permite la ley. Solamente en esto difieren las dos teorías: que la primera, congruente con concepto propuesto, exige para la mayor responsabilidad del arrendador la prueba directa de la culpa, y la segunda considera suficiente la prueba positiva hecha por los otros litigantes, y aun la negativa cuando esté hecha por todos los otros inquilinos, porque el hecho sería entonces uno é indivisible.

c) La tercera teoría (1) modifica en parte la segunda, la cual, con la enseñanza hecha de la indivisibilidad del hecho en orden á la experiencia de la prueba negativa, llevaría á la conclusión que si alguno, entre los inquilinos, no hubiera aportado la tal prueba, faltaría la indivisibilidad por no estar ni siquiera indirectamente determinado el único ó los únicos responsables, y la pérdida de las partes, respecto á las cuales la prueba se hubiera verificado, quedaría á cargo del arrendador; y si uno ó algunos solamente no la hubieran hecho, la responsabilidad gravaría toda sobre ellos. Antes se vió una especie de contradicción en este modo de decir, y para quitarla, la teoría que discutimos propone: que cuando alguno de los inquilinos no haya hecho la prueba liberatoria negativa, la responsabilidad resulte siempre por su totalidad, pero siempre dividida entre ellos.

De estas teorías, solamente esta última parece dar resultados atendibles; y, sin embargo, se basa como las otras en conceptos absolutamente contrarios con los principios sobre los cuales nace el instituto de la culpa contractual y con el ordenamiento especial acerca de la responsabilidad antes discutida. Esta es, en pocas palabras, la crítica.

63. La primera de las tres doctrinas atribuye á la razón de la culpa contractual la responsabilidad proporcionada al

(1) Lehalleur, *Note s. l'interpr. du nouv. art. 1.734 Cód. civ.* (Par., 1883).

valor de la parte de casa habitada por el coinquilino que resulta obligado y justifica con la culpa aquiliana, la relativa al valor excedente. Con tal construcción contrasta resueltamente la letra misma de la ley, que, puesta la ley, coordinando las dos hipótesis de la prueba positiva y negativa, añade respecto á la primera que cuando se evidencie que el incendio tuvo principio en el aposento de alguno de los inquilinos, éste sólo debe de ser el responsable (1). *Ser responsable*: la locución demuestra que la responsabilidad hacia la cual va el litigante contra el cual se haya hecho la prueba, comprende, no solamente la parte arrendada por él, sino que se extiende también al valor de las demás partes perjudicadas por el incendio. La teoría discutida querría, al contrario, que la palabra *ser* se refiriera á la primera parte de la disposición donde se habla de la responsabilidad proporcional que grava sobre todos los coinquilinos, como si contuviera una regla en cuyo espíritu se informa toda la disposición; ahora bien: es natural que interese á la teoría afirmar que en la hipótesis que regula la responsabilidad para las partes de casa no habitadas, por el inquilino responsable, se pueda fundamentar solamente sobre la culpa aquiliana; pero la claridad de la ley no podrá nunca prestarse á la construcción adoptada para llegar á ella. La palabra *ser* se refiere al incendio, y no sirve el decir que eso es verdad, pero que se entiende respecto á la responsabilidad la medida establecida en la primera parte de la disposición. La hipótesis figurada en la segunda es efectivamente bien distinta. Y ésta, admitiendo la interpretación descrita, pecaría de mucha inexactitud, porque estaría repetida la disposición precedente sobre la medida de la responsabilidad, mientras se hubiera debido repetir la conclusión adoptada en la parte final al referirse á los inquilinos.

(1) «A moins qu'ils ne prouvent que l'incendie a commencé dans l'habitation de l'un d'eux, auquel cas celui-là seul en est tenu». Cód. civ. fr., art. 1.734 mod. al. 1.

nos que hicieron la prueba, declarándoles irresponsables; el error está, por consiguiente, en esto, que en el principio de la disposición entera se quiere descubrir como una regla acerca del tanto de responsabilidad, aplicable siempre como producida por culpa contractual, y se buscó, para la coordinación lógica de la construcción, el hacer ver su eficacia aun en la segunda parte de la provisión legislativa. Ahora bien: la relación entre las partes de la disposición, es verdad que existe, pero el principio que las conexiona es del todo diferente del que enseña la teoría descrita, porque las últimas partes no son aplicación de la primera, sino que todas contienen hipótesis distintas, cuya resolución está deducida exactamente del correcto desarrollo del único concepto al cual se refieren.

64. No se añade mayor exactitud á la teoría donde, reparando en las hipótesis descritas, la culpa contractual de la aquiliana, restringe el efecto de la primera ó la responsabilidad proporcional. Ya contra estas teorías bastaría recordar la segunda parte de la disposición que tropieza directamente contra toda idea de limitación; pero otros reflejos jurídicos acerca del modo de entender la «culpa contractual» tienden á evidenciar las deficiencias de la construcción. Se afirma, efectivamente que la disposición legislativa no parte de ninguna presunción de culpa, y sigue solamente la norma general sobre la pérdida de cosa determinada que se deba; pero aun haciendo caso omiso de toda consideración histórica bastante á persuadir de que al legislador no sólo no le mueve el tal concepto, y, por el contrario, entiende á su manera la existencia de una presunción de culpa contra los coinquilinos, se debe hacer notar que el acudir á dicha regla no es bastante para declarar ciertas todas las hipótesis consideradas en el ordenamiento que indagamos. No sólo esto, sino que, argumentando lógicamente sobre la premisa, se debería decir que en la hipótesis de varios inquilinos y que no se pueda saber en el aposento de cuál de ellos empezó el incendio, ninguno debería responder ni aun pro-

porcionadamente. El incendio, en este caso, ¿no constituye por sí mismo caso fortuito? Verdad es que, no obstante la restricción de la responsabilidad, domina siempre en la ley el antiguo concepto «*plerumque incendia culpa fiunt in habitantium*»; y en el caso del inquilino contra el cual se haya hecho la prueba por los demás y que se ha servido del derecho de exceptuar el defecto de la construcción ú otra defensa análoga (1), sin acertar, sin embargo, á disculparse, se podría preguntar por qué el propietario no puede valerse de estas circunstancias para pedir la indemnización; y si al inquilino le sirve la prueba, se puede preguntar por qué tiene que hacer otra vez la prueba en un nuevo juicio, como está mandado para el delito ó el cuasidelito; sin embargo, estas consideraciones, aunque válidas, no bastarían á determinar que se desechara la teoría discutida, si no se tuviese el otro elemento de la extensión mal dada en la especie al caso fortuito, como razón de liberación de la responsabilidad.

Queda evidenciada, á nuestro juicio, la inexactitud que determina la construcción teórica expuesta. La responsabilidad preceptuada por la ley en el caso de incendio de la casa alquilada, introduce en las dos hipótesis de casa habitada por un inquilino, ó también por varios coinquilinos, una excepción á la regla general: la primera, porque quita al incendio, considerado por sí mismo, la figura de caso fortuito (2); en la segunda, porque aunque sin saber en qué aposento comenzó el incendio, somete á responsabilidad á todos los inquilinos. En la última más que en la primera hay agravante de responsabilidad que directamente puede fundarse en la obligación de la custodia, la cual, después de todo, nada tiene de contradictorio con la presunción de culpa: que es más, queda supuesta cuando sucede un hecho contrario á la obligación á que se refiere (3).

(1) Cód. civ. fr., art. 1.733.

(2) V. Cód. civ. de la Rep. Argent., art. 1.572.

(3) V. *Colpa contratt. cit.*, cap. V.

Verdad es que en los trabajos preparatorios se encuentra invocada la regla acerca de la pérdida de cosa cierta de vida; pero además de que el error jurídico que exista en un informe ó dictamen no puede ser invocado como base de raciocinio, se puede observar que estos trabajos se refieren expresamente á otro motivo; esto es, la presunción de culpa, que era la razón de los preceptos de la ley anterior. Esto demuestra claramente que no se podría explicar, con la regla sobre la pérdida de la cosa debida, el rigor de la disposición, en apoyo de la cual los trabajos parlamentarios ponen la presunción de culpa, y acuden después á aquella regla con el fin de explicar y legitimar de una manera posible el concepto de la responsabilidad proporcionada en los casos en que ésta se halla preceptuada (1).

Así que para depurar en su justo valor los resultados de los trabajos preparatorios sobre esta materia, conviene advertir que en cuestión de responsabilidad del inquilino por el incendio de la casa alquilada, tanto en la doctrina anterior á la codificación como en la que fué aceptada por ésta, se argumentaba partiendo de la presunción de culpa, y que mientras en el caso de varios inquilinos é ignorancia de dónde hubiera comenzado el incendio entre las partes habitadas por cada uno de ellos, la doctrina anterior negaba la posibilidad de presunción, en cambio la ley fijó la responsabilidad solidaria. Ahora el nuevo ordenamiento admite también la presunción de culpa; y sobre su extensión, cuando fuese conocida la parte donde comenzó el incendio, nunca fué cuestión antes de ella, y nada se encuentra en los trabajos preparatorios que tienden á restringirla; las dificultades en cambio se surgieron respecto á la otra especie: esto es, aquella de varios inquilinos entre los cuales se

(1) Rapp. Remoiville, en *Journ. officiel*, doc. parl., 1881, p. 1.879; Rapp. Durand, *J. off.*, d. p., 1882, p. 391; Rapp. Bathie (al Senado), *J. off.*, d. p., 1882, p. 527; Rapp. (2.º) Durand, *J. off.*, d. p., 1882, 2.416.

ignorase dónde comenzó el incendio; y es sobre este punto que los trabajos preparatorios examinan la correspondencia entre la obligación solidaria establecida por la ley antigua y la presunción de culpa. No se quiso seguir la opinión de la doctrina antigua acerca de la responsabilidad; pero siempre, teniendo el concepto de la presunción de culpa, se tendió á medir los efectos con mayor equidad, sustituyendo con la responsabilidad solidaria la proporcionada, y aduciendo además para justificarlos, la razón jurídica deducida de la regla sobre la pérdida casual de la cosa debida (1). Estas consideraciones parecen bastantes á demostrar, cuál sea la extensión de las innovaciones ordenadas por la nueva ley, y cómo la teoría antes combatida, malamente atribuye al mismo principio, hipótesis absolutamente distintas.

65. La segunda teoría llega en sus resultados á lo que parece el sentido exacto de la disposición que examinamos; pero los principios de donde está tomada, dan buenas armas para combatirla; defiende que la nueva ley haya entendido solamente el aplicar la regla acerca de la pérdida casual de la cosa debida, á todas las hipótesis que imaginó, y como consecuencia da á la responsabilidad declarada así, el carácter de contractual; pero donde se hace referencia en el ordenamiento á una responsabilidad más extensa, aduce como razón de esta parte excedente la presunción de culpa, la culpa aquiliana, la indivisibilidad del hecho ilícito. Tal confusión respecto á las dos formas que la culpa puede asumir, deriva de haber querido extender la aplicación de la regla que gobierna la pérdida casual de la cosa debida, á hipótesis en las cuales los trabajos preparatorios de la nueva ley no lo permitían; se hubiera debido, por el contrario, restringir al solo caso de la ignorancia de donde el incendio hubiera tomado su origen.

También la primera de las teorías examinadas argumenta sobre esta extensión inadmisibles; pero procede de

(1) V. los trabajos parlamentarios cit. en el n. preced.

un modo mucho más lógico en sus deducciones, porque la segunda supone la presencia de la culpa aquiliana; ahora bien: aquí, diversamente de lo que se señala para la culpa contractual, se impone al ofendido la obligación de probarla, y la doctrina que examinamos sustituye el concepto de la presunción, por la del hecho probado, considerando que la prueba presentada por la parte, en razón á la identidad del hecho vale como una prueba total y plena de la culpa por la totalidad. Argumento no correcto, porque probar el hecho no es establecer la culpa, que debe ser directa y específicamente demostrada.

65 bis. La última de las construcciones propuestas no puede en manera alguna resistirse á la crítica; contraria á la ley, está desmentida resueltamente por los trabajos preparatorios. En una redacción del proyecto (1), la responsabilidad por el incendio del edificio entero era aplicada á aquellos coinquilinos que no se hubieran defendido con los medios que les concede la prueba liberatoria; la propuesta no fué acogida, y esta hipótesis quedó, por lo tanto, bajo el imperio del principio inspirador del artículo. Sosteniendo ahora lo contrario, se volvería á poner en vigor, bajo el pretexto de interpretación, la propuesta desechada, y sería manifestamente violada la ley.

66. Con el fin de fijar el contenido exacto de la disposición legal estudiada, es necesario razonar, no deduciendo la teoría de la primera parte de que se compone, donde ordena la responsabilidad proporcionada, sino del principio que lo informa en su integridad.

La ley considera primero el caso de responsabilidad que recae sobre un solo inquilino, y después el otro de varios inquilinos que habitan la misma casa; y mientras que en el primero, por la manera misma de presentarse el hecho, la presunción de culpa, que extensamente se indica en los trabajos preparatorios, es acogida, como siempre lo fué, sin

(1) Que fué presentado al Senado; v. la n. 1 a. p. 198.

graves controversias, en la segunda se dudó de la justicia de aplicarla cuando quedase ignorada la causa del incendio; por eso la obligación de responder, antes solidaria, se cambió en proporcionada. Así que es concepto que domina en el nuevo ordenamiento, y que conviene se tenga presente para entenderlo, la distinción del caso en que quede desconocida la parte de casa donde comenzó el incendio, del otro en el cual se puede conocer directa ó indirectamente.

En el primero de los dos casos, la ley antigua había considerado la presunción de culpa y la obligación solidaria; y en este último punto, que había ya sido materia grave de disputa, la nueva ley introdujo una modificación radical; en el segundo no hubo nunca cuestión sobre la extensión de la responsabilidad, ni se hizo modificación cuando se quiso mudar la antigua norma; parece, pues, que de las tres hipótesis que se han agrupado, la primera y la tercera presuponen la ignorancia de dónde el incendio tuvo principio; la segunda, el conocimiento de su origen; sin embargo, á la primera y á la tercera es aplicable la innovación equitativa de la responsabilidad proporcionada, mientras en la segunda recae sobre el inquilino la responsabilidad en toda su integridad. Ahora bien: semejante conocimiento puede tenerse de dos maneras: directamente, con la prueba positiva; indirectamente, cuando, mientras todos los otros inquilinos hayan demostrado que el incendio no pudo empezar en la parte habitada por ellos, uno ó alguno de ellos no haya podido hacer tal prueba.

67. Los trabajos parlamentarios dan de tal reconstitución la prueba más clara. En una redacción del proyecto (1) se ordenaba que si algunos, entre los inquilinos, hubiesen demostrado que el incendio no pudo empezar en la parte habitada por ellos, serían absueltos de toda responsabilidad; los otros que no hubieran hecho tal prueba quedarían obligados en la totalidad.

(1) V. la n. precedente.



La última parte de esta disposición no fué acogida, contradiciendo bien manifestamente el principio de la responsabilidad proporcionada establecido en la primera: de ahí que la primera de las teorías examinadas quisiera deducir la aplicación de tal concepto á la disposición legal en su integridad, la obligación así limitada. Realmente, se tenía sobrada razón para desechar la proposición así formulada; pero la teoría descrita no reconstituyó exactamente el pensamiento del legislador.

Aplicábase, en efecto, la distinción propuesta. Para que se pueda justificar la responsabilidad por la totalidad, ¿puede decirse que destruída íntegramente la casa se conoce en cuál de las partes alquiladas comenzó el incendio? No; si alguno de los co-inquilinos han hecho la prueba, otros no pudieron, y queda siempre, con la duda sujeta solamente á estos últimos, la necesidad de aplicar el principio de la responsabilidad proporcionada que se puso para el caso en que no se conociese el lugar donde el incendio dió principio. La hipótesis que está en la segunda difiere de la que está en la tercera parte de la disposición solamente en esto: que en aquella, la duda existe respecto á todos los coinquilinos, mientras que en ésta, se halla limitada á algunos que no pudieron librarse con la prueba autorizada.

En cambio, cuando sea evidente dónde comenzó el incendio, la responsabilidad recae entera sobre el inquilino que habita tal parte, quedándole el derecho de alegar como excepción, presentando la prueba, el caso fortuito, ó la fuerza mayor, ó el defecto de construcción, ó el haberse comunicado el fuego de la casa colindante (1); y tal conocimiento se puede tener, ó de la prueba que los otros inquilinos, presenten, con el fin de averiguar en casa de quién de ellos principió el incendio, hipótesis considerada en la segunda parte de la disposición mencionada, ó también cuando todos, excepto uno, se libren probando que el incendio no

(1) Cód. civ., art. 1.589.

pudo empezar en la parte de casa habitada por ellos. Esta posición, efectivamente, no está reconocida expresamente; pero la decisión parece estar conforme con la distinción fundamental propuesta, conexionándose de un modo bastante lógico con la hipótesis prevista en la ley.

Que esto sea, se puede deducir de los trabajos preparatorios. Y, en efecto, una redacción del proyecto que ya hemos tenido ocasión de recordar (1), proponía para los inquilinos que no hubiesen hecho la prueba negativa la responsabilidad en toda su integridad, si bien divisible *pro rata*: de donde parece evidente que al reglamentar la precedente hipótesis de la prueba positiva hecha contra un coinquilino, se entendía, al declararlo responsable del incendio, comprendida su responsabilidad por la totalidad; ni á esto se hacía mención, no presentándose en el caso una tal duda de tener que ser resuelta expresamente como en el otro, reglamentado después. Y la modificación hecha á la propuesta y convertida después en ley, refiérese solamente á esta última hipótesis; y así, sobre la otra que encierra una diversa posición de hecho, no puede tener influencia alguna (2).

68. Por esto: *a*), si la prueba positiva está hecha contra uno de los coinquilinos, éste responde de la totalidad; *b*), si está hecha contra varios de los coinquilinos, la responsabilidad por la totalidad se reparte entre ellos; *c*), si la prueba negativa la han hecho todos menos uno, éste responde por la totalidad; *d*), si la han hecho todos menos dos ó más, esa deja siempre sin resolver la cuestión de dónde comenzó el incendio, y la responsabilidad es proporcionada. Ni cuando se habla de responsabilidad por la totalidad, se menciona la distinción entre la culpa contractual y la aquiliana: la regla antes enunciada está puesta por la ley en materia contractual, y las partes la pueden derogar manifestando su voluntad opuesta. Y obsérvese que si la equidad sugiere im-

(1) V. 1a n. 3 a. p. 198.

(2) V. especialmente el Rapp. Batbie cit.

periosamente la sustitución de la responsabilidad proporcionada con la solidaria cuando la causa del incendio haya quedado ignorada, no se entiende por qué, en el caso en que sea conocida, no debe imponerse la responsabilidad por la totalidad; ahora bien: si en lo que se refiere á la parte habitada por el inquilino, éste no pudiera probar el caso fortuito ó eximirse de responsabilidad por cualquiera otro de los medios liberatorios que se le conceden, y en cuanto á las otras partes, el alquilador no pudiera establecer la culpa, ésta quedaría reconocida en un sentido y no en el otro. De donde una grave contradicción se deduce derivada de querer eludir la responsabilidad á favor del inquilino en cuya parte de casa empezó el incendio, no obstante la disposición de la ley que pone á su cargo la presunción de culpa.

No importa que se observe que en tal caso no se entiende por qué el propietario ó los otros inquilinos perjudicados, que reclaman la indemnización de los muebles desaparecidos con el incendio ó perjudicados, deban hacer la prueba de la culpa: la presunción legal se refiere solamente al alquiler del inmueble (1).

69. El acuerdo casi completo de la ley italiana con la nueva disposición de la ley francesa podría originar al interpretarlas las cuestiones antes examinada respecto á esta última. Pero aun prescindiendo de cualquier otro argumento, los motivos históricos que á ésta puedan referirse dan amplia evidencia á la construcción propuesta.

Las dos disposiciones que contiene el título de alquiler de casa fueron literalmente tomadas del Código civil de Cerdeña (2), que siguió al Código civil francés, tendiendo solamente á hacer más equitativas las disposiciones rigurosas

(1) V. *Colpa contratt.* cit., cap. V; los autores y la sent. allí cit. Añádase: Guillaouard, ob. cit., 1, 275; De Lalande y Couturier, ob. cit., 977; Richard y Maucorps, ob. cit., 382.

(2) Cód. civ. Albert., art. 1.743.

que la misma doctrina francesa no se avergonzaba de criticar. Con esto se explica la modificación hecha á la solidaridad como obligación de responder, impuesta por la ley francesa respecto á varios inquilinos, cuando la causa del incendio fuese desconocida; y si el Código de Cerdeña substituyó el criterio de la responsabilidad proporcionada, esto no se podía ni se puede entender más que en los casos para los cuales el Código francés había ordenado la solidaridad (1).

De las indagaciones hasta ahora hechas, se puede deducir que para la hipótesis en que uno entre los demás inquilinos tenga que responder de la totalidad por ser evidente la parte donde el incendio tuvo principio, obtenido este conocimiento por medio de la prueba positiva ó negativa hecha por los otros inquilinos, no tendremos la culpa aquiliana, sino la contractual. Pero en todos los otros casos en que no se trate de relaciones entre los inquilinos y propietarios, ó aun existiendo tales relaciones, el objeto no sea el alquiler de una casa, la regla no es aplicable, y quien demanda ó reclama la indemnización debe ante todo demostrar, en contra del demandado, la existencia del cuasidelito, respecto del cual, la prueba de la culpa es uno de los mayores elementos (2).

70. La necesidad de considerar detenidamente la distinción entre la culpa contractual y la aquiliana se evidencia aún más, cuando se observen las contradicciones en que se manifiestan las sentencias y las doctrinas que malamente las confunden.

Sin traer nuevamente á discusión, la cuestión del carácter que tiene la responsabilidad concerniente al transporte de personas, porque las indagaciones ya hechas bastan para demostrar que esa es contractual, y que la consideración del

(1) Cfr. Vivante, *Il contratto di assicurazione* (Milán, 1887), I, 208 y sig.

(2) V. *Colpa contratt.*, l. cit.

objeto influye, no á cambiar el grado de culpa (si las partes no lo han querido así), pero sí para entender de un modo más delicado, el concepto de la diligencia de un buen padre de familia, que se debe entender en relación con las condiciones de las partes respecto al contrato (1); sin discutir nuevamente sobre la relación entre los empleados y la Administración pública, que da también origen á responsabilidad contractual, aun cuando á la figura de alquiler de obra sea inherente la de la representación; y si bien la razón del interés público, que es el objeto del servicio, dé alguna vez en estas relaciones la prioridad al derecho público sobre el privado, porque de orden privado enteramente no son, en razón al fin á que tienden (y no hay motivo para tener otra opinión sobre la posición del médico demandado en relación con la Administración municipal) (2); sin someter ahora estos argumentos á nueva depuración, la exactitud de las informaciones hechas está puesta muy en relieve por la crítica que sobre otras decisiones puede ser llevada fácilmente.

Así, no parece discutible que el carácter jurídico de depósito corresponde á la relación creada entre la Administración municipal y los expositores, pues que no sólo resulta ella iniciadora de una Exposición, sino que da locales al objeto y asume la dirección. (3). La diligencia que el depositario debe observar y la consiguiente medida de su responsabilidad, se deben, por lo mismo, apreciar según las normas de la culpa contractual; y es contrario á la ley, al íntimo sentido de los principios sobre la responsabilidad, el recurrir á la norma que la ley tiene en materia de culpa aquiliana, con el fin de justificar la declaración de la res-

(1) V. *Colpa contratt.*, cit., cap. IV.

(2) V. *Colpa contratt.*, cit., cap. cit.

(3) Cfr. App. Roma, 3 Marzo 1885 (*Foro it.*, X, 1, 820).

(4) Sent. cit.

ponsabilidad y decidir sobre la indemnización (4). Y no importa que se diga que, teniendo la Administración su obra como relación civil, bien pudiera declinar la propia responsabilidad insertando en el reglamento de la Exposición una declaración en tal sentido; porque si la relación es contractual, se compende la validez del pacto que limita la responsabilidad; pero cuando se cambia la culpa contractual con la aquiliana y se dan las disposiciones de ley relativas á esta última, como fundamento de la responsabilidad, no se considera más la legitimidad de la excepción. El pacto que precede no podría con eficacia excluir ó solamente restringir, la responsabilidad que nace de un hecho ilícito no contractual.

71. La separación de las dos formas de culpa sirve, sin embargo, para resolver claramente la grave cuestión que todavía se discute acerca del derecho que corresponde al miembro de una Sociedad anónima de obrar individualmente contra los administradores (1). La razón de esta responsabilidad es, y ordinariamente se dice, la injuria hecha por culpa propia contra los intereses generales de la Sociedad; de manera que, si el perjuicio recae sobre todos los accionistas, y en razón del interés particular de cada uno, apreciable por el número de acciones, no parece dudoso que al simple accionista falte el derecho á obrar, y que la acción corresponda á la Sociedad, como parece que á ésta corresponde igualmente el derecho de reglamentar como mejor le parezca la obligación del administrador que no haya obrado correctamente. La constitución de la Sociedad, su entidad, la relación en que el accionista se encuentra respecto al resultado de los miembros que son el cuerpo social, se dice que concurren á demostrar que dicho derecho corresponde solamente á la Sociedad como ente colec-

(1) V. Cód. de com., art. 152. Cfr. l. franc., 24 Julio 1867, art. 17, 39; Cód. feder. suizo de la oblig., art. 674, 765.

tivo (1); no importa que se argumente lo contrario por el poder que tiene el acreedor para ejercer la acción contra el deudor, porque aquí es muy distinta la relación del accionista con la Sociedad, que sola puede conocer y discutir las obligaciones de su representante, obligado hacia la Sociedad á rendir cuentas de su administración; otros medios tiene el accionista si quiere obligar la Sociedad á no excusar esta vigilancia. La misma ley declara cuándo pueden los socios individualmente presentar sus quejas sobre la marcha de la administración al síndico ó á la autoridad judicial, cuyo derecho se concede con la garantía de un determinado número de acciones con el fin de que se pueda proceder con el uno ó con el otro de los dos remedios: de donde de nada sirve el invocar el derecho que cada accionista tendría de cuidar la buena administración de la Sociedad, al menos en la parte en que está interesado (2).

Construcción que no es enteramente aceptable, porque de ser así, se confunden las relaciones que pueden derivar del vínculo contractual con las de hecho ilícito fuera del contrato. Y se debe corregir y completarla, observando que aquella tendrá lugar en el caso de que el hecho origen de responsabilidad no nazca de los términos en los cuales la Sociedad se engendró; pues en tal caso, la voluntad individual del socio está, por el vínculo social constituido, obligada á la voluntad general; pero cuando el acto trascendiese absolutamente de los límites señalados á la existencia

(1) Cons. Vavasseur, *Sociétés* (Par., 1897), 11, 864; Rousseau, *Soc. comm.* (Par., 1878), I, 1.615; Beudant, *R. critique*, XXXIV, 152; Cas. fr., 21 Junio 1881 (*J. du P.*, 1885, 1, 242); 3 Diciembre 1883 (*J. du P.*, 1885, 1, 225); 23 Febrero 1885 (*J. du P.*, 1885, 1, 849); 16 Mayo 1885 (*J. du P.*, 1885, 1, 1137). V. además, Pont, *Sociétés civil. et comm.* (Par., 1880-84), 11, 11706; Villard, *Des adminis. des sociétés anonym.* (Par., 1884), p. 132; Boursan, *Des l'adminis. des sociétés anonym.* (Par., 1883), 73; cfr. la sent. de la C. de apel. de París, 22 Abril 1870 (*J. du P.*, 1871, 952).

(2) Beudant, l. cit.; Lyon-Caen, en el *J. du P.*, 1880, 1, 197.

de la Sociedad, el socio no tiene dicha cualidad, por lo cual su voluntad queda confundida con la general, y adquiere toda su independencia, que ejerce contra la injuria sufrida con su propia acción. Y la voluntad general de los socios no puede privarle de tal derecho, porque la ley misma de la Sociedad niega tal atribución respecto á actos que no entran en la Sociedad, porque la sobrepasan, excepción hecha para los temperamentos que con procedimientos especiales sean establecidos por la ley (1). Cabe examinar si después, la acción ejercitada por un socio refiriéndose á un interés, que si en parte es suyo, como miembro de la Sociedad, fuera, sin embargo, general en el sentido de que el daño derivado de la mala administración se extiende á todos los accionistas; pero aun así, si concierne á una injuria que directa y exclusivamente le haya sido hecha por los administradores, en tal caso no hay duda alguna que le asiste la acción individual para el resarcimiento. El caso más natural que, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, sucede á menudo, es el de artificio usado con el fin de persuadir á entrar en la Sociedad á quien de otra manera no hubiera entrado en ella, ó con el fin de hacer salir, por el contrario, á quien se hubiera quedado en la misma. En estos dos casos, y en otros, es fácil imaginar que el administrador obra perjudicando personalmente al accionista, que por esto tiene derecho á establecer la acción individual para obtener el resarcimiento. Aquí, la relación que nace por el hecho ilícito entre el administrador y el socio es completamente particular, y no se puede en manera alguna objetar que la Sociedad entera tenga derecho á hacer responsable al administrador, faltando la lesión del interés general, cuidado y representado por el ente (2).

(1) V. *Colpa contratt.* (ed. cit.), p. 683 y sig. A este temperamento se refiere el derecho de la minoría disidente, como regulador de la ley comercial.

(2) Cfr. Boursan, l. cit.

La acción que en este último caso se establece para el accionista, ¿derivará de relación contractual ó no contractual? La negación de la primera figura no parece discutible: el hecho dañoso no se conexas a contrato alguno, y el vínculo jurídico entre el administrador y el perjudicado está constituido por la injuria á éste inferida (1).

71 bis. Podría parecer que haya querido la ley una confusión de las dos figuras de culpa cuando en materia de accidente del trabajo se habló de la posibilidad que la acción del derecho común se desarrolle por el modo del infortunio, aunque el precepto del seguro se haya cumplido, sin que para esto sea tampoco obstáculo la extinción de la acción penal (2); pero, y de esto se dará después cumplida justificación, la dificultad tiene solamente apariencia de gravedad y no mucha: la responsabilidad que la ley pone á cargo de los dueños no es contractual ni fuera del contrato, no es tampoco verdadera responsabilidad, sino garantía, que por motivos que salen de los simples confines del privado interés, y sin embargo del convenio privado, se impone á ciertas personas en casos y de manera determinada por los ordenamientos especiales. Cuya garantía aumenta de contenido y se vuelve materia responsabilidad en el caso especial á que nos hemos referido, y configurada como responsabilidad penal, la acción civil que se refiere necesariamente á la culpa aquiliana. Cuya figura, después de todo, es aquella que, según los pensamientos aquí sostenidos y que serán todavía defendidos, predomina en las relaciones entre patronos y obreros por los accidentes sucedidos en el

(1) L. 17 Marzo 1898, art. 23.

(2) Cons. los arts. cit. y la sent. cit. V. sin embargo Labbé, en el *J. du P.*, 1885, 226. Sobre las cuestiones relativas á la validez del pacto social con relación al accionista y á sus derechos para obrar como estime conveniente á sus intereses, así como también sobre las relativas á la transmisibilidad de la acción para exigir la responsabilidad, v. más adelante el cap. XVIII.

trabajo y por causa de él. Pero sobre esto, con arreglo á lo dicho, trataremos á su debido tiempo.

72. Las incertidumbres que se observan al distinguir la culpa contractual de la aquiliana, se observan aún más al determinarse por la doctrina y la jurisprudencia, los términos de donde ésta resulta. De ahí, la necesidad de seguirlas brevemente en sus disertaciones prácticas, resultando de la crítica argumentos muy favorables á la posición de los principios expuestos. No basta, y ya se ha dicho, el hecho injurioso á constituir el cuasi delito; pero es necesario también la existencia de la culpa. La jurisprudencia ha sancionado frecuentemente con sus dictados una verdad tan elemental (1), y, sin embargo, alguna vez la ha desconocido á causa de haber atribuido al daño una importancia máxima entre los elementos del cuasidelito; así ha nacido la teoría, punto sostenible, de no estar los jueces obligados en sus decisiones á relevar el elemento de la culpa, bastando para esto el constatar la existencia del hecho dañoso (2), y de tal opinión se ha hecho muy á menudo aplicación en materia de anulación de secuestro conservativo (3). No hace

(1) Cas. Roma, 10 Diciembre 1880 (*Legge*, 1881, 1, 511); 18 Marzo 1882 (*Legge*, 1882, 11, 363); Cas. de Roma, 30 Diciembre 1899 (*Legge*, 1900, 1, 125); Cas. Turin, 25 Abril 1882 (*Cass. Torinese*, 1882, 1, 333); 11 Diciembre 1882 (*Cass. Tor.*, 1882, 11, 626); 11 Septiembre 1883 (*Giur. Tor.*, 1883, 95); 1.º Diciembre 1883 (*Annali G. it.*, 1883, 175); 28 Febrero 1893 (*Legge*, 1893, 2, 48); Cas. Florencia, 25 Mayo 1882 (*Temi ven.*, 1882, 355); 22 Febrero 1894 (*G. it.*, 1894, 1, 340); Cas. Palermo, 23 Junio 1882 (*Giur. Cat.*, 1882, 137); Cas. Nápoles, 2 Diciembre 1882 (*Gazz. d. procur.*, XVIII, 102); A. Roma, 1.º Mayo 1883 (*Monit. dei Trib.*, 1884, 35); Cas. fr., 6 Marzo 1889 (*J. du P.*, 1889, 1, 911); 8 Marzo 1892 (*id.*, 1893, 1, 51); 20 Marzo 1893 (*id.*, 1895, 1, 90); 4 Febrero 1894 (*id.*, 1894, 1, 245); 12 Marzo 1894 (*id.*, 1894, 1, 461); 10 Febrero 1897 (*id.*, 1897, 1, 44); 9 Junio 1898 (*id.*, 1899, 1, 285).

(2) V. especialmente Cas. fr., 20 Enero 1874 (*Dall. pér.*, 1874, 1, 443). Cfr. Cas. Turin, 19 Febrero 1881 (*Giur. Tor.*, 1881, 325); Apel. Venecia, 13 Abril 1883 (*Temi ven.*, 1883, 189). V. la n. á la p. sig.

(3) V. el § 2 del prec. cap.

falta aquí el insistir sobre conceptos ampliamente desarrollados acerca de la consideración que deba darse al daño; pero admitiendo la necesidad, aunque mejor construcción parezca aquella de separar la materialidad del hecho injurioso del daño, con el fin de determinar la ilicitud del hecho para que haya responsabilidad, hace falta, sin embargo, demostrar en general el lazo que liga el hecho dañoso al agente, esto es, la culpa. Se comprende que se haya decidido en ciertos casos la no necesidad de establecer claramente la culpa, porque el hecho se presentaba bajo un tal aspecto, que se traslucía fácilmente la existencia de la misma (1); ahora bien: aquí no hay negación de la verdadera regla sobre la culpa aquiliana, que, en cambio, está correctamente aplicada, y sólo se establece norma acerca de la suficiencia de la prueba; si la prueba está demostrada de un modo indudable de la posición del hecho, ¿para qué prolongar el juicio con el especioso argumento de la prueba *ad hoc*, distinta del hecho?

El parecer de la ley se respeta sí del hecho injusto y de la culpa se conoce ciertamente la existencia; sin embargo, conviene advertir que no se confunda la prueba de la culpa que nazca del hecho mismo y la culpa; se diría de este modo, sin ninguna exactitud, que implicaba culpa un hecho solamente por ser injusto.

73. Cuya idea, con relación á la prueba, sugiere el con-

(1) Cas. Turin, 12 Abril 1883 (*G. ital.*, 1883, 610).

En tal concepto quiere aparentemente informarse la Casación de Roma (30 Dic. 1899, *in Legge*, 1900, I, 145) al afirmar que el Tribunal de apelación motivó, suficientemente, el fallo relativo á la culpa, aceptando en los resultandos de la sentencia los hechos de los cuales el Juez de primera instancia infirió la existencia de este elemento subjetivo de la injuria; mas para poder decir que culpa *in est in re* de modo que la simple enunciación del hecho parezca fundamento suficiente, es preciso que su conservación y aceptación en los resultandos de la sentencia de apelación, hubieren sido establecidos desde el primer fallo como exclusiva razón para decidir sobre la culpa (V. el cap. XIX, Prueba de culpa).

cepto de poner entre los de orden general una afirmación que, si directamente concierne á la prueba, se relaciona mucho con el carácter de la culpa.

El Magistrado no puede eximirse de examinar si en la litis presentada á su decisión como cuasidelito concurre la existencia de la culpa; pero el descubrirla, y, se podría decir, el determinar su modo de existir, envuelve una cuestión de hecho, de apreciación, dejada enteramente al soberano criterio del que juzga (1).

De modo que se ve dónde la cuestión de derecho se separa de la cuestión de hecho: el no decidir si en el hecho se encuentre ó no culpa del agente, ó considerar superfluo tal examen, observando que baste descubrir el daño ocasionado, ó que ninguna cuestión sobre la culpa se haya suscitado en el juicio de mérito (2), toca, no sólo el simple hecho, sino tropieza también con el derecho.

La ley quiere que, en general (3), sin el elemento de la culpa nunca se determine la figura del hecho ilícito no contractual, y el Magistrado no puede en manera alguna impedir al actor el demostrarlo en contra del demandado; haciéndolo viola el derecho. Si de este elemento se ocupa, y recurriendo á las necesarias investigaciones de hecho lo considera suficientemente probado sin el beneficio de prueba especial al caso, la cuestión será completamente de apreciación y no de derecho (4).

(1) Cas. fr., 20 Enero 1880 (*Journ. du Palais*, 1881, I, 871); Cas. Florencia, 25 Mayo 1884 (*Temi ven.*, 1882, 355).

(2) Cfr. Cas. Turin, 19 Febrero 1881, cit.

(3) Ya se han anotado los casos en los cuales la responsabilidad ó la simple garantía existen sin necesidad del concurso del elemento subjetivo, entendiéndose que de no ocurrir esto, no habrá necesidad de más indagaciones ni de otras pruebas.

(4) Cas. Florencia, 24 Junio 1901 (*Legge*, 1901, I, 488). Mas para formar el criterio estimativo de la culpa ó del momento en el cual debe considerarse como existente, es esta una cuestión que siempre toca al derecho.

74. Una separación tan clara puede darse lo mismo para la injuria, esto es, para el hecho ilícito considerado objetivamente. Para mayor claridad, debe recordarse aquí la distinción entre la materialidad de la ofensa y la injuria que de ella resulta; el decidir, respecto á la primera, si existe ó no el hecho positivo, es siempre cuestión de apreciación, que debe resolverse en la sola proporción de la circunstancia aducida como prueba, mientras el decidir si existe ó no omisión puede envolver indagación de derecho; pues el no hacer lo mismo puede constituir delito ó casi delito, en cuanto que es contrario á la obligación de hacer impuesta por la ley. El carácter de esta obligación podrá, pues, dar á la indagación sobre la materialidad de la injuria el aspecto de cuestión de derecho.

Y evidenciado el hecho respecto á la injuria, esto es, á la violación del derecho ajeno ó al haber obrado *non jure*, se tiene, en general, una cuestión de derecho. ¿Fue verdaderamente violado el derecho de quien se supone ofendido por el hecho? Ó el agente que tenía el derecho de hacer, ¿ha obrado *jure*? Tanto en un caso como en el otro debe evidenciarse la existencia del derecho, y, como consecuencia, no tener una simple apreciación sobre la cual la decisión del Magistrado de mérito sea irrevocable.

Nótese también aquí la distinción propuesta acerca de la culpa; no se debe confundir la existencia del derecho con la prueba encaminada á demostrarla; si el Juez de mérito la considera probada, su apreciación es soberana sobre este punto, y no lo es, en cambio, cuando se discute si se trata ó no de verdadero derecho.

Todo esto es natural consecuencia de la distinción, no reducida solamente á la materia de estos estudios, entre la cuestión del derecho y la cuestión de hecho.

GENERALIDAD (B)

§ I

De la responsabilidad de los patronos respecto á los obreros por los accidentes del trabajo.

SUMARIO: 75. Límites en los cuales esta responsabilidad interesa todavía las indagaciones sobre la figura de la culpa. — 75 bis-81. Carácter que ella tiene. Su extensión: qué criterio se deba tener para definirla en los varios aspectos de la relación. — 82-85. Teoría que pone en la especie la cuestión de la culpa contractual. Crítica. — 86-92. Continuación de la materia. Construcción doctrinal.

75. A la razón de separar las dos formas de culpa se refieren las cuestiones originadas acerca de la responsabilidad de los patronos respecto á los obreros (1); es verdad que en el movimiento de la legislación moderna, muy fecunda en tal materia de apasionados debates acerca de la indagación puramente jurídica, y en las luchas de orden económico que se titulan reivindicaciones sociales (aunque la doctrina socialista á este movimiento no haya sinceramente asentido) (2), la dificultad reducida á indagar á qué figura de culpa concierne la responsabilidad ha disminuído mucho de gravedad. Disminuído solamente, adviértase bien; verdad es que, por consideraciones principalmente económico-sociales, que entran, sin embargo, en el ordenamiento jurídico sobre la injuria y sobre el daño, la ley impone á los patronos ciertas condiciones para el ejercicio de su industria: la obligación de garantizar á los obreros contra los accidentes del trabajo (3); pero verdad es también que en los casos en

(1) V. el § precedente.

(2) Ammon, *L'ordre social* (trad. fr., Paris, 1900), p. II.

(3) Sobre las leyes especiales que rigen la materia sobre accidentes V. *Chironi C, Cont.* pág. 123 y siguientes. Véanse también: la ley italiana de 16 de Marzo de 1898; la ley francesa de 9 de

que la obligación tiene mayor gravedad por la conducta ilícita del patrono, y en aquellos donde no concurren los términos para la obligación de garantizar como está mandado por la ley, la garantía es sustituida por la responsabilidad, según las normas generales, y con esto la cuestión de la culpa de la naturaleza y de sus efectos adquiere nuevamente vigor.

La indagación que ahora se hará interesa bajo dos aspectos la posición de los principios en materia de culpa: para la distinción ya hecha entre garantía y responsabilidad, de las cuales la primera no incluye necesariamente la culpa (aun siendo la obligación de satisfacerlo y cumplirlo modo de elisión de la culpa), mientras la segunda sin el elemento de la culpa no puede existir, estando unida como á su causa necesaria; y después, por la separación entre las dos figuras de culpa contractual y extracontractual, que es precisamente la indagación que ahora se hará, limitando, como se ha dicho, el interés de la indagación á los casos en que el ordenamiento especial de la ley sobre los accidentes no tiene ó no puede tener aplicación.

75 bis (1). Ahora bien: para poder fijar el carácter de la responsabilidad de los patronos en los límites expuestos (2),

Abril de 1898; las leyes inglesas de 1897 y de 1900, y los comentarios sobre las mismas y sobre el concepto jurídico-social que las informan. *Pollock op. cit.*, VII ed. (Londres 1901); es interesante también la monografía de Smith, *Law of master and servant* (Londres 1902). En este ordenamiento especial, conviene recordar que su razón de ser viene coordinada y armoniza perfectamente con la teoría desarrollada en el presente estudio, al desenvolver el concepto general de la injuria contraponiendo las dos figuras de garantía y de responsabilidad. *Monog.* en seg. vol. II, cap. ult.; y también la excelente monografía de Bellom, *Lois d'assurance ouvrières à l'étrangere*.

(1) Los números 75 á 81 corresponden con levísimas modificaciones á los números 4 á 10 de la monografía sobre Responsabilidad de los patronos (*Studi Senesi*, 1, 3 y 4).

(2) V. el n. preced. en f.

es ventajoso proceder señalando dos órdenes distintos de relaciones jurídicas entre patronos y obreros.

Uno se refiere á la esfera contractual y emana del alquiler de obra por el cual el obrero está principalmente (1) obligado á prestar el servicio convenido, y el patrono al pago del salario en la cantidad y medios convenidos. Esta es la principal relación que, en virtud del contrato, se establece entre las dos partes: obra idónea por un lado, y compensación del otro. Y si en esto se comprendiese el contenido de la relación, las dificultades, verdaderamente, no serían ni graves ni muchas. Es, pues, necesario, para determinarlo con la mayor exactitud, el examen claro de las varias obligaciones que por vía del contrato incumben al patrono. ¿Por qué se ha dicho (2), siquiera no sea precisamente así, queriendo respetar la naturaleza del contrato que el patrono esté obligado á tomar todas las precauciones necesarias encaminadas á proteger la salud y la seguridad del obrero? El contrato de alquiler de obra, ¿no tiene, acaso, dos funciones que distribuyen el objeto en dos partes, obligando la primera al patrono al pago del precio, la otra á evitar de los posibles accidentes peligrosos la vida del que trabaja por su cuenta?; aunque sobre esta teoría se hablará después (3), por su gravedad es casi un deber el hablar desde ahora; no es jurídica ni salva los intereses que más eficazmente quisiera garantizar. Obsérvese el porqué y el cómo el contrato se forma, y se verá que su objeto es exclusivamente el trabajo que ha de prestarse para la indemnización fijada, y que sólo sobre esa y sobre el salario se explica el consentimiento de los contratantes. De tal manera es, por derecho romano, por derecho consuetudinario y por la ley moderna, el concepto de

(1) Sobre la extensión y alcance de las obligaciones que para el patrón derivan de la relación contractual, V. *Chironi, C. Cont.* (2.ª ed.) I. cit.

(2) Sauzet, I. cit., n. 33 y sig.; y la n. 3.

(3) V. el n. 79 y sig.



alquiler de trabajo (1): «un contrato por el cual una de las partes se obliga á hacer para la otra una cosa mediante una cantidad establecida». Y si estos son los únicos extremos, no es jurídico hacer entrar un tercero en la letra, ni en el espíritu de la ley; ¿qué importa si hoy las condiciones del trabajo están cambiadas? Si los nuevos modos por los cuales la industria se mueve requieren cambios tan graves en la estructura de la relación jurídica, el legislador sólo, y no el intérprete, puede corregir la ley.

Corrección, sin embargo, no pedida ni posible; según el contrato, el patrono debería proteger con los medios más eficaces la salud del obrero. Pero ateniéndose al pacto, y, por lo tanto, á la voluntad tal como fué determinada en el momento de la estipulación, el patrono, ¿no tendría derecho á eximirse de la pretensión, observando que él contrató con una persona inteligente, capaz y libre, la cual se presume tuviese conocimiento pleno de la industria á la cual se acomodaba á prestar su actividad y de sus métodos? El obrero que ofrece su trabajo, no puede y no debe ignorar las condiciones en las cuales va á ejecutarlo; si la industria presentase peligros, si el taller donde va á prestarlos tuviese mecanismos que, ó por la técnica generalmente usada, ó por los modos con que en la región se suele ejercer dicho modo de actividad industrial (y sólo aquí, como se verá, puede encontrarse la culpa contractual), no fuesen suficientes ó poco apropiados, ó poco seguros si un accidente desgraciadamente lo alcanzase, no podría invocar el contrato para hacer responsable al patrono. El cual tendría razón si respondiese que la técnica mejor escogida y más práctica no sugiere la implantación de otros aparatos, y que, por otra parte (y aquí invocaría justamente las leyes del contrato), él no obligó al obrero á ejecutar el trabajo establecido, sino que éste consintió libremente.

76. La cláusula, que se querría fuese comprendida en

(1) Cód. civ., art. 1.570 V. Sainctelette, mon. cit.

tre los extremos del contrato, es demasiado amplia y demasiado vaga. ¿Cuáles serán los medios más eficaces que ella requiere? Se podrían comprender todas las tentativas en pruebas hechas en los grandes talleres, y se llegaría entonces á sancionar legalmente la ruina de las pequeñas fábricas. No sólo esto; sino que tratándose de industrias no peligrosas por sí mismas, pero insalubres por la localidad donde se explotan, el patrono debería siempre responder de los accidentes de sus obreros, y casi tendría obligación de trasladar su taller á otro lugar, que si no era conveniente á sus intereses, lo sería á cumplir el deber que tiene de proteger la salud de los operarios que emplea.

Y además, ateniéndose al contrato, haciendo esto cuestión de la voluntad presunta en los contratantes, ¿el patrono podría excepcionar que al contratar no entendió comprometerse á una obligación que exceda de sus conocimientos, de su idoneidad, de su capacidad potencial para poderla cumplir, y que si lo hubiera sabido no hubiese contratado?

77. Otros y aun más graves escollos presenta la teoría combatida, los cuales, en vez de ser beneficiosos, traerían á los obreros mayores desdichas. Si la obligación del patrono fuera siempre contractual, ¿qué grado de diligencia tendrá que poner al ejecutarlo? La ley tiene sobre esta materia una regla general (1), según la cual, la diligencia que debe observarse en el cumplimiento de las obligaciones es la del buen padre de familia, salvo las excepciones expresamente consignadas. Ahora bien: en la especie no hay ninguna excepción que agrave la regla, y el patrono, al cumplir la obligación que tiene de proveer á cuanto mejor proteja la salud de los obreros, no estaría obligado á emplear un cuidado superior á aquel pedido por la ley; y aunque la obligación se refiera á las personas, á su salud, si la obligación de proveer está ligada á la razón contractual, el

(1) Cód. civ., art. 1.224. Chironi, *C. contratt. cit.*, l. cit.

ordenamiento legal en materia de incumplimiento determina la conclusión de la injuria cuando pactos especiales á ello no provean. Consecuencia que la humanidad y el derecho mismo rechazan, y, sin embargo, es legítimo corolario de la naturaleza jurídica del contrato de alquiler de obras ó servicios cuando, merced á la nueva elaboración de este concepto, se trata de encontrar en ella elementos para declarar la responsabilidad, y que con bien pocas garantías beneficiaría la clase obrera.

No sólo esto, sino que, como en gran parte la obligación del patrono se concreta á la dirección, á la vigilancia, ¿en qué sentido el pacto se lo impondría? Y si fuesen muchos los obreros, ¿no podrían suscitarse dudas y pretensiones perjudiciales al desenvolvimiento mismo de la industria?

78. Estas son las mayores dificultades que nacen al considerar de un modo absoluto (ya veremos después lo que hay de verdad en esta teoría) como elemento constitutivo del contrato de alquiler, de obras ó servicios, la obligación del patrono de proteger, asegurar la salud y la integridad física de los obreros. Pero aun combatiendo la teoría, estamos aquí bien lejos de profesar la doctrina de que cuando patrono y obrero se pongan de acuerdo sobre la prestación de trabajo y sobre el salario, no haya entre ellos ninguna otra relación; quien argumentando tan sólo desde el punto de vista de la relación jurídica creada por el vínculo consentido libremente por el obrero, redujese la obligación del patrono al pago del salario, sin extenderlo á los procedimientos relativos á la distribución del trabajo, á la dirección, á la vigilancia, al empleo de los medios aconsejados por la técnica y por la experiencia, como más adecuados para evitar ó disminuir la posibilidad de los accidentes, afirmaría que el obrero es simple accesorio de la máquina.

En contra de tal afirmación está el derecho común ciertamente, que no es por el contrato por lo que el patrono debe proveer lo mejor posible á la integridad física y moral de quien trabaja en sus talleres. Es por la ley que ha san-

cionado un principio general, inspirándose en razones más elevadas, más amplias de las que gobiernan en materia contractual, principio que se cifra y compendia en la suprema razón del interés social; por el contrato, el patrono debe el salario, y sobre este punto y sobre la prestación del trabajo, ha afirmado su consideración al disponer acerca de los efectos de la obligación estipulada (1); otras obligaciones se conexionan con las ya apuntadas diferentes de las contenidas en las normas generales sobre la eficacia de los contratos que obligan á lo que la buena fe impone; pero aquéllos sancionan también que «cualquier hecho del hombre que produce daño á otros obliga á aquel por culpa del cual se ha producido á indemnizar el daño; cada uno es responsable del daño causado, no sólo por un hecho propio, sino también por propia negligencia ó imprudencia» (2). Este es el principio. El patrono que no cuida de que su fábrica esté provista de los aparatos reconocidos por la técnica y la experiencia como eficaces para evitar ó limitar la probabilidad de ciertos accidentes, comete una omisión de la cual debe responder; quien en tales condiciones, en el ejercicio de la industria, da órdenes cuya ejecución es causa de desgracia cometer un hecho que compromete su responsabilidad.

¿Qué más para garantía del obrero? El patrono no suscitará seguramente cuestiones sobre el pacto, ni siquiera lo traerá á debate, porque la ley le obliga por cima del pacto, á la observancia de ciertos requisitos que él ha descuidado.

No se está ya en el tema de la culpa contractual, sino de la aquiliana; y para ésta, la responsabilidad emana de cualquier hecho ú omisión ilícita que sean imputables al injuriente. Ahora bien: ateniéndose á dicho criterio, la responsabilidad radicaré allí donde existe la culpa: cuando el

(1) Cód. civ., art. 1.628 y sig.

(2) Cód. civ., art. 1.151 y 1.152.

hecho ó la negligencia ó la imprudencia no le fuesen imputables, el patrono no está obligado á resarcir un daño del cual no es causante (1). Examinaremos después algunas de las conclusiones de tal principio, que puede enunciarse del modo siguiente: «El patrono, obligado á proteger la incolumidad de los obreros en su fábrica, es responsable de cualquier hecho, negligencia ó imprudencia que le sea imputable, referentes á las deficiencias que hubiera en los medios aconsejados y en uso como los mejores para alejar los peligros del trabajo».

Parece realmente que nada pueda imaginarse más racional y al mismo tiempo más eficaz para proteger el obrero. Lejos de exagerar cargando lo fortuito y circunstancial al patrono, como si éste fuera responsable de tales casos, se establece en cambio con todo rigor el principio de la responsabilidad por culpa; y esta (salvada la mayor determinación del hecho ó de la omisión injuriosa) es la teoría comúnmente enseñada por la jurisprudencia (2).

79. En la doctrina formulada así se revelan suficientemente los motivos que dan causa de validez á la responsabilidad no contractual del patrono. Pero según el fin y la

(1) V. el cap. precedente.

(2) Consúltese en este sentido, excepción hecha por lo que respecta al defecto ó falta de dirección y de vigilancia, que, como se dirá más adelante, se reputa como contractual, y en contrario sensu las decisiones siguientes, en las cuales se considera como *aquiltana*: Cas. fr., 28 Agosto 1882 (*J. du P.*, 1885, 1, 30); 6 Marzo 1888 (*id.*, 1888, 1, 637); 7 Marzo 1893 (*id.*, 1893, 1, 292); Ap. Caen, 17 Marzo 1881 (*J. du P.*, 1881, 789), y 25 Julio 1881 (*J. du P.*, 1882, 1, 441); Ap. Douai, 27 Junio 1881 (*J. du P.*, 1884, 1, 89); Ap. París, 12 Diciembre 1881 (*J. du P.*, 1882, 1, 704); Ap. Grenoble, 11 Enero 1883 (*J. du P.*, 1883, 1, 333); Ap. Amiens, 15 Noviembre 1883 (*J. du P.*, 1884, 1, 38); Ap. Lieja, 15 Junio 1885 (*J. du P.*, 1885, 2, 23); Ap. Burdeos, 9 Noviembre 1892 (*id.*, 1893, 2, 148); Ap. Rouen, 29 Junio 1888 (*id.*, 1889, 1, 717); Ap. Rennes, 20 Marzo 1893 (*id.*, 894, 2, 36); Ap. Grenoble, 6 Febrero 1894 (*id.*, 1895, 2, 31); Ap. Nancy, 29 Junio 1895 (*Gaz. du Pal.*, 1895, 6-7 Septiembre).

naturaleza del contrato, aunque nada se establezca expresamente, la buena fe (1) impone que se presuma como inherente al acuerdo la voluntad común que el desenvolvimiento de la industria, y, por lo tanto, el trabajo del obrero sea ejecutado bajo la dirección y la vigilancia establecidas en el reglamento de la fábrica, ó como se practica en las fábricas ó talleres semejantes, ó como un cuidadoso patrono en las mismas circunstancias de lugar, tiempo y manera, debería hacerlo. De manera que el patrono, y aquí la responsabilidad es contractual, por causa de su posición y de la calidad que tiene, debe dirigir los trabajos de modo que en su distribución y ejecución nada peligroso suceda al obrero por falta de cuidado. La indole de esta dirección y la manera de emplearla están ligadas á la naturaleza de la industria y al método adoptado al ejercerla; y de ahí que, atribuida al patrono, tiene un carácter general de interés común á todos los operarios é independiente de los pactos especiales con cada uno de ellos.

En alguna teoría, por no haberse separado claramente las dos especies de relaciones, se propuso poner en relación la dirección del patrono con la diligencia del obrero al ejecutar los trabajos, afirmándose que dicha diligencia es mayor cuanto menos el obrero se encuentre sujeto á la dirección y vigilancia del patrono (2). En lo que no se puede convenir, porque las dos especies de obligaciones, confrontándolas recíproca y coordinadamente, no tienen la misma razón de ser. La dirección y la vigilancia *que en la fábrica, ó cuando se trabaja bajo su dependencia*, debe ejercer el patrono, es siempre la misma, no muda; de otra, la diligencia impuesta al obrero no disminuye, porque realiza su trabajo á la vista del comitente. No tiene motivo para alegar

(1) Cód. civ., art. 1.124.

(2) Disc. de Faure, en la ses. 8 Marzo 1883, *Jour. Off.* cit. p. 527; v. además Sauzet, l. cit., n. 84; y tratando la cuestión de un modo general, discurrendo sobre la responsabilidad, *Ulman-Ley*, monografía citada.

que él en este caso deba poner menos atención en el trabajo; la buena fe que rige al contratar y al cumplir el contrato la ley se oponen. La obligación en la dirección no puede modificar el grado de diligencia á que está obligado el que alquila su obra, ni puede excusar la culpa cuando no se haya demostrado que el defecto de la dirección y de la vigilancia han sido causa del hecho, no obstante la diligencia del obrero insuficiente á preverlo ó impedirlo.

La resolución aceptada en relación al defecto de la vigilancia debida, advierte que la responsabilidad no existe cuando las relaciones con el obrero no sean tales que reconozcan en el patrono, la obligación de dirigir. Citaremos como prueba un caso establecido por la jurisprudencia. Una Sociedad de construcciones contrata con un contratista la ejecución de determinados trabajos; esa no es responsable del daño ocurrido á los obreros, ó imputable sólo á quien lleva la empresa, aunque se hubiera reservado el derecho de vigilar el exacto cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato (1). La Sociedad, en efecto, no estaba en ninguna relación directa inmediata con los obreros, y el contratista contrataba con ellos por sí mismo para la ejecución de la obra á la cual se obligaba, y no se le podía considerar como representante de la Sociedad comitente, á la cual, faltándole tal relación de representación, no le alcanzaba la responsabilidad, y no podía darle origen la reserva que hizo del derecho de vigilar la ejecución de las obligaciones contratadas, porque este derecho de fiscalización, de «vigilancia general», no modifica el carácter jurídico del contratista respecto á los obreros empleados, ni tampoco el del comitente, á menos que esta facultad reservada no tome en el contrato forma de obligación que pueda ser in-

(1) Ap. Lieja, 19 Mayo 1881 (*J. du P.*, 1881, 2, 62); Cfr., sobre el principio sancionado; Cas. Roma, 11 Marzo 1881, *Annali*, 1881, p. espe., 170; Cons. Cas. fr., 4 Febrero 1880 (*Recueil Devilleneuve et Carette*, 1880, 1, 463); Demolombe, ob. cit., VIII 623.

vocada con validez por los obreros. En caso análogo, de igual manera se debe proceder cuando el obrero ejecute los trabajos en su propia casa. En estas hipótesis se observa que, si bien entre el obrero y el patrono se pueda concebir la relación de vigilancia, de dirección, aun no siendo posible el ejercitarlo estrictamente por el hecho de que el trabajo esté ejecutado por el obrero en su propia casa, la responsabilidad debería cesar, resolución injusta cuando se la quiere hacer demasiado absoluta. Es verdad que el obrero que trabaja en tales condiciones está obligado como empresario de sí mismo, y debe él por sí dirigir y vigilar su obra; pero si al ejecutar el trabajo que se le ha confiado debe seguir un procedimiento nuevo ó peligroso indicado por el patrono, no podrá decirse de un modo absoluto que éste no lo tenga bajo su dirección y dependencia. Cuando menos, el patrono tendría la obligación de vigilar la ejecución del trabajo encargado, y podría de esto nacer á su cargo responsabilidad por omisión culpable. Igualmente, si trabajando en su casa el obrero se sirviera de un aparato facilitado por el patrono, y que por el modo de estar construido no presentase la seguridad de otros usados generalmente en análogos trabajos, el patrono debería responder del accidente ocurrido habiendo él descuidado, el dar las nociones y advertencias necesarias, y si, habiéndolas dado, no hubiese vigilado al obrero, incapaz de comprenderlo.

Es inútil el advertir que la obligación antes descrita existe para cualquier industria explotada.

80. Reglamentada por el ordenamiento referente á la culpa aquiliana (1), la responsabilidad derivada de la omisión del empleo en la fábrica de los aparatos destinados, con arreglo á las inspiraciones de la ciencia y de la práctica general y constante, para evitar ó disminuir la posibilidad de los accidentes, no puede presentar respecto al grado duda alguna; ya se ha advertido que, siguiendo la interpre-

(1) Cód. civ., art. 1.151 y sig. cit.

tación dada á las fuentes del derecho común, la doctrina actual, al interpretar la regla de la ley civil, enseña que en la culpa aquiliana (extracontractual) no hay grado, y cualquier negligencia de donde resulte injuria da, por lo mismo, acción para el resarcimiento. Es el principio ya solemnemente afirmado el que impera: de que «cualquier hecho del hombre que produzca daño obliga á aquél por cuya culpa se produce á resarcirlo». Y claro es, en el hecho va integrada la omisión culpable.

El patrón está en cambio obligado siempre á la dirección y á la vigilancia necesaria en la ejecución de los trabajos y á suministrar aquéllos instrumentos que sean aptos para verificarlos en virtud del contrato: de aquí dedúcese un segundo factor de responsabilidad, y cuya graduación se determina por la ley, presumiendo la intención de las partes si falta en el contrato el pacto sobre tal materia. De todo hecho, de toda omisión en este sentido que pueda ser imputable al patrón, éste debe responder; y quien confronte la extensión de este principio con la teoría que pretende hallar en el contrato de arrendamiento de obras ó servicios la causa de la responsabilidad del patrón, se convencerá de que dicho principio es más ventajoso para el obrero, cuya incolumidad pone bajo la tutela de la ley; y no bastará al patrono la sola diligencia del buen padre de familia, cuyo criterio reducido, además de ocasionar graves dificultades al estimar los hechos, convendría muy poco al grande interés que se quiere proteger.

81. De modo que el patrono, por razón del negocio constituido (y el incumplimiento y la culpa tendrían por tal causa caracteres de contractuales), debe dirigir los trabajos, distribuyéndolos entre los diferentes obreros, y dar también (especialmente si se trata de industria por sí misma peligrosa) las advertencias necesarias para alejar toda posible desgracia, y al mismo tiempo vigilar, con el fin de que en el transcurso del trabajo sus órdenes y sus precauciones sean enteramente observadas. El error en el cual cul-

pablemente incurra, la omisión que cometa, le obligan, cuando de ellos derive injuria, á la responsabilidad y al resarcimiento.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de afirmar varias veces este principio, atribuyendo, sin embargo, la razón de la responsabilidad á la culpa no contractual; y lo formuló de la manera más enérgica en la siguiente máxima: «Los patronos deben proteger á sus obreros contra los peligros que puedan derivarse de los trabajos en que los emplean, y tomar todas las medidas de precaución necesarias para sustraerlos á los efectos de su propia imprudencia» (1). En el hecho que dió origen á la sentencia, es verdad que el obrero estaba abandonado á sí mismo sin instrucción y sin vigilancia; y cuando para el modo de graduar la prestación de la culpa aquiliana se extiende la vigilancia hasta el punto de tenerse que prever las imprudencias mismas del obrero, no se podría verdaderamente concebir un medio más eficaz para garantizarlo.

Pero la decisión fácilmente se comprende, y mejor aún si se refiere á la culpa contractual, según la construcción aquí adoptada; el obrero no se obliga á prestar su propio trabajo sin más, sino este trabajo en relación con la industria y con el trabajo como está considerado y determinado, y con arreglo á las condiciones y á los modos en que á sabiendas de las partes ese se ejecuta por parte del patrono ó en la región; y encaminada como está esta diligencia á alejar de las personas cualquier posible accidente, se comprende que no hay omisión, por pequeña que sea, que no entre bajo el criterio regulador de la diligencia ordinaria. De cuyo concepto es fácil deducir una consecuencia sobre la cual convendrá insistir al exponer los otros sistemas propuestos referentes á la cuestión que ahora se examina. El patrono, aprovechándose de las modificaciones que el pro-

(1) Ap. Amiens, 15 Noviembre 1883 (*J. du P.*, 1884, 1, 88); v. además Ap. Aix, 10 Enero 1877 (*Recueil de Sirey*, 1877, 2, 536).

greso de las artes industriales introduce en todos los mecanismos aplicados al trabajo los hace valer y el obrero no puede oponerse: ¿qué sucederá si la ignorancia de los nuevos sistemas introducidos ha ocasionado algún daño al obrero al emplearlos? La resolución aparece evidente. El patrono debía enseñar al obrero la manera de servirse de los aparatos modificados, dirigirlo y vigilarlo hasta que tuviera pleno conocimiento de su empleo; de otro modo, según las justas palabras (no la justa construcción de la relación jurídica, que está insuficientemente analizada) de la decisión citada, el patrono dejaría al obrero abandonado á sí mismo, expuesto enteramente á los efectos de su propia imprudencia.

Es verdad que el Juez deberá con su amplio poder de apreciación considerar las circunstancias, examinar si este deber ha sido incumplido, y con relación al modo y grado de omisión declarar la responsabilidad; pero no puede existir argumento para graduar el límite de la vigilancia, introduciendo la distinción de industrias más ó menos peligrosas por sí mismas; cualquiera que sea la industria, la dirección y vigilancia deben ser ejercidas por completo, y la lejana posibilidad del accidente no puede servir de excusa al patrono para el momentáneo olvido de sus deberes. Hé aquí al caso otra decisión correctísima: «El patrono incurre en culpa cuando deja trabajar un muchacho sin vigilancia cerca de una correa de transmisión, y entonces es responsable del accidente ocurrido á este muchacho, cuyo brazo, cogido con la correa, resulta estropeado.»

Poco importa que el trabajo al cual el muchacho se dedica no ofrezca por sí mismo algún peligro, y que la correa no pudiese estar provista de un aparato cualquiera protector» (1).

Se propuso (2) el graduar la responsabilidad, haciéndola

(1) Ap. Paris, 12 Diciembre 1881 (*J. du P.*, 1882, 1, 204).

(2) Laurent, *Principes de dr. civ.*, XX, 477.

más grave cuando los obreros sean muchachos; el concepto se origina del cambio del hecho con los principios: la razón de la responsabilidad es la misma, y cualquiera que sea la edad del obrero la medida derivada de la diligencia no cambia. Es obligación del Juez conocer si cumplió y cómo el patrono la vigilancia á que está obligado.

82. El carácter así entendido de la responsabilidad que corresponde al patrono en las hipótesis mencionadas hasta aquí (obligación de la dirección, de la vigilancia, de facilitar los instrumentos idóneos al trabajo), demuestra cómo su razón de ser es contractual; mientras que si el pacto expresamente no se opone sin presunción alguna de voluntad en la estipulación del contrato, no es posible definir la asunción del patrono por los riesgos y accidentes que amenazan al obrero en el trabajo ó en ocasión de él (1). También aquí han creído algunos que por tal asunción resulte obligado el patrono por el contrato (2), así como también los otros autores citados en los números que preceden y los que se citan en el 86. Con esta teoría tiene alguna relación el proyecto Nadaud tal como se presentó por primera vez en la Cámara francesa. Consistía en una adición al artículo 1.780 del Código civil, regulador del arrendamiento de obras y servicios, induciéndose de ella la responsabilidad por culpa contractual. Pero, realmente, no había con ella una diferencia sustancial, antes bien ponía á cargo del patrono también el caso fortuito; el precepto legal, con la adición al paragrafo del artículo 1.780 venía á admitir el supuesto de que la ley, tal ella es, no contenía entre las obligaciones enumeradas respecto del arrendamiento de obras ninguna que se refiera á la responsabilidad por los accidentes del trabajo. (*Journ. off.*, 1881, an 5. Doc., p. 1.599).

Sobre la cuestión V. Chironi, *Culpa contr.* cit.

Y se observa un grave error diciendo que, al reglamen-

(1) V. Chironi, *Colpa contratt.*, l. cit.

(2) Sauzet, mon. cit., n. 26 y sig.

tar el contrato de alquiler de obra, la ley no obliga á más al conductor (patrono), fuera del pago del salario convenido.

El patrono, sin embargo, está obligado, y este es un extremo del contrato, á practicar todas las operaciones necesarias para tutelar la vida y la salud del obrero; y aplicando aquí los principios de la culpa aquiliana, es claro que, correspondiendo dichas obligaciones al patrono, no pueda librarse, en caso de accidente, sino probando que por su parte cumplió con diligencia el contrato. Se podrá defender demostrando el caso fortuito ó la fuerza mayor ó la culpa exclusiva del obrero; pero éste no estará obligado á probar la culpa del patrono cuando le convenga para la indemnización; la razón del contrato impone al conductor de la obra el probar que del hecho no resulta culpa ni para él ni para personas de las cuales deba responder. Y en apoyo de dicha doctrina se invoca la autoridad de la jurisprudencia. La cual ha fijado en repetidas decisiones la obligación del patrono de emplear todos los medios eficaces para evitar los funestos accidentes. ¿Cómo se entendería tal obligación si no existiese por vía de contrato, si éste no fuese la razón determinante?

Ya se tuvo ocasión de hacer notar la insuficiencia de muchos de los argumentos entre los adoptados en apoyo de la doctrina antes discutida, con el fin de hacer ver de qué manera es errónea en su mismo fundamento; pero de la medida de previsión contra los accidentes, ¿qué puede contener la esencia ó la naturaleza del contrato? (1).

No ha consentido libremente el obrero sobre el precio, y perito como debe de ser, ó se supone que sea, de la industria que ejerce, ¿no debe pensar en tutelarse á sí mismo? Y más aún: ¿á qué medidas debería referirse la estructura del contrato? Los pactos que contiene, ó están consentidos expresa-

(1) Y, sin embargo, no obstante la viveza y severidad de la crítica, no cambió los términos de la estructura del contrato el Cód. Civ. germánico á los §§ 611 y siguientes.

mente por las partes, ó dispuestos por la ley y con el silencio de los interesados, se entienden tácitamente aceptadas sus normas; ahora bien: si la ley calla y los contrayentes nada han previsto, ¿dónde está la obligación de garantizar los accidentes que se querría deducir del vínculo contractual? ¿Cuándo y de qué manera el consentimiento de las partes se ha entendido sobre la tutela obligada del patrono ó sobre los medios de ejercerla?

Otro argumento (1), al cual también se ha hecho referencia, es el grado de diligencia á cuya observancia el patrono estaría obligado en el cumplimiento de la carga que se quiere hacer nacer del contrato. Por el silencio que guarda la ley al hablar del alquiler de obra, la diligencia pedida sería aquella del buen padre de familia, regla justa en verdad; mas parece demasiado poco para el interés que está ligado á la vida del individuo; y parecerá fuera de lugar también el pensar que asegurar los términos judiciales por la justa apreciación de tal diligencia puede ser medio fácil para alargar el procedimiento. No sólo esto, sino que ¿estaría suficientemente garantida la vida y la salud del obrero? No lo parece; antes bien la responsabilidad del patrono, si el accidente ocurriera por negligencia común, en la mayor parte de los casos no tendría ya razón de ser.

83. También se invocan otros motivos en apoyo de la teoría explanada. Se dice: por vía del ordenamiento legal que expresamente lo dispone, el inquilino responsable por el incendio de la casa alquilada (2), el fondista y el posadero responsables de la pérdida ó del deterioro de los equipajes introducidos por el viajero en la fonda ó posada (3), el carretero responsable de la pérdida de las cosas que se le han confiado para el transporte (4), deben, para librarse,

(1) V. Sauzet, mon. cit., n. 26 y sig.

(2) Cód. civ., art. 1.589. Chironi, *Colpa contratt.* cit., p. 147 y siguientes.

(3) Cód. civ., art. 1.866, 1.868.

(4) Cód. civ., art. 1.631.

probar la fuerza mayor ó el caso fortuito, ó también el hecho de un tercero por el cual no sean responsables. En estos casos, el perjudicado no debe probar la existencia de culpa para pedir la indemnización, y toca á los responsables el demostrar que la causa del daño está toda en un hecho extraño á ellos, no imputable. Ahora bien: la responsabilidad aquí es contractual: ¿por qué no sucederá lo mismo también en el caso del obrero que solicita el resarcimiento contra el patrono por los accidentes del trabajo?

No hay duda de que en las hipótesis descritas la responsabilidad del inquilino, del fondista, del carretero, es contractual, y verdaderamente no se comprende cómo por muchos se insiste en considerarla comprendida en la culpa aquiliana; no existe mayor ni más manifiesta violación de los conceptos del legislador al confundir la responsabilidad derivada del contrato con la que se deriva del delito ó cuasi delito. Pero en los casos antes enunciados, el perjudicado no debe establecer con la prueba positiva la existencia de culpa; el fondista y el carretero deben responder por vía del contrato y como deducción del expreso ordenamiento de la ley (contra el cual, no siempre, por razón de la entidad de la norma, puede la voluntad de las partes) de la custodia de la cosa, y por lo mismo de cualquier negligencia. Sólo el caso fortuito y la fuerza mayor pueden servir para librarlos; y estos hechos deben probarse por el deudor que los alega. Cuyo régimen de prueba depende de la preexistente obligación y del grado de responsabilidad que la ley ha ordenado expresamente; en la hipótesis que examinamos no habrá dificultad alguna sobre la prueba, si sobre el contenido de la obligación, aun no determinando grado de responsabilidad, la ley se hubiese fijado al hablar del alquiler de obra; pero esa dió reglas á las obligaciones sólo para el salario y la ejecución de la obra, y nada sobre la responsabilidad respecto á los accidentes ocasionados por el trabajo. Falta, por lo tanto, el fundamento esencial en la doctrina discutida, á la cual convendría, ante todo, demostrar que

la culpa del patrono en la materia examinada es contractual; y de esto la ley no sanciona nada, como en cambio dispuso para el inquilino, para el fondista y para el carretero.

84. Es muy justificable el silencio de la ley. Respecto á los fondistas y á los carreteros, determina claramente la responsabilidad que les corresponde y su extensión, porque las cosas son introducidas en la fonda ó consignadas para el transporte por razón del contrato, en cuya estipulación el demandante se abandonó á la buena fe del fondista ó del camionero, que fácilmente, si la ley no lo hubiese previsto de manera excepcional, podrían esconder su propio hecho doloso con las apariencias de culpa excusable (1). Tan verdad es, que por gran parte de los autores y por la jurisprudencia se ha dado al ordenamiento legal sobre la responsabilidad de estas personas el carácter de orden público, y se ha hecho ver la invalidez del pacto que los modifique (2). No se discute ahora el que sea buena ó no tal enseñanza, y se hace referencia solamente para que aparezca mejor la razón de la ley; por regla general, el dueño de los objetos consignados los confía, por causa del acuerdo constituido, á la custodia de otros, y de aquí el rigor que se observa en la aplicación de la regla general sobre la diligencia ordenada en la ejecución de los contratos. Así también el ordenamiento referente á la responsabilidad del inquilino por causa de incendio tiene también su causa en la custodia debida, desde el momento en que el alquilador se encuentra, por efecto del contrato, en la imposibilidad de proveer por sí mismo.

Ahora confróntese con esta hipótesis la estudiada hasta aquí. La ley, ¿podía imponer al patrono la custodia del obrero, como hizo con el fondista y con el camionero para

(1) V. Chironi, *Colpa contratt.* cit., c. III.

(2) Sobre la validez ó nulidad del pacto, véase la nota precedente.



el inquilino? Basta presentar así la cuestión para poner en evidencia lo absurda que es. El obrero sería desde luego una cosa, sería objeto de la obligación, mientras es uno de los sujetos que la contraen y tiene en relación con ella derechos que hacer valer y compromisos que respetar. El obrero, al suscribir el contrato de alquiler de obra, no renuncia á la propia inteligencia ni pierde su propia personalidad.

85. Finalmente, se invoca también la disposición que obliga al mandante «á garantizar al mandatario de las pérdidas sufridas por ocasión de los encargos asumidos, cuando no se le pueda imputar culpa alguna» (1). También aquí se observa que la responsabilidad es contractual (2), y si existe ésta respecto al mandante, debe también existir respecto al patrono que vigila al obrero.

Pero realmente nada prueba el argumento deducido de esta disposición de la ley, cuya equidad (que tiene por fundamento la misma norma que rige el depósito) se hubiera comprendido mejor si se hubiera reducido al solo mandato gratuito (3); aparte la razón de la representación que puede concurrir á declarar la obligación impuesta por la ley al mandante y al depositante; aparte el considerar que para el fin económico jurídico, propio de estos dos institutos, aquella obligación bien puede acceder á su estructura, como presunción de la voluntad inherente á la confianza personal que sirve de fundamento á esas dos figuras; aparte esto, aparte estos relieves que mal se adaptan á la figura de la cual nos ocupamos, se puede observar que la analogía debería conducir á la conclusión, de librar al patrono de la responsabilidad cuando alguna culpa pudiera imputarse al obrero; después, aun el caso fortuito estaría á su

(1) Cód. civ., art. 1.754.

(2) Sauzet, mon. cit., n. 39 y sig.

(3) Cons. Chironi, *Colpa contratt.* (2.<sup>a</sup> ed.), 1. cit. y autores citados en la u.

cargo, lo que admite la misma doctrina aquí desecheda. Y se podría todavía discutir sobre el valor que tiene la locución, *perdida*, para demostrar que el significado en que está usada por la ley no consiente fácilmente argüir por analogía; pero hay otras objeciones más directas y perentorias.

Que la responsabilidad deducida para el mandante sea contractual, no tiene duda; sin embargo, cualquiera que sea la razón de la garantía que se quiere imponer, como elemento natural del contrato, al mandante y al depositante, esa existe en virtud de la ley que expresamente la prescribe. ¿Cómo puede argüirse de un caso expresado al que no lo está en materia que no consiente interpretación extensiva, cual es el agravarse la obligación y la consiguiente responsabilidad? Es inútil el decir que la garantía del mandamiento *à fortiori* es debida por el patrono; al ordenar la culpa contractual, la ley misma se ha abstenido el indicar expresamente las excepciones á la regla general propuesta (1), y en las normas referentes al contrato de alquiler de obra, nada hay que acuerde la ley escrita para el mandato y para el depósito.

Tampoco es el caso de indagar si el mandato (y también el depósito) cuando está retribuido resulta un alquiler de trabajo. La duda no tiene lugar (2), solo que se considera que la compensación no muda la esencia jurídica del negocio, gratuito por su misma naturaleza, y sólo indica una diversidad de grado en la responsabilidad, debida por el mandatario al cumplir el encargo recibido (3). La cuestión, después de todo, no es nueva para la jurisprudencia. Algunas disposiciones (4) aplicó la disposición sancionada para el

(1) Cód. civ., art. 1.224 cit., capov.

(2) Ver sobre esta cuestión *Chironi Culpa Cont.* edi. cit. número 129 y los autores citados.

(3) Cód. civ., art., 1.746.

(4) V. la nota sig.

mandante al caso de un obrero de una Compañía de ferrocarril perjudicado por el hecho de un viajero; pero después fueron restablecidos (1) los principios de tal manera desconocidos, y se dijo que el alquilador de trabajo no puede equipararse al mandatario; opinión definitivamente adoptada y justificada, por lo mismo (2) que «el empleado recibe un salario convenido por hacer el servicio previsto y determinado por los reglamentos». Cuya última circunstancia sirve para esclarecer la diferencia que separa el alquilador de trabajo y el mandatario, que goza de más amplia libertad al ejecutar el encargo aceptado.

En el estudio referente á la responsabilidad del patrono por el daño que sus encargados hayan hecho al obrero, y al referirse al fundamento de ella, si consiste más en la culpa *in eligendo* ó en el defecto de vigilancia, se verá enunciada una idea más lata, que es la representación, para deducir la obligación del patrono de responder por los hechos de aquel que en su lugar é interés cumple determinados servicios (3). Sin embargo, no estamos ahora en contradicción si se aplica al obrero la cualidad de mandatario; el concepto de representación en su mayor amplitud y generalidad puede existir, sin que por eso se confunda con la relación especial del mandato, cuyos rasgos característicos lo distinguen claramente del alquiler de trabajo.

86. Es verdad que la teoría antes contradicha ha recibido en varias ocasiones apoyo autorizado de trabajos nuevos y de decisiones judiciales; pero las nuevas razones ideadas para sostenerla no parecen bastantes para poderse decir que la cuestión de la responsabilidad de los patronos se halle resuelta nada más que por la ley actual civil en las normas estatuidas para las obligaciones del arrendatario de obras ó servicios.

(1) Cas. fr., 24 Enero 1882 (*J. du Palais*, 1882, 1, 507).

(2) Ap. Grenoble, 10 Enero 1883 (*J. du Palais*, 1883, 1, 334).

(3) Véase sobre este punto el cap. VI.

No es, en efecto, argumento válido para quitar del medio las dudas, el distinguir la responsabilidad, de la garantía, restringiendo esta última á la injuria derivada del incumplimiento del contrato, y el constituir como consecuencia la obligación del patrono de garantizar la vida, la incolumidad del obrero, en cuanto que cumple el trabajo que se le ha confiado, graduando después esta garantía en razón de la autoridad que efectivamente se ejerce. Aun adoptando una terminología, cuya eficacia para distinguir mejor ideas que en la ley están suficientemente claras, es bastante problemática, queda siempre por discutir si las palabras y si el espíritu de la ley en el ordenamiento sobre el alquiler consienten el significado que se les quisiera atribuir.

Pero se pregunta si la buena fe no impera acaso en las contrataciones (1). Y en tal supuesto, establecido este postulado, si de él no se deduce que se está obligado, no sólo á lo que el contrato expresa, sino también á todas las consecuencias que, según la equidad, el uso ó la ley de ellas se derivan. Ahora bien: la ley no dice que deben estar en buen uso los instrumentos suministrados por el patrono para cumplir el trabajo contratado, y, sin embargo, tal deber ¿no nacerá de la esencia y del contenido mismo de la obligación?

Este ejemplo no presta realmente una buena defensa á la doctrina combatida; ciertamente, la obligación descrita es contractual, y va como implícita é inherente á la relación que obliga al obrero á prestar solamente su trabajo, excepción hecha de los casos en que, ó por pacto expreso, ó por la calidad del trabajo pedido, no sea manifiesta la intención contraria; ciertamente que es según la sola ley del contrato, á virtud de la cual deberá decidir si al obrero se le puede oponer el no haber reclamado y haber aceptado el trabajo con los instrumentos que se le suministraron, y que su aquiescencia deberá servir y reputarse como válida en

(1) *Amar*, op. cit.; *Sainctelette*, op. y l. cit.]

una materia donde el consentimiento lo es todo; pero esto nada tiene que ver con la cuestión de garantizar la integridad del trabajador. Bien lejos está, ciertamente, según puede advertir el más ligero examen, esta cuestión así planteada, de lo que es la esencia y la naturaleza misma del contrato.

Se nos ocurre la mencionada disposición sobre la buena fe: la dificultad queda siempre por resolver, porque haría falta examinar si la responsabilidad del patrono pertenece y se estima como nacida de la esencia del contrato de alquiler de trabajo, ó en virtud de ley, ó del uso, ó de equidad. Dejando el uso, que ciertamente no es invocable aquí en favor de la teoría que se examina, no sucede lo mismo con la equidad, que está bien satisfecha con la extensión dada por la doctrina y la jurisprudencia sentada sobre la responsabilidad (extracontractual) del patrono, y la ley, al declarar la esencia del contrato de alquiler de trabajo y las obligaciones derivadas respecto al empresario, nada ha dicho de la obligación de custodiar la persona del obrero y de asegurar su incolumidad para cualquier accidente.

Verdad es que, admitiendo dicha teoría, se obtiene la ventaja de evitar el remedio propuesto y aceptado en alguna legislación, de poner á cargo del patrono una presunción de culpa (1); pero el argüir sobre sus ventajas no es demostrar la bondad de una solución que debe en sí misma responder á los principios que la determinan.

87. Otros argumentos se agregan también como compensación del carácter contractual que tendría la responsabilidad del patrono (2).

La conclusión deducida de la regla formulada al hablar de la buena fe, con la cual los contratos deben ser ejecutados, no bastaría, porque además de las consideraciones expuestas, la responsabilidad que aquí se busca no presupone aquel cumplimiento, al cual dos términos precisos

(1) *Amar*, op. cit.

(2) *Cód. civ.*, art. 1.224. *CHIRONI*, *Colp. cont.*, cit., cap. III.

deben concurrir, cuales son ejecución del trabajo por una parte y precio por la otra; y si el consentimiento de las partes puede presumirse en relación á la obligación de cumplir, lo que si bien no por ley expresa, por equidad ó costumbre se cree existe en el contrato, de otra manera debe creerse respecto á dicha responsabilidad, que lejos de ser consentida pacíficamente, es objeto de estudio para la doctrina y para el legislador.

Adviértase, sin embargo, que si la ley ordena al deudor velar por la conservación de la cosa con la diligencia del buen padre de familia, dicha disposición debe ser observada también para preservar á la persona cuando el contrato dé, como resulta en el de alquiler de trabajo, el poder directivo á un contratante sobre el otro. Argumento muy débil es éste, porque el obrero, cualquiera que sea el trabajo que presta, no se convierte jamás en una cosa, conserva su cualidad de persona, y con ésta aquellos atributos que encierran en el trabajo el deber de mirar por sí mismo, de manera que, no olvidando las advertencias que se le han hecho por quien lo dirige, pueda evitar desgracias que diversamente pudieran sobrevenirle. ¿Es justo sostener que por el contrato de alquiler de trabajo el arrendador se asuma la custodia del arrendatario?

Pero el argumento más serio en apariencia viene deducido de la doctrina que obliga al patrono á procurar todos los medios reconocidos como idóneos para preservar á los obreros de los accidentes que los amenazan en el ejercicio de la industria por ellos ejercida; doctrina aquí sin embargo acogida. ¿Cuál es, se pregunta, la razón de esta obligación? No la regla que se refiere á las consecuencias del hecho ilícito, considerado como delito ó cuasidelito, abstrayéndose en él de todo vínculo contractual; aquí la obligación del patrono no tiene origen en la ley, sino en la esencia misma del contrato de alquiler, porque se está en contradicción al admitir de una parte la obligación descrita como propia é inherente al patrono, y después afirmar que si el patrono

falta, comete un delito ó un cuasidelito; ó la responsabilidad no está conexonada á la culpa contractual, y entonces tal obligación no se puede explicar, ó es contractual, y entonces se puede ver claramente su origen en el deber nacido del contrato de alquiler de obras ó servicios de custodiar la persona del obrero.

Y se añade: es cierto, la doctrina (1), de manera correctísima, ha dado al grado de responsabilidad del patrono la latitud pedida por la índole misma del delito ó cuasidelito; mas por otra parte no ha fijado de una manera rigurosa los principios sobre los cuales ha basado su construcción: hecho ilícito originado por omisión hay en cuanto que la ley obliga á hacer, y no se advierte que sobre la materia que hablamos la ley permanece muda.

Lo que sucede es que los principios, aunque no siempre hayan aparecido relacionados con ella, no se apartan de la doctrina aquí defendida. Comete un hecho ilícito no solamente el que injuria directa é inmediatamente, sino también el que de la injuria fué causa, esto es, el que puso al ofendido en tal ocasión de tener forzosamente que sufrir perjuicio (*qui damni causam praebuit*) (2); con esto queda explicada la doble relación en que el patrono se encuentra respecto al obrero: contractual la una, como derivada del alquiler de trabajo; esto es, el pago del precio convenido, la dirección y la vigilancia debida, el suministro de instrumentos adaptados al trabajo; no contractual la otra, consistente en el *damni c. non praebere*. El obrero se obliga á prestar su trabajo, y el patrono, independientemente del contrato, tiene la obligación de no ponerlo en condiciones en las cuales pueda sufrir daño alguno. Los instrumentos, los

(1) V. la nota á los números precedentes.

(2) V. á este propósito el cap. XVI. V. l. 30, 53, *D. Ad. leg. Aquil.*; CUIACI, *Pauli ad Edict.*, en *Opera*, ed. cit. V. 326; LOHR, op. cit., pág. 41; HASSE, op. cit. § 8; GLUCH, op. cit. IV. 343; *Castellari*, op. cit., núm. 51.

mecanismos á cuya dirección, á cuyo manejo destina al obrero, ¿están en tal estado de ruina ó tan poco aptos que pueda sobrevenir algún daño á quien los use? El patrono ¿estará obligado por el contrato á responder en el caso de que ocurra algún perjuicio? ¿Que ha descuidado al dotar á su fábrica, á su taller, de los aparatos de seguridad útiles para evitar la posibilidad ó probabilidad de un accidente que se realiza en daño del obrero? Pues el patrono responderá, no por el contrato, sino por haber dado ocasión á un daño, cuya forma de responsabilidad (1) está indudablemente comprendida en la culpa aquiliana (sobre el carácter de las leyes especiales en materia de accidentes se hablará más adelante), y sirve para distinguir claramente los dos órdenes de relaciones hasta aquí no determinados con verdadero rigor analítico.

88. No mejor que los otros, sirve un argumento por analogía, al cual, sin embargo, se ha recurrido. El propietario ó el capitán del barco—se dice—dirigen el trabajo de los marineros; éstos son víctimas de un naufragio acaecido en la navegación. ¿Será responsable el propietario? Así se decidió si el barco no estaba en buenas condiciones, ó de tal manera averiado, que no podía afrontar una tempestad, ó si el capitán, en vez de refugiarse prudentemente en lugar seguro cuando pudo hacerlo, quiso afrontar los peligros de la tempestad, sacrificándose él y los marineros (2). ¿Y es, sin embargo, contractual la responsabilidad? No lo parece: la figura del *damni causam praebere* está aquí clarísima. El propietario dirige el trabajo del marinero; pero haciéndoselo ejecutar á bordo de un barco, debe tener cuidado, como se ha dicho, de no ponerlo en condiciones que pueda sufrir daño. Ni la relación, sin embargo, bastante estrecha, existente entre las obligaciones contractuales y las obligaciones que nacen del *d. c. praebere*, deben bastar para deci-

(1) V. el cap. XVI cit. y art. citado en la nota precedente.

(2) *Labbé*, l. cit., pág. 37, en f.

dir que se trata también aquí de culpa contractual, considerando las partes respecto á las cuales va como vinculada la existencia del *d. c. praebere*, como puestas ya en relación con el contrato realizado. Verdad es que por dicho vínculo, que enlaza y une á las partes, el *d. c. praebere* puede sufrir en las causas que lo determinan la existencia de aquel estado jurídico; pero no se confunde con él, cuando no se refiere ni toca para nada á cosas no relacionadas con el cumplimiento del contrato. El error de la analogía invocada es evidente, para quien se fije en la manera de estar formulado el argumento: «el propietario (en la hipótesis antes enunciada) sería responsable de los viajeros: ¿por qué no lo ha de ser de los marineros?» (1). Se confunden aquí dos relaciones jurídicas distintas: en la relación jurídica con el viajero, el contrato tiene por objeto el transporte de la persona, y el portador ó conductor debe, por la esencia del negocio, proveer los medios adaptados para conseguirlo, y todo lo que á tal objeto se refiere, toca siempre al objeto inmediato del contrato (2); en la hipótesis antes examinada, otra es la índole del servicio que es objeto de la contratación: el marinero (confrontando la relación que le concierne con la relativa al viajero) alquila su trabajo, y el propietario del barco lo conduce con el fin de que se efectúe el transporte de los viajeros y de las mercancías; esto es, para el servicio del barco.

El cambio acaecido entre culpa contractual y culpa aquiliana, demuestra bien lo poco que el argumento descrito se refiere á la teoría discutida.

89. No será inoportuno, para mayor esclarecimiento de los conceptos antes defendidos, el exponer brevemente otras consideraciones.

La extensión de la ley á casos no comprendidos expre-

(1) *Labbé*, l. cit.

(2) Véase sobre esta materia los núms. 90 y siguientes, y las notas referentes á los mismos.

samente puede suceder cuando el espíritu de la misma á ello no se oponga. Ahora bien: si la historia de la disposición puede dar, y lo da eficazmente, elementos bastantes para extender la latitud de su significado, y en esto precisamente está la dificultad que se examina, no puede comprender entre los casos de culpa contractual, la responsabilidad del patrono por el accidente acaecido al obrero en el trabajo. Sin remontarnos al derecho romano, á su adaptación á los tiempos modernos por obra del derecho común, restringiendo la investigación, sino á coetáneos tiempos casi, á la época, en suma, de la unificación de la leyes civiles italianas, ¿se puede en los trabajos preparatorios descubrir indicios de los cuales pueda inferirse y aun atribuir al legislador, el pensamiento de haber querido extender la obligación del arrendador de obras ó servicios, á garantizar la incolumidad del obrero?

Ni el ordenamiento establecido á este propósito (1), ni las reglas referentes á la diligencia debida en la ejecución de las obligaciones (2), pueden comprender una hipótesis tan alejada de su espíritu; y si es verdad que adaptar después la ley á nuevas exigencias es, sin embargo, oficio del intérprete, no es menos cierto que ello no es posible, cuando dicha obra contraría el fin de la regla jurídica, bien de un modo expreso, ó su espíritu y los principios en los cuales tiene su origen. Y en qué términos está fijada la estructura del contrato de alquiler de obra, ya se ha dicho. Como podrá observarse después, ni siquiera las leyes civiles más recientes han querido mudarlos (3), y siempre que se dictaron providencias ó estatutos respecto á los accidentes del trabajo, se hizo por medio de leyes especiales. Así que, allí donde éstas no se aplican, no queda por eso menos des-

(1) *Cód. civ.*, art. 1.570.

(2) *Arg.* art. 1.570, *Cód. civ.*

(3) *Cód. civ. germ.*, § 611, cit.; de ahí las observaciones de Gierke en *Einsch.* cit.

echada del trabajo mismo del legislador, la teoría que da á la responsabilidad del patrono carácter contractual. Ni admitiéndola, se deberá limitar á la hipótesis discutida, porque igual norma haría falta seguir, respecto á cualquier arrendador de obras ó servicios: cualquier restricción sería verdaderamente contradictoria al principio aceptado.

90. Obsérvese que de la doctrina combatida resultaría, en primer lugar, la obligación del patrono de probar, á fin de librarse de la responsabilidad, el haber cumplido con la obligación derivada del contrato; se puede decir, por el contrario, que dicha teoría ha sido propuesta á fin de conciliar con el derecho la ventaja que se quiere otorgar al obrero, eximiéndole de la obligación de la prueba encaminada á demostrar la culpa del patrono, al cual la teoría expuesta atribuye la responsabilidad. La tentativa de conciliación repugna al derecho, como repugna manifiestamente la doctrina en ella contenida: es una manera violentísima, ciertamente, de adaptar el derecho al hecho, y tan brusca-mente llevada, que cualquier mantenedor de la teoría misma enseña que no debe sacarse como consecuencia el derecho del obrero perjudicado á pedir una indemnización por la seguridad que se le debe, sin demostrar la relación (¿de causa y efecto?) entre el instrumento y el accidente ocurrido, ó también entre las disposiciones dadas por el patrono, y el accidente (1). De esta enseñanza á la teoría, tal como está expuesta, hay distancia y no pequeña. De modo que al obrero no le bastará probar el accidente ocurrido en ocasión del trabajo, sino que tendrá que demostrar una relación de causalidad, en la cual, casi necesariamente se encontrará la existencia de la culpa en el patrono; la demostración pedida es de tal índole, que ofrece al juez elementos de hecho, capaces para juzgar la idoneidad del instrumento y la conveniencia de la disposición dada para la ejecución del trabajo: de manera que no será una prueba clara de la

(1) *Labbé*, l. cit., pág. 38.

culpa del patrono, según la teoría aquí defendida, y, sin embargo, se incluye un elemento encaminado á ponerla en evidencia, ó por lo menos á la hipótesis racional de su existencia.

91. La teoría impugnada tiene, por consiguiente, en contra suya el origen histórico de la ley sobre el alquiler de obras ó servicios, origen y contenido tan claros y fijos, que el cambiarlos pertenece, según ya se ha dicho, al legislador solamente. Pero ¿qué más? En contra suya está el procedimiento observado por las legislaciones extranjeras y por la ley italiana, al proveer sobre los accidentes ocurridos en el trabajo y con ocasión de él.

Las diferentes legislaciones, aun aquellas donde está afirmada de manera más severa la responsabilidad del patrono, dan del contrato de alquiler de obra el mismo concepto jurídico que el fijado en la italiana; esto es, la obligación de hacer determinados servicios mediante una remuneración (1), é igual norma siguen sobre la obligación que tiene el arrendador de pagar el salario (2), y nunca se pensó que debiera el comitente, en virtud del contrato de alquiler, garantizar al obrero la seguridad de su persona en la ejecución del trabajo, sino que, al contrario, se reconoció ser necesario proveer á esta necesidad con leyes especiales (3). Tan es así, que entre los diversos expedientes discurredos sobre la materia, uno (4) tan sólo hacía la adición expresa de dicha obligación á todo lo que se ha dicho en la ley respecto al arrendador de obra; después, en todas partes donde sobre los accidentes del trabajo, ó sobre otras dolorosas necesidades del obrero, ha habido necesidad de legislar, se proveyó con leyes particulares que tuvieron el

(1) *Cód. civ.*, art. 1.570. Y por las leyes civiles más recientes, véase el *Cód. civ. germ.*

(2) *Cód. civ. arg.*, art. 1.570.

(3) V. Chironi, *Culp. cont.*, pp. 40, 611 y siguientes; pág. 214, n. 3. Véase también el cap. XIX.

(4) V. el cap. XIX.

nombre de sociales, advirtiéndose que no correspondía la ley civil á las necesidades nuevas de la industria, y esta razón ciertamente concuerda mal con la idea de que esta ley haya ya resuelto la cuestión de la responsabilidad de los patronos.

92. De cuyos reproches, hechos á la ley civil, y de los procedimientos especiales sobre la considerada responsabilidad de los patronos (garantía), se hablará en lugar más oportuno (1). Sin embargo, no será inútil advertir desde ahora, que el remedio de establecer de un modo amplísimo la expresada presunción de culpa á cargo del patrono, no está considerado justo y oportuno ni siquiera por todos los que afirmaron que la responsabilidad en esta materia es de carácter contractual, aunque después, con la doctrina que proponen, acaben por contradecirse á sí mismos, y queriendo extender la ley hasta donde no es posible, tiendan más á respetar la apariencia que el contenido substancial de las instituciones y de las cosas.

Ciertamente, como la ley deja en la formación de los contratos la mayor libertad á las partes contratantes, el obrero podría, al establecer las condiciones del trabajo, obligar al patrono á asumir el riesgo de cualquier accidente que le suceda durante el trabajo ó á causa de él, ó que por las circunstancias en que el accidente pudiera producirse y los estatutos ó providencias especiales que reglamentan los accidentes del trabajo, no pudiesen tener aplicación, obligarle en cualquiera de estos casos al pago del premio de seguro. En estos casos, en los cuales nada habría contrario al orden y á la moral pública, la relación entre patrono y obrero sería contractual, y según la extensión de las obligaciones asumidas por el patrono, se deberá juzgar de la responsabilidad por él contraída.

Se objetará que á dicha obligación, encaminada á proveer convencionalmente cuándo la garantía ordenada por

(1) V. el cap. XIX.

la ley especial sobre los accidentes no puede aplicarse, el patrono nunca querrá consentir, y de aquí la necesidad de desarrollar y cumplir en cada una de sus partes el sistema de las previsiones legales, impuestas en favor del obrero; duda infundada (1), especialmente cuando se considere no tener el Estado poder legítimo de impedir al obrero el valerse de los medios que le aseguren la libertad al contratar hasta que no constituyan lesión del derecho ajeno.

92 bis. La indagación hecha sobre la naturaleza de la responsabilidad en materia de accidentes del trabajo, requiere por su complejidad una consideración y una detenida investigación. Esta última se hará á su debido tiempo, y por el momento dará sólo tema á una breve adición que contenga los resultados de la indagación antes anunciada. De estas dos observaciones, la primera tiene su finalidad en expresar que el análisis antes hecho nada pierde de su importancia donde existan leyes especiales que regulen la materia relativa á los accidentes: muchos casos de alquiler de obra se escapan, por la naturaleza del trabajo, á la aplicación de estos estatutos legales; pero si de ello se deduce que la cuestión discutida pierde en interés, en extensión aumenta por el contrario.

La segunda tiene mayor gravedad. Ello se debe á que la ley especial en materia de accidentes, ha querido coordinar las exigencias en que, por necesidades técnicas muy complejas, se desarrollan ciertas industrias con los principios de derecho común sobre la responsabilidad; y argumentando bajo el supuesto del interés principalísimo que á la sociedad incumbe, de proteger del mejor modo posible á los individuos que legítimamente desarrollen su actividad, es por lo que ha provisto con un ordenamiento, en el que si no domina por regla general la figura de la *responsabilidad*, ya sea contractual ó extracontractual, domina en cambio la otra de *garantía*.

(1) V. la referencia á la nota precedente.

El patrono, por el hecho de ejercer una industria, está obligado por lo mismo á garantizar á los obreros que emplea, de los riesgos que su incolumidad ó integridad personal les produce el dedicar su propio trabajo á la obra; el concepto no es nuevo, y se ha visto que la misma ley civil, al conceder y determinar su protección social, llega hasta imponer la obligación del resarcimiento, donde no hay ni injuria objetiva ni culpa, sino solamente daño.

Esta obligación no tiene su origen en un supuesto de responsabilidad, sino en el de garantía á que se está obligado por la relación entre el perjudicado y el factor del daño; de tal manera el ordenamiento en materia de accidentes, no tiene nada de excepcional, nada que contraste con la ley civil, limitándose, por ende, á ampliar y explicar un concepto que ya existe en ésta, es á saber: la obligación de indemnizar que en casos determinados está impuesta en la medida del daño. Ello no obstante, hay alguna diferencia en esto, debiéndose á la naturaleza de la relación jurídica, explicándose también la variedad de su extensión: es más extenso el concepto que existe en la ley civil, que no excluye la defensa liberatoria por razón del caso fortuito ó de la culpa del perjudicado (1), y es más restringida, desarrollándose, no en relación á cualquier perjudicado, sino á los solos operarios empleados.

Tal es el carácter general de la ley, en el cual no hay, pues, como incorrectamente se dijo, injuria objetiva; no hay cuestión alguna de culpa que en ella esté reglamentada; es la garantía que de un modo amplio y absoluto está ordenada en ciertos límites que se refieren á determinadas industrias y á determinadas personas (los trabajadores).

La responsabilidad entra gravemente y por excepción, y entonces se ajusta á la ley común; esto es, con los términos que sirven para componerla y sin modificaciones respecto á la prueba. Y por añadidura, contemporáneamente á la gra-

(1) Ley 17 Marzo 1898, art. 23.

vedad de la obligación de garantía (cuyas diferencias con la ley común se señalaron ya), la responsabilidad surge, sí, pero como consecuencia de condena penal ó de hecho ilícito que hubiera podido determinar la acción pública penal (1). En cuyos términos la responsabilidad es manifiestamente no contractual, es aquiliana, y así el ordenamiento de la ley, da luminosa confirmación á todos los resultados de la indagación general hecha sobre el argumento.

De estas providencias especiales y de los medios preventivos encaminados á proteger, y al mismo tiempo á facilitar la prueba de la injuria (origen de la verdadera responsabilidad), como son los reglamentos preventivos en el ordenamiento industrial, se hablará á su debido tiempo.

#### Generalidad C)

SUMARIO: 93. Transporte de persona.—94. Teorías sobre el caso.  
95. Teoría acogida.

93. Se ha hecho intervenir, sin embargo, y no bien, la figura de la culpa aquiliana en el contrato de transporte de persona, donde la culpa en el incumplimiento es, por el contrario, en razón de la obligación misma, contractual (2). La ley civil, en materia de alquiler de trabajo, legisla acerca de una especie de obligación contraída por los conductores, tanto de mar como de tierra, al hacerse cargo del transporte de personas ó de cosas (3); y los declara obligados por la pérdida y por los destrozos y las averías de las cosas á ellos confiadas, cuando no prueben que se han perdido ó que se han estropeado por caso fortuito ó fuerza mayor (4). ¿Será

(1) Ley citada, art. 22. Sobre los conceptos generales expresados en el texto, véase los estudios relativos á la ley especial en materia de accidentes.

(2) V. el vol. I, n. 300.

(3) Cód. civ., art. 1.627.

(4) Cód. civ., art. 1.631.



aplicable dicha disposición al contrato de transporte de persona?

Varias construcciones se han propuesto y defendido sobre el caso. Algunos piensan que alguna vez la responsabilidad del conductor por la cosa consignada se deba considerar como estrictamente legal, derivada de delito ó cuasidelito, y aparecería entonces como modificación á las reglas concernientes á la culpa aquiliana, existiendo á favor del perjudicado, una presunción de culpa contra el conductor y sobre el transporte de persona; se afirma ser cierta, aunque no expresamente ordenada, la responsabilidad del conductor por su culpa, porque de otra manera garantizaría mejor las cosas que las personas: «las normas de la ley sobre delitos y cuasidelitos, se dice que proveen á cualquier manera de reparación por esta responsabilidad» (1). Respecto á la prueba de la conducta ilícita, se dice que los «desastres ferroviarios llevan generalmente en sí mismos la marca de la culpa» (2).

Otros, con el fin de tener bien separada la culpa contractual, sostienen que el ordenamiento sobre la responsabilidad del conductor por el transporte de cosas sea contractual, y se rigen sobre el principio, en que se informa la regla general acerca de la pérdida de la cosa debida: que cuando una determinada cosa que es objeto de la obligación perece, ó está puesta fuera del comercio, ó se extravía de manera que se ignore absolutamente su existencia, la obligación se extingue, si la cosa ha perecido ó ha sido puesta fuera del comercio ó extraviada sin culpa del deudor y antes que éste fuese moroso; al menos que en este último caso, no se pruebe que la cosa hubiera igualmente perecido en poder del acreedor, y el deudor debe probar el caso fortuito que alega (3).

(1) Giorgi, op. cit., V. núm. 308 en f.

(2) Giorgi, op. cit. V. n. 311 y la sentencia relacionada en la nota.

(3) Cod. civ., art. 1.298.

En consecuencia, la disposición aplicable solamente á la hipótesis en que una cosa sea objeto de contrato, no lo es si el objeto de transporte es una persona. En este caso, la responsabilidad del conductor, está reglamentada por la ley sobre el delito y el cuasidelito, y la culpa del conductor deberá ser demostrada por quien la alegue (1).

94. Las dos opiniones no parecen exactas. No la primera, que no distingue la culpa contractual de la aquiliana, y descubre la presencia de esta última aun donde claramente se ve la figura de la otra. ¿En qué modo, si la responsabilidad dependiese aquí de delito ó cuasidelito, sería admisible la teoría, sin embargo sostenida, unida á la antes discutida (2), sobre la validez del pacto que limita la obligación impuesta por la ley?

Pero restrinjase, sin embargo, á la culpa aquiliana el caso de responsabilidad por transporte de persona, que es fuente común á ambas teorías enunciadas. La segunda, coherente con el principio que la determina, obliga al que promueve la acción de responsabilidad á probar la culpa; la primera, en cambio, se aleja y pone la presunción de culpa á cargo del conductor. Ahora bien: ¿cómo aplicando el concepto de la culpa aquiliana, puede explicarse tan grave contradicción? Compréndese la razón de equidad, de pura consideración de hecho que se ha puesto antes; esto es, el peligro de que se conceda á las cosas, mayor garantía de la concedida á las personas; pero el argumento no va á su fin. ¡La ley, se añade, calla, aunque la misma provea expresamente!

La segunda teoría, sosteniendo la aplicación de la ley que se refiere á la culpa aquiliana, al transporte de persona,

(1) Véase especialmente Feraud-Giraud, *Code de transports*, III, 4 y siguientes. Otros autores y la sent. cit. en *C. contractual*, cit. p. 550 y siguientes; y Cas. Turín, 6 de Dic. 1900 (*Legge*, 1901, I, 223).

(2) Giorgi, op. cit., I.

está fuera de derecho: la responsabilidad, ya sea el transporte de persona ó de cosa, es siempre contractual.

95. La ley, es verdad, no tiene sobre el punto antes discutido, disposición especial alguna; pero las normas que se tienen respecto al alquiler de trabajo y los principios sobre la responsabilidad, son bastante para resolver la dificultad de un modo seguro.

Favorece efectivamente á la construcción, como fundamento suyo, la ley que intituló la obligación del conductor, tanto de tierra como de mar, encargado del transporte de las personas ó de las cosas, de alquiler de obra y de industria (1); ahora bien: si hay contrato, es cierto que, aun en defecto de especiales normas legislativas, se pueden constituir los extremos que fijan las respectivas obligaciones de las partes. El conductor será obligado, por la entidad misma del contrato de transporte de persona, á efectuar el transporte con el medio establecido y en el tiempo que resulte, ó del recibo dado al viajero, ó del horario que el conductor hubiera publicado; si el transporte no se efectúa, la obligación queda incumplida, y al conductor corresponde el probar que el incumplimiento es debido á caso fortuito ó culpa exclusiva del viajero, y la consecuencia emana de la naturaleza misma del contrato; tan es así, que la ley creyó inútil el ordenarla expresamente, mientras otras legislaciones, obedeciendo á la necesidad de prever, la acogieron (2).

(1) Cod. civ., art. 1.267 cit.

(2) El Código civil de Guatemala regula en el mismo artículo el transporte de cosas y de personas, art. 1.764. El Código civil de Méjico se ocupa de ello en los artículos 2.631 y 2.634; el Código de Chile, en el art. 2.015. En el Código suizo de las obligaciones, como en el francés y en el italiano, el transporte de personas está regulado por las disposiciones que tratan del alquiler de obras ó servicios; lo está, sin embargo, también por leyes especiales. V. también Sainctelette, op. cit., cap. IV; Sarrut, *Revue critique Législ.*, 1885, pág. 138; Sourdat, op. cit., 11, 1.058; Lyon-Caen, en el *J. du P.*, 1885, pág. 279. V. también á otros autores citados en *Culpa cont.*, 2.<sup>a</sup> ed., loc. cit.

El error común á las dos teorías está, pues, en esto: que entre ellas, una no separa, y la otra incompletamente distingue la culpa contractual de la aquiliana: de ahí la contradicción en que ambas ponen á la ley, acusándola de proteger las cosas mejor que las personas, cuyo defecto la primera teoría quisiera reparar con la construcción no acogida. Ciertamente, no hay que creer que de igual modo se desarrolle la relación determinada del transporte de cosas del que se refiere al transporte de la persona; en ambos casos, la obligación de transportar consiste en conducir la cosa ó la persona á aquel lugar que está fijado en el contrato convenido; pero en el transporte de cosa entran más elementos especiales al objeto, que, por lo mismo, no se pueden extender al contrato de persona. Porque en aquél la cosa está consignada al conductor que así la tiene en custodia; y si bien no es el depósito, que como hecho jurídico especial determina la diligencia y la responsabilidad, sin embargo es término constitutivo del transporte de cosa; en cambio en el transporte de persona ésta no se da en custodia al conductor, sino se confía á él, y conduce su trabajo ó el de sus representantes (agentes) á fin de que, con medios idóneos, sea llevada de un lugar á otro designado. Que las dos formas puedan suceder coetáneamente y respecto al mismo viajero, no importa; la relación se explica de diferente modo con otro contenido, aunque la presencia del que ha entregado la cosa para el transporte pueda alguna vez influir sobre la custodia á que está obligado el conductor; y respecto á la persona, contiene solamente, la obligación de conducirla con el medio convenido, en el modo, tiempo, itinerario y por el precio establecido, vigilando con el fin de que (excepción hecha para los casos de fuerza mayor ó caso fortuito) durante el transporte, nada suceda perjudicial á la seguridad de la persona que normalmente se encuentre en razón á la no idoneidad del medio empleado (y la idoneidad siempre se presume y el conductor garantiza), ó de no correcta conducción de los de-

pendientes; ó de omitir el dar advertencias que al pasajero puedan ser necesarias para prevenirse á sí mismo, ni vigilando el comportamiento, y alguna vez impidiendo los actos cuando el poder jurídico que por su condición le toca, lo consienta al conductor.

Ahora bien: parecería que aquí, la figura de la culpa extracontractual se determina en la responsabilidad del conductor por la falta de idoneidad del medio de transporte (no conocida por el pasajero en el momento del contrato) y por la inobservancia que cometa de las obligaciones que la ley le impone, con disposiciones que, siendo como de policía, son de interés general. Parece y no es. La responsabilidad por la falta de idoneidad corresponde al contrato, esto es, á aquella obligación de garantizar los términos de la oferta, y que está designada como *culpa in contrahendo* (1); y la otra se refiere también al vínculo contractual, que obliga al conductor á los pactos expresados y á la observancia de aquellas disposiciones legales que sirven por tácito consentimiento, como pactar ellas mismas, ó que por ley se deben considerar como inherentes al vínculo jurídico constituido, de modo que toda derogación deseada no sea válida (2), y en todo caso, la responsabilidad es contractual; y como ya se observó, el objeto del contrato (que es el transporte de persona) impone que, en relación á él, se evalúe el grado de diligencia estrictamente fijado (diligencia del buen padre de familia), y la imposibilidad jurídica de poner cláusulas que eliminen ó atenúen la culpa (3).

(1) V. *Culpa contractual*, cit.

(2) V. *Culpa contractual* 2.<sup>a</sup> ed., l. cit.; v. App. Venecia, 3 de Dic. 1901 (*Legge*, 1902, I, 301).

(3) V. la nota precedente.

## Generalidad D)

### § I

HECHO; OMISIÓN; INJURIA (APLICACIÓN)

SUMARIO: 96. Aplicación latísima de las normas sobre el cuasidelito Hecho positivo. — 97. Omisión. De los Notarios. — 98. De los ujieres. — 99. De los conservadores de hipotecas. — 100. Injuria: del hacer *contra jus* y del hacer *jure*. — Funcionarios públicos: referencia.

96. Basta enunciar la regla perteneciente al cuasidelito para apreciar sin dificultad la extensión. Sacando de la violación de un derecho resultante de relación contractual ó casi contractual, cualquiera que sea la forma que asuma la injuria, nace la responsabilidad, y la forma material que pueda tomar, varía al infinito. De ahí la multitud de casos que en materia de cuasidelito ofrece la jurisprudencia (1), y que por la claridad de los principios es inútil volver á examinarlos separadamente, ocurriendo solamente el hacer notar también aquí, la inexactitud varias veces advertida, común á la doctrina y á las muchas decisiones judiciales, del calificativo de dañoso como esencial al hecho, á fin de que produzca cuasi delito.

Muchos casos particulares, objeto de discusiones y de sentencias, y que dan ejemplo de injuria inferida con ánimo de perjudicar (delito), pueden, donde se sustituya la mala voluntad con la falta de diligencia, hacer figura de hechos positivos constituyentes por razón de culpa del cuasidelito. En la abundancia de las decisiones, la elección no tiene límites, porque cada ofensa al derecho, es materia de injuria (2): se pueden recordar como más salientes el hecho

(1) V. sobre esta materia los conceptos expuestos en los capítulos I y II, y después las observaciones hechas en el cap. XIX, *Efectos de la culpa*.

(2) V. la nota precedente. Consúltense Pollock, op. cit. Así, el

de la competencia desleal (1), de la usurpación de nom-

hecho de escribir el nombre de alguno en la lista de candidatos para un cargo, no obstante la oposición del interesado, es materia de responsabilidad: v. Cas. fr., 24 Marzo 1896 (*J. du P.*, 1896, 1, 336); Ap. Nancy, 8 Marzo 1893 (*id.*, 1893, 2, 103); ni siquiera es disculpa alegar que, verificada la elección, faltó el perjuicio. El abuso del nombre es injuria. Ap. Paris, 4 Abril 1901 (*id.*, 1902, 2, 104). Así también, el hecho de haber destinado ó alquilado una casa para negocios, cuyo consciente ejercicio sea notorio, es una injuria á los vecinos, que determina la responsabilidad del locatario. V. también Ap. Montpellier, 18 Febrero 1898 (*id.*, 1898, 2, 160). Ap. Riom, 28 Nov. 1901 (*id.*, 1902, 2, 48).

(1) La doctrina y la jurisprudencia francesa exigen á este propósito la mala fe. Consúltese Pouillet, *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale* (2.ª ed., n. 459 bis; Couhin, *La prop. ind., art. et lit.* (Paris, 1894-1898), III, p. 404 y siguientes; Cas. fr., 9 Marzo 1870 (*J. du P.*, 1871, 718); 2 Dic. 1885 (*id.*, 1887, 1, 1.023); 13 Marzo 1900 (*id.*, 1900, 1, 440); 28 Nov. 1900 (*id.*, 1902, 1, 97); Ap. Paris, 8 Marzo 1894, 2, 205; Ap. Rouen, 8 Nov. 1899 (*id.*, 1900, 2, 98), y especialmente, Ap. Bolonia, 31 Dic. 1900 (*Giur. ital.*, 1901, 2, 200); Jachia, en n.; Ruben de Couder, *Dictionnaire du droit commercial cit.*, su q. voc.º, n. 9. Es, sin embargo, cierto que este hecho injusto puede andar unido á la culpa; de ahí la distinción (la terminología especial nada quita á la pureza de los principios) entre la concurrencia desleal, propiamente dicha, y la ilícita. Sobre la cual, v. Ap. Rouen, cit.; Cas. fran., 9 Abril 1900 (*id.*, 1900, 1, 440); y, de un modo especialísimo. Cass. Roma, 29 Marzo 1902 (ley 1902, 1, 504). Cons. también Ap. Bolonia, caso ya citado.

Por estos fallos se reitera la enseñanza, que pone la figura de la concurrencia ilícita, cualquiera que sea la condición subjetiva del agente, y cualesquiera que sean los modos por los cuales se determina, con tal de que existan todos los elementos integrantes de la injuria: así también, independientemente de la extensión de las providencias legislativas particulares, la norma general escrita en la ley civil contra el hecho ilícito, es siempre válida y excelente garantía para el ofendido por la injusticia. Se sobreentiende por qué en todo caso, en la existencia de la injuria se da el *facere contra ius*, faltando además aquella cautela jurídica de la cooperación humana, que sanciona la exigencia de la responsabilidad. No cabe tampoco distinguir, afirmando que el daño, cuando no se da con injuria objetiva, exige solo una reparación restringida no atendiendo

bre (1), de las informaciones que una agencia de busca y colocación de asalariados dé erróneamente á cargo de alguno (2).

97. El principio fijado sobre la responsabilidad derivada de omisiones ilícitas se conexas de una manera particular á la culpa de los funcionarios públicos, y especial-

al hecho que la ha producido. (Consúltese Ap. Bolonia, ya citado). Tanto valdría esto como afirmar que los términos de la responsabilidad, según el derecho moderno, se retrotraen á la antiquísima excepción de la injuria, según la cual, ésta, estaba constituida solamente por el hecho de la ofensa y de la lesión dañosa: ésta, en cambio, vendría envuelta también en ella, porque los términos de la injuria quedarían, si no del todo, muy atenuados al menos, frente á la razón prevalente del daño, que por sí solo determinaría la responsabilidad.

Y, sin embargo, no es así: ya lo demostramos y no será inútil esclarecerlo mejor todavía. Si no existe injuria (lesión jurídica objetiva) ó si existe, pero falta la culpa (conducta subjetiva ilícita), no habrá responsabilidad. En tales casos, la ley, movida por consideraciones ó preocupándose en razón del interés público, determinará, cuando deba, alguna nueva figura jurídica; pero no será la de responsabilidad, sino alguna garantía impuesta por ella misma. Fuera de aquellos casos, el *damnum absque injuria* ó el *damnum absque culpa*, no puede determinar el fenómeno jurídico de la responsabilidad, quizá más restringida, por la sola concepción de la razón del daño. Consúltese en materia de concurrencia desleal, y más especialmente, sobre las cláusulas contractuales de competencia, Amar, *Relaz. al IV Cong. giur. naz.*, Nápoles, 1897; Fusini, en el *Monit. dei trib.*, 1898, n. 25; la notable monografía de Sraffa, en *Mem. in ono. di F. Schupfer*, Turin, 1898 p. III; y el estudio de Giannini, sobre la *Concorr. sleale* (2.ª ed., Nápoles, 1902).

(1) Consúltese en orden á la culpa, Cas. fran., 10 Agosto 1880 (*J. du P.*, 1881, 1, 24); Ap., Florencia, 9 Dic. 1873 (*Anal. della giur. ital.*, 1874, 133); Ap. Milán, 10 Mayo 1881 (*Foro it.*, VI, 1, 751).

(2) Sobre la responsabilidad de estas agencias con relación á los clientes por las informaciones erróneas que puedan suministrarles, v. Ap. Nancy, 3 Junio 1873 (*J. du P.*, 1878, 1.007), y la nota: la culpa que sería contractual; v. en seguida el cap. XIX, sobre la extensión de la culpa.

mente por la amplitud de su posible aplicación á los Notarios.

La ley civil y la ley especial sobre el ejercicio de la profesión notarial (1) imponen al Notario que recibe los actos la obligación de observar ciertas formalidades (2), y no hay duda que el omitirlas, deduciéndose de ellas, si esenciales, la anulación del acto, haga incurrir en culpa al Notario, y por lo mismo responsable (3); la omisión culpable constituye enasidelito (4). Pero ¿qué omisiones determinarán la responsabilidad del Notario? ¿Aquellas que se refieren á formalidades indicadas por la ley para cualquier caso singular, ó se deberá dar á tales normas una comprensión más ancha en armonía con las funciones que el Notario está llamado á ejercitar? La cuestión tiene una importancia no leve y ofrece amplia materia á los disentimientos de la jurisprudencia.

Recuérdese el principio antes expuesto sobre la materia (5); fácilmente vendrá la aplicación de que todas las omisiones culpables, en cuanto atañen al ejercicio del ministerio, constituyen á cargo del Notario cuasidelito (6).

(1) Texto único de la ley sobre reorganización del notariado, R. D. 27 Mayo 1879, n. 4 900, s. 2.º

(2) V. Cód. civ., art. 777 y siguientes sobre los testamentos.

(3) V. el § pr.: v. también en materia de incapacidad de los testigos, si el Notario incurre en culpa. Cas. fr., 6 Junio 1901 (*J. du P.*, 1902, 1, 239); v. la nota siguiente.

(4) Sobre la ley ital. especial: confer Michelozzi, *Il notaio italiano* (Florencia, IV ed., 1888), sobre el art. 70; Conti, *Comment. alla nuova legge not.* (Ven., 1880), p. 647; así también la monog. de Ferrari (ley 1883, 11, 213); Vitali (*Legge*, 1884); Michelozzi (en Rolandino, 1885, 553); Losana (id., 1889, 161); Malpeli (id., 1895, 328).

(5) V. el cap. preced., n. 3.

(6) Porque se sobreentiende que la omisión á que se alude no se refiere á la obligación contractual, sino á la de los deberes que le incumben en cualidad de funcionario público. Sobre el principio consúltese Laurent, op., cit., XX, 507 y siguientes. Cas. fr., 22 Febrero 1897 (*J. du P.*, 1897, 1, 454); Ap. Lyon 20 Marzo 1894 (id., 1902, 2, 83).

Ahora bien: el Notario, funcionario público constituido para recibir actos entre vivos y de última voluntad, dándoles la fe pública para conservar el depósito, extender copias, certificados, extractos (1), no es por eso instrumento pasivo de redacción para los contratantes, sino que está obligado á preocuparse de todo lo que interese directamente la validez del acto, y á informar á las partes acerca de las dificultades legales que pudieran, en contra de su intención, modificar la voluntad que manifiestan ó restringir su alcance. Cuya obligación se considera contraria á la letra de la ley, y por lo mismo inadmisibles (2); y, sin embargo, no debería olvidarse que la ley somete la habilitación para el ejercicio de la profesión notarial á muchas cautelas, que si aseguran la capacidad del profesionista, están también encaminadas á dar al Notario, más que la tarea mecánica de redactar en su escrito, la voluntad que se le manifiesta, la de consejero de las partes (3).

De donde resulta que el Notario está obligado á responder de la anulación de un hecho por defecto ocurrido en las formalidades intrínsecas, si ese se refiere á omisión culpable suya, como sucedería si el Notario no hubiese adoptado la debida diligencia para asegurarse sobre la capacidad jurídica de las partes (4), ó si, redactando un poder autorizando para vender bienes dotales, hubiese olvidado el recordar la cláusula de la obligación del reemplazo fijado en el contrato

(1) Texto único cit., art. 1.

(2) Sobre el principio de que el Notario no debe responder más que de las irregularidades de forma y no de los errores de derecho que vicien el contenido del acto, v. Demolombe, op. cit., VIII, n. 531 y siguientes. V. además la nota siguiente.

(3) Consúltense los artículos 5 y siguientes del texto ya citado y los artículos 1-24 del Reglamento de 23 Nov. 1879, n. 5.170, s. 2.º. Véase además la sentencia en el n. 6, y de un modo especial el § precedentc y la Cas. fr., 7 Marzo 1894 (*J. du P.*, 1894, 1, 335).

(4) Consúltese Eloy, *Respons. des notaires* (París, 1873), II, 615. Confr. Solon, *Nullités* (París, 1835), 235.

de dote (1). Del mismo modo, en materia de formalidad extrínseca de un testamento, el Notario debe invitar al testador que no firma á que declare la causa que se lo impide, advirtiéndole la nulidad del acto en su defecto. Si su oficio estuviera reducido á la pequeñez deseada por muchos, poca garantía sería para los particulares el recurrir á él con el fin de estar informados para determinar la propia voluntad del modo más válido, y no es éste en verdad el concepto de la ley.

Cerrado el acto, termina la función del Notario: de tal manera, que si él se asumiera respecto al cliente la obligación de cuidar de la ejecución, ó independientemente de acto alguno se encargase, en interés del cliente, de cualquier negocio, no obraría como Notario, aun cuando tal calidad haya podido influir sobre la confianza del encargo, sino como mandatario (2). Sucedería lo que ya se advirtió en el tema sobre la culpa contractual, como también sucedería si la acción del Notario se conexionara á la figura jurídica de la gestión de negocios.

La teoría expuesta no puede dejar duda acerca de la responsabilidad del Notario por los consejos que como tal haya dado á las partes, sobre cuya cuestión algunos no estiman sea responsable el Notario, libres como son las partes para recurrir á un hombre de leyes para el oportuno parecer (3); y otros lo consideran responsable solamente cuando él haya influido y su consejo sea aceptado (4). No; si hay culpa, él responde del equivocado consejo dado á las par-

(1) Cas. 11 Julio 1881 (*J. du P.*, 1883, 1, 17). Sent. de la C. de Dijon, 14 Junio 1880 (*J. du P.*, 1881, 1, 689).

(2) V. el § precedente y la nota precedente; Cas. fr., 22 Febrero 1897 (*J. du P.*, 1897, 1, 454) y la nota.

(3) Marsé, *Le parfait notaire* (Paris, 1843), c. 17; Pages, *Resp. des notaires* (Paris, 1843), p. 120; Proudhon, op. cit., III, 1.518; Demolombe, op. cit.

(4) Demolombe, ob. cit., VIII, 535; Laurent, op. cit., XX, 507 y siguientes.

tes y por éstas acogido, como respondería otro consultor legal (1); que si también hay culpa del lado de las partes, se podrá tener en consideración al juzgar la extensión de la responsabilidad del Notario; pero eso no quita el que exista culpa de su parte.

98. Respecto á los actos ilícitos que cometen los ujieres en los procedimientos que ejecutan, hay la sanción de la ley; que los obliga expresamente á resarcir el daño que se ocasiona á las partes de la nulidad imputable por culpa suya (2).

Responderá por lo mismo, y deberá resarcir el daño, el ujier que cometa alguna irregularidad al determinar el hecho sobre el cual se apoya la demanda, cuando la parte demandante le hubiese dado todas las informaciones é indicaciones necesarias (3) al caso; y si procede á ejecutar actos sobre las cosas, cuando le falte un título serio que á ello le autorizara (4); y si considera como no bastante ó no serio el título desprovisto de las formas exteriores, de cuya existencia el ujier debe informarse. Este último caso se puede muy bien conexionar con cuanto sobre el Notario se ha dicho para las formas intrínsecas del acto, cuya validez debe posiblemente garantizar; las dos resoluciones parten del idéntico concepto, considerándose en ambas el Notario y el ujier causa del daño, que hubieran podido evitar no omitiendo las diligencias inherentes á su oficio.

99. Así está también, expresamente ordenada la respon-

(1) Cas. fr., 6 Agosto 1890 (*J. du P.*, 1892, 1, 252); 7 Marzo 1894 (id., 1894, 335). Otra cosa es ver si la culpa inducida de la responsabilidad fuera la *grave* (Ap. Burdeos, 6 Febrero 1865, en el *J. du P.*, 1865, 220). V. el cap. precedente, § 3.

(2) Cód. proc. civ., art. 59. V. la monografía de Galli en la *Gaceta de los Tribunales*, Milán, 1878, 1.073; y Ap. Génova, 13 Marzo 1894 (ley 1894, II, 92).

(3) Cas. fr., 15 Julio 1879 (*J. du P.*, 1879, 898).

(4) Ap. Rouen, 22 Agosto 1878 (*J. du P.*, 1879, 849).

sabilidad de los conservadores de hipotecas (1) por los daños que resulten, de la omisión en sus registros de las transcripciones, de las inscripciones y de las relativas anotaciones, ó por aquellos causados por errores cometidos en tales operaciones, ó también por omisión en los certificados de una ó más transcripciones, inscripciones ó anotaciones, ó de los errores cometidos al compilarlos, siempre que la omisión ó el error, no provengan de indicaciones insuficientes que no se les puedan imputar; y, finalmente, de las cancelaciones indebidamente efectuadas (2).

A cuyo último caso se puede referir, la disposición que prohíbe al Registrador el cancelar la hipoteca acordada por sentencia, cuando ésta no sea firme (3). Y es también responsable si, bajo pretexto de irregularidad en los actos, como sucedería diciendo que los títulos presentados, ó también las notas, no están escritos con caracteres inteligibles, ó que en ellos hay defecto (4) en las condiciones necesarias de forma, recusase ó tardase en recibir la entrega de los títulos presentados, ó en cumplir las transcripciones ó anotaciones pedidas, ó en expedir las copias ó los certificados pedidos (5).

100. Sobre la necesidad de que el hecho sea injusto (*iniuria*) no hace falta insistir aquí; se ha discutido ya demasiado sobre este elemento objetivo de la ilicitud. Solamente dos advertencias necesitan todavía alguna aclaración: la primera es que, hablando de ilicitud, de hecho ilícito, no se quiere dar á estos términos un valor diferente de los de injuria ó hecho injurioso; ciertamente, si al decir hecho ilícito, se entiende el hecho que, por concurrir en él el elemento objetivo ó subjetivo, se deriva la responsabili-

(1) Registradores de la propiedad.

(2) Cód. civ., art. 2.067.

(3) Cód. civ., art. 2.036.

(4) V. Cód. civ., art. 1.935, 1.978, 1.989, 1.990.

(5) Cód. civ., art. 2.069. Consúltese Chironi, *Priv. ed ipot.*, II (Turin, 1897), en f.

dad, no de otra manera sucede cuando se trate en cambio del hecho injurioso, que supone ya la coexistencia de los dos caracteres de la injuria (objetiva y subjetiva); pero, como se ha visto, del uso de estos términos en la ilicitud aparece de un modo más inmediato, el concurso que la conducta del agente, da necesariamente al hecho del cual se deriva su responsabilidad; la segunda es que por costumbre se descubre en el daño, el elemento de la injuria, deduciéndose de ahí un cambio de ideas del todo contrarias á la ley. Que la ausencia de daño impida el resarcimiento, se comprende, y de esto se hablará después; que el daño determinase en principio la responsabilidad, y, por lo tanto, el resentimiento del ofendido, la venganza, ya se ha dicho (1); pero de aquel modo, en que la mejor determinación de los conceptos de derecho y de injuria dedujo la figura de la culpa, como la injuria objetiva, no quedó materializada en el daño, pero tuvo como contenido la ofensa. Verdad es que se reserva al injuriante, la facultad de demostrar que el hecho tuvo lugar *iure*; pero la confusión que se nota con la inconveniencia de los principios que se derivan del desarrollo que tuvo la idea de injuria, ofende la condición del pretendido injuriante en relación con la prueba, debiendo el ofendido demostrar que fué violado un derecho en perjuicio suyo. Esto confirma aún más, cuán acertado es el distinguir entre los elementos del hecho ilícito, la injuria, causa de responsabilidad y el resarcimiento que le sigue; otra cosa sucede, como se verá, respecto á la garantía, derivada, por regla general, del daño.

Y da también ocasión de recordar la distinción del hacer *contra ius* y del hacer *iure*: el primero, constituyendo una condición esencial del hecho injurioso, se prueba por el actor, y se entiende que la obligación que tiene de demostrar también la culpa del injuriante, no significa que deba probar que éste obró *sine iure*, porque demostrando el acto *con-*

(1) V. el cap. I.

*tra ius*, se demuestra ya la acción *sine iure*: la cuestión del obrar *contra ius* ó *sine iure* se refiere á la injuria. El pretendido injuriante podrá á su vez alegar el haber obrado *iure*, y esto constituye un modo de liberación correspondiente á su posición de demandado (1).

Las cuestiones tratadas en la mayor parte del material de estudio que ofrece la jurisprudencia referente á la *iniuria*, tienen casi todas, relación con este último argumento de la responsabilidad, que tendrá en su lugar, todo el desarrollo necesario, y las aplicaciones conciernen en manera especial á los actos de los funcionarios públicos, los cuales, cuando obran con arreglo á la ley, lo hacen *iure*, y el daño sufrido por el particular no es fuente en estos casos de verdadera responsabilidad; bien puede, efectivamente, el ordenamiento jurídico preceptuar el resarcimiento del daño sufrido sin que el agente haya cometido injuria ó culpa; pero la figura que entonces se determina es propiamente la garantía. Hace falta insistir sobre el concepto fijado como fundamento de la relación; esto es, que la injuria, el hecho contra el derecho, puede consistir en hecho verdadero ó en una omisión; se ha dicho también recientemente que la omisión no entra en la razón de ser de la culpa extracontractual, diferentemente de la contractual, donde el hecho y la omisión pueden determinar la injuria; pero bastará recordar que la separación entre los dos modos de la culpa, no consiste en la manera de ser, del hecho de donde toma la materialidad la injuria, sino del referirse ésta, ya se origine de acción ó de omisión, á una especial relación obligatoria preexistente.

(1) V. sobre esto el cap. XIX.

### § III

#### Culpa (aplicación).

SUMARIO: 101. Cómo se debe determinar este elemento. Aplicación á algún caso especial: secuestro.—102. Grados: referencia.

101. El error (y no de otra forma se puede juzgar la teoría que se enuncia) de que el hecho dañoso sea por sí mismo fuente directa de responsabilidad independientemente del concurso del otro elemento esencial á la relación que es la culpa, se nota de un modo especial, en las cuestiones que frecuentemente se suscitaron acerca de las consecuencias del secuestro anulado; porque en el hecho de la anulación se vió muy á menudo la *iniuria* probada de un modo cierto; así que la condena de daños á cargo del demandante del secuestro anulado después pareció buena doctrina, de la cual sabiamente la jurisprudencia se ha ido poco á poco retractando (1).

Frente á los principios que gobiernan la responsabilidad, mal se comprende, no ya la existencia de la cuestión suscitada, sino también la posibilidad de que pueda suscitarse. El hecho de la anulación hace constar el elemento del daño, ó más exactamente, según la teoría aquí enseñada, el hecho injurioso que tiene sin embargo necesidad de la culpa, para determinar la responsabilidad; y el caso del secuestro no presenta ninguna de aquellas aparentes anomalías que hubo ocasión de describir sucintamente (y que extensamente se estudiarán después para demostrar su verdadera esencia), por las cuales se deba decidir que exista la obligación de responder, haciendo caso omiso de la pesquisa de cualquiera culpa del agente. Podrán, según la especial posición del hecho, existir casos en los cuales sea lícito al Juez el presumirla; pero tal presunción no debe

(1) Cas. Roma, 14 Febrero 1902 (*Legge*, 1902, I, 436).



ser puesta á modo de regla como si fuese propia del anulamiento y por él mismo invariablemente se determinara.

La duda parecería, sin embargo, razonable en el caso de revocación motivada por defecto de causa en el secuestro pedido é incoado, pudiéndose entonces deducir que nada mejor que tal procedimiento sirva para demostrar la temeridad del litigio que del secuestro se origina; pero ni siquiera eso es verdad siempre, y nada hay que manifiestamente contraste tanto, con la correcta posición de los principios, como el deducir con argumento engañoso, normas directivas generales de presunciones limitadas al solo aspecto contingente de los hechos.

Por otra parte, aquí la dificultad se conexiona á otra más amplia y grave; esto es, si quien litiga injustamente deba ser por lo mismo considerado culpable, y como tal condenado á daños respecto de la parte que ganó, y se crea que sobre ese punto, la construcción general acerca de la responsabilidad sea insuficiente ó incapaz. La existencia de la culpa en los casos particulares es averiguación de hecho, y una presunción de índole general no puede suplir á la obligación de efectuar la prueba; el intérprete, el juez, asumirían de esta manera el oficio del legislador, que á guisa de poder ordenar la obligación del resarcimiento por daño hecho sin culpa, ó sin injuria y culpa, puede también señalar una presunción amplia de culpa á cargo del agente, y violarían así, la medida señalada á su acción.

La cuestión ha ocurrido especialmente en el caso del secuestro conservativo, concedido por medio de decreto por la autoridad competente para ejecutar informaciones y sumarias justificaciones que á instancia suya da el demandante (1). Ha surgido igualmente respecto las judiciales, cuando en los casos de grave urgencia fuesen consentidas por simple decreto; no así, en cambio, cuando fuese proveído por sentencia, porque entonces la decisión en cuestión, con-

(1) Cód. proc. civ., art. 925.

traría á la pretensión de la parte que solicita el secuestro, no puede quitar á la sentencia que lo haya ordenado el carácter de providencia decisiva, de la cual, resulta plenamente justificado el hecho. Pero la decisión así dictada, después de discutidas las razones de las partes respecto al procedimiento pedido, ¿impedirá que en la condena al resarcimiento de daños, impuesto como consecuencia de la sentencia definitiva esté comprendido el resarcimiento del perjuicio sufrido por causa del secuestro, al cual la decisión sobre el mérito ha quitado toda eficacia?

Parecerá que deba ser así, porque la cuestión de la *iniuria* y de la culpa se conexiona con la decisión de la autoridad que ordenó el acto; pero cuando se piense que la providencia ordenada es parte del movimiento judicial, excitado por la acción y por la excepción, y por lo tanto que á estos dos hechos originales se conexiona, se deriva la justa consecuencia de que la condena en la primera instancia á los daños por razón de culpa, debe también contener la obligación de responder del perjuicio que causó el secuestro. No importa si el secuestro se ejecutó de oficio; esa referencia, antes notada, es un momento del proceso, y las consecuencias perjudiciales por su causa están por lo mismo á cargo del que, haciéndose culpable ó manteniéndose actor, ú oponiéndose é insistiendo con sus excepciones, indujo al Juez á dictarlo como necesidad procesal.

De otro modo conviene decidir si el secuestro se pone ó declara nulo por vicio de la forma, con la cual se dictó, si el defecto es imputable á la parte demandante. A propósito del cual, la jurisprudencia ha discutido acerca de la validez del secuestro judicial, concedido con simple decreto, y por muchos se ha sostenido la nulidad de dicho procedimiento, aunque el espíritu y la letra de la ley estén de acuerdo en resolver lo contrario para el caso de urgencia (1). Ahora bien: la condena al resarcimiento de daños

(1) V. Chironi, en el *Archivio giuridico*, vol. XXIX, p. 389 y

sólo por la acordada declaración de nulidad sería contraria á los principios que rigen la culpa aquiliana, aparte de que, donde hay duda sobre la interpretación de la ley, no hay ordinariamente lugar á culpa, y la forma del procedimiento dado por el Magistrado, sin el cual el secuestro no se podría ejecutar, no es hecho que origine por sí mismo responsabilidad en el demandante. Ni importa que el procedimiento se haya pedido en la forma que después el Magistrado consintió; el consentimiento es acto enteramente suyo, y si á él le pareció que podía concederse en el modo pedido, juzgó como Magistrado y según su oficio. Si, en cambio, la nulidad ocurrió en la ejecución, aunque es verdad que el ujier no es el representante de la parte por esta razón de la función pública que ejerce, sin embargo es responsable de los daños; el acto está ejecutado por ella, á su nombre, y por lo tanto, aun debiendo recurrir para cumplirlo al ministerio del ujier, debe directamente responder de la nulidad (1) á la cual ha dado causa.

102. El argumento en que la jurisprudencia, siguiendo los principios de la doctrina mejor acogida, se aleja de la ley, es la valoración de la culpa. Es cierto que por razones ético-jurídicas é históricas, en las cuales tiene su origen el ordenamiento legislativo, que se debe responder de cualquier culpa y aun de la simple imprudencia; esto es, no solamente por la omisión de la ordinaria diligencia, sino también de la diligentísima. De la que se ha hablado ya y se hablará después; ahora baste advertir que en la aplicación de la ley se invoca muy á menudo otro criterio regulador de la culpa que, á nombre de equidad mal comprendida, se coloca como regla segura de derecho. Esto se observa especialmente en las decisiones dictadas á propósito de la impericia de la responsabilidad del que ejerce un arte liberal; y sobre este argumento ya se ha hablado.

siguientes, y los autores citados en la nota. V. Ap. Venecia, 11 Dic. (Legge, 1901, I, 671); Ap. Palermo, 19 Enero 1901, (id., 1901, 631).

(1) V. el cap. precedente.

La crítica promovida á tal doctrina recibirá mayor confirmación en el estudio que ahora se hará, referente á las excepciones, á la regla fijada sobre el grado de la culpa.

§ III

Excepciones (aplicaciones).

SUMARIO: 103. Orden del tratado.

103. Este estudio se referirá:

- a) á las excepciones puestas por la ley;
- b) á otras causas no constitutivas de verdadera excepción.

§ III A)

De las excepciones puestas por la ley.

SUMARIO: 104. En qué términos se contienen las excepciones de las cuales hablamos: la garantía comparada con la responsabilidad: referencia. Excepciones establecidas por la ley en cuanto al grado de la culpa. Responsabilidad del tercer poseedor en un inmueble hipotecado. — 105-106. Continuación. — 107-108. Del propietario que edifique sobre el terreno propio con materiales ajenos. — 109-110. De la responsabilidad de los magistrados. — 111. Continuación. — 112. Del que provoca temerariamente un litigio. — 113. Teoría adoptada. — 114-116. Aplicación al caso de anulamiento ó revocación de secuestro. — 117-118. Aplicación al caso de ejecución de sentencia dictada en grado de apelación y después anulada en casación. — 119. Aplicación al caso de ejecución de sentencia provisionalmente ejecutada y después anulada. — 120. Aplicación al arresto personal. — 121. Aplicación á la oposición hecha al matrimonio. — 121 bis. Aplicación á la acción para el reembolso de gastos de justicia penal contra los funcionarios que hayan determinado la nulidad. — 121 tercero. Excepción al instituto de la garantía: remisión.

104. Ya se ha considerado, en el estudio sobre la razón de ser de la culpa no contractual, que el ordenamiento so-

cial, el concepto del derecho, tal como en el desarrollo de la ética jurídica se ha ido fijando, han informado la ley allí donde impone la obligación de responder de cualquier injuria hecha culpablemente; principio general que contiene la garantía más lata del derecho, ya tenga éste carácter privado y entre en tal cualidad entre los derechos reales (1), ó de obligación (para las ofensas hechas por otros que no sean la parte que concurre en la relación), de crédito ó de familia (2); y se ha observado que nada importa, aunque sea ligerísima la culpa imputada, cuya afirmación no necesita nuevas pesquisas y justificaciones (3).

Ciertamente que el ejemplo de legislaciones recientes recuerda la observación (4); parecerá á primera vista extraño que deba hacerse diferencia entre el hombre, tal como está considerado con relación á la culpa contractual, y el que se ha puesto como tipo en la aquiliana: tipo normal en la vida social, pero no en las relaciones jurídicas, siquiera el hombre que tenga tal conducta ordinaria, por ser común, sea casi ley de psicología y de ética social. Ello demuestra que buenos motivos para justificar la legislación á que se ha aludido, no faltan; pero otro es el concepto donde está informada la ley italiana, que quiere se cuide cada uno de no ofender en manera alguna el derecho ajeno.

Por lo que solamente á la ley, dueña, como es, de medir con la protección que da el contenido del derecho, corresponde la facultad de limitar la consistencia de la culpa en un grado determinado. Y si la graduación de la culpa

(1) V. el cap. I y el § precedente.

(2) V. otras cuestiones relativas al secuestro anulado ó revocado, en orden al grado de la culpa en el sig. §. V. también el capítulo precedente.

(3) Así v., por último, Ap. Lyon, 30 Nov. 1899 (*J. du J.*, 1902, 2, 145), en materia de agravación injusta de una limitación legal de la propiedad.

(4) Cód. civ. germ.

grave, leve y levisima tiene por lo común aplicación en materia de culpa contractual, excepcionalmente, sólo en los casos que de un modo especial gobierna, puede ella mantenerla también con respecto á la culpa aquiliana. Otra vez, en cambio, agravando la condición que resulta de la ley común de la responsabilidad, impone la obligación de resarcir el daño que otro haya sufrido, aunque el obligado no haya incurrido en culpa alguna ó no haya en modo alguno concurrido al hecho dañoso, ó también que de su hecho ningún daño haya resultado; y la obligación que la ley constituye aquí, por el modo especial con que considera la condición jurídica de la persona perjudicada frente á aquella que está obligada al resarcimiento, es de garantía.

De la cual se hablará después del estudio sobre los elementos normales de la responsabilidad, á la cual se refieren las excepciones que atenúan el grado ordinario de culpa. Y aquí se debe también hacer notar la diferencia entre la culpa contractual y la aquiliana, que es inherente á la índole especial de cada una de estas dos maneras de culpa; si en la contractual la voluntad de las partes tiene facultad para establecer las modificaciones que estime á la regla puesta por la ley acerca de la índole y el grado, en la no contractual las excepciones se consideran sólo en cuanto que son impuestas por la ley, y ninguna facultad corresponde al intérprete para ponerlas. Este concepto, cuya exactitud está fuera de duda, servirá para esclarecer algunas cuestiones, en las cuales, sin razón, la figura de la excepción aparece en la doctrina y en la jurisprudencia.

De aquellas que deben llamarse verdaderas excepciones, la ley civil da varias veces ejemplo.

Y uno, entre los más salientes, se nota en el ordenamiento referente á la responsabilidad del tercer poseedor del inmueble hipotecado, obligado al resarcimiento de los daños causados por su grave culpa, con perjuicio de los acreedores inscritos. Es verdad que hay aquí la figura de la cul-

pa aquiliana, faltando en la especie, entre el tercer poseedor y los acreedores inscritos, todo vínculo de relación contractual, como es también cierta la excepción puesta á la regla general referente al grado, habiendo la ley designado la culpa que solamente deba dar lugar á responsabilidad, y faltan los motivos que declaran la razón de la indulgencia donde tal disposición se aconseja.

La cual determina, ante todo, la confrontación de la *iniuria* y del *facere iure*, que la debilitan. Parecería, en efecto, que el tercer poseedor, como titular del inmueble hipotecado, deba considerarse libre de ejercer sobre ese el propio derecho del modo más absoluto, y, por lo mismo, tenga también facultad para determinarlo. ¿Por qué querer una limitación en el ejercicio del derecho? Ni los acreedores inscritos, suficientemente garantizados de la acción que podrían ejercer contra el deudor por el suplemento de la hipoteca, sufren perjuicio por el hecho del tercer poseedor que libremente ejercita la facultad que se le concede; la ley les concede la facultad de pedir el pago del crédito cuando el suplemento debido por la pérdida ó el deterioro de los bienes ya vinculados, no fuese efectuado (1). Cuyo derecho corresponde á los acreedores por el deterioro ocurrido, ya sea por hecho del deudor ó por caso fortuito, no consintiendo la misma letra de la ley el distinguir entre los dos casos en modo de atribuir en el primero el derecho al acreedor para exigir inmediatamente el crédito, sin que el deudor pueda válidamente oponer la oferta del suplemento de la garantía (2). Esto dicho, si el deterioro ocurre, no por hecho del deudor, sino del tercer poseedor, se tiene como sucedido respecto á un caso fortuito que determina la aplicación de la providencia dictada para garantía del acreedor inscrito; y entonces no parecería justa la

(1) Cód. civ., art. 2.020. V. Chironi, *Teoria generale del diritto di pegno* (Turín, 1900), II, *Delle ipoteche*, en f.

(2) Cód. civ., art. 1.980.

responsabilidad impuesta al tercer poseedor con relación al derecho referente al acreedor. Antes bien, se entendería, en las relaciones entre el acreedor y el deudor, que sin injuria no puede mermarse la garantía por él concedida (1); pero aquí no habría ciertamente la figura de culpa no contractual.

105. Se afirma, por regla general, que el motivo de la disposición acerca de la responsabilidad del tercer poseedor consiste en la idea que de los elementos fundamentales del instituto hipotecario tiene el derecho moderno á diferencia del antiguo. En éste no hay concepto alguno de la publicidad: de donde ignorando el tercer poseedor la existencia del vínculo hipotecario que grava el inmueble, podía legítimamente ejercer todos los actos del dominio que le corresponden, aunque contribuyesen al deterioro, y aun más, á la pérdida de la cosa. Ignorándolo, no hay, por lo tanto, injuria ni responsabilidad. Ahora bien: para el derecho moderno esta consideración no es atendible por razón de la publicidad, que es punto esencial del régimen hipotecario: el tercer poseedor conoce la existencia de la hipoteca, y, sin embargo, el deterioro culpable que da al inmueble, es lesión del derecho de garantía que tiene el acreedor, y de aquí el concepto de la responsabilidad.

Acerca de cuyas consideraciones conviene advertir que el derecho antiguo tenía ordenamientos que convenían más al derecho del tercer poseedor, y no eran inherentes al ordenamiento hipotecario acogido. El tercer poseedor, en efecto, era dueño de hacer en el inmueble todas las modificaciones que creía oportunas, los deterioros que quisiera, como dueño de cosa que le pertenecía en propiedad; cuyo concepto se refiere al contenido interno del derecho, y no parece correcto el pensar la justificación que de la

(1) Cód. civ., art. 1.716.

nueva regla hace la doctrina, haciéndola consecuencia del no ser la publicidad, forma extraña al derecho (1).

Partiendo de ideas no exactas, la ley francesa impuso al tercer poseedor la obligación de responder de los deterioros; pero en cuanto al grado de la culpa, dejó intacta la regla general. La ley italiana quiso á su vez contemporizar la aplicación del criterio acerca del grado de la culpa aquiliana, con las consideraciones sacadas del derecho del tercer poseedor y de la garantía real que corresponde al acreedor hipotecario; de donde la medida de la responsabilidad por deterioros causados con culpa grave, cuya modificación, si confrontada con la ley anterior parece equitativa, sin embargo, no satisface las exigencias de la lógica ni las de la equidad: fijado el derecho del tercer poseedor, no se le puede obligar á responsabilidad ni aun por culpa grave; y cuando se admita aquí la figura de la culpa no contractual, parecería por otra parte justificable la restricción. Pero la ley no se atuvo á las deducciones rigurosas de los principios; le pareció que conceder al tercero el ejercicio del derecho en toda su plenitud, era como permitir el injuriar al acreedor inscrito, no obstante las garantías especiales á él concedidas; al mismo tiempo no quiso restringir este ejercicio á los términos más breves, y ordenó que la injuria hecha al acreedor fuese constituida solamente por deterioro causado con culpa grave.

La disminución oportunamente señalada bien se justifica confrontándola con la regla. Ni serviría alegar el derecho real del acreedor inscrito, para quien habría violación con el deterioro culpable causado por el tercer poseedor,

(1) Así Duranton, op. cit., XIX, 380; Colmet de Santerre, op. cit., IX, 98 bis, 111; Laurent, op. cit., XXXI, n. 301 y siguientes; Arntz, op. cit., IV, 1.907; Persil, *Rég. hip.* (París, 1833), sobre el art. 2.131; Troplong, *Priv. et hyp.* (París, 1854), 11, 542; Grenier, *Hypoth.* (París, 1829), I, n. 64; Pont, *Priv. et hyp.* (París, 1876), 692; Baudry-Lacantinerie et De Laynes, op. cit., II, en f; v. Chironi, op. cit., I, l. cit.

para deducir que mal puede comprenderse el ejercicio absoluto del derecho del tercero, independientemente de la violación del derecho de hipoteca; la ley, efectivamente, ha provisto, estableciendo la responsabilidad del deudor obligado al suplemento ó al pago inmediato, protección estrictamente jurídica, porque si la hipoteca es derecho real, lo es con la seguridad de un derecho de crédito, del cual es relación accesoria: de donde se deriva la obligación del deudor de conservar íntegra la seguridad dada.

106. El motivo antes expuesto no falla si de la hipótesis de la hipoteca convencional, se viene á resolver igual cuestión cuando la hipoteca tenga en la ley su razón de ser (1). La providencia sobre la responsabilidad del deudor está puesta entre las reglas concernientes á la hipoteca voluntaria; se podría, ahora bien, decir que en el caso de inmueble gravado con hipoteca legal ó judicial, como la ley ha ordenado, no la responsabilidad del deudor, sino solamente la del tercer poseedor, no serviría ya la razón descrita antes con relación á la hipoteca convencional y á la obligación del deudor. Pero las consideraciones expuestas acerca de la responsabilidad del tercer poseedor no pierden por eso su valor.

En efecto: en todo caso, el tercer poseedor es responsable del deterioro causado con culpa grave; y no se puede justificar el grado de culpa fijado por la ley sin recurrir á la idea de la coordinación de dos diferentes derechos pretendientes de la misma cosa. La resolución dada por el legislador no es perfectamente jurídica; ciertamente, aunque movida por igual concepto, la ley francesa se conexas más con éste, no proveyendo sobre el grado de la culpa. Porque el ejercicio del derecho de propiedad que corresponde al tercer poseedor se vuelve, en el caso de deterioro culpable, injuria contra el derecho real ya adquirido por el acre-

(1) Colmet de Santerre, op. cit., IX, 156 bis II.

dor, y el menor grado de culpa no debería quitar ó disminuir la responsabilidad (1).

107. En otro lugar se observa, sin embargo, una nueva excepción al principio general de la responsabilidad. En el ordenamiento respecto al acceso á cosas inmuebles se dice que «el propietario del suelo que ha hecho construcciones, plantaciones ú obras con material ajeno debe pagar el valor», y que está también obligado, en caso de mala fe ó de culpa grave, al resarcimiento de los daños (2). También aquí se observa la figura de la culpa aquiliana, porque entre el propietario del fundo y el de los materiales ninguna convención ni relación obligatoria existía referente á estos últimos; y el resultado sería que el propietario del fundo debe responder de cualquier culpa respecto al dueño de los materiales. Cuya decisión, fijándose solamente en la locución, parecería encontrar justificación en la ley francesa (3), que ordena se puede condenar al propietario del suelo cuando haya lugar al resarcimiento de daños é intereses; disposición que, en rigor, sería consecuencia justa del principio de donde nace; esto es, de la responsabilidad por culpa aquiliana. Pero los trabajos preparatorios demuestran claramente que la distinción entre buena y mala fe, la tuvo presente también el legislador francés (4), y que la ley italiana desarrolló con mayor evidencia el criterio que adoptó, especificando además distintamente, el grado de la culpa grave (5); así que la responsabilidad del propie-

(1) Cód. fr., art. cit.

(2) Cód. civ., art. 449.

(3) Cód. fr., art. 554.

(4) Faure, Rapp. au Trib.; Locré, ob. cit., VIII, 131, n. 13; Laurent, ob. cit., VI, 259, y Crescencio, notas á Laurent, VI, p. 362, observan que hay la figura del delito y de cuasidelito. Y es cierto; mas de las excepciones á la medida de la culpa no tratan. Y adviértase que Laurent expresa su opinión, declarando que la accesión con mala fe da causa al delito ó al cuasidelito; esta última opinión es absolutamente contraria al principio de la culpa aquiliana.

(5) Cfr. Cód. civ. austr., § 417.

tario del suelo, en relación al de los materiales, quita, para el caso de mala fe, el aspecto de delito, y el otro de cuasidelito solamente cuando al ejecutarlo haya habido culpa grave; sería inútil aducir á cargo suyo la existencia de un grado menor de culpa.

De modo que es evidente la excepción (1), sino que resulta muy difícil justificarla de manera que el motivo responda á un modo lógico de comprender el daño. ¿Por qué la ley, disponiendo acerca de la accesión de cosas muebles, ha ordenado contra el que usó materiales pertenecientes á otros, y sin su consentimiento, que se le pueda condenar al resarcimiento de daños, excepto la acción penal cuando hubiera lugar? La correlación entre este artículo y la disposición genérica sobre el cuasidelito, es aquí clarísima, ordenándose por la ley la responsabilidad por cualquier culpa que en el hecho injusto de haber usado cosa ajena es imputable al autor (2). ¿Por qué no se observa igual norma en el caso de accesión de cosa mueble hecha por el propietario del suelo al cual va unida? No sólo esto, sino que la ley no ordenó ninguna limitación, respecto á la culpa, al disponer acerca de la obligación del propietario de los materiales que hubiese construido en terreno ajeno, de resarcir del daño al propietario del suelo (3).

108. No obstante estas observaciones al criterio al cual se ha atendido la ley, la excepción, como se ha advertido, existe. Se ha pensado (4) al declararla que el legislador fué influido, al ordenarla, por consideraciones tomadas del Derecho romano, que, al contrario, daba al que operase la conjunción del *tignum* la acción *ad exhibendum*, cuando la hubiese operado con mala fe, y se callaba sobre la culpa

(1) Cfr. Pampaloni, *La legge delle XII Tav., de tigno juncto* (Pisa, 1882), § 20.

(2) Cód. civ., art. 475.

(3) Cód. civ., art. 450.

(4) Pampaloni, ob. cit.

por la falta de aplicación en general de la L. Aquilia á la materia (1); en cuyo último caso pareció oportuno al legislador italiano conceder, sí, la acción por responsabilidad, pero sólo por la culpa grave. Y esto sería verdad si la legislación moderna derivase directamente de la romana y no de la medioeval, ó, mejor aún, de las muchas legislaciones medioevales; ahora bien: en los trabajos preparatorios de la ley francesa, que corresponde aquí á la italiana, hay motivo para la distinción adoptada. Tanto es así, y conviene advertirlo, que de la letra de la ley francesa parecería, en justa armonía con los principios, impedida toda distinción entre mala fe y culpa, como no hay ninguna he-cha entre buena y mala fe; cuestión esta última que debe resolverse según la regla: «en los muebles, la posesión es el título»; sin embargo, la distinción está en los motivos (2), que, separando el caso de conjunción operada con buena fe de aquel en que se hiciera con mala fe, conceden al primero una razón de excusa que, en vano en el segundo, se podría invocar. De ahí, que generalmente la doctrina francesa enseñe que en modo especial la norma descrita, gobierna la hipótesis del empleo de materiales hecho con mala fe (3), porque el poseedor de buena fe los hace suyos y no emplea cosa perteneciente á otros, salvo el caso excepcional en que la posesión de buena fe, no sirva para constituir título (4). La ley italiana quiso hacer ver la distinción, que en la legislación francesa está puesta sólo en los motivos, y añadió á la figura de la mala fe, también la culpa grave.

Puede ser que dominada por el concepto de que en los efectos «*culpa lata, dolo aequiparatur*», como sucede en materia de culpa contractual; puede ser también en virtud de la distinción entre buena y mala fe, y considerando con bue-

(1) Cfr. cap. 1, § 1.

(2) Rapp. Faure, cit.

(3) Cons. Aubry et Rau, ob. cit., § 204, f. e. n. 1.

(4) Cód. civ., arts. 708 y 709.

na fe al propietario del suelo ignorante de los vicios de su título, de cualquier defecto de diligencia que determinara su ignorancia, pareciera luego medida demasiado excesiva el decir negligencia ocasionada por defecto del cuidado más esmerado. Se podría, es verdad, objetar que la indagación nos lleva aquí á principios más amplios, al criterio mismo de la buena fe, que en la ley parece determinado sin limitación alguna respecto á la conducta de la persona en confrontación con la ignorancia de los vicios; de cuyo argumento se hará un estudio después, bastando aquí el observar que en los términos de la culpa contractual, diferenciándose la entidad del dolo de la culpa, y no siendo, como en la culpa contractual, cuestión de presunción de querer ir equiparando los efectos de la culpa grave al dolo, la buena fe se entiende, por regla general, como contraposición al dolo propia y estrictamente dicho, y el dolo no puede comprender otra cosa que la mala voluntad, no la culpa, aunque fuera grave (1). Se ha dicho que la buena fe se opone, por regla general, solamente al dolo; porque, como se verá, en sentido amplio de razón liberatoria, por correcto comportamiento, comprende también la culpa. En este sentido se puede decir que no está de buena fe, el que sabe ó podía ó debía saber; pero cuando de un modo particular la ley aplica la responsabilidad no contractual solamente al dolo, para constituir la buena fe no es inconveniente la conducta culpable, aunque grave, y decidiendo de otra manera, se alteraría la medida de la responsabilidad impuesta; mientras la buena fe como razón de adquisición no existe, si el comportamiento es culpable, cuando la razón ó el modo con que su disposición es interpretada (poniendo por ejemplo la mala fe como caso opuesto á la adquisi-

(1) Consúltese sobre la materia, mas con la limitación esencial contenida en el texto, Cas. fr., 19 Marzo 1902 (*J. du P.*, 1902, 1, 209), y la n. de Lyon-Caen.

ción) (1), no deduzcan el resultado de que también aquí la buena fe se refiere á la sola ausencia del dolo.

Se podría decir entonces que la imposibilidad de la adquisición, es forma de responsabilidad impuesta sobre el comportamiento dotoso; y no se podría incluir en el dolo la culpa, sin exagerar ilícitamente la responsabilidad ordenada, y que es responsabilidad existente sólo en confrontación con el ordenamiento legal, en el sentido de que solamente puede invocar un derecho el que está en la condición de conducta requerida para poderlo ejercer.

Á la objeción hecha, se puede responder de dos modos: uno de los cuales sería el observar que se quiso excluir de la buena fe el caso de ignorancia, derivada de culpa grave, no de otra culpa; y de ahí, la necesidad de la indicación hecha, y que el concepto limitado de la buena fe en el caso especial tendría su razón de ser en la pérdida de la propiedad ó daño del dueño de los materiales, cuando no los pueda reparar sin destruir el edificio. En efecto: se ha dicho que la disposición se refiere á aquel poseedor de buena fe que, según las excepciones pensadas por la ley, no pueda hacer suyos los materiales, según la regla de que la posesión de muebles vale por título; y si para ellos la buena fe del poseedor no veda al propietario de los muebles el reivindicarlos, aquí, en cambio, no puede hacerlo por razón de la accesión recurrida, y tiene que conformarse á recibir el valor. Se entiende que la consideración no existe más que cuando el propietario de los materiales pueda retirarlos sin destruir la obra ejecutada; pero entonces se entra en una excepción á la manera de producirse la accesión.

109. La ley de procedimientos civiles pone las normas sobre la responsabilidad civil de la autoridad judicial y del Ministerio fiscal, y la declara, sobre todo, cuando en el ejercicio de sus propias funciones se le pueda imputar el dolo, fraude ú omisión.

(1) V. la n. precedente.

La ley concede acción por el dolo; no hay cuestión sobre la culpa aquiliana, sino de verdadero delito. Sin embargo, ¿se podrá extender el significado de la disposición también á los hechos ilícitos cometidos por los funcionarios antes dichos con el concurso de culpa grave? La doctrina y la jurisprudencia enseñan casi generalmente la negación (1); observando que admitida la responsabilidad por culpa grave, sería desde luego imposible separar ésta de la leve (2), y que se daría lugar á infinitos procesos contra los magistrados, siempre mal vistos por las partes castigadas (3). Pero se ha opinado, por el contrario, que debería extenderse la responsabilidad del magistrado también á la culpa grave, siendo razonamiento extraño aquel que quiere irresponsable el juez que se reconozca inepto para desempeñar el alto cargo que ejerce, y porque en el grado mismo de la culpa se tendría ya garantía suficiente contra los peligros de injustos procedimientos (4), á cuya reflexión se añade, aunque no bien (5), que la culpa grave está equiparada al dolo.

La ley romana, y es necesario recordarlo para no creer que da apoyo á los conceptos acogidos en la ley patria, de-

(1) Cód. proc. civ., art. 783.

(2) Cfr. Scialoja, Pisanelli, Mancini, *Coment. al Cod. pr. civ.* (2.<sup>a</sup> ed.), VI, 1.216; Borsari, *Comment. al Cod. di pr. civ.* (Turín, 1869), en el v. II, art. 783; Ricci, *Coment. al Cod. di pr. civ.* (3.<sup>a</sup> ed.), III, p. 353; Mattiolo, *Elementi di dir. giur. civ.* (4.<sup>a</sup> ed.), p. 816, v. IV; Gargiulo, *Coment. al Cod. di pr. civ.* (2.<sup>a</sup> ed.), art. 783; Curzeri, *Coment. al Cod. di pr. civ.* (2.<sup>a</sup> ed.), art. 783; Bonasi, *Della responsab. civ. e pen. dei Min. e degli altri uffic. pubbl.*, cit. n. 159; Giorgi, ob. cit., IV, 205; Cas. fr., 6 Julio 1858 (*D. P.*, 1858, 1, 279), y sent. en n.; Cas. Roma. 27 Febrero 1878 (*Ley*, 1878, 1, 661).

(3) Giorgi, l. cit.

(4) Laurent, l. cit.

(5) Merlin, *Rép. cit.*, v. *Prise à partie*, § 11; Chauveau s. Carré, *Les lois de la procéd. civ. et commerc.* (ed. Dutruc, Par., 1880-85), art. 505, p. 1.805; Poncet, *Des jugements*, n. 598. (Par., 1822).



ducía la responsabilidad aun para la culpa grave (1); pero no parece que se deba pensar de la misma manera, según el derecho moderno. Es verdad, en efecto, que dicha responsabilidad se determina por medio de relación contractual; ahora bien: cuando se admitiese tener dicho origen por dolo ó culpa grave, se tendría aquí otra limitación respecto al grado de la culpa, que solamente cuando fuese lata constituiría excepcionalmente cuasidelito. La excepción no existe, y mal se sostiene la doctrina antes enunciada: si la ley ha restringido al delito el elemento subjetivo de la responsabilidad, no se puede sin contradicción añadir la figura del cuasidelito y limitar después la culpa sólo á la grave.

Con arreglo al criterio puesto como base de la construcción aquí observada, la ley solamente tiene poder para introducir sus definiciones en la entidad atribuida á la culpa, como elemento del cuasidelito, de donde puede deducirse que no basta para constituirlo la culpa leve, y ni siquiera la grave; y si en la especie no consideró la culpa grave como término bastante para dar origen á la responsabilidad por casi delito, y quiso que la responsabilidad pudiese solamente tener lugar por dolo (delito), al decir que en esta locución está también incluida la culpa grave, se añade á la ley que se sustituye la voluntad del intérprete á la estimación que de un modo soberano está reservada al legislador. Si de orden público es el principio en que se informa el concepto de la culpa aquiliana, como aquel que toca la esencia del derecho, la ley sola puede decir cuándo y en qué medida sea conveniente á dicha necesidad el aducir disminución al grado normal de la culpa, y aun el suprimir del todo la responsabilidad ó razón de ella.

La dificultad viene resuelta así, en conformidad con los

(1) Cons. Gayo, IV, 52; *pr. I. de obl. quae q. ex. del. nasc.* (IV, 5); l. 40, D. *de jud.* (V, 1); D. *de extr. cogn.* (I, 13); Windscheid, ob. cit., § 470; Arndts-Serafini ob. cit., § 338. Cfr. Pisanelli, ob. y l. cit.

principios acogidos. Al dolo se le da un significado (delito) que no puede confundirse con la culpa (cuasidelito), y el haberlo indicado como limite de la responsabilidad civil del magistrado excluye del modo más seguro la negligencia, por muy grave que sea. Y no importa que la culpa lata esté equiparada al dolo (1); ya se ha dicho en varias ocasiones que del estar algunas veces igualados los efectos, como sucede en materia de culpa contractual, se equivocaría el que quisiera deducir por analogía sobre la respectiva entidad jurídica: el dolo manifiesta siempre la mala voluntad; la culpa, aun siendo gravísima, sólo el defecto de diligencia (2). Ahora bien: se comprende el valor de tal paridad en la culpa contractual, al construir la graduación que ha de fijarse en los casos en que la ley haya limitado la responsabilidad á una culpa menor de la que ordinariamente ocurre, y se determinen los efectos, y así podría también entenderse en materia de culpa equiviliana, si la ley hubiese hablado de la culpa menor que la leve; pero donde esté indicado expresamente el limite de la responsabilidad, es contrario á la buena interpretación el incluir en el dolo también la culpa lata.

110. Que fijada la responsabilidad por razón solamente de dolo, no sea de necesidad, aun comprendida la culpa grave, se puede demostrar con ejemplos sacados de la ley. El propietario (3) que construye en terreno propio con materiales ajenos, responde de los daños si ha obrado con dolo, ó también con culpa grave; ahora bien: si se hubiera previsto sobre la primera de estas dos figuras, como ha sucedido en la ley francesa, y cuando se hiciera consistir la buena fe en el hecho de ausencia de dolo, sin mirar á la

(1) Chironi, *Colpa contratt.*, cit., p. 284 y sig.; l. 1, § 1, D. *si mentor fals, dix.* (XI, 6); l. 226, D. *de V. S.* (L, 16).

(2) Cfr. l. 22, § 3, D. *ad S. C. Treb.* (XXXVI, 1); l. 8, § 3, D. *de prec.* (XLIII, 26); l. 1, § 2, D. *si is q. test., lib.* (XLVI, 4); «... culpa dolo proxima, dolum repraesentat.»

(3) V. la n. precedente.

conducta del individuo respecto á su estado de ignorancia de la responsabilidad por culpa grave, no se hubiera podido hablar, no obstante el concepto «*c. lata dolo æquiparatur*». Y se podría, de acuerdo con la ley, decir que, queriendo ésta, tal responsabilidad, tiene necesidad de disponer expresamente: de ahí la razón de la modificación introducida en el ordenamiento francés acerca de la accesión de cosa mueble ó inmueble hecha por el propietario de esta última, con la regla seguida sobre los elementos de la mala fe y de la culpa grave, indicados de modo expreso como dos fuentes de responsabilidad. Y volviendo ahora á la responsabilidad de los magistrados, no parece que en la disposición que la gobierna haya una excepción á la regla general acerca del grado de la culpa que concurre á constituir el cuasidelito; parece, en cambio, que de cuasidelito no deban responder, aunque sí del delito á ellos imputable y cometido con su carácter oficial (1).

No es motivo para la disposición la imposibilidad del discernir netamente la culpa grave de la leve, y el peligro de infinidad de litigios contra los magistrados; es, en cambio, la necesidad de conservar íntegro el prestigio de la magistratura, que bajaría bastante en el concepto de todos los que tienen que invocar y soportar sus decisiones, si en ellos se considerase posible el peligro de errores por causa de culpa grave (2). Cuyo criterio es verdad que no tiene valor

(1) Cfr. á este propósito Cas. fr 27 Junio 1881 (*J. du P.*, 1883, 1, 712), y 9 Enero 1882 (*J. du P.*, 1884, 1, 665).

(2) Se entiende el alto significado de las palabras que Platón pone en boca de Sócrates en el *Critone*, XI, cuando dice que «el orden y la existencia de la ciudad se rige bajo «la eficacia y la validez de las sentencias pronunciadas por sus magistrados»: sin aprobar ni combatir la afirmación de Bonghi (proemio á la traducción del *Critone*, VII), para quien este concepto es poco eficaz, no puede desconocerse que en la pura teoría es el que practica la democracia moderna, y claro es que la teoría sostenida en el texto sobre la responsabilidad de los magistrados viene á coincidir con el pensamiento nobilísimo del filósofo griego.

decisivo; ciertamente sería de desear que el magistrado respondiera, no sólo de la culpa grave, sino de cualquier culpa que se le pudiera imputar, siendo tal la altura de su ministerio, que mal se le podría perdonar la más pequeña negligencia. No es con disposiciones de privilegio, que pueden conducir á la responsabilidad por impericia, condenable especialmente en el juez, llamado como está á decidir cuestiones delicadísimas y gravísimas, sino extendiendo á todo empleado público el principio que atribuye la responsabilidad de daños causados culpablemente, como se afirman mejor las instituciones. La obligación de resarcir, como es garantía segura á la inviolabilidad del derecho, da también seguridad de que en el cumplimiento del empleo público el funcionario pone todo el celo necesario; la liberación de dicha responsabilidad es tutela injusta para los funcionarios incapaces ó negligentes, y no contribuye á la dignidad ni al decoro de la autoridad judicial (1).

111. Ni á esta disposición hace obstáculo la ley que, considerando la nulidad de un acto ocurrido por culpa del oficial que lo haya ejecutado (2), ordena, no sólo el mínimo y el máximo de la pena pecuniaria que se puede aplicar, sino también el resarcimiento del daño á favor de las partes ofendidas: cuya disposición debe ser aplicada á las personas de las cuales la ley habla (3) expresamente, y no al Juez. Una verdadera excepción se tiene en el caso en que por culpa del Juez sea declarada nula en todo ó en parte la prueba testimonial ejecutada en su presencia, debiendo el Juez abonar los gastos del acto renovado; aquí ya no se está en la hipótesis de la responsabilidad por dolo, sino por

(1) Cfr. la ley del Imperio austro-húngaro de 12 de Julio de 1872 (*Colección de leyes* (Innsbruck, Librería Wagneriana), XIII, p. 23).

(2) Cód. proc. civ., art. 89.

(3) El canciller, el ujier y el Procurador. Cód. proc. civ., art. 60. Cons. sobre la materia (Merlin, *Rèpert.*, v° *nullité*, § 5; Chauveau s. Carré, ob. cit., sobre el art. 249; Cuzziari, ob. cit., sobre el art. 5.º; Gargiulo, ob. cit., sobre el art. 59.

cualquier negligencia que haya inducido á la nulidad de la prueba; pero responderá además de los gastos, de los daños é intereses. Y el ujier, Escribano ó Procurador, por culpa de los cuales fuese anulada la prueba, estarán también ellos obligados á resarcimiento de daños.

Si la responsabilidad de estos funcionarios se equiparase á la que corresponde al Juez según la regla general, parecería injusta la diversidad de criterio seguido por la ley. El Escribano y el ujier (no hablando del Procurador, obligado por mandato á resarcimiento de daños á favor de su representado) deben responder de cualquier culpa que sea causa de la nulidad de los actos que han ejecutado, mientras para el Juez se ha hecho, por regla general, una distinción entre culpa y dolo. La irresponsabilidad por causa de impericia no es opinión sostenible; pero donde fuese posible jurídicamente serían, en verdad, más acreedores á excusa aquellos funcionarios contra los cuales grava, en cambio, toda la severidad del legislador.

En la especie que se ha dicho contiene una excepción á la norma general descrita la responsabilidad del Juez, idéntica en la causa á la responsabilidad del ujier, del Escribano y del Procurador; es también idéntica en los efectos. De éstos y del génesis de la disposición que los enuncia se hablará en su lugar (1); ahora bien: conviene solamente notar que, si bien está sensiblemente restringida en sus consecuencias la responsabilidad del Juez por la nulidad de la prueba testimonial que haya verificado, existe como medio de excepción, aun por razón de culpa levísima.

112. Otro punto que es necesario aclarar, y que demuestra las contradicciones en que se incurre cuando se desconocen los principios, es aquel que concierne á la responsabilidad del que haya temerariamente provocado un litigio. La cuestión tendría un lugar más adaptado en el

(1) V. el cap. XIX

estudio acerca de las causas que excluyen la injuria; esto es, en el examen del acto ejecutado *iure*, conexas al criterio que determina el valor de la excepción que se defiende; pero no está fuera de lugar el discutir ahora, á fin de averiguar si la teoría recogida más favorablemente por la jurisprudencia concuerda con las decisiones dadas en otros casos que, sin embargo, entran en los conceptos generales, como la responsabilidad por anulamiento de secuestro y por la ejecución dada á sentencia dictada en segundo grado y después anulada.

La ley de procedimientos ordena que «la parte desatendida sea condenada á las costas del juicio, y que si el litigio sostenido fuese temerario, pueda también ser condenada al resarcimiento de daños» (1). El orden lógico del tratado veda se haga ahora indagación alguna sobre el criterio encaminado á establecer cuándo el litigante obra *iure*, y cuándo *iniure* (2): por el momento, basta recordar este ordenamiento de la ley que considera la acción injuriosa, solamente cuando el litigio haya sido temerariamente iniciado ó sostenido. ¿Cuál es, pues, el significado de las palabras «litigio temerario»? El concepto de la temeridad ¿se deducirá como si fuese simple y fácil aplicación de la regla general referente á la culpa aquiliana, ó envolverá en cambio una limitación á su justa latitud?

Es en la última opinión donde la doctrina y la jurisprudencia italiana no concuerdan, siguiendo la teoría más favorablemente acogida según la ley francesa: de modo que sobre ésta es necesario detener la atención, para que de la confrontación se vea mejor qué decisión se deba acoger para el derecho patrio.

Para la doctrina y la jurisprudencia francesa la cuestión es causa de grave disidencia. La mayor parte de los

(1) Cód. proc. civ., art. 370. V. el Cód. proc. civ. fr., art. 130.

(2) V. el cap. XVIII. Causas que excluyen la culpa ó limitan sus efectos.

fallos y sentencias (1) y de los doctores (2) opinan que en el hecho de obrar para promover el juicio es culpa apta á dar causa de condena al resarcimiento, solamente cuando haya sido llevada con mala fe (dolo), ó con error tan grave que pueda equipararse al dolo. En resumen, la responsabilidad del litigante temerario se comprendería en la regla acerca del delito y cuasidelito; la ley de procedimiento determina solamente la condena de la parte obligada á las costas, y así la aplicación de la ley civil deberá concretarse exclusivamente al concurso de una ó de otra de las dos maneras de conducta antes mencionadas (dolo: c. grave).

Contra cuya teoría se observa por otras decisiones (3) y por otros escritores (4) que la ley de procedimiento regula sólo la cuestión de los gastos y no da norma á la otra por los daños é intereses: así que las cuestiones relativas á dicha materia se deberán decidir con arreglo al derecho común, que no da limitación alguna respecto á los daños causados por razón de litigio. Que cada uno tenga derecho de entablar un litigio no se niega; pero cuando se ejerce tal

(1) Cas. fr. *Ch. civ.*, 3 Mayo 1836 (*J. du P. chr.*); 11 Enero 1837 (*J. du P.*, 1837, 1, 497); 22 Agosto 1839 (*J. du P.*, 1840, 1, 240); 13 Julio 1841 (*J. du P.*, 1843, 2, 425); 24 Mayo 1842 (*J. du P.*, 1842, 616); 13 Julio 1852 (*J. du P.*, 1853, 2, 177); 11 Noviembre 1861 (*J. du P.*, 1863, 544); 13 Enero 1873 (*J. du P.*, 1873, 148); 20 Marzo 1878 (*J. du P.*, 1878, 1063); 17 Diciembre 1878 (*J. du P.*, 1879, 119); 26 Enero 1881 (*J. du P.*, 1881, 1, 777); 28 Diciembre 1881 (*J. du P.*, 1882, 1, 760); 14 Agosto 1882 (*J. du P.*, 1883, 1, 353); 28 Mayo 1884 (*J. du P.*, 1885, 1, 133). V. también la sent. cit. en la n. sig.

(2) Chauveau et Carré, ob. cit., 9, 544 *quat.*; Dutruc, *Supplément aux Lois de la P. C.* de Carré et Chauveau, en ed. cit., I, v. *Domages-intérêts*, n. 2.

(3) Cas. fr. *Ch. requet.*, 24 Julio 1882 (*J. du P.*, 1885, 1, 906), y especialmente 27 Mayo 1884 (*J. du P.*, 1885, 1, 508), y 25 Mayo 1884 (*J. du P.*, 1885, 1, 135).

(4) Laurent, ob. cit., XX, 412; Leppelletier, Rapp. en la causa fallada por la sent. 27 Mayo cit. (*J. du P.*, l. cit. en la nota).

derecho de un modo no correcto, violando el derecho que tienen los demás de no ser molestados injustamente con litigios, mejor que ejercicio de un derecho se puede decir injuria. Por lo mismo, si quien injustamente sostiene un litigio ha sido llevado á sostenerlo por simple, por mínima imprudencia, incurre siempre en culpa, y se le debe aplicar la ley civil, que obliga al resarcimiento al autor de daño causado culpablemente.

Ciertamente, según la disposición de la ley francesa, donde se ha hablado solamente de los gastos que deben imponerse á la parte desestimada, esta última opinión parece preferible, aunque sea seguida por pocos jurisconsultos; de importancia grande, es verdad, teniendo en cuenta la autoridad de donde emanan (1). La norma fijada no hace alusión alguna á los daños é intereses, y ni tampoco habla de los casos en que además las costas deben ponerse á cargo de la parte condenada; de ahí, el convencimiento de que la regla fijada por la ley civil deba tener todo su vigor. Se tendrá, por lo tanto, bajo ese punto de vista injuria, y, por consiguiente, obligación de resarcir, cada vez que se trate de litigio sostenido injustamente, sin distinguir si haya ocurrido por dolo ó culpa, aunque sea ésta levísima.

113. La jurisprudencia italiana (2) y la doctrina (3) sacan de la francesa la decisión antes criticada y no acogida. Y, justamente, la ley de procedimiento civil hace especial

(1) Al conflicto entre las dos Cámaras alude Leppelletier, l. cit.

(2) Cas. Turín, 9 Septiembre 1882 (*J. du P.*, 11, 49); Ap. Messina, 23 Enero 1879 (*Legge*, XIX, 2, 362); Ap. Perugia, 12 Enero 1888 (*Legge*, XX, 1, 131); Ap. Trani, 10 Mayo 1881 (*Riv. giur. di Trani*, 1882, 213); Ap. Venecia, 12 Julio 1882 (*Temi veneta*, 1882, 419); consúltese también Ap. Macerata, 25 Julio 1881 (*Riv. giur. di Bol.*, 1881, 214).

(3) Cuzzi, ob. cit. sobre el art. 370; Gargiulo, ob. cit. sobre el art. 370; Mattei, ob. cit. sobre el art. 370; Mattiolo, ob. cit., IV, núms. 134-135.

mención de los daños, determinando en qué caso la parte condenada, además de las costas, deberá también responder de los daños é intereses. Así que la injuria existirá, como fuente de responsabilidad, solamente si el litigio ha sido sostenido temerariamente.

Pero ¿cuándo se dirá que la ley se sostiene temerariamente? Se invoca para declarar la duda un concepto sacado de la doctrina romana: se considera litigante temerario el que sabe que no obra rectamente, el que está impulsado á sostener la controversia por la mala voluntad de vejar al adversario, y confía, por lo mismo, más que en la justicia de su causa, en el error ó en la iniquidad del Juez (1). El que no litiga honradamente (2), *l'improbis litigator* (3), sería, en consecuencia, litigante temerario (4), principio acogido en el derecho medioeval (5); la mala fe ó el error que se deriva de la culpa grave darían con esto el criterio de la temeridad al sostener un litigio.

Cuyo significado, aceptado como muy correcto, se debe considerar, en las relaciones de la ley civil con la de procedimientos, que, aunque la disposición contenida en esta última aplique el principio general contenido en la otra, sin embargo, lo hace solamente en un caso determinado, que es el litigio temerario; así que la ley de procedimientos introduce una limitación en la regla sobre la responsabilidad por culpa, una vez que, solamente cuando el litigio injusto se haya sostenido con dolo ó culpa grave, habrá la obligación del resarcimiento; pero el cuasidelito estará

(1) Gaio, IV, 178.

(2) Gaio, IV, 182.

(3) § 1, *I. de poena tem. lit.* (IV, 16).

(4) V. l. 78, D. *de Leg. et Fid.*, 11 (XXXI); l. 1, § 3, D. *ad S. C. Turp.* (XLVIII, 16).

(5) Domat, ob. cit., III, t. V., § 2, n. 14. Cita la ordenanza de 1539 de Francisco I, en la cual *calomnie* se toma en el sentido expuesto.

constituido únicamente en el caso de culpa grave, no bastando para esto ni la leve ni la levisima (1).

Se objetará que aquí la excepción no está escrita en la ley, y se enseña por ella un resultado contrario al principio puesto en la construcción antes hecha de la responsabilidad por hecho ilícito; esto es, que no sea admisible excepción alguna á la regla general cuando no se enuncie en térmi-

(1) Cfr. Cas. Turin, 17 Julio 1885 (*Foro it.*, X, 1, 873); en ella se afirma que, revocada la sentencia declaratoria de la quiebra, se considere al autor como responsable de los daños derivados de la culpa grave, á tenor de los arts. 1.151 y 1.152 del Cód. civ., y no por el art. 370 del Cód. penal, que estima no ser aplicable, debiéndose distinguir el resarcimiento de los daños á causa de la temeridad de la *litis*, cuya razón de ser está en el derecho común, como consecuencia del cuasidelito. Mas cabe preguntar si la temeridad sólo no constituye el cuasidelito en el caso de la culpa grave, y por ende si el actor que debe responder en el caso de culpa grave, no pueda decirse de él que obra temerariamente. El concepto desarrollado por el Tribunal en la sentencia que comentamos incluye después un error; porque si el demandante debe responder en razón á lo estatuido por los arts. 1.151 y 1.152 del Cód. civ., ¿cómo se justifica la responsabilidad exigida después? Estando á los principios, aparece como evidente que la reserva de la acción de daños, en el caso de desestimación del recurso (Cód. civ., art. 541), tendría lugar sólo en el caso de *litis* temeraria. Lo contrario afirma la casación de Florencia, 31 de Julio 1884 (*Filangieri*, 1885, 1, 188), observando que en el caso del art. 541, el resarcimiento es consecuencia necesaria, porque la ley no ha reputado necesario que se haga un examen preventivo de la culpa. Exageración es esto; porque el criterio general seguido por el legislador demuestra, no sólo la necesidad de la culpa en el caso de resarcimiento por daños de la *litis*, y porque en el caso de la revocación del recurso la ley tenía una razón para ser menos severa, cual es la de que, en virtud del precepto legal, el recurso no suspende de la revocación. V., además, Cas. fr. 16 Junio 1896 (*J. du P.*, 1897, 1, 317), según la cual, la responsabilidad por daños, si no supone siempre la mala fe, supone, desde luego, *ligereza* en la acción. Véase también la sent. del Trib. fed. suizo, 15 Diciembre 1900 (*J. du P.*, 1902, 3, 8), para el caso en el cual un atento examen del hecho hubiera mostrado la insuficiencia de la pretensión. V. Cas. Roma, 5 Noviembre 1901 (*Legge*, 1902, 1, 73).

nos manifiestos. Objeción infundada, como se verá por quien considere que si bien aquí la ley no habla de culpa grave, como en los otros casos indicados, sin embargo hace referencia implícitamente, restringiendo la obligación de daños é intereses en la sola hipótesis de litigio temerario: el significado de cuyo término, indica de qué grado de culpa se trata; de modo que la excepción aparece de manera que no deja duda (1). La versión antes acogida es referencia hecha casi mecánicamente al antiguo significado del *improbus litigator*, contribuyendo mucho el razonamiento ético jurídico: si á cualquiera es lícito el ejercer el derecho que tiene, y más todavía el que tiene de recurrir (según la opinión de justicia que tenga) al Juez para que lo declare, la medida de la ley es como prohibición de acto de emulación. Esto es, es un límite que la ley pone respecto al ejercicio del derecho, y se comprende entonces el buen sentido del modo de arreglar la diferencia entre dos posiciones jurídicas encontradas.

114. Expuestas así sobre la materia las ideas fundamentales, se puede penetrar con seguridad en el examen de las cuestiones que con ella estrechamente se conexionan. Se presentan, ante todo, tres cuestiones fundamentales en materia de secuestro; y una ha sido ya enunciada al determinar la necesidad de la culpa en el secuestrador, contra el cual ha sido pedida la declaración de responsabilidad (2).

La ley de procedimientos, ordenando el secuestro conservativo, dispone que si el acreedor no ejecuta las formalidades ordenadas por el juicio de confirmación (3), el secuestro no tiene efecto, salvo al deudor el derecho al resarcimiento del daño (4); y que si el secuestro ha sido revocado por falta de causa, se pueda condenar al secuestrador á una

(1) Cons. Cas. Turin, 5 Mayo 1885 (*Legge*, 1885, 2, 442).

(2) V. el § precedente.

(3) Cód. proc. civ., arts. 931 y 932.

(4) Cód. proc. civ., art. 933.

multa extensible á mil *liras*, además del resarcimiento de daños (1). Ahora bien; se pregunta: *a*) si anulado el secuestro por incumplimiento de formalidad, el acreedor deba ser declarado, según la disposición enunciada, responsable de los daños, y sea permitido al Juez entablar pesquisa alguna sobre su buena fe, esto es, sobre la existencia de la culpa; *b*) si otro tanto deberá decirse en el caso de anulamiento por defecto de otras formalidades esenciales, de las cuales la ley de procedimientos no se ha ocupado expresamente, y especialmente cuando el anulamiento ha sido motivado por incompetencia del magistrado que haya acordado la providencia; *c*) si igualmente deberá decidirse en la hipótesis de secuestro revocado por falta de causa.

En cuanto á la primera cuestión, se observa por algún escritor, que el Juez deberá absolutamente imponer, en virtud de la declaración de anulamiento, también la condena por daños, que es consecuencia imprescindible; de lo que se añade que se podría deducir una razón nueva del modo especial que se sigue al formular la ley la disposición, pues no deja latitud ninguna al Juez, mientras el sistema contrario parece haya sido observado para el caso de revocación (el secuestrador puede ser, etc.). En cuanto á la segunda, se observa que, si bien es verdad falta una disposición al caso, sin embargo, siendo igual la razón para decidir en ambos casos, se podría adoptar la solución propuesta para la primera, fundándose en la hipótesis del daño injustamente inferido, y, por lo mismo, de la responsabilidad impuesta por el derecho común como principio general. Y en cuanto á la tercera, finalmente, se afirma tener el Juez plena latitud para decidir si en la acción del secuestrador existe ó no la presencia de la culpa, y dictar, en consecuencia, la condena ó la absolución respecto á los daños é intereses (2).

(1) Cód. proc. civ., art. 935.

(2) Gianzana, *Del secuestro*, n. 266 y 267.

Otros autores opinan que no hay en los tres casos motivo alguno que aconseje el alejarse del precepto legal aplicado acerca de la responsabilidad por el daño inferido injustamente, porque en tal caso la obligación de responsabilidad deriva de la existencia de la culpa; así que el Juez deberá indagar en las tres hipótesis descritas, no sólo si existe el daño, sino también analizar la responsabilidad civil del secuestrador, esto es, examinar si ha obrado con buena ó mala fe.

Estas teorías, que se diferencian solamente en la resolución de las dos primeras cuestiones, parten todas del concepto de que en las disposiciones de la ley de procedimientos se observa simplemente la aplicación especial de la norma contenida en la ley civil, referente á la culpa aquiliana (1).

115. Ahora bien: no parece, por cuanto se puedan acoger en parte los resultados adonde llegan, que éstos se desarrollen sobre principios exactos. Se ha dicho que las disposiciones de la ley de procedimientos contienen la simple aplicación del principio impuesto por la ley civil sobre la responsabilidad por la injuria causada culpablemente, y es verdad; pero el ensalzar así la teoría sin precisar la influencia que para modificar la justa latitud de este principio ejercita la ley de procedimientos, debería conducir á conceptos bien diversos de los obtenidos.

Efectivamente, la segunda teoría para las tres cuestiones, y la primera solamente para la tercera, enseñan la irresponsabilidad del secuestrador cuando su mala fe esté ciertamente excluída; y dicha afirmación responde más al criterio sobre el cual se apoya el ordenamiento legal de la

(1) Mattiolo, ob. cit., V. n. 1.015 y siguientes; Cuzzi, ob. cit. sobre los arts. 933 y 935; Gargiulo, ob. cit. sobre los arts. 933 y 935. Cas. Turín, 30 Junio 1885 (*Giurispr. Tor.*, 1885, pág. 637 y sentencia citada en la nota); Cas. Roma, 15 Enero 1879 (*Legge*, XIX, 1, 265); Cas. Nápoles, 17 Julio 1884 (*Legge*, XXV, 1, 122). V. además, Cas. Turín, 2 Junio 1885 (*Giur.*, 1885, pág. 452).

culpa aquiliana. Porque diciendo que la ley de procedimientos se ha referido aquí sin restricciones á este principio general, cualquier restricción por la cual se la quiera limitar está desprovista de buen fundamento, y es necesario afirmar que cualquier grado de culpa, y no la sola mala fe, inducen la obligación al resarcimiento; la buena fe (en su sentido estricto, de conducta opuesta al dolo) no es motivo válido que pueda excluir la acción por el daño injusto inferido con culpa (1); así que la consecuencia á la cual se llega no está en relación con el criterio de donde se deduce.

Respecto á la primera cuestión, ambas teorías no distinguen claramente la culpa de la prueba de la culpa; no parece, por lo tanto, exacta la disposición que, imponiendo al Juez la condena por el mero hecho del anulamiento, ve en la ley de procedimientos así entendida una idea especial no contenida en la norma de derecho común sobre la responsabilidad; ni parece más exacta la otra opinión que, si justamente afirma la correlación de las dos disposiciones del Código de procedimientos y de la ley civil, no cree, sin embargo, esté obligado el Juez á condenar por los daños sin el concurso de la mala fé. Según cuya doctrina, la ley aplicaría, es verdad, el criterio puesto por el derecho común, pero en el caso especial del anulamiento pondría sin más *in re ipsa* la prueba de la culpa; si el acreedor no observa la norma establecida para iniciar el juicio de confirmación, determina el anulamiento por su mismo hecho, ó mejor por su omisión al observar una expresa disposición de la ley. Y se infiere no tener el artículo otro alcance fuera de éste, que está en perfecta armonía con el ordenamiento de la ley civil; y siendo además la aplicación, al Juez no le sería vedado el conocer hechos de los cuales pueda resultar la no

(1) V. el cap. XVIII, sobre las causas eliminadoras de la culpa, ó limitativas de sus efectos. Cons. Cas. Turín, 24 Enero 1884 (*Foro it.*, IX, 1, 226).

culpa del secuestrador y la falta de imputabilidad por el hecho que ha producido el daño (1).

Ahora bien: con esto no se entiende aplicada la restricción impuesta por la responsabilidad al caso de la mala fe. Y no sirve el objetar que se ha querido argumentar sobre la regla especial concerniente al litigante temerario: no debería entonces limitarse la responsabilidad á la mala fe, sino extenderla en cambio también á la culpa grave; y además el referirse sola y caprichosamente á la ley civil sobre la responsabilidad, indica que en la hipótesis especial antes discutida de la temeridad y de la ley de procedimientos á que se conexas, no se tuvo en cuenta (2).

116. La teoría que ahora será propuesta sobre las tres cuestiones enunciadas, se conexas con los criterios sobre los cuales se apoya la construcción hecha de la responsabilidad.

En primer lugar; que las disposiciones sobre el secuestro anulado ó revocado se conexas con la ley general referente á la responsabilidad civil, no parece dudoso por lo ya dicho respecto al contenido amplio y general de la responsabilidad por culpa no contractual; pero hace falta añadir que ella, por necesidad, debe atenderse á una limitación, que es aquella que refleja la posición particularmente creada al litigante temerario (3). En efecto: el criterio de la temeridad en haber entablado ó sostenido un juicio debe imperar en toda cuestión de responsabilidad por daño causado ó recibido en litigio: de ahí, que también en materia de secuestro, se deberá responder del daño solamente cuando el secuestrador haya obrado con mala fe ó culpa grave; y

(1) Concepto al cual alude Mattiolo, ob. cit., v. n. 1.017 en f.

(2) V. Mattiolo, l. cit. en f. Adviértase que el autor se ocupa en el número citado de la tercera cuestión. Cfr. sobre la coordinación del art. 370 del Cód. p., y los arts. 933 y 935 (abusos en materia de secuestro). Cas. Florencia, 31 Julio 1884, cit.

(3) V. el art. 370 del Cód. de p. c. V. los n. 80 y siguientes de este capítulo.

no se crea que no puede aplicarse á tal cuestión la norma donde se consideran los gastos y los daños que se derivan del litigio, porque el secuestro conservativo es providencia que está consentida por el Juez, y está esencialmente conexas con el litigio, al que da lugar con el juicio de confirmación ó revocación. Es además demasiado clara la interpretación de la ley sobre este tema especial de responsabilidad para que se conceda el negar á la disposición sobre los daños del litigio, la eficacia general que se le concede.

Por esto parece aceptable la resolución de la teoría que sobre la primera y la tercera de las cuestiones enunciadas declara la responsabilidad por los daños sólo en el caso en que exista la mala fe, siempre que se añada también la figura de la culpa grave; y esto, como clara deducción del criterio que gobierna la responsabilidad del litigante temerario, mejor que de la disposición general de derecho común que por él está limitado. Pero con arreglo á la segunda cuestión, la condena por los daños sería contraria á los principios. El secuestro es providencia concedida por el magistrado, y si él lo da, aunque para ello sea incompetente, no se puede decir que como hecho dañoso tenga solamente causa en la mala fe ó en la culpa grave del secuestrador; porque el magistrado lo concedió, ¿será acaso incompetente para hacerlo?

La responsabilidad no debería, pues, alcanzar sólo á la parte demandante, sino también al magistrado; ¿le parecerá al magistrado correcto pensar que las reglas de competencia deben ser menos conocidas por él que por quien solicite la providencia del secuestro? De la ignorancia de la ley de competencia, ¿no deberá responder quien se presume deba bien conocer la ley, instituido como está para aplicarla, ó deberá en cambio responder el particular? (1).

(1) Esto hace más necesario que sea declarada la responsabilidad del magistrado por cualquier clase de culpa, v. el cap. XVIII citado.



En este caso, el anulamiento depende más del hecho del magistrado que de la parte demandante, y él responde solamente cuando haya obrado con mala fe. Por esto la ley, ordenando esta materia especial, nada dispuso para la hipótesis de secuestro anulado por razón de incompetencia del magistrado, mientras tuvo cuidado de retener expresamente, y no había necesidad de hacerlo, la acción de daño por los casos de anulamiento y de revocación dependientes de hecho u omisión exclusivamente imputables al secuestrador.

117. Otra cuestión, que parece referirse también al ordenamiento de la ley acerca de la temeridad del litigio, como razón restrictiva de la latitud del principio común en materia de responsabilidad, es aquella que se ha hecho sobre la obligación al resarcimiento del que, pendiente el recurso de casación, haya hecho ejecutar una sentencia anulada después. Y aquí se suele responder afirmativamente (1). El demandante, se dice, obra, es verdad, en virtud de un título; pero debe reflexionar que sobre la validez de éste está pendiente todavía un juicio, y si á sabiendas de la posibilidad de un anulamiento, sin embargo él da curso á la ejecución, asume en sí mismo toda responsabilidad para el caso en que dicha posibilidad se realice. En contra está la disposición de la ley, en que se dice no tener el recurso en casación efecto suspensivo, porque esto sucede con relación al sustituto mismo, que es un remedio extraordinario.

Estos argumentos no bastan para demostrar la exactitud de la teoría sostenida; aunque la ley, donde se habla del ningún efecto suspensivo del recurso, tenga relación con lo extraordinario de este medio, queda siempre indiscutible la existencia del derecho concedido por la ley al que ha ganado la causa en el segundo juicio. Y si en esto ha creído

(1) Cas. Turin, 21 Mayo 1883 (*Foro it.*, Rep., 1883, n. 47 y 48); y 25 Junio 1885 (*Foro it.*, X, 1, 788).

satisfacer el criterio de justicia y de alta prudencia en que sus disposiciones se inspiran, no pertenece ciertamente al intérprete el demostrar mayor sabiduría.

Acogiendo la doctrina expuesta, se llegaría á la conclusión de que la ley permitiría la ejecución, y la jurisprudencia, con la amenaza de la responsabilidad en caso de anulamiento, haría inútil la norma; ahora bien: si el acreedor, movido por la necesidad de garantizarse contra la mala fe del deudor ó empujado por la situación económica en que se encuentre, quisiera urgentemente asegurar su crédito por medio de la ejecución, no lo podría hacer por el peligro del posible anulamiento de su título.

Esta hipótesis está estudiada aquí, porque si, desligando las dudas sobre el anulamiento y la revocación del secuestro (1), la jurisprudencia elimina la responsabilidad cuando le conste la buena fe (entendida en sentido muy amplio) (2) del secuestrador y de su cuidado para asegurar el crédito, excluyendo toda idea de acción que parta de mezquino capricho, en cambio, en la opinión discutida se hace referencia de ordinario á la norma general sobre el cuasidelito, y de la condición subjetiva del acreedor apenas si se dice que es consciente de la posibilidad de un anulamiento. Así que debería bastar aquí dicha consciencia, que no puede nunca faltar por la incertidumbre del éxito del recurso: dos posiciones de hecho casi idénticas, serían así diversamente apreciadas.

Ahora bien: se podría decir que aquí se deberá al menos poner el criterio relativo á la temeridad del litigio, y el demandante debe así responder cuando se encuentre en mala fe ó en culpa grave. Razonamiento que tiene mucho de absurdo; el demandante tiene en su favor una facultad circundada del prestigio de la presunción de verdad, que des-

(1) Cas. Turin, 30 Junio 1885, cit. en el n. 2 y pág. 290.

(2) V. p. 276.

aparece sólo en caso de anulamiento (1), y es la ley, que sin establecer necesidad alguna de garantía, le da derecho á ejercitarla. Y donde hay derecho no hay injuria: si el concederlo puede ser causa de consecuencias irreparables, el no consentirlo puede conducir á iguales inconvenientes. Por otra parte, ocurre también aquí una observación ya hecha al discutir sobre el anulamiento del secuestro por incompetencia del magistrado que la concedió (2); el error es del magistrado que ha pronunciado la sentencia, y si el que la ha obtenido la ejecuta como norma de ley, ¿en qué manera se le considerará responsable por imprudencia?

118. Parece que convenga mejor á la ley, el decidir que en la idea antes descrita no haya lugar á responsabilidad; y no es el caso de pensar en abuso de derecho, porque la ley, concediendo la ejecución, quita la posibilidad. Ni se olvide que la misma ley, cuando estimó oportuno el impedir la ejecución, pendiente el recurso, dispuso expresamente: así lo estableció para el caso de supresión, cancelación, reforma ó renovación de documentos declarados falsos, á cuyas providencias no se puede proceder sino después de transcurrido el término de la apelación, ó de recurso en casación ó de la demanda de revocación (3); así se procede para el arresto personal, el cual se lleva á cabo sólo en virtud de sentencia firme, de modo que el recurso en casación basta para suspender la ejecución cuando no haya sido provisionalmente concedida (4). Del mismo modo se ordena implícitamente el efecto suspensivo del recurso en el caso de oposición al matrimonio, donde se dispone que cuando sea promovida por causa admitida por la ley, queda en suspenso la celebración del matrimonio hasta que pase á ser firme la

(1) Poncet, ob. cit., 554.

(2) V. 113.

(3) Cód. p. c., art. 309.

(4) Cód. p. c., art. 750: v. l. 6 Diciembre 1877 (n. 4.166) sobre arr. per. Cons. sobre esto Mattiolo, ob. cit., VI, pág. 563 y siguientes.

sentencia (1), y así igualmente ocurre en materia de cancelación de hipoteca que fuese ordenada judicialmente y que no se puede ejecutar si no está ordenada por sentencia firme (2).

Esto dicese en virtud de ley el recurso en casación no tiene efecto suspensivo; y si cuando la ley quiso lo contrario lo ordenó claramente, parecería deberse deducir que no hay responsabilidad por la ejecución de una sentencia dictada pendiente el recurso que después ha sido acogido.

119. Y más exacta respecto á la culpa, parece la decisión comúnmente dada en cuanto á la ejecución provisional de la sentencia dictada por el Juez en primer grado; la legitimidad de la ejecución, se observa, está subordinada á la condición de que no sea separada, y si no obstante tal posibilidad, cuya consciencia debe existir en la parte demandante, la ejecución se lleva á cabo, el que haya proveído responderá, no sólo de la mala fe, sino también de la imprudencia (3). La declaración antes hecha demostraría lo contrario, esto es, que no es posible aquí ni siquiera la aplicación del principio puesto en materia de daños derivados del litigio. Si la ley da facultad al magistrado para consentir la ejecución provisoria, ¿por qué con la amenaza de la responsabili-

(1) Cód. civ., art. 90; Cód. fr., art. 68. Generalmente, en partiendo del principio del efecto no suspensivo del recurso, se decide lo contrario; cons. Merlin, ob. cit., v. *Opposition au mariage*, n. 4; Demolombe, ob. cit., III, 169; Marcadé, ob. cit., sobre el art. 178, I; Aubry y Rau, ob. cit., § 457; Laurent, ob. cit., II, 404; Baudry-Lacantinerie, ob. cit., I, 474; Pacifici-Mazzoni, ob. cit., I, 141; el concepto erróneo sobre la locución *cosa juzgada* obliga á algunos, entre los tratadistas citados, á enseñar con escasa congruencia, á nuestro juicio, que, estimado el recurso, el matrimonio celebrado durante su duración no se pueda anular. V. después Ricci, ob. cit., I, 103, y sentencia que cita.

(2) Cód. civ., art. 2.036.

(3) Ricci, ob. cit., II, 385; Cas. Turín, 29 Marzo 1882 (*Cassazione Tor.*, 1882, I, 252); 15 Noviembre 1882 (*Cass. Tor.*, 1882, II, 580); Ap. Catanzaro, 29 Noviembre 1880 (*Foro calabrese*, II, 24).

dad, aun por la simple imprudencia, se deberá considerar frustráneo el derecho que el legislador ha concedido? No es la parte, se podría hacer notar también aquí, quien causa directamente el daño, sino más bien el fallo del magistrado.

No sólo esto, sino que la forma y procedimientos con el cual está regido el instituto de la ejecución provisoria, demuestra también la inexistencia absoluta de responsabilidad de la parte que procede. Mientras, en efecto, en una ley de procedimiento anterior á la actual (1) no se daba al Juez la facultad de ordenarla, y le era permitido sólo en determinados casos el concederla, la actual, la ley moderna, consciente de los peligros inherentes al proveimiento, no lo impone ya al magistrado, que queda en plena libertad de decidir si en ciertas contingencias expresamente designadas sea el caso ó no de concederlo (2). Así que son bastante apreciables y seguras las garantías de que la ley rodea el instituto; y si el magistrado, valiéndose de la facultad adquirida, con ocasión de alguna de las hipótesis en que pueda justamente ejercitarla, concede la ejecución provisional, á ésta se da lugar legítimamente. ¿Qué responsabilidad puede corresponder á la parte? ¿Tiene acaso el intérprete ó el magistrado derecho de añadir cautelas á las ya sabiamente introducidas por el legislador? El mismo cuidado que ha tenido éste al reglamentarlo, ¿no declara, pues, la oportunidad de la solución defendida? (3).

Otra cosa es el examinar si en el caso de ejecución provisional pedida y concedida fuera de las hipótesis expresamente notadas por la ley, si la responsabilidad de la parte que á ella procediese quedaría comprometida; pero de esto se hablará en su lugar (4).

(1) Cód. p. civ. sardo, art. 221.

(2) Cód. p. civ., art. 363.

(3) Confr. Ap. Catanzaro, 31 Diciembre 1880 (*Foro calabrese*, 11, 26).

(4) V. el cap. XVIII citado.

120. La regla dictada para los daños derivados del litigio no sufre excepción ni aun en el caso de arresto personal declarado nulo y sea la nulidad imputable al acreedor (1).

Es verdad que la locución de la ley podría decirse contraria á ésta, y no parece se haya dejado al Juez facultad alguna de estimación; pero como ya se ha advertido, no hay motivo para restringir el contenido de la teoría cuando concurren siempre los mismos extremos que justifican la aplicación normal. Ciertamente debe considerarse que se ha inferido grave ofensa á la libertad del individuo; pero no debe olvidarse que el arresto personal es medio coercitivo del cumplimiento de la obligación, y por lo mismo, como en todas las otras controversias iniciadas y sostenidas ante la autoridad judicial, es necesario que al ejercitarlo haya concurrido la mala fe ó la culpa grave del demandante.

Por otra parte, la letra de la ley claramente se entiende, si también aquí quiere distinguirse la culpa de la prueba que debe haberse hecho; y separando la responsabilidad del ujier de la del acreedor, se descubre en qué casos esta última puede existir. Si el acreedor hace ejecutar el arresto mientras está suspendida la sentencia que lo concede ó sin notificar el precepto al pago, comete error derivado de culpa grave, no debiendo ignorar las disposiciones que tan claramente determinan su derecho. Por esto la ley ve en el hecho de la nulidad una culpa ya aprobada: de todos modos, como precisamente por esto contiene la confirmación de la regla general sobre la responsabilidad, no está vedado al Juez el conocer efectivamente la existencia de culpa en el grado constitutivo de la temeridad de la demanda (2).

121. Una excepción á la limitación ordenada respecto á los daños del litigio, se podría aparentemente deducir de todo lo dispuesto acerca de la oposición al matrimonio, que fuese

(1) Cód. p. civ., art. 768.

(2) V. Ap. Roma, 28 Diciembre 1884 (*Filangieri*, 1885, I, 225).

desechada por el Juez; excepción hecha del ascendiente y el ministerio fiscal, el demandado podrá ser condenado al resarcimiento de daños.

Se ha dicho *aparentemente*, y con razón. La ley francesa tiene aquí una adición igual á la que existe en la italiana, y en los trabajos que la prepararon se dijo respecto á tal resarcimiento que no importa que haya habido solamente error ó imprudencia en la persona que creyó de su deber el oponerse; no puede haber vacilación entre un individuo que se engaña y otro que sufre (1). Decisión perfectamente correcta respecto al derecho francés, y adaptable al patrio si la ley de procedimientos no ordenase en materia de litigio la responsabilidad de daños sólo para el litigante temerario. Cuyo ordenamiento falta en la ley de procedimientos francesa (2), y parecería por esto justo el decir que aun en la opinión antes indicada, se deba aplicar la limitación establecida en la ley de procedimientos al principio general enunciado en el Código civil.

121 bis. De otras excepciones de más importancia, dos llaman la atención: pero una, más que á la culpa aquiliana, propiamente dicha, se refiere á la relación que nace de la acción de reivindicación del Estado contra los funcionarios de la justicia penal que por causa de culpa grave le hayan ocasionado algún daño con la anulación del procedimiento. Y sobre ella, como lugar más apropiado, se hablará cuando se estudie la responsabilidad del Estado por los errores de sus funcionarios (3).

121 ter. La otra se conexas con las providencias especiales que, informándose en el concepto de la garantía, rigen los accidentes ocurridos en el trabajo ó por causa de éste. Se ha observado que con el fin de contemporizar esta

(1) V. Portalis, *Exp. de motifs*, en Loaré, ob. cit., IV, n. 36; Merlin, ob. cit., v. *opposition au mariage*, n. 4; Laurent, ob. cit., II, 407; Aubry y Rau, ob. cit., § 457.

(2) La cuestión aparece tratada ampliamente en el n. precedente.

(3) V. lo que sigue.

obligación, que expresa la idea del riesgo profesional, con el derecho común, para impedir que su estricta observancia fuese causa de daño excesivo á los mismos operarios protegidos y al patrono obligado á garantizarlos, contra este último el sentido común recobra alguna vez su imperio (1); y la conducta del obrero, en relación al hecho determinante del daño, es tenida en consideración, no con el objeto de quitarle la acción, como más jurídicamente establecen (2) otras legislaciones, sino para tenerlo obligado á la restitución. Ahora bien; esta norma no se refiere á cualquier culpa, porque de este modo el concepto del riesgo quedaría desnaturalizado, y la contemporización pensada por la ley no estaría en armonía sino con la culpa grave. Y por la íntima relación de estas normas con el ordenamiento sobre los accidentes, será mejor examinada más adelante (3).

§ 3 B).

De otras causas no verdaderas de excepción.

SUMARIO: 122. Excepción relativa á la responsabilidad de los funcionarios públicos y de los que ejercen una profesión liberal. — 123-125. Si los Notarios deben responder solamente por la culpa grave.—126. Del poder del Juez en la liquidación del daño, como dependiente del grado de culpa — 126 bis. El ordenamiento especial sobre la ruptura de esponsales.

122. Otra fuente de excepción á la regla general que está fijada en la ley, se constituye ordinariamente en mate-

(1) Ya hemos observado que las leyes especiales sobre accidentes del trabajo dejan íntegra la cuestión de responsabilidad para los casos en los que pueda exigirse á tenor de aquellos estatutos legales que la establecen en el orden penal, y en el cual no entran aquéllas. Véase Cas. fr., 12 Julio 1900 (*J. du P.*, 1900, 1, 400), y 29 Octubre 1901 (*id.*, 1902, 1, 212).

(2) Ley fr. 2 Abril 1898, art. 20. De la cuestión se tratará en su debido lugar.

(3) V. el § precedente y la referencia hecha en la nota.

ria de responsabilidad de los funcionarios públicos ó de cualquiera que ejerza una profesión liberal. No es este el lugar de desarrollar todavía cuestiones ya ampliamente estudiadas, al menos respecto á los principios (1); se puede sólo añadir que, si en las hipótesis examinadas antes, la excepción podía en cierto modo tener justificación en la letra de la ley, que limita en el dolo la responsabilidad del Juez y en la extensión mal llevada sobre el tema de culpa aquiliana por la antigua máxima *c. lata dolo aequiparatur*, aquí, en cambio, nada hay que pueda compensar la inexactitud, al querer fijar en la necesaria indagación de los términos de la injuria, la medida de la culpa restringida á la grave. Y no se deje de advertir las contradicciones en que se incurre por la no recta observancia de la ley: hay quien opina, como ya se ha recordado respecto á la responsabilidad del Juez, no deberse ella extender á la culpa grave, porque grandes y casi insuperables son las dificultades que vedan el distinguir claramente la culpa grave de la leve (2); pero si tal es el inconveniente que la distinción presenta, ¿por qué no concluir claramente en la irresponsabilidad? No puede, ó más bien, por medio de dicha consideración, ¿no deberá suceder, en efecto, que de una culpa grave sea el funcionario liberado, por ser considerada leve? Y esto cuando la cuestión se examine á su favor, porque podría suceder el caso contrario, esto es, dar á la culpa ligera cualidad de grave.

Cuya última hipótesis puede fácilmente ocurrir, porque la doctrina aquí no acogida no declara por qué límites fijos se separa la culpa grave de la ligera. Ciertamente, no es imposible distinguir la una de la otra; pero el no diferenciarlas con criterio cierto, muy necesario siempre, y especialmente en la materia delicadísima de la responsabilidad, es causa de juicios que parecen fundados en concep-

(1) V. el § precedente.

(2) Giorgi, ob. y l. cit. más arriba.

tos completamente contradictorios (1). De ahí que mayor fundamento lleva en sí el principio propuesto de no deberse buscar la existencia solamente de la culpa grave donde se pide ésta, de cualquier grado que sea; y la ley misma ha hecho á este propósito aplicación conveniente de la norma general por ella dictada á hipótesis en las cuales se querría introducir una limitación que no se puede justificar en manera alguna. Al disponer la nulidad del acto (2), del cual ha sido causa el ujier, el Escribano ó Procurador, impone á cargo suyo, además de la nulidad, la obligación al resarcimiento de los daños é intereses; consecuencia no nueva, porque está contenida en el principio general de la responsabilidad, pero muy clara para demostrar de qué manera ciertas teorías responden bien poco al ordenamiento legislativo. En el cual, sin distinción de culpa, está repetido aquí lo que es un efecto, esto es, la obligación de resarcir el daño, y no hay puesta limitación alguna que valga á disculpar ciertos errores (culpa ligerísima y ligera).

123. Entre las cuestiones que la doctrina y la jurisprudencia deciden casi de acuerdo según la teoría antes combatida, es de notar la que surge acerca de la responsabilidad del Notario, materia ya discutida y expuesta en sus líneas generales al indagar el grado de culpa (3). Y es conveniente volver sobre la cuestión, porque, queriéndose por costumbre restringir dicha responsabilidad á la culpa grave, es necesario se demuestre mejor que esta excepción á la regla de la culpa aquiliana no tiene razón de ser sobre el principio en que se informa la resolución acogida de las relaciones que por ella son demostradas entre la regla y sus excepciones; no es necesario hablar más; convendrá,

(1) Véase, por ejemplo, en cuanto á las funciones del Notario, Cas. fr., 22 Diciembre 1840 (*J. du P.*, 1843, 2, 652), y Cas. fr., 17 Agosto 1869 (*J. du P.*, 1869, 1047), y de ello nos ocuparemos más adelante.

(2) Cód. p. civ., art. 59 citado.

(3) V. el cap. III.

en cambio, examinar el concepto que la doctrina y la jurisprudencia apuntan en apoyo de sus decisiones y apreciar su corrección jurídica.

Que el Notario sea el redactor de la voluntad á él declarada, y por lo tanto extraño á todo lo que no se refiere á las formalidades intrínsecas del acto, es opinión por muchos sostenida (1); pero, como ya se ha advertido, la posición así creada al Notario no conviene á la importancia de su cargo, ni la jurisprudencia pudo continuar declarándola de tal manera. En efecto: ya no se decide como antes (2); esto es, que si el Notario tiene la obligación de informar á las partes sobre las normas del derecho concernientes á la sustancia del acto, este deber es más bien moral que jurídico, por lo cual la omisión no daría lugar á responsabilidad; tampoco viene restringida tal obligación al cliente que por su ignorancia se confía enteramente á la dirección del Notario; pero se afirma que si el contenido del acto es cosa que atañe únicamente al cuidado de las partes, sin embargo, cuando se trate de grave error, en el cual ellas incurran, el Notario debe advertirlas: de ahí que su omisión en esta parte constituiría culpa grave inexcusable. Teoría no nueva en la doctrina (3).

El Notario debería, pues, responder de la nulidad de los actos por él redactados, si dependen de vicio intrínseco, cuando el no haber evitado dicha nulidad sea culpa grave á cargo suyo. La teoría no es correcta; pero es también preferible á la que enseña la responsabilidad absoluta, exagerada hasta el punto de haberse podido decir, en hipótesis particularmente decidida, no ser el Notario culpable si el tes-

(1) Cons. Cas. Turin, 10 Abril 1885 (*Foro it.*, X, 1, 732), iniciado con las palabras «era cotesta», etc.

(2) Cas. fr., 22 Diciembre 1840 citada.

(3) V. los autores y las sentencias citados en el cap. III. Añádase Cas. fr., 1.º Febrero 1883 (*J. du P.*, 1885, 1, 391) y las conclusiones de Rivière en esta última causa; 6 Junio 1901 (*id.*, 1902, 1, 239), y Muteau, ob. y l. cit.

tamento es declarado nulo por no haber indicado la causa que impidió al testador el firmarlo (1). El Notario, se dice (2), mencionará dicha declaración si está hecha por el testador; pero si éste no la hace, él no está obligado á solicitarla. Como se ve, es bien diverso el concepto que el legislador se ha formado de la responsabilidad del Notario.

La poca corrección de la teoría antes descrita consiste en la limitación de la responsabilidad á la sola culpa grave. En efecto: ó se afirma la irresponsabilidad, teoría evidentemente errónea, ó la responsabilidad; pero afirmada ésta, el intérprete no puede por una mal entendida razón de excusa alejarse de la ley, que debe tener su entera aplicación. La responsabilidad del Notario, en su cualidad de funcionario público, está por regla general determinada por la culpa aquiliana y no podría ser de otra manera (3); y puesto así el principio, no se puede, no, extenderlo á cualquier culpa.

124. Y si esta es la resolución que en las cuestiones concernientes á la forma intrínseca y á la sustancia del acto parece más respetuosa de la ley, aun más claramente se podrá referir á aquellas, concernientes á las omisiones de las formalidades extrínsecas.

No hay en esto ningún motivo de duda acerca de la competencia absoluta y exclusiva del Notario; aun admitiendo la doctrina que restringe la función, hasta hacerlo el simple redactor de la voluntad de las partes, su responsabilidad por defecto incurrido en la exacta observación de las formas no puede ser discutida. Y como principio no lo es en efecto: lo es en la extensión que se le quiere dar. Porque cuando aquí se encuentre la figura de la culpa aquiliana, se deberían deducir consecuencias conformes con ella. En cambio, pueda reducida la responsabilidad á la culpa grave (4), y

(1) Cód. civ., art. 779; Cód. civ. fr., art. 973.

(2) Vitali, ob. y l. cit.

(3) Los autores citados y Rivière, ob. y l. citados.

(4) Cfr. art. cit. al c. cit. y § sig. Además, Proudhon, ob. cit.,

no se dice que esa exista en pleno derecho; pero se la abandona á la recta apreciación de los Tribunales, Jueces soberanos, ya sea de la apreciación de los hechos que constituirían culpa imputable al Notario en la redacción del acto, ya sea del grado del daño causado y del resarcimiento; de modo que se pueda deducir que este último es inferior al primero (1). Ahora bien: que de los hechos presumibles culpables sea juez el Magistrado es verdad, aunque por regla general la única cuestión en que se apoya la responsabilidad sea en la existencia ó no de la nulidad por la forma extrínseca del acto; si la fórmula enunciada se extendiera más allá, el modo de poder establecer indebidamente la irresponsabilidad del Notario recurrente sería errónea. Y tampoco es buena la teoría en su primera parte, porque la responsabilidad del Notario es de derecho cuando, entiéndase bien, cuando esté clara la culpa que se le imputa.

Ni en consideración á la ley es sostenible la medida de la culpa que aquí se propone; si el acto está declarado nulo por vicio dependiente de negligencia mínima del Notario, su responsabilidad está comprometida. La distinción entre ignorancia de las formas y la culpa ligera ó ligerísima no es buena; se debe solamente esclarecer si existe la nulidad y si ésta depende de culpa imputable al Notario. Asegurados estos elementos, no se puede indagar más la

III, 1518 y 1519. V. además Rutgeerts y Amiaud, *Comm. de la loi 25 vent. a. XI*, n. 1.311.

(1) Cons. Cas. fr., 27 Noviembre 1837 (*J. du P.*, 1837, II, 489); 5 Febrero 1872 (*J. du P.*, 1872, 1.016); 19 Junio 1872 (*J. du P.*, 1872, 697); 17 Julio 1872 (*J. du P.*, 1872, 1.017); 12 Febrero 1883 (*J. du P.*, 1883, I, 397); 19 Mayo 1885 (*J. du P.*, 1885, I, 734); 6 Junio 1901 (*id.*, 1902, I, 239); A. Dijon, 12 Agosto 1847 (*J. du P.*, 1848, II, 25); A. Nimes, 29 Abril 1863 (*J. du P.*, 1864, 1.205); A. Chambéry, 8 Febrero 1875 (*J. du P.*, 1875, 586); Trib. Sena, 26 Julio 1881 (*Not. it.*, 1881, 321); Trib. Cagliari, 31 Octubre 1881 (*Not. it.*, 1882, 265). Cfr. Ap. Génova, 31 Diciembre 1880 (*Eco gen.*, 1881, I, 209); A. Turin, 24 Febrero 1882 (*Giur. Tor.*, 1882, 389); A. Roma, 16 Mayo 1882 (*Temi rom.*, 1882, 277). V. la sent. y cap. citados.

gravedad de la culpa, ni el Magistrado puede tomar de la equidad el derecho para alejarse de la ley (1). Como también se aleja cuando, aun sin decidir sobre la entidad de la culpa, limita el importe de los daños é intereses en modo que el resarcimiento no corresponde al daño efectivo; se cambia de este modo lo que es liquidación de la indemnización con la estimación del grado de culpa, que pesa enteramente sobre el Notario, autor de la nulidad ocurrida (2).

125. Se ha dicho (3) en defensa de la teoría antes combatida, que aun siendo aquiliana la culpa del Notario, no es contrario á la ley el graduar la responsabilidad, limitándola solamente á la culpa grave. Y en tal sentido, se ha observado que la ley quiere manifiestamente acoger la distinción de la culpa en grave, leve y levisima, habiendo dispuesto (4) que la diligencia reclamada en el cumplimiento de la obligación sea siempre aquella del buen padre de familia, excepción hecha del depósito; y que dicha regla debe aplicarse con mayor ó menor rigor, según los casos en que expresamente se haya acordado así.

No es este el lugar de volver sobre conceptos ya estudiados y que demuestran cuál es el contenido de la disposición recordada (5). Sólo conviene advertir que, si exactamente la razón legal de la responsabilidad del Notario se refiere á la norma sobre los delitos y cuasidelitos, malamente se la puede hacer concordar con la otra relativa á la medida de la responsabilidad, según el ordenamiento, sobre la culpa contractual; es inútil ya el insistir acerca de la necesidad

(1) Nótese que el art. 61 de la l. 11 vent. a. XI, en la cual están basadas muchas de las sentencias citadas de la Cas. fr., no pone ninguna limitación; enuncia la obligación del Notario de responder del daño si á ello hubiere lugar; repite la máxima el art. 1.382 del Cód. civ. (art. 1.151 Cód. civ. it.)

(2) V. sobre este punto el cap. XIV.

(3) Vitali, ob. y l. cit.

(4) Cód. civ., art. 1.224.

(5) V. el vol. I del trabajo *Colpa contrattuale*, cap. I-V.

de distinguir la culpa aquiliana de la contractual, si no por la sustancia, por la entidad jurídica que es común á ambas, por los otros caracteres propios á cada una de ellas (1). Se objetará que la distinción de los grados (grave, leve y levisima), refiriéndose al concepto general de la culpa, puede por esto referirse también á la aquiliana; tanto es así, que la ley limita esta última en algún caso á la culpa grave solamente; pero además de no ser éste el argumento sobre el cual se basa la teoría, basta el enunciarlo para ver lo inaplicable que es á la hipótesis discutida. Por la cual la ley no expresa limitación alguna á la regla, siendo ella sola quien tenía el poder de hacerlo (2).

126. La partición lógica de la materia quiere que se haga referencia, por último, á una pretendida excepción, sobre la cual ya se ha hablado.

Se ha dicho que aun admitiendo que la ley establece el principio de la responsabilidad para cualquier grado de culpa por injuria inferida á un tercero, lo contradice sintiendo en el Juez la facultad de limitar el importe de la indemnización, con arreglo á la gravedad de la culpa. Ciertamente, algunas leyes dan expresamente al Magistrado dicha atribución, añadiendo al elemento de la gravedad de la culpa también el otro de la naturaleza y de la importancia del resarcimiento (3), y es, por consecuencia, el Juez el que estima el grado de la culpa determinante de la responsabilidad.

La ley italiana, lo mismo que la francesa, son absoluta-

(1) V. el cap. I y II del vol. I, y I del presente. *Adde*, Labbé, *Recueil gén. des lois et d. arrêts*, 1885, n. 11, parte IV, p. 26, col. I, en el pr.

(2) V. el cap. XVIII cit.

(3) Cód. fed. suizo de las *Obbligazioni*, art. 51. V. Jacottet, *Manuel de dr. féd. des obligations* cit., pág. 42 y sig.; Schneider y Fick, *Comment. de dr. féd. des oblig.* sobre el art. 51 (traducción Sticklin). Hafner, *Code annoté* cit., art. 51. Cfr. además Cód. civ. austriaco, § 1.323 y siguientes; Sourdat, *ob. cit.*, I, 680.

mente contrarias á este criterio. Supuesta la injuria en su integridad, existe la responsabilidad, que es igual en los resultados, lo mismo si el daño ha sido causado con culpa grave que con culpa levisima, existiendo en el ofendido igual derecho al resarcimiento. La facultad concedida al Juez para apreciar la culpa en sus efectos contrastaría directamente con el principio puesto por la ley, porque se podría por dicha facultad llegar indebidamente hasta la consecuencia de la irresponsabilidad por un grado mínimo de culpa. No se quiere aquí discutir la mayor ó menor equidad de la ley, sino el criterio en que está informada; y que no debe soportar violaciones con el pretexto de la equidad, que sólo por el legislador puede ser justa y convenientemente tomada en consideración. Cuando la ley quiere dar esta latitud de poder, lo indica expresamente.

Por eso es que ninguna excepción á la regla está consentida por la ley al arbitrio del Juez que liquide la indemnización contra el responsable de la injuria.

126 bis. A las excepciones no verdaderas se refiere por muchos motivos la ley, que sobre materia de rompimiento de los esponsales parece que limita la responsabilidad, á fin de impedir que alguna coacción determine el matrimonio, en el cual, por consideraciones eminentemente sociales, debe asegurarse á las partes la mayor libertad posible. Y no es verdadera, ya sea porque la cuestión se liga con la materia contractual, ya sea porque la responsabilidad no está propiamente limitada, sino más bien la consecuencia, esto es, la cantidad del daño resarcible (1).

Pero respecto á la primera de estas dos razones, mal se juzgaría é incorrectamente se apreciaría la ley cuando se creyera que aquella responsabilidad quita absolutamente la posibilidad de que para los hechos relativos á la ruptura de los esponsales, la culpa aquiliana nunca pueda determinarse. Fuera de dicha ruptura considerada por sí misma,

(1) V. Chironi, *Colpa contratt.* cit., pág. 103.



pueden existir hechos que, aun habiéndola determinado ó aun á ella refiriéndose en algún modo, son materia independiente de injuria; de una manera particular la conducta del hombre, que por el modo de conducirse antes de la ruptura por él injustamente provocada (familiaridades á él concedidas; escritos ó embustes dichos por él), ofendiese la reputación de la mujer ó la perjudicase en la posibilidad de otro matrimonio, es por sí misma causa de culpa aquiliana. Aquí la ruptura no es por sí misma razón de ofensa; pero los hechos que determinan la injuria son otros independientes jurídicamente (1).

Se ha hablado del hombre que, aun habiendo ofendido, rompiese después los esponsales. Si los rompiese la mujer, sería necesario examinar ante todo si el hecho de la ruptura no significa renuncia á cualquier otra reparación, en cuanto que esto pueda válidamente depender de su voluntad; y cuando esto así fuese, la resolución afirmativa aparece correctísima. La producida por la mujer significaría (no habiendo hecho ninguna reserva) suficiente alivio á la injuria; y ya se sabe que aun en materia de culpa aquiliana á las consecuencias de la injuria puede renunciarse.

§ 3 C).

Excepción (continuación).

SUMARIO: 127. Excepciones concernientes á la imputabilidad. Remisión.

127. Puede darse finalmente otra excepción no concerniente al grado de diligencia, y que depende de las con-

(1) Cons. Vidal, *Et. s. l. moyens organ. par la loi et la jurispr. pour protéger l. fianc. contre leurs fraud. réciproq.* (Paris, 1885), pág. 42 y sig.; Beudant, *Cours de dr. civ. fr.* (Paris, 1896), I, 222; Jannsens, Servais y Leclercq, *Supplém.*, Laurent (Paris, 1895-98), I, 363; Cas. fr., 12 Noviembre 1901 (*J. du P.*, 1902, I, 237).

diciones subjetivas de la gente, ó sea de la imputabilidad. Y sobre eso se hablará en su lugar (1).

§ III D).

Excepción (continuación).

SUMARIO: 128. Excepciones concernientes á la omisión. Remisión.

128. Establecida la diferencia entre culpa de omisión y culpa de ejecución, se ha opinado alguna vez que la omisión debe ser juzgada con menor severidad (2), no pudiéndose igualar un olvido á la acción sin contradecir á la misma «fragilidad humana». Distinción no buena: la culpa en sí es siempre omisión de diligencia, ya revista el aspecto de hecho positivo ó el de uno negativo, y porque en ambos casos es igualmente causa de injuria, igual deberá ser la responsabilidad á que da origen.

Conceptos suficientemente expuestos en otro lugar (3).

(1) V. el cap. sig. en pr.

(2) Cons. Proudhon, ob. cit., n. 1.522, 4.º; y, por último, Boissonade, *Comm. du Proj. du Cod. civ. p. l'Emp. du Jap. cit.*, n. 271 en f.

(3) V. el cap. I y II.

SECCIÓN II

DE LA CULPA AQUILIANA CONSIDERADA EN RELACIÓN  
CON EL SUJETO RESPONSABLE

CAPÍTULO PRIMERO

LA IMPUTABILIDAD DE LA CULPA. — GENERALIDAD —

SUMARIO: 129. Transición. No se entiende el concepto de la culpa donde falte el otro esencial de la imputabilidad. — 130-132. En qué consiste la imputabilidad: inteligencia y voluntad libre. — 133-134. Derecho romano: derecho medioeval, derecho comparado. — 135. Cómo la disposición del legislador en algunos casos de incapacidad para contratar no se aplica en materia de culpa extracontractual, y porqué. — 136. Consideraciones generales sobre la voluntad libre como elemento del cuasidelito: remisión. — 137. Orden del tratado.

129. Al enumerar los elementos de que consta la noción del cuasidelito, ya se ha advertido en qué modo el concepto de la imputabilidad está incluido de la culpa (1); donde falte dicho carácter, está viciada la esencia misma de la injuria subjetiva; y, sin embargo, la consecuencia que se ha establecido aquí lo está en confrontación con las enseñanzas antes dadas, según las que no parece necesario determinar la entidad del hecho constituyente de cuasidelito como culpable é imputable.

(1) V. el cap. II.

Y es muy conveniente conocer por qué, al iniciar el estudio de la culpa aquiliana, considerada en relación al sujeto responsable, se haga en seguida mención de la imputabilidad. En la culpa se deben distinguir, en efecto, dos elementos de naturaleza distinta, de cuyo concurso emana su entidad jurídica: un elemento objetivo y otro subjetivo, cuya distinción nada tiene de común con la otra fundamental, que se refiere á la injuria, según sea objetiva ó subjetiva, porque en esta última está comprendida la culpa considerada como regla de conducta (culpa propiamente dicha en sentido objetivo), y la condición respecto al haber podido obrar en tal modo (culpa propiamente dicha en sentido subjetivo). Y restringiendo así dicha determinación á la culpa propiamente dicha, se tendrá que el primero de los dos elementos consiste en la omisión de la diligencia; el segundo, del estar hecha tal omisión por persona que es responsable, en cuanto que pudiendo, según su condición jurídica, debía evitarla (imputabilidad). Si falta uno ú otro de estos coeficientes, falta la culpa; tanto es así, que si se observa bien, el decir que hay casos en que el hecho ó la omisión derivan, es verdad, de defecto de diligencia, y, sin embargo, no hay lugar á responsabilidad, porque el que omitió el emplearla no estaba en condición que le permitiese el hacerlo, vale precisamente como decir que, examinada la culpa respecto al sujeto, resulta que ésta no existe.

Se deduce, pues, del concepto antes descrito, que hay omisión de diligencia, de la cual se debe responder, en cuanto que se censura al que, capaz de emplearla, no lo hizo; y como ya se ha distinguido y determinado el elemento objetivo, y se ha estudiado en su valor y en su extensión, haciendo caso omiso de cualquier reflejo que pudiera reunirle al sujeto responsable, hace falta se estudie ahora el subjetivo, con el fin de ver por qué y cuándo las omisiones de diligencia den causa á la injuria culpablemente hecha, y, por lo mismo, á la responsabilidad. Cuya distinción tiene también relación con las reglas acerca de la prueba de la

culpa, debiéndose probar la falta del elemento subjetivo por quien lo alega en su defensa (1).

130. Este elemento subjetivo, esencial á la responsabilidad, consiste en la consciencia del acto que se ejecuta y en el poderío querer libremente; adviértase además, según ya varias veces se ha hecho notar, que el concepto de la injuria objetiva, como término que basta á excitar la responsabilidad, no puede ser aceptado; y que si excepcionalmente hay casos en que esta sola injuria, ó también la sola posición del obligado, es razón suficiente de especiales ordenamientos, que imponen el resarcimiento del daño, la entidad del instituto y su figura contrastan con la idea de responsabilidad para asumir el otro de garantía; pero sobre eso hablaremos á su debido tiempo, limitándose ahora la indagación al tipo normal de la injuria. Cuyo elemento de imputabilidad necesita ser aclarado, fijando la atención en la distinción que separa el delito del cuasidelito; si en aquél la voluntad se busca en relación directa al acto injusto, en éste la indagación se desarrolla de un modo diverso, debiéndose precisar si el agente, en el momento en que cometió la injuria, estaba en condición de conocer, ó deber conocer, el derecho ajeno, y de las consecuencias ofensivas que pudieran derivarse de su acto y de su conducta, aun dándose él cuenta de la regla abstracta que no se debe injuriar á nadie. La cuestión concierne más especialmente al hecho; pero la teoría debe exponer con toda seguridad el principio: el mismo sujeto podría muy bien considerarse capaz de dolo, por la seguridad de su voluntad, dirigida á cometer el acto injusto con pleno conocimiento de los efectos posibles y alcanzados; y podría no serlo de diligencia que no existe, si va acompañada de madura reflexión sobre las consecuencias todas del acto no tomado como causa de injuria.

No parece por esto enteramente exacta la teoría que, examinando la imputabilidad del hecho ilícito, lo hace

(1) V. el cap. XVIII y el XIX.

consistir en la consciencia de los propios actos y en la libertad de ejecutarlos, sin discernir y distinguir que dicha voluntad debe ser directa en el delito y en el cuasidelito (1). Siguiendo al pie de la letra esta doctrina, y refiriéndose en particular al punto en que está causado por quien no cree jurídicamente buena y legalmente oportuna la distinción entre las dos especies de hechos ilícitos no contractualmente (2), se llegaría á la conclusión de que bastaría para la imputabilidad la existencia en el agente de la consciencia y de la libertad con que cometió el acto que causó la injuria á otro.

No; y parece del todo exacta la fórmula antes puesta para indicar los extremos de la imputabilidad; aunque convenga el añadir que la consciencia y la libertad deben estar dirigidas en el delito única é inmediatamente á la injuria que se quiere causar, esto es, al acto como fuente del mal; en el cuasidelito deben existir, no en relación al acto, sino á la posibilidad de calcular las consecuencias no deseadas, comprendiéndose en esto también la necesidad de querer ó deber conocer la posición jurídica propia y de la posibilidad de injuriar á otros; el que refiriéndose al acto ilícito por sí mismo, ó sea á la materialidad de la injuria (injuria objetiva), es término común al dolo y á la culpa, diferenciándose las dos figuras en relación á la conducta del agente respecto al acto injurioso (3). De modo que las

(1) Proudhon, ob. cit., 1.525 y sig.; Larombière, ob. cit., s. I, a. 1.382-83, n. 20; Marcadé, ob. cit. sobre los arts. 1.382-83; Colmet de Santerre, ob. cit., V, 364 bis, III; Aubry y Rau, ob. cit., § 444; Sourdat, ob. cit., I, 416; Arntz, ob. cit., III, 475; Laurent, ob. cit., XX, 445; Giorgi, ob. cit., IV, 145; Labbé, *Recue crit.*, XXXVII, 109; Rivière, *Revue de Législ.*, I, 304; Pasini, *Legge*, XIX, 111, 238; Stabel, ob. cit.

(2) Giorgi, ob. cit., IV, 139.

(3) En este modo de valuar la responsabilidad se parte del supuesto de la posibilidad del deber de que, conociendo el derecho propio, se conozca el ajeno; y de la consecuencia del acto, ya sea la posibilidad de la injuria (inj. objetiva), ya la naturaleza de la pro-

cuestiones que se deben exponer con relación á la imputabilidad, son las siguientes: *a*), ¿el agente es capaz de dolo? (delito); *b*), ¿el agente es capaz de diligencia? (cuasidelito).

131. En esto tiene su fundamento la teoría que opina que la imprudencia es más fácilmente perdonable (1); pero en comparación con la disposición explícita de esta ley, este concepto no se puede sostener con toda su amplitud, aunque dadas ciertas condiciones, pueda ponerse de acuerdo con los principios. En efecto (y á esto se aludía al hablar (2) de la excepción del grado de culpa), puesto como regla que se es responsable del hecho injusto cuando sea imputable, ó mejor aún, en cuanto que el agente es capaz de diligencia, se deduce que, si la injuria está causada con negligencia levisima, y las condiciones subjetivas del agente respecto á la inteligencia y á la voluntad demuestran en él capacidad solamente de un grado mínimo de diligencia, no habrá responsabilidad; así que, según el estado de dicho elemento subjetivo, se podrá responder solamente de la culpa grave ó de la ligera, si pasado este límite el desarrollo de la inteligencia y de la voluntad sean tales que no den lugar á imputabilidad. Y el Juez, una vez juzgada la objetividad de la culpa, y precisada la negligencia en especial, deberá examinar, en relación al sujeto, si el desarrollo de su inteligencia y de su voluntad son capaces para inducir la persuasión de la capacidad y de la diligencia que en el caso especial era necesaria para considerar y apreciar la propia posición jurídica frente al hecho (¿podía ó debía saber el agente que no tenía derecho de hacer ó de omitir?), y las consecuencias posibles é injuriosas de su acto.

conducta (culpa), v. Cód. civ. germ., §§ 823, 826, en relación con los §§ 829, 833 y 835; Endemann, ob. cit., § cit.; Planck, ob. cit. sobre los §§ cit.; Hölder, Schollmeyer, Fischer, ob. cit., §§ aludidos.

(1) Pothier, ob. cit., 118.

(2) V. el cap. prec., § III B.

La necesidad del elemento subjetivo (moral) en el cuasidelito es, pues, absoluta. La culpa es falta de diligencia, y para ser diligente es necesario que el sujeto tenga tal capacidad intelectual, que pueda reflejar sobre el acto que está para cumplir y sobre sus efectos, y prever la injuria que pueda originarse, aunque no deseada directamente, en modo que pueda decidirse á hacer ó no el acto, ó también á rodearlo de todas aquellas precauciones que aseguren el derecho del tercero de toda ofensa. Ahora bien: este cálculo exige un notable desarrollo de las facultades psicológicas, y si falta ese no hay imputabilidad de la injuria ni, por lo tanto, culpa.

¿Cómo hacer responsable al agente de una negligencia que haya producido injuria, si por incapacidad intelectual no podía observar la diligencia que normalmente hubiera debido emplear? De donde se deberá considerar la ofensa como derivada de fuerza mayor, porque la imposibilidad subjetiva de ser diligente y la no dependencia del hecho injurioso de la conducta del agente (fuerza mayor, hecho de un tercero) son condiciones tales, por las cuales las consecuencias dañosas del hecho quedan enteramente á riesgo del que lo ha ejecutado (1).

132. *Doctrina que es común.* — Se ha dudado también si al lado de dicha regla no sería conveniente el poner una excepción, por la cual los bienes del agente no responsable deberían servir para indemnizar al perjudicado del perjuicio sufrido (2). Teoría ésta en contradicción con los principios: por una parte, reconocería faltar todo fundamento á la imputabilidad y deducirse por esto la figura del cuasidelito, y de la otra esta responsabilidad misma surgiría entera en forma de indemnización resarcible sobre el patrimonio del agente. Ahora bien: el resultado no existe sin una causa

(1) V. el cap. XVIII, *De las causas que excluyen la culpa.*

(2) V. especialmente Merlin, ob. cit., v. *Blessé*, § 3, n. 4; v. *Démence*, § 2, n. 3.

idónea á producirlo, y si el resarcimiento es consecuencia de la responsabilidad, donde falte ésta deberá también faltar aquél.

En algunas legislaciones (1) es acogido, es verdad, el proveimiento descrito; pero el cuidado que el legislador tuvo de ordenarlo de un modo expreso demuestra ya en qué contradicción se encuentra con el principio de la responsabilidad, y, por tanto, no puede servir donde no esté particularmente impuesto. Se ha observado, sin embargo, que es una incongruencia hacer responsable al dueño del animal que haya causado daño, sin examinar si le es imputable negligencia alguna en la custodia, mientras se niega la responsabilidad al mentecato (2), á lo que se ha objetado que, aun considerando bueno el razonamiento, no se puede aceptar la conclusión por estar desprovista de importancia práctica; se ha pensado que no sería posible el caso de daño causado por un menor ó por un demente, sin que hubiera alguien civilmente responsable (3).

Los dos argumentos no valen. No el primero, que contiene una comparación de la cual un elemento no es sostenible, y es el concerniente á la responsabilidad del dueño del animal; su posición jurídica es bien diferente de la del mentecato (4). No el segundo, que, aceptando el razonamiento antes combatido, niega después toda importancia práctica á la cuestión. Y no bien: porque puede suceder que el civilmente responsable falte, y luego, ó el argumento que se consiente es bueno y es contradictorio el regatear el valor con el pretexto de su poca importancia en la práctica, ó no lo es y se le deja. Tanto más donde se piense que aceptándolo, y diciendo al mismo tiempo que, en realidad, en el

(1) V. más adelante p. 322, n. 1.

(2) Belime, *Philosoph. du Droit* (Paris, 1881), IV, 2.

(3) Giorgi, ob. cit., IV, 146.

(4) Sin observar, como en su lugar se dirá, que por muchos se enseña la no responsabilidad cuando el patrono demuestre haber puesto toda la posible diligencia en la custodia del animal.

mayor número de los casos existe el civilmente responsable del daño causado por persona que por defecto de inteligencia no se asegura de la imputabilidad, se debería llegar á la consecuencia de que, faltando el civilmente responsable, el resarcimiento debería hacerse sobre bienes del agente, aunque privado de la inteligencia necesaria para podersele imputar la injuria. Cuya consecuencia, si puede considerarse como exorbitante frente á la estricta aplicación de los principios, no lo es frente á la equidad, según atestiguan las legislaciones que lo sancionaron (1).

Y esto demuestra que la resolución descrita no parece aceptable hasta que sea obra de la jurisprudencia: el legislador solamente podría fijarla como norma; no el razonamiento apoyado sobre principios estrictamente jurídicos, sino la equidad podría aconsejar fuese acogida por la ley (2), dejando al Juez la libertad de aplicarla según el estado de desahogo del agente y del estado de pobreza ó casi tal del que ha sufrido la injuria y de la gravedad que ésta tenga.

Y el proveimiento que se podría ordenar en vía subsidiaria, esto es, cuando faltase la responsabilidad de quien fuese civilmente responsable, serviría para hacer menos graves las consecuencias del principio jurídico puesto con toda su rigidez; porque si es justo que de la ofensa causada por defecto de inteligencia no se deba responder, es muy equitativo que en la comparación entre el estado de fortuna del ofensor y del ofendido, y por las consideraciones de los efectos de la injuria, el patrimonio del causante deba resarcir en todo ó en parte el daño causado,

(1) V. pág. 322, n. 4.

(2) Schneider y Fick, ob. cit. sobre el § 58; Planck, ob. cit., sobre el § 829. Es esta la consideración por la cual en el Proy. del Cód. civ. germ. (primera redacción) faltaba la disposición sancionadora de la responsabilidad ahora diseutida, que después fué acogida y ordenada por el § 829 del Cód. civ. V. Reatz, *D. zw. Les. d. Entw.* (Berlín, 1892-96), I, pág. 383; Planck, ob. cit. sobre este §.

aunque sin culpa, á quien queda en triste condición por el perjuicio sufrido. Y se tendría también aquí un proveimiento legal extraño á la responsabilidad propiamente dicha y referente á la otra figura de la garantía.

133. Cuyo concepto, declarante de la imputabilidad, viene fijado aun faltando el hecho material de la ofensa bastante á constituir la injuria, por considerarse la injuria imputable, como fuente de responsabilidad.

La ley romana da amplia prueba: el *infans* y el *furiosus* eran declarados exentos de responsabilidad, porque no estando *sane mentis* (1), no podían ser capaces de culpa y el daño que hubieran causado era considerado jurídicamente igual á aquel que hubiera habido *si tegula ceciderit* (2), esto es, como caso que el perjudicado debía soportar. Cuya presunción, concerniente á la división de la edad fijada por la jurisprudencia romana, se limitaba respecto al *impuber pubertati proximus*: donde no asumía más su carácter absoluto y se ordenaba la responsabilidad cuando constase la inteligencia y la libre voluntad del agente (3). Si después un menor se hubiera hecho autor de un delito, él era el responsable, demostrándose por el hecho mismo la existencia de la mala voluntad y haciendo suponer, por otra parte, la edad misma, la inteligencia tan desarrollada para poder comprender la injusticia del hacer voluntariamente daño á un tercero (4); en cambio, en el caso de injuria causada por sola negligencia, podía corresponder al menor la restitución.

(1) L. 5, § 2, D. *ad L. Aq.* (IX, 2). Lehr, ob. cit., p. 101; Thibaut, *Versuche üb. einzelne Th., d. Theor., d. Rechts* (Jena, 1817), II, 8; Pernice, ob. cit., V, 53; Jhering, *D. Schuldmoment*, cit. p. 42; Vangerow, ob. cit., § 571; Windscheid, ob. cit., § 101; Arndts-Serafini, ob. cit., § 57; Maynz, ob. cit., §§ 271 y 272; Molitor, ob. cit., I, § 185; Schupfer, ob. cit., p. 32; Castellari, ob. cit., n. 34.

(2) L. 5, § 2 cit.

(3) L. 111 pr. D. *de R. I.* (L. 16); § 18, I. *de obl. q. ex del. nasc.* (IV, 4).

(4) L. 9, § 2, D. *de minor.* (IV, 4): *vel placet in delictis minoribus non subvenire*; y L. 37, § 1 eod. t.

ción *in integrum* (1). Ahora bien: es lícito inferir, comparando el diverso modo en que la responsabilidad estaba reglamentada según la edad, que en el segundo de los dos casos antes expuestos fuese limitada á la sola figura de la injuria causada con culpa (en su significado especial) el principio descrito sobre la indagación de la imputabilidad, lo que confirmaría lo que se ha dicho sobre el diferente medio en que deben moverse las pesquisas respecto á la imputabilidad en el delito y en el cuasidelito. Esto es: se puede tener inteligencia bastante para entender que no se debe causar injuria, y no suficiente para prever y apreciar las consecuencias de un hecho cuando con ese no se tenga intención de injuriar.

La ley romana imponía, pues, la presunción de irresponsabilidad para el *infans* y el *furiosus*, de responsabilidad para el menor que cometiese delito, de responsabilidad subordinada al caso de otra inteligente y voluntaria para el *impuber pubertati proximus*, y de omisión de diligencia por la injuria causada por el menor. Estas reglas fueron acogidas grandemente en el derecho medioeval, declarante la no responsabilidad de la persona que no haya tenido conciencia de lo que ha hecho; y si bien según las circunstancias se debía deducir de la existencia de este elemento moral, sin embargo, la imprudencia era más fácilmente perdonable, y para los menores púberos ó cercanos á la pubertad se recomendaba la indulgencia (2).

134. Norma que en el derecho moderno se conserva, y, aunque la letra de la ley parezca decir lo contrario, sin embargo, es cosa bien fácil el convencerse de ello. Es verdad que, como regla general, se ha dicho que cada uno es res-

(1) L. 1, C. *si adv. delict.* (II, 35). Sobre esta ley consúltese á Donell., ob. cit., XXI, 10, 16; Cuiac., *s. h. L. en Opera*, ed. cit., VIII, 67; Savigny, ob. cit., § 321; Arndts-Serafini, ob. cit., § 325.

(2) Pothier, ob. cit., nn. 118 y 120. Para la responsabilidad según el derecho de los bárbaros, v. Pertile, ob. y l. cit.

ponsable del daño que ocasione (1); pero esto se entiende refiriéndose al principio que la ley explica y manifiesta; esto es, que está obligado á resarcir el daño aquel por culpa del cual ha sido causado (2); así, la culpa es término esencial á la responsabilidad, y valiendo en el cuasidelito omisión de diligencia, será responsable solamente el que tenga tal desarrollo de entendimiento y esté en estado tal de libre voluntad de poder ó querer entender la diligencia que omitió (3). Se deduce la consecuencia de que todos los que causen injuria sin haber tenido en modo alguno conciencia, no son responsables (4), ó que dicho defecto derive de la condición jurídica del agente (edad, estado de inteligencia) ó del estado especial en que se encontraba en el momento en que se cometió la injuria.

Hay también el principio acogido generalmente por varias legislaciones (5); aunque muchas de ellas hagan la ex-

(1) Cód. civ., art. 1.152.

(2) Cód. civ., art. 1.151.

(3) Consúltese sobre esta materia cuanto se ha dicho en el cap. II. V. Colmet de Santerre, ob. cit., 364 bis, 1.

(4) V. los autores citados en la nota al n. 130.

(5) Cód. civ. fr., art. 1.382; Cód. civ. austr., §§ 1.297, 1.306 y 1.309; Cód. fed. suizo de las obligaciones, §§ 57 y 58; Cód. civ. de la Rep. Arg., arts 1.076 y 1.108. El Código civil germánico, establecida la regla general relativa á la responsabilidad determinándose por un estado de inconsciencia, ó por un estado anormal de la inteligencia que excluya la libre determinación de la voluntad (§ 827), declara responsables á los menores de siete años, así como á los que, pasando de siete, pero no llegando á diez y ocho, les sucediese lo que á los sordomudos, que pueda probarse de unos y otros han obrado sin discernimiento, y, por ende, sin consecuencia de la propia responsabilidad (§ 828). Cons. Planck, ob. cit. sobre estos §§; Hölder, ob. cit. sobre estos §§; Saleilles, ob. cit., p. 159 y sig. V. también el § 829 cit. en orden á la responsabilidad sin culpa. El Cód. civ. de Chile, en su art. 2.319, dispone que no son capaces de delito ó cuasidelito los menores de siete años, y el Cód. civ. del Uruguay (art. 1.281), que no lo son los menores de diez años. Sobre la irresponsabilidad del alienado, v. Cas. fr., 16 Mayo

cepción de que cuando no sea posible obtener el resarcimiento de aquellos á cuyo cuidado fué confiada la persona no responsable, si ésta, sin embargo, tiene bienes, el Juez podrá imponer el resarcimiento total ó parcial del daño causado (1).

Alguna hace, sin embargo, excepción para el menor del beneficio de competencia; alguna otra, dando á la disposición el título de excepcional, da facultad al Juez para ordenar la reparación total ó parcial del daño causado si la equidad lo exige (2); verdad es que no subordina expresamente la aplicación del proveimiento al hecho de no poderse entablar acción contra el civilmente responsable; pero la doctrina, al explicarlo, le da el carácter de subsidiario, que de otra manera mal se aplicaría el concepto de la equidad que lo ha inspirado, y que induce á declarar la disposición en

1866 (*J. du P.*, 1866, I, 237); Ap. Lyon, 22 Febrero 1871 (*id.*, 1871, II, 8), Trib. fed. suizo, 1.º Junio 1901 (*id.*, 1901, 4, 28). Claro es que si el alienado comete la injuria en un intervalo de lucidez, cesa la razón de la irresponsabilidad. Ap. Caen, 2 Noviembre 1880 (*id.*, 1882, II, 118); cierto también que la irresponsabilidad será mayor ó menor si el estado de inconsciencia es un estado anterior ó posterior á la injuria. Cód. civ. germ., § 827.

Á la irresponsabilidad del alienado puede suplirse en parte la de aquellos que por su condición jurídica deben tenerle bajo su guarda, y también la de quienes en un momento dado hubieran perdido sus facultades y pudieran acogerse á aquel beneficio. La responsabilidad es siempre personal; pero no debe olvidarse la de los guardadores; así también, y por el mismo criterio, debe graduarse la del marido con relación á la injuria cometida por la mujer, v. C. de jus. de Ginebra, 24 Febrero 1894 (*J. du Sir.*, 1894, IV, 31) y Cas. fr., 21 Octubre 1901 (*id.*, 1902, I, 32).

(1) Cód. austr., § 1.310; Cód. suizo de las oblig., art. 58; Cód. civ. germ., § cit. También el Cód. musulmán de Khalil (r. malech., st. reale) en el art. 497 dispone (traducción Seignette, ed. 1878): «El incapaz responderá con sus propios bienes de la pérdida ó deterioro hecho á las cosas de otros, salvo el caso de que éstas no estuvieran afianzadas.»

(2) Cód. civ. suizo, § cit.

el sentido que el resarcimiento sea total ó parcial en relación á la entidad del patrimonio del injuriante (1).

135. Es cierto que en el derecho civil italiano falta enteramente la responsabilidad si en el agente no existe la capacidad intelectual y la posibilidad de querer necesaria para comprender y emplear la diligencia cuya omisión respecto al hecho constituye culpa. La existencia de dicha capacidad y su grado es cuestión dejada enteramente á la estimación del Juez; ni las disposiciones de la ley penal acerca de la imputabilidad pueden ejercer influencia alguna sobre la responsabilidad civil (2). El Juez deberá decidir con arreglo á los resultados (3).

Al disciplinar las obligaciones que nacen de contratos, la ley declara la incapacidad para contratar de los menores, de los incapacitados y de las mujeres casadas (4). Y á dos causas la imposibilidad puede referirse: *a*) incapacidad derivada de falta de inteligencia y voluntad (menores que no alcanzan á la edad en la cual la emancipación es posible; interdictos; dementes no incapacitados todavía cuando hubiesen ejecutado (5) el acto, y los inhabilitados por los actos que exceden la simple administración); *b*) incapacidad derivada de presunción del defecto de entendimiento, pero en menor grado y relativa, *A*) á la tutela de quien se presume

(1) Schneider y Fick, ob. cit. sobre el art. 58; Jacottet, ob. cit., pág. 52.

(2) Lo dispone expresamente el Cód. fed. suizo de las obligaciones, art. 58, v. Jacottet, ob. cit., p. 53; v. Boissonade, cit., n. 287.

(3) Pothier, ob. cit. y los autores citados en las notas al n. 127. ¿Se deberá establecer como regla que la condena del incapacitado al resarcimiento deberá serlo por el todo ó por la parte, según el resultado de esta indagación? Es por esto que si la negligencia es levisima y consta la diligencia necesaria para poder ser opuesta á la culpa grave ó leve, no deberá haber responsabilidad; pero la resolución contraria á la regla general y á los conceptos en los cuales está informada no puede admitirse.

(4) Cód. civ., art. 1.106.

(5) Cód. civ., art. 336.

no tener la inteligencia necesaria para contratar (menores que alcanzan la edad de la emancipación; incapacitados é inhabilitados por el tiempo de su incapacidad, no obstante la recobrada salud mental); *B*) al ordenamiento de la familia y á la autoridad reconocida por quien es el jefe (incapacidad de la mujer casada). Y esto es: en el orden de la incapacidad determinada por falta del entendimiento necesario para contratar, se puede advertir que esa existe realmente en el caso de vicio total ó parcial de inteligencia, y en el defecto de edad dentro de un cierto límite (dado por el término en el cual es posible la emancipación); y presumiendo en la edad por todo el período que transcurre desde el tiempo en que se puede obtener la emancipación hasta el término de la menor edad, ó en el vicio de inteligencia que se considera dura hasta que la interdicción ó la inhabilitación no sean revocadas (1). Hipotéticamente se ha dicho, porque en el hecho de la emancipación por razón de ciertas condiciones (2), la presunción no cuenta tanto para los actos de simple administración, y con la revocación, siempre posible, de la interdicción y de la inhabilitación, cesa para todos los actos no consentidos á los cuales estaba sujeto. Y adviértese que la presunción de que se ha hablado no debe suprimirse, en el sentido de hacer posible á cualquiera que tenga criterio la demostración de lo contrario; debe referirse solamente á los actos y á las personas para las cuales organizó la ley este estatuto (que es de interés pú-

(1) Cód. civ., art. 338.

(2) Cód. civ., art. 311 y sig.; Cód. civ. fr., art. 477 y sig. No obsta á la resolución propuesta la disposición por la cual el menor queda emancipado *ipso facto* por el matrimonio (Cód. civ., art. 310; Cód. fr., art. 476), porque esta causa está comprendida en la locución genérica empleada por el legislador cuando dice: «edad en la cual la emancipación es posible». Conviene, sin embargo, observar que la edad en la cual puede obtenerse por el menor la emancipación es por regla general la misma en la cual puede contraerse matrimonio. (Cód. civ., art. 55; Cód. fr., art. 144).



blico) acerca de la incapacidad de la persona, cesando exclusivamente en aquellos casos en los cuales la misma ley provee para limitarles y quitarles eficacia.

¿Existirán estas incapacidades en el mismo orden y por las mismas causas si la obligación se deriva de un acto ilícito (delito y cuasidelito)?

La cuestión está resuelta expresamente en aquel precepto que dispone que «el menor está igualado al mayor de edad para las obligaciones que nacen de delito y del cuasidelito (1)»: de donde resulta que, confrontando esta regla con la otra concerniente á la responsabilidad por delito y cuasidelito, pudo imaginarse que la incapacidad nace de presunción de la ley cuando se refiere á obligación originada de contrato, mientras en la obligación constituida por medio de delito sería real, natural (2). Por lo que toca á su esencia ó la sustancia en suma de esta disposición, este precepto está conforme con la ley; pero de igual manera se puede apreciar el razonamiento que se hace para sostenerlo. Se podría decir que es parecida, si no ya casi idéntica, la distinción así propuesta entre la incapacidad natural y la presunta; y si la confrontación de las dos disposiciones debe ser la razón para decidir, mal podría entenderse la responsabilidad del que sufre interdicción ó inhabilitación por hecho ilícito, aunque el daño fuera causado en condiciones de inteligencia y libertad. El precepto comentado dejaría, en efecto, la presunción legal de incapacidad que es inherente á la existencia del precepto de interdicción ó de inhabilitación.

Importa mucho, por todo lo expuesto, examinar la cuestión bajo un aspecto más general. El fin que tuvo la ley al ordenar la incapacidad en el caso de obligarse por contrato, es el de alejar un perjuicio, al cual, por inadvertencia de-

(1) Cód. civ., art. 1.306; Cód. civ. fr., art. 1.310. V. Chironi, *Culpa contractual* cit., pág. 319 y siguiente.

(2) V. los autores citados en la nota al n. 130.

rivada del defecto de edad ó por vicio de inteligencia, puede el contratante encontrarse expuesto: es amplia protección que da la ley, sin permitir que las circunstancias decidan acerca de la capacidad de inteligencia, y claramente está demostrado esto por la regla acerca de las personas á las cuales se concede pedir ó oponer la nulidad del acto consentido por el incapaz (1). Pero en el caso de injuria que el incapaz causa á otro, la razón de la ley cesa, porque si aquí todavía lo protegiera con las mismas normas que rigen la incapacidad contractual, se alejaría del principio de orden público en que se ha informado al legislar sobre la culpa aquiliana: sin recordar la máxima, aplicable sólo al delito, «la malicia suple la edad»; verdad es que sobre el derecho injustamente ofendido se fundamenta toda la tutela y solicitud de la ley. El que contrata con un incapaz, atribuye á propia culpa las consecuencias dañosas del no haber pensado en su estado; pero el que ha sufrido daño por cuasidelito, no se le puede sin más oponer la incapacidad contractual del agente (2), el cual, por la razón misma de la ley, no puede servirse de la garantía de que se le provee, con el fin de evitar los daños que por su estado pueden derivársele por injuriar á otros sin responsabilidad. Si esto fuese así, la ley excitaría á cometer el mal, asegurando la inmunidad al agente: y en esto presenta nuevo relieve la distinción entre culpa contractual y aquiliana.

Bien se entiende por dicha consideración el ordenamiento general establecido en materia de responsabilidad por injuria causada con culpa: la capacidad en el agente y su imputabilidad derivará del examen que el Juez, en relación con los hechos, hará acerca de la inteligencia y la voluntad en el injuriante. La distinción entre los dos modos de ser de la culpa indica ya una prohibición de aplicar á uno de

(1) Cód. civ., arts. 322, 335, 341 y 1.302.

(2) Distinción hecha con razón y también establecida en el Código Musulmán de Khalil, ar. cit.

ellos las disposiciones dadas para el otro, aunque del lado simplemente subjetivo: era, por lo tanto, inútil que el legislador, al disponer sobre la acción de nulidad y rescisión de los contratos, hiciese para los menores la excepción hecha para los casos de delito ó cuasidelito por ellos cometido. Tanto menos, que esta disposición, que por estar restringida á una sola clase de incapaces, podría dar lugar á dudas relativas á las otras causas de incapacidad, está fuera del lugar que le hubiera sido más conveniente.

136. Puede también suceder que exista en el agente conocimiento del acto que ejecuta, pero no libertad de querer: de modo que no pueda impedir el acto, ni se pueda ó deba preocupar en modo alguno de la posibilidad de que de él se derive injuria contra tercero. Cuya posición jurídicamente designada con las figuras de *mandato* y de *violencia*, interesarían más directamente al delito que al cuasidelito, y admitiendo luego la posibilidad, se referiría á una de las causas por las cuales la culpa ha sido excluida, y con ella la responsabilidad (1).

Remitiendo por esto á lugar más oportuno el desenvolvimiento de la cuestión, aquí es sólo conveniente el advertir que el mandato (sin que sea posible, oponiéndose la naturaleza misma de la culpa aquiliana, el valerse en modo alguno de la buena fe como causa eliminante de la responsabilidad) solamente excusa al mandatario, cuando exista entre él y el mandante tal relación que no pueda rehusarse á la ejecución de la orden recibida, sin que de ello se le derive un grave é irreparable daño. Surge entonces la figura de la violencia moral: y que necesita se examine si no domina también en la hipótesis del mandato, con el fin de quitar toda imputabilidad al agente. Cuya consideración sirve para poner en su verdadero aspecto la cuestión acerca de la responsabilidad del funcionario público, al que se le ordene la ejecución de una providencia manifestamente con-

(1) V. el cap. XVIII.

traría á la ley: sobre cuyo punto algunos opinan que debe, antes que obedecer, dimitir el cargo (1). Remedio es este que si es gran testimonio de la fortaleza de ánimo del individuo y de su independencia de carácter, no sirve, por lo demás, para resolver jurídicamente la dificultad: y verdad es que los más, aun sintiendo el noble proceder del acto, obligados por las necesidades de la vida, no podrían en manera alguna ejecutarlo. De ahí la obligación de buscar una solución que, definiendo las relaciones entre el mandante y mandatario, esté conforme con los principios que rigen la responsabilidad.

137. Con el fin de coordinar las varias cuestiones que se refieren á la imputabilidad de la negligencia, ahora se hablará:

- a) De la imputabilidad examinada respecto á las personas jurídicas.
- b) De la imputabilidad de los menores, inhabilitados y de los que en el momento del acto no tengan plena inteligencia y libertad de obrar.
- c) De la imputabilidad respecto á la mujer casada.
- d) De la misma negligencia imputable á varios sujetos.

#### § 1.

##### La imputabilidad examinada respecto á las personas jurídicas.

SUMARIO: 138. Las personas jurídicas por su naturaleza no pueden por sí mismas cometer delito ó cuasidelito. — 139. Son responsables por los casidelitos cometidos por sus encargados. Remisión.

138. Si la negligencia debe de ser imputable para que pueda constituir culpa, y si la imputabilidad no se puede concebir independientemente de la inteligencia y de la voluntad libre del agente, la persona jurídica que constituye, como tal, sujeto distinto de la persona singular de los

(1) Bonasi, ob. cit., 214.

miembros que la componen, si es Corporación, ó emanada de un patrimonio independiente si es fundación, ó que deriva, si es instituto, de estos dos elementos, ¿podrá causar culpablemente injuria?

Ciertamente, la resolución de la dificultad requeriría una amplia discusión acerca del modo de considerar la esencia de la persona jurídica, esto es, saber si contiene una *realidad* como fundamento de la personalidad y también de la capacidad, ó sea simplemente una ficción. No es este el lugar á propósito para examinar detalladamente cuestión tan grave; bastará el enunciar sólo los resultados generales que parecen convenir á la ley italiana; tanto más que los mantenedores de las dos teorías principales y de las otras intermedias se encuentran ordinariamente de acuerdo al excluir la imputabilidad de la persona jurídica; y ya se ha dicho bastante el por qué se ha seguido una reacción notable contra dicha teoría, argumentando sobre la sólida tradición del derecho común y partiendo por lógica consecuencia del concepto de que la persona jurídica tenga existencia cierta (1). Ahora bien: se puede opinar (2) que el principio «ningún derecho sin sujeto» no se opone á que dicha existencia real sea reconocida á la corporación, considerada como constituida por la voluntad de las personas que la componen, y que, estando dirigida á un fin especial, es el resultado único, idéntico, de muchas voluntades individuales, una voluntad especial diferente de la de los miembros; se diferencia en esto de la fundación, para la cual, mal se deduce la realidad, considerando la voluntad del fundador que, determinando claramente el objeto, se gravaría de un modo permanente, inmutable, en el patrimonio, é invistiéndole de sí mismo, animándolo, haría al ente sujeto verdadero de los derechos compatibles con su

(1) Gierke, *Genossenschaftsth.* cit., l. cit.

(2) Chironi y Abello, *Corso di dir. civ.*, Turin, 1902-1903, capítulo II.

naturaleza especial; y no mejor se argumenta sobre la voluntad de las personas que están dedicadas á hacer funcionar el patrimonio, según el fin de su modo de ser. Porque la voluntad no está, como sucede en la corporación, en la materia misma, y con esto falta toda razón de vitalidad; de ahí que la existencia ficticia de la fundación no parece dudosa; como no lo es la de los institutos que existen por sola declaración que principalmente en el interés público haga la ley (1).

Establecida dicha realidad respecto á la corporación (y la consideración se sostendría si fuese atribuida á la fundación y á los institutos), no debe deducirse que, teniendo en sí una voluntad especial propia, la persona jurídica sea capaz de hecho ilícito; parecería natural decir que dicha voluntad, dirigida á un determinado objeto, como está ordenado por los estatutos, no puede estar dirigida á un fin injurioso. Cuyo resultado concordaría así con el mismo, al que llega la teoría de la ficción, que niega la imputabilidad por falta absoluta de voluntad en la persona jurídica (2), la cual obra en relación con su objeto por medio de personas físicas que la representan.

La ley italiana (3) no determina claramente la existencia de la persona jurídica, y de su letra (4), como de la tradición jurídica que la precedió se podría deducir que, aun para las corporaciones, se informa en la teoría de la ficción ó en la que más correctamente la contiene, que es la de la personificación; la persona jurídica es sujeto verdadero de derecho solamente si está reconocida por el Estado; así que, si el tener capacidad jurídica deriva del reconocimiento que tiene el Estado de conceder solamente en virtud de

(1) V. sobre las teorías propuestas, relativas á la persona jurídica, los autores citados en Chironi y Abello, ob. y ed. cit.

(2) V. la nota precedente.

(3) V. la nota precedente.

(4) Cód. civ., art. 2.º: «Todas las personas morales legalmente reconocidas.»

dicho acto, la persona jurídica existirá legalmente (1), construcción inaceptable en su integridad; verdad es que en la ley, sin distinción alguna acerca de la naturaleza de la persona jurídica, se ha hablado del reconocimiento como acto del poder social que le da vida; pero esto no quita que se deba distinguir el contenido y la virtud según la materialidad sobre la cual se desarrolla, esto es, de la variable entidad, que es el carácter de las personas jurídicas. Ahora bien: ¿quien no ve que dicha materialidad, dicho fondo, es en la corporación bien diverso de lo que es en la fundación y en el instituto, y que la naturaleza tiene en sí un elemento vital por el cual el reconocimiento no vale (como no vale respecto a la persona natural), creación de la ley? De todos modos, sin embargo, llamando real a la existencia de la corporación, no con más razón a ésta que a la fundación ó al instituto puede dársele capacidad directa (imputabilidad) de cometer un hecho ilícito. Y no porque quede esa independiente y distinta de la persona de los miembros, y considerada abstractamente en sí misma se presente como incorpórea (2); no porque su acción se determine con la intervención necesaria de personas físicas por las cuales está representada, consideraciones éstas insuficientes desde que a ella se le reconoce una voluntad especial, pero por el modo de manifestar tal voluntad, que se diferencia de la voluntad que es necesaria a la computabilidad del hecho ilícito. La intervención del tercero, que a fin de poder querer es necesaria a la natural estructura de la corporación, impide que a ésta como tal, ó sea a la voluntad corporativa, pueda referirse la imputabilidad, no existiendo, esto es, la posibilidad del movimiento de querer individual, directo éste en su organismo é incumplido (3).

(1) Aubry y Rau, ob. cit., l. cit.; Laurent, ob. cit., l. cit.

(2) Miraglia, en *Filangieri*, VI, 6.

(3) Jellinek, ob. cit. No releva el que se dé la responsabilidad contractual.

139. Así que si aun admitiendo la existencia de una verdadera y especial voluntad relativa a la corporación y también a la persona jurídica en general, su explicación en orden al objeto que persigue puede sólo por la naturaleza misma del ente ser obtenido mediante representante, parece justo afirmar que la persona jurídica como tal no es responsable de delito y de cuasidelito (1). Pero si responderá de los delitos y cuasidelitos cometidos por los representantes en el ejercicio de sus funciones; y a esto no obsta el objetar que la persona jurídica no da representación para cometer hecho ilícito, porque independientemente del mandato recibido, el representante puede, al ejecutarlo, cometer injuria también dolosamente. Verdad es que donde la acción ilícita sea excitada por el dolo ó derive de culpa grave del representante, parece que éste no obra bajo tal cualidad y que el acto le sea personal, y, por lo tanto, de la responsabilidad del ente representado no haya ni sombra; pero la distinción no es exacta. El hecho propio no puede sin más atribuirse al comportamiento doloso y de grave negligencia. Y no hace el que se distinga entre los órganos y los instrumentos de la persona jurídica, afirmando la responsabilidad del ente para estos últimos, no para aquéllos, que son términos necesarios de su existencia; sobre esto puede que la responsabilidad debería ser más directa para los órganos. De esto se ha hablado y se hablará más adelante;

(1) Muy imperfecta y obscuramente está estudiada la cuestión por Laurent, ob. cit., XX, 419 y siguientes. L. 15, § 1 D., *de dolo*, (IV, 3): consúltese Savigny, *System* cit., § 95; Unger, ob. cit., § 43; Windscheid ob. cit., § 59; Vangerow, ob. cit., § 53; Arndts-Serafini, ob. cit., § 42, n. 8; Heisser, *Étude sur les personnes morales*, pág. 181. V. Cas. (crim.) fr., 8 Marzo 1883 (*J. du P.*, 1885, I, 1 112); Ap. Amiens, 18 Enero 1873 (*J. du P.*, 1873, 334); Ap. París, 16 Diciembre 1885 (*J. du P.*, 1886, I, 220). Cód. civ. de la Rep. Argent., art. 43: «no se puede ejercer contra las personas jurídicas acciones criminales...» Consúltense también las monografías de Mestre y de Vareilles-Sommières, cit., en Chironi y Abello, ob. y l. cit.

aquí, baste decir que, puestas ciertas condiciones, las cuales serán descritas oportunamente, la persona jurídica representada debe responder, no sólo del cuasidelito, sino también del delito imputable al representante.

Además, según los conceptos ya expuestos (1) y que tendrán en adelante mejor declaración, la responsabilidad de la persona jurídica es aquí propia, debiéndose considerar jurídicamente hecho propio el del representante. De ahí que si un cuasidelito no puede ser considerado como imputable á la persona jurídica considerada en sí misma, haciendo caso omiso de quien la representa, hace falta, sin embargo, admitir que de la imputabilidad del cuasidelito respecto á sus representantes, para los cuales se manifiesta directamente su existencia, se sigue necesariamente su responsabilidad (2).

Sobre esta enseñanza considerada en su generalidad se hablará pronto; como también del carácter de la responsabilidad que incumbe al representado, deducida de la esencia de la representación.

(1) V. el cap. II.

(2) La legislación musulmana ofrece el ejemplo de una persona jurídica, responsable por el hecho ilícito de uno de sus miembros. En caso de homicidio, herida ó lesión involuntaria, la «composición legal queda á cargo del ofensor y de su tribu». (Cód. musulmán de Khalil, art. 1.834); los arts. 1.836 y 1.838 regulan el orden de la contribución, y el art. 1.841 establece «la obligación de la tribu de pagar la contribución que estuviera á cargo de los *menores, mujeres, pobres y deudores*, sin que éstos estén obligados á contribuir por otros». Sobre la tribu árabe, v. la noticia de Seignette, ob. cit., pág. 707.

§ 2

De la imputabilidad respecto á los menores, á los incapacitados y á los inhabilitados.

SUMARIO: 140. Imputabilidad de la negligencia á los menores. Del menor emancipado. Remisión. — 141. De los mentecatos, de los incapacitados y de los inhabilitados; derecho antiguo y derecho moderno.

140. Al exponer el concepto acerca de la imputabilidad (1), se ha aclarado de qué modo la locución empleada por la ley sobre el cuasidelito, como también la índole misma de la culpa aquiliana, no da motivo para invocar respecto á la entidad de esta última las normas de su capacidad, fijadas en la materia de los contratos. La cuestión de la imputabilidad será, por lo tanto, resuelta en los varios casos, según el concurso de los elementos que la componen.

Mas para el menor emancipado, ¿deberá mudarse la regla? Con la emancipación queda definida en el menor la capacidad para los actos de simple administración; y, sin embargo, la indagación encaminada á establecer en la hipótesis de cuasidelito que el menor no se encuentra en tal estado de inteligencia para poder prever las consecuencias de un hecho no directamente ilícito, parecería contrario al valor del acto, por el cual este desarrollo intelectual se le reconoció legalmente. Admitase por un momento esta opinión: pues bien, con ser reconocida en el menor la capacidad para los actos de simple administración, ¿se le reconoce para cualquier obligación la existencia de la posible diligencia que responde en su omisión con la culpa ligera ó solamente la grave? Con esto, sería excluída la capacidad por culpa levisísima: ¿y si en cambio ésta se le pudiera legítimamente imputar? Y, por el contrario, ¿sí no

(1) V. el cap. pres. *Generalidades*.

fuera siquiera capaz de culpa ligera? En estas consideraciones de hecho se apoya la doctrina que opina no cesa por el hecho de la emancipación la responsabilidad del padre emancipante (1): resolución exacta, con arreglo á los principios.

Y bastará que en este momento se recuerde al caso que las providencias acerca de la culpa aquiliana nada tienen de común con la culpa contractual, y, por lo tanto, con las reglas que conciernen á la capacidad para contratar; ni tampoco, como se hará notar, con todas las normas que rigen en materia de daños é intereses. Un menor es incapaz de contratar, y puede ser capaz de obligarse por casidélito. Podría ser capaz de cometer actos de simple administración é incapaz de obligarse por hecho ilícito. En consecuencia al hecho de la acaecida emancipación, no debe en manera alguna imponerse al Juez al buscar la capacidad de diligencia en el menor que ha cometido un cuasidélito; son estos dos órdenes distintos de capacidad que, como resulta de los dos modos de ser de la culpa, no pueden confundirse. Se preguntará, es verdad, por qué la ley se muestra menos severa al disponer sobre la culpa contractual, y al mismo tiempo haya ejercido en favor de los menores la mayor tutela, mientras mostrándose más severa en la culpa aquiliana quita á los menores la protección y les aplica el principio común sobre la imputabilidad; pero toda duda sobre la corrección de la ley es inútil cuando se considere la condición del menor frente á un contrato que puede causarle daño, y respecto de cuya formación el otro contratante no debía ignorar el estado de la persona con la cual contrataba; confróntese la posición del menor que ocasiona daño á un tercero (2).

La distinción entre el menor y el menor emancipado, ¿se deberá tanto menos acoger á fin de reglamentar la res-

(1) V. el cap. X, § 1.

(2) V. el cap. pres. *Generalidades*.

ponsabilidad por los hechos cometidos por un representante (en general), y en especial por un criado? ¿Se deberá deducir su responsabilidad directa en el segundo caso, habiendo eficazmente procedido á un hecho de simple administración, ó será en cualquier caso responsable, salvo al menor no emancipado, del derecho de hacerse indemnizar por el tutor?

Se alude aquí á tal cuestión, porque está ligada aparentemente con el concepto de la imputabilidad; tiene, sin embargo, lugar más apropiado en el estudio de la responsabilidad por el hecho del representante, y ahí será examinado (1). Nótese, sin embargo, desde ahora que, aun poniendo en el ejemplo la distinción entre menor emancipado y menor no emancipado, esa no ha alcanzado directamente á la imputabilidad respecto al menor, sino á su responsabilidad por hecho imputable á su representante.

141. Las ideas expuestas referentes á la imputabilidad, bastarían para determinar en qué modo se deba evaluar la capacidad de diligencia en los mentecatos, en los incapacitados é inhabilitados. Y no será superfluo el repetir lo dicho aquí, no solamente con el fin de demostrar la relación entre el derecho antiguo y el moderno sobre la condición del pródigo, sino también para determinar mejor la diferencia entre la culpa aquiliana y la culpa contractual respecto á la incapacidad.

La existencia de la interdicción ó de la inhabilitación no hace que la persona que la sufre deba ser considerada por esto como incapaz de cometer cuasidélito, debiendo el Juez reconocer en el sujeto el vicio de inteligencia y su gravedad: esto sentado, aun el que esté afectado de tal vicio, y en tal modo de hacerlo incapaz de diligencia, aunque no esté incapacitado ni inhabilitado, será responsable, cuyo precepto no está contradicho y sólo se nota la dificultad de

(1) V. el cap. VI, § 3.

la prueba (1). Reserva inútil y contraria á los principios: la interdicción ó la inhabilitación ¿servirán acaso como prueba absoluta de incapacidad, independientemente de la indagación especial relativa á la imputabilidad del hecho cometido?

Se ha observado que la ley (2) se ha puesto en guardia al declarar incapaces de obligarse por hecho ilícito las personas á las cuales se ha nombrado un curador, porque el vicio de inteligencia no está, como ella lo entiende, llevado á tal extremo de quitar la consciencia del bien ó del mal que se haga; y esto no solamente para el caso de delito, sino también para la imprudencia, la cual todavía puede ser aquí fácilmente dispensada. Razonamiento todo basado sobre el equívoco entre la capacidad de contratar y la de causar injuria. ¿Qué importa si la ley, dictando la providencia de la inhabilitación para el vicio no grave de inteligencia, deja al inhabilitado una cierta incapacidad? Esto no puede, en manera alguna, vincular la decisión referente á la incapacidad en relación al cuasidelito: manteniendo la capacidad al inhabilitado para los actos de simple administración, ¿se ha querido acaso atribuirle, y para toda relación, la existencia de un tal desarrollo de inteligencia y de libertad de querer, que lo haga capaz solamente de un determinado grado de culpa, de modo que quede al Magistrado la sola obligación de confrontar este grado de culpa con el de negligencia, de donde se derivó el cuasidelito? Todo lo contrario. Si se argumenta sobre tal idea, que comprende la imputabilidad del inhabilitado, se está después obligado á poner delante la excusa en él de la imprudencia. Esto no: la fórmula es contraria á la ley; la excusa de-

(1) Laurent, ob. cit., XX, 445.

(2) Laurent, ob. y ed. cit. Consúltese también Larombière, ob. cit., v. sobre los arts. 1.382-83, nn. 22 y 23; Aubry y Rau, ob. cit., IV, § 444, n. 7. V. sobre el principio, Cód. civ. germ., § 838; Plank, ob. cit. sobre este §.

pende del vicio de inteligencia puesto bien en claro, ni á esto sirve únicamente las disposiciones acerca de la capacidad de contratar. Que pueda deducirse de la condición jurídica del incapacitado y del inhabilitado una presunción (no de ley) referente al estado de inteligencia, admítase; pero de tal estado no se puede inferir sin más la inexistencia ó la medida de la capacidad.

Con cuyo principio viene también resuelta la cuestión de la imputabilidad del pródigo inhabilitado. En el derecho antiguo se daba al pródigo un curador ó un consultor (1); pero los doctores se cuidaban de advertir que esto no lo eximía de responsabilidad por el cuasidelito que pudiera cometer (2). La ley moderna (3) quita al pródigo la sola capacidad para los actos que exceden la simple administración, á los cuales no puede atender sin la cooperación de un curador, y en el ordenamiento acerca de las medidas protectoras de los vicios de inteligencia, éstas están bien distinguidas (4) de la prodigalidad. Queda, pues, la regla antes establecida (y con mayor motivo) también para el pródigo inhabilitado: la inhabilitación no hace que pueda declararse su irresponsabilidad para el cuasidelito por razón del defecto de imputabilidad.

La indagación de la responsabilidad por los hechos del representante (en general) del menor se ha aplazado para el estudio referente á la representación; en el cual se hablará también de la responsabilidad del representante del incapacitado, del inhabilitado y de quien, si bien sufra vicio de inteligencia, no esté, sin embargo, sujeto á ninguno de estos dos procedimientos.

(1) Beaune, *Droit coutum. fr.*, I. *La condit. d. personnes* (Paris, 1882), p. 580. Viollot, *Précis de l'histoire du dr. franç.* (Paris, 1893), págs. 465 y 466.

(2) Pothier, ob. cit., n. 120.

(3) Cód. civ., art. 339; v. Cód. fr., art. 513; v. Cód. austr., artículo 21.

(4) Es la locución adoptada por el art. 339 cit.

§ 2 A).

Restricción de la excepción derivada de vicio de inteligencia.

SUMARIO: 141 bis. En qué consiste.

141 bis. El vicio de inteligencia, cuando sea tal que quite al agente la inteligencia y la libre voluntad, quita la existencia de la culpa; pero si resulta que la injuria fué causada en un momento de lucidez, falta la razón de la excepción y se entra de nuevo en la regla que establece la responsabilidad.

Esta doctrina es común (1). Ahora bien: aceptando el principio, es también necesario añadir que la prueba de la existencia de lúcido intervalo en el momento de la comisión de la injuria no excluye la prueba encaminada á demostrar que ese no es estado tal que pueda quitar del modo más amplio el vicio de inteligencia. En este último caso se deberá examinar si la negligencia de donde la injuria se deriva fuese tal, que correspondiera al grado de diligencia de que es capaz el agente, y, según los resultados de la indagación, se declarará si existe ó no la imputabilidad.

El principio existe aun cuando (2) conste que el agente que está en estado normal de inteligencia y voluntad se colocó voluntariamente con el fin de cometer la injuria y cometer con dolo la eliminación de la responsabilidad; este comportamiento anterior y supeditado al hecho lo hace plenamente responsable. Ni importa para los efectos que se haya excedido en la medida de la injuria que había pensado inferir, de lo cual se hablará en su lugar.

(1) Consúltese especialmente Demolombe, ob. cit., VIII, 492; Larombière, ob. cit., sobre los 1 382-83, n. 20; Aubry y Rau, ob. cit., IV, § 444, n. 5; Giorgi, ob. cit., V, 295. V. Cód. civ. de la Rep. Arg., art. 1 070; Cód. civ. germ., § 827 cit.

(2) V. p. 322, n. 4, en f.

§ 3.

De la imputabilidad respecto á la mujer casada.

SUMARIO: 142. Incapacidad de la mujer casada para contratar en casos determinados.—143. Razón de la ley.—144. Garantía de que está rodeado el instituto dotal.—145 - 153. Si en la responsabilidad por hecho ilícito cesan las garantías dotales.

142. La índole y la economía de esta indagación no consenten el describir aquí la historia de la condición social de la mujer en los varios periodos de la civilización, y del derecho en que ésta inmediatamente se refleja (1), aunque tenga mucha gravedad dicha indagación como medio de determinar el desarrollo seguido en este sentido por las costumbres sociales y por las leyes. De las instituciones antiguas que concedían algunas á la mujer aunque casada la plena capacidad, cuando otras (2) «*propter animi levitatem*» (3) la consideraban sujeta á perpetua tutela, cuyo instituto de la extensión primitiva (4) concluyó por transformarse por las condiciones ético-sociales en desuso, cediendo á otras previsiones que limitaban la incapacidad de la mujer á algunos actos de la vida civil, entre los cuales el más importante, S. C. Veleyano, está en los últimos tiempos en

(1) Sobre esta materia, véanse especialmente los estudios de Laboulaye, *Recherch. s. la cond. vic. et pol. des femmes*, Paris, 1843; Dubois, *De la condition légale des femmes et de l'incapacité de la femme mariée*, Paris, 1860. Gide, *Étude sur la condition privée de la femme*, edit. Esmein, Paris, 1885; Gabba, *Della condizione giuridica della donna*, Turin, 1883.

(2) Consúltese Kohler, *Indische Ehe und Familienrecht* (Mannh., 1886), p. 391; Revillout, *Cours de droit Égyptien*, I (Paris, 1886). *La situation lég. de la femme*, p. 197 y siguientes.

(3) Gai, *Ins.*, I, 144; v. después, I, 190 y 193.

(4) En Egipto, la incapacidad de la mujer se reguló bajo el reinado de Tolomeo Filopatore. Consúltese Revillout, ob. cit., páginas 201 á 203.



caminado especialmente á garantir la inalienabilidad de la dote (1); de la lentitud en este proceso encaminado al justo reconocimiento de la capacidad de la mujer por causa de la influencia que en el orden social, y por lo tanto sobre el régimen de la familia, tuvo la ley germánica con el instituto del *mundium*, reproductor del estado de sujeción de la mujer (2), está robustecido después por la razón feudal; de esta sucesión de normas, deprimentes primero, y que ensalzaban después la condición jurídica de la mujer, para después volverla á restringir, se infiere claramente que la razón del instituto está toda en el ordenamiento público, del cual la incapacidad se extendió al derecho privado. No se comprendía, en efecto, cómo respecto á este último pudiera tenerse personalidad completa si no se tenía respecto al público; y, sin embargo, no obstante que la separación de la materia de los dos órdenes de relaciones jurídicas condujese á otros resultados, como se observa en la última evolución que tuvo la ley romana y el mismo derecho germánico, la ley patria, si no tiene más vestigios de la tutela perpetua impuesta á la mujer, ha limitado la capacidad jurídica á la mujer casada; último vestigio, acaso, del antiguo mundo.

A cuya incapacidad se coordina la teoría generalmente acogida de la enajenación de la dote, y considera que ésta es esencialmente enajenable por razón del delito ó del cuasidelito del cual la mujer casada deba responder. Cuya excepción, como se verá mejor después, está ligada al concepto de la imposibilidad de extender las reglas acerca de incapacidad de contratar á la capacidad para cometer delito ó cuasidelito: criterio verdadero y aplicación inexacta. Y la relación entre las dos dificultades induce á discutir ahora el argumento, anteponiendo como fin de introducción en la indagación algunas ideas generales sobre la capacidad en general de la mujer casada.

(1) Gide, ob. cit., l. I, cap. 4 y 5 y l. II, cap. 1 y 2, *Rome chrétienne*. V. además Viollet, ob. cit., p. 685.

(2) Gide, ob. cit., l. IV, cap. 1.

La ley patria quiere (1) que la mujer casada no pueda válidamente ejecutar algunos actos especialmente designados; se comprende que la letra no induce prohibición de interpretación, y que la figura especial de una relación no impide el examinar si en su estructura entra necesariamente alguno de los institutos para los cuales está puesta la prohibición; así, sin tener en cuenta la incapacidad establecida en otras leyes especiales, la ley civil ordena que la mujer casada no pueda dar, enajenar bienes inmuebles, hipotecarlos, hacer contratos mutuos, ceder ó retirar capitales, asegurarse, ni transigir ó mostrarse parte en juicios, relacionados con dichos actos, sin la autorización del marido.

143. ¿Y la razón del ordenamiento? Sobre ésta, los doctores, especialmente los franceses, discuten y entablan controversias, estimando algunos que el interés de la familia y el respeto á la potestad matrimonial es motivo de incapacidad (2); refiriéndose otros á los precedentes históricos de la ley, para deducir que su disposición se inspira en el concepto de la incapacidad natural, derivada de la debilidad y de la impericia, que se supone innata al sexo (3).

Ciertamente, esta última opinión debería preferirse cuando se tuvieran en cuenta sólo los motivos históricos de la ley francesa, que la italiana tuvo presentes. Los doctores que declaraban el derecho anterior á la codificación, sostenían, en efecto, el instituto de la potestad matrimonial sobre la incapacidad de la mujer, como derivado de la fragilidad de su naturaleza (4); y donde se piense que en aque-

(1) Cód. civ., art. 134.

(2) Aubry y Rau, ob. cit., V, § 472; Demolombe, *Tr. du Mar.* (VI ed.), II, 128 y sig.; Laurent, ob. cit., III, n. 95.

(3) Merlin, ob. cit., v. *Autorisation marital*, s. 2; Proudhon, *Tr. de Pét. des personnes* (Paris, 1848), I, p. 454; Toullier, ob. cit., II, 616; Gide, ob. cit., IV, c. 3. V. además Franck, *Philos. du droit civil* (Paris, 1886), cap. IV, pág. 31 y siguientes.

(4) Bouhier, *Observations s. la cout. de Bourgogne*, en *Œuvres*

llas leyes francesas que lo acogían, no podía ese referirse como fuente al derecho romano, sino á la tradición del antiguo *mundium* germánico ó al feudalismo, parecería por tal origen aclarada su naturaleza, y la declaración que daban los jurisconsultos resultaría rigurosamente exacta. Verdad es que así en contradicción se pone la ley, que considera capaces las mujeres no casadas é incapaces las casadas; pero no por esto resulta debilitada la teoría expuesta, especialmente cuando se advierta en el hecho que la autorización judicial está en la ley francesa destinada en ciertos casos á sustituir la marital, y entre los otros la condena del marido á pena aflictiva ó infamante, y su ausencia ó interdicción (1).

Este punto de la legislación francesa merecía particular consideración, en cuanto que la diversa construcción que en la ley civil patria debe exponerse respecto á la incapacidad estudiada determina la razón para decidir en la excepción pretendida referente á la enajenación de la dote. Ahora bien: el instituto de la autorización marital, tal como es acogido en la ley italiana, tiene su razón única, y los trabajos preparatorios lo demuestran con evidencia en el interés de la familia y en la unión y concordia de los cónyuges (2), que es fundamento necesario al consorcio familiar, y con éste fuente de las virtudes que hacen á la

(Dijon, 1788), cap. XXI; Loysel, *Instit. coutumières*, edic. Dupin (Paris, 1846), I, 2, n. 23; Lebrun, *Tr. de la communauté* (Paris, 1754), I, 2, c. 1, 3, 2, 1; Pothier, *De la puissance du mari*, en *Œuvres*, ed. Bugnet, cit. n. 4. Consúltese también Beaumanoir, *Coutumes du Beauvoisis (Clermont)*, ed. Salmon (Paris, 1899-1900), XLIII, § 27.

(1) Cód. civ. fr., arts. 221 y 222. V. el Cód. civ. it., por el artículo 135.

(2) Parlam. it., sesión 15 Febrero 1865. V. *Dictamen de la Comisión del Senado*. Adviértase que en el proyecto ministerial no se hablaba de la autorización marital como institución contraria al derecho común italiano. Informe del Gobierno § 4. V. también Relación al Rey. La doctrina está conforme.

comunidad social en válido y llevadero presidio; de razón familiar por medio de la natural relación que exista entre el grupo de la familia y el consorcio político; está, pues, el instituto que, confiriendo autoridad al marido, pone á la mujer en estado de dependencia, y, sin embargo, de incapacidad. O sea no incapacidad, sino sujeción; y la coordinación de la regla con las sabias limitaciones que la templan, confirman que otra y más alta razón tiene el instituto antes descrito en la legislación italiana.

144. La cual, disciplinando el régimen dotal, ordena según el fin de la dote, que es el «sostener las cargas del matrimonio» (1); no poderse ella alienar ni hipotecar (2) fuera de dos casos: que en el contrato de matrimonio se haya convenido lo contrario, ó si concorra necesidad ó utilidad evidente, declarada cierta por consentimiento de los cónyuges y autorización judicial (3). La razón de la ley da el criterio que hace falta para resolver la cuestión de la responsabilidad para el delito ó cuasidelito cometido por la mujer casada, y para fijarle, ocurre, ante todo, preguntar si la restricción del poder que contiene deriva del carácter especial de la dote, sin que influya sombra alguna de incapacidad personal para disponer, ó si, en cambio, representa todavía una aplicación de la ley de incapacidad de la mujer casada.

Esta última construcción está sostenida generalmente por la doctrina francesa, la cual opina que la mujer está puesta en un estado de imposibilidad legal de hacer cosa alguna que sea perjudicial á sus derechos, ya sea la dote inmueble ó mueble: y la aplica reconociendo á los acreedores que lo fuesen de la mujer antes del matrimonio el

(1) Cód. civ., art. 1.388.

(2) Cód. civ., art. 1.405; Cód. civ., art. 1.555. El Código austriaco no prohíbe la enajenación. Lo mismo el Cód. de la Rep. Argentina, art. 1.243-1.260.

(3) Cód. civ., art. cit.

derecho de resarcirse sobre los bienes constituidos en dote, y negándolo á aquellos que lo hayan sido después del matrimonio, aunque quieran ejercitarlo después de ocurrida la disolución del matrimonio: fuera del caso que la razón de crédito contra la mujer casada no consista en el delito ó cuasidelito que pueda imputársele (1). Decisiones que están en armonía con la doctrina que reconoce á la mujer la propiedad de la dote (2).

Cuya teoría no parece conformarse con la ley que rige la dote como instituto cuyo fin es la protección de la unión conyugal y de la cual concurre á sostener los gastos; y si esta es la idea en que se informa el instituto dotal, la inalienabilidad de los bienes llevados como dote debe ser declarada de conformidad, y no refiriéndola á la incapacidad de la mujer, que es consideración fuera de lugar. Y no importa el observar que por el derecho francés la mujer está considerada como propietaria de la dote, porque si esta idea domina en el derecho consuetudinario y en la antigua doctrina (3), es dudoso que haya pasado al espíritu de la ley moderna donde se haga referencia á las garantías tutelares del instituto, y al cuidado que tuvo la ley al indicar minuciosamente los casos en que está permitido enajenar la dote ó hipotecarla. Como en el derecho romano, en confrontación con la opinión dominante que considera que la dote es pro-

(1) La doctrina y la jurisprudencia francesa están, en general, de acuerdo sobre estos tres puntos.

(2) Consúltese Merlin, ob. cit., v. *Dot*, § 7, n. 6; Marcadé, ob. cit. sobre el art. 1.549; Rodière y Pont, *Contr. du mariage* (Paris, 1865-69), II, n. 1.711; Tessier, *Questions s. la dot* (Paris, 1852), números 1-49; Aubry y Rau, ob. cit., V, 535; Arntz, ob. cit., III, 893; Stabel, ob. cit., § 194; Dreyer, ob. cit., §§ 416 y 417. Cas. fr., 26 Noviembre 1901 (*J. du P.*, 1902, I, 139). Cfr. la doctísima monografía de Bellavite, *Contrato de matrimonio* (Padua, 1879), pág. 28 y sig. V. en seguida el n. 149.

(3) Consúltese Beaune, *Dr. coutum. fr.*, II. La condición de los bienes (Paris, 1886), p. 452. V. además Gide, ob. cit., p. 542 en f.

piEDAD del marido (1), se puede suponer que sea *res uxoria*, consignada durante el matrimonio sólo en custodia (2), del mismo modo en el derecho moderno la dote en el matrimonio no pertenece al marido, que es considerado solamente administrador (3), no á la mujer, que no puede disponer en manera alguna ni siquiera con la sola autorización del marido, como sucede con los bienes parafernales, cuya propiedad se considera en ella plena y absoluta (4). La dote, excepción hecha del caso en que al momento de ser constituida le sea concedida la alienación (y entonces la razón del contrato, y, por lo tanto, de la libre voluntad, predomina sobre toda otra consideración), puede ser alienada ó hipotecada sólo consintiendo los cónyuges y la autoridad judicial; ese instituto de orden público familiar puesto bajo la tutela de la ley; su existencia depende de la del matrimonio y está sustraída completamente á la voluntad de los cónyuges.

La excepción misma de la necesidad ó utilidad evidente de alienación de la dote hace todavía más sensible esta entidad, y la autorización judicial la define y la determina enteramente. Se podría, sin embargo, construir la teoría refiriendo la dote á la dotalidad como relación jurídica instituída sobre bienes, y que, arriesgándose la propiedad de éstos, la paraliza; de modo que la propiedad de la dote sería otra cosa distinta de la propiedad de los bienes vinculados en dote; los cuales, sin embargo, conservándose á la mujer (excepción hecha del caso de reversibilidad), tendrían la condición jurídica especial derivada de la carga dotal y de

(1) Consúltese especialmente Vangerow, ob. cit., § 218 y n. 1; Windscheid, ob. cit., § 496; Czylarz, *D. röm. Dotalrecht* (Gies., 1870), § 54; Gide, ob. cit., pág. 499 y sig.; Arndts-Serafini, ob. cit., § 404; Schupfer, ob. cit., pág. 326.

(2) Consúltese Brinz, ob. cit., § 264. V. también Cogliolo, *Saggi di evol. nel dir. priv.* (Turin, 1884), p. 36.

(3) Cód. civ., art. 1.399; Cód. fr., art. 1.549; cfr. Cód. austr., § 1.237. V. Cód. Rep. Argent., art. 1.276.

(4) Cód. civ., art. 1.427; Cód. fr., art. 1.576.

las cautelas que á la existencia de la dotalidad y del patrimonio dotal se confieren. Y este patrimonio tendría un fin en sí mismo, estaría encaminado á un objeto familiar: de donde se deriva la cualidad de administrador dada al marido, jefe de la familia.

La construcción propuesta, tal como está avalorada por las garantías previstas por la ley en favor de la dote, no está contradicha por la opinión de algunos de los trabajos preparatorios del Código civil francés, que reconoce la propiedad de la mujer sobre la dote (1); una relación dice que queda la dote en propiedad á la mujer, y añade que las acciones de propiedad están suspendidas por razón de la inalienabilidad de la misma (2); la relación quita todo fundamento á la afirmación que precede: habría propiedad y no propiedad. El carácter de la dote está, por lo tanto, principalmente dado por su inalienabilidad; y, sin embargo, piénsese que durante el matrimonio la dote no es propiedad de algunos de los cónyuges, sino instituto que se confunde con el matrimonio mismo, ó ya se considere que la dote pertenece, sí á la mujer, pero es inalienable; debiendo servir á las necesidades del matrimonio, la consecuencia es idéntica; la inalienabilidad deriva, no de incapacidad de la mujer, sino de la destinación misma de los bienes dotales como está ordenado por la ley.

145. Esto sentado, si la dote considerada en relación á la nueva propiedad de los bienes sobre los cuales está constituida y á los frutos (patrimonio dotal propiamente dicho) tiene un carácter de instituto de orden público; si por esto mal se comprende cómo se haya suscitado una cuestión acerca del pretendido derecho de los acreedores personales del marido para resarcirse sobre los frutos dotales, ó sobre

(1) *Rapp. Duveyrier au Tribunat* (19 pluv. a. XII), en *Loché*, ob. cit., XIII, n. 35.

(2) *Duveyrier, Rapp. cit.: v. Berlier, Exp. d. mot.* (10 pluv. a. XIII), en *Loché*, ob. cit., n. 35.

la parte sobrante á las necesidades de la familia, confundiendo así la posición jurídica en el marido de administrador con la otra de usufructuario (que es sólo relativa á las obligaciones), es peor después el haber sido resuelta afirmativamente (1), porque solamente los acreedores del marido como tal (de la hacienda matrimonial) tendrían el poder con arreglo al fin de la dote, que es de concurrir á las necesidades del matrimonio (2); menos todavía se puede comprender la excepción propuesta á la inalienabilidad de la dote por razón de la obligación que resulta en la mujer por el delito ó casidelo por ella cometido.

Esta última excepción es mal acogida por la doctrina que, considerando que la dote es propiedad de la mujer, declara la incapacidad para disponer por medio del mismo concepto de la incapacidad natural, que también opina es razón de ser de la autorización marital (3); ahora bien: la historia de dicho instituto quita toda base á la construcción, y demuestra que la inalienabilidad dotal está tomada en la ley moderna de la romana, que atribuye á la dote el carácter que también se le atribuye hoy de orden público; con cuyo criterio se debe, por lo tanto, explicar su naturaleza de inalienable, independientemente de toda idea de incapacidad personal.

(1) *Cons. Laurent*, ob. cit. XXIII, 556; *Marcadé*, ob. cit. sobre el art. 1.554; *Aubry y Rau*, ob. cit., § 535; *Cas. fr.*, 27 Abril 1880 (*J. du P.*, 1880, 871); 14 Agosto 1883 (*J. du P.*, 1886, 1, 59); *Cas. Roma*, 5 Abril 1883 (*Foro it.*, VIII, 1, 259) y 29 Mayo 1883 (*Foro it.*, VIII, 1, 386); *Cas. Nápoles*, 28 Junio 1883 (*Foro it.*, VIII, 1, 1.234); 6 Septiembre 1889 (*Legge*, 1889, I, 230); *Cas. Florencia*, 26 Febrero 1893 (*id.*, 1893, I, 550). V. además *Auletta* en el *Foro it.*, VIII, 1, 341. *Cons.* la nota sig.

(2) *Cons. Cas. Roma*, 5 Enero 1895 (*Legge*, 1895, I, 254); *Cas. Turín*, 21 Mayo 1900 (*id.*, 1900, II, 603); *Cas. Roma*, 13 Abril 1901 (*id.*, 1901, I, 722).

(3) Sobre esta materia, cons. la monografía de *Demolombe*, en la *Recue de législation et de jurisprudence* (dir. por *Wolowski*), II, 282; y *Massot* en la *Jurisprudence de la Cour de Caen*, 1840, p. 299 y siguientes.

Pero no por esto está mejor acogida por la teoría que la necesidad de la autorización marital justifica como homenaje á la autoridad del marido y á la constitución de la familia, y considera como inalienable la dote por causa de la incapacidad de la mujer, que nada puede hacer contrariamente á los derechos que le corresponden sobre la dote misma.

¿No parece contradictorio este modo de explicar la incapacidad en los dos casos? En el segundo, efectivamente, parece que se asimila á la razón natural mejor que á la necesidad de orden familiar.

Tampoco esta doctrina no abarca ni determina la verdadera entidad jurídica de la dote y el valor de la consiguiente inalienabilidad establecida y garantizada según su fin; y objeción común á las dos teorías puede ser ésta: si la inalienabilidad de la dote está justificada con la incapacidad de la mujer, ¿por qué no bastará al objeto la autorización del marido, como sucede en los bienes parafernales?

146. En el derecho italiano, la cuestión está decidida por los trabajos preparatorios. La dote sirve para sostener las cargas del matrimonio, y es, por esto, inalienable (1); y, por lo tanto, en mal lugar se colocan los doctores que ven en la inalienabilidad de la dote, según el derecho patrio, un efecto de la incapacidad de la mujer para disponer. La inalienabilidad es carácter exclusivamente relativo á la cosa dotal (2), tiene función objetiva real.

147. Determinada así la razón de la autorización marital y la de la inalienabilidad de la dote, ¿qué aplicación deberá hacerse respecto á la obligación que nace de hecho ilícito (extracontratual) cometido por la mujer casada?

La doctrina francesa é italiana están de acuerdo en la decisión de que á la responsabilidad por delito y cuaside-

(1) Informe del Gobierno al Senado (sesión del 25 de Noviembre de 1863), § 4.

(2) Confr. Ricci, ob. cit., VII, 38 y sig.

lito no deba referirse la norma que exige para algunas figuras de obligación, el concurso de la autorización marital, y que resultando, por lo mismo, válidamente obligada la mujer casada, como consecuencia de su hecho ilícito, corresponde al ofendido la acción del resarcimiento sobre la nuda propiedad de los bienes constituidos en dote, no sobre los frutos dotales, que constituyen, según su naturaleza jurídica, propiedad del marido (1).

Hacia la primera decisión no se puede uno inclinar. La ley, proveyendo á la necesidad social de garantizar en cuanto sea posible la paz, el orden de la familia y la autoridad de quien legalmente la representa, estableció la incapacidad de la mujer para cumplir determinados actos jurídicos; pero si por la razón varias veces enunciada de la diversidad sustancial entre la obligación que nace de contrato y la que deriva de hecho ilícito, si por la necesidad de tutelar el derecho injustamente ofendido, dicha incapacidad mal podría oponerse con el fin de eximir á la mujer de la responsabilidad que se le deriva de un delito ó cuasidelito, su incapacidad podría, en este caso, estar determinada solamente por vicio de inteligencia. Adviértase, además, la

(1) Duranton, ob. cit., XV, 533; Toullier, ob. cit., XIV, 347; Marcadé, ob. cit. sobre el art. 1.556, n. 2; Sourdat, ob. cit., I, 172; Troplong, *Contr. de mariage* (Paris, 1857) IV, 1.320 y sig.; Rodier y Pont, ob. cit., II, 1.822 y sig.; Benoit, *La dot* (Paris, 1846), II, n. 255; Aubry y Ran, ob. cit., V, § 538; Jouitou, *Du rég. dotal* (Paris, 1882-88), n. 149; Deloynes, en *Revue critique*, T. S. XI, p. 541; Bertauld, *Quest. prat. et doctr. du C. Napol.* (Paris, 1869), I, 641-643; Cas. fr., 20 Julio 1870 (*J. du P.*, 1871, 192); 4 Julio 1877 (*J. du P.*, 1877, 1.209); 10 Junio 1879 (*J. du P.*, 1879, 1.085); 16 Febrero 1880 (*J. du P.*, 1881, I, 857); 27 Febrero 1883 (*J. du P.*, 1884, I, 447); 23 Noviembre 1885 (*J. du P.*, 1886, I, 1); Ap. Orleans, 26 Diciembre 1878 (*J. du P.*, 1879, 451); Ap. Rouen, 28 Marzo 1881 (*J. du P.*, 1882, I, 306). En la jurisprudencia italiana siguese la doctrina sentada por la francesa. Cas. Nápoles, 27 Junio 1879 (*Legge*, XX, I, 484); Ap. Roma, 9 Julio 1881 (*Legge*, XXI, II, 629). V. Anau en el *Monit. dei Tribun.*, 1881, n. 38. V. además n. 149, t. y n.

inconsecuencia á que se expone la doctrina francesa que refiere la razón de la autorización marital á la incapacidad natural de la mujer: ésta derivaría de causa no presumida pero existente en la naturaleza misma, y, por lo mismo, la mujer (casada se entiende) debería tener menor capacidad de delito y de cuasidelito. Respecto á la segunda cuestión, cosa fácil es el observar que la doctrina expuesta contradice claramente la ley. Se ha dicho que la inalienabilidad de la dote deriva de la incapacidad de la mujer, y que si ésta cesa con ocasión de delito ó cuasidelito, cesa también aquélla; se añade: consideraciones graves de orden público impiden que, con la excepción de la dotalidad, pueda entablarse la acción por hecho ilícito cometido por la mujer casada, la cual no merece más la tutela de la ley ni puede invocarla.

Argumentos no buenos. La ley ha indicado particularmente los casos en los cuales está concedido el enajenar la dote ó hipotecarla; excepción de muy estrecha interpretación, porque el principio que éstas limitan está puesto por la ley como esencial al concepto de la dote; y el intérprete, extendiéndolas á hipótesis no previstas, altera el verdadero significado. De nada sirven las consideraciones de orden público que se hacen para demostrar que la incapacidad de contratar no se extiende á la hipótesis de delito ó cuasidelito; la razón de la autorización marital es bien diferente de la que determina la inalienabilidad de la dote, sobre la cual recae el carácter de verdadera objetividad. Esta extensión de la excepción tiene acaso su fundamento en la mala acogida que, primero los recopiladores de la ley francesa, y la doctrina después, dispensaron al privilegio de la inalienabilidad (1), que se dijo contradecía el fin del matrimonio; crítica injusta: de todos modos, la voluntad del legislador

(1) Consúltese además los autores citados, la monografía de Bathie en *Revue crit.* (1 s.), XXVIII. 425; y Duverger en la misma revista, XXIX. pág. 116. Adde Bertauld, *ob. cit.*, II, 430.

no debe supeditarse al sentimiento personal del intérprete.

148. La indagación hecha hasta aquí facilita la construcción de la teoría que parece responder mejor á la ley.

El ordenamiento de la autorización marital, no determinada de verdadera incapacidad natural de la mujer, no tiene influencia alguna sobre la imputabilidad del hecho ilícito cometido por la mujer casada; la inalienabilidad de la dote es además instituto completamente independiente, y es cualidad jurídica dotal. No se podrá, por lo tanto, en modo alguno ejercer acción sobre la dote para el resarcimiento de la injuria causada por la mujer; bien entendido, hasta que la dote exista como tal, porque, cesada la dotalidad, cesa la razón de la inalienabilidad. La distinción que se hace generalmente entre la nuda propiedad, sobre la cual se tendría derecho de ejercitar acción, y los frutos de la dote, no parece seria, deduciéndose de ella distinción donde no la hay y no puede haberla; la inalienabilidad concierne al instituto dotal, y no se puede admitir la propiedad sobre la nuda cosa separada de la mujer y la del marido sobre los frutos. La ley no considera estas dos propiedades como distintas, ni reconoce sobre la dote ninguna propiedad á los cónyuges mientras dure el matrimonio; y no es justo el decir que corresponda al marido la propiedad de los frutos, por habersele dado específicamente la calidad de administrador (1), ni se puede argumentar sobre las obligaciones que la ley impone para dar á esta palabra «administrador» un significado diverso del jurídico que tiene, y que está conforme con la entidad de la dote. La cual, considerada en la nuda propiedad ó en los frutos, está siempre destinada á sostener las cargas del matrimonio, y no puede separarse de tal objeto en modo alguno si la necesidad ó la utilidad evidente no lo consienten, ó si diversamente no

(1) *Cód. civ.*, art. 1.399 cit.

haya sido ordenada la constitución. Concedida la facultad de ejercitar acción sobre la nuda propiedad, si á la necesidad ó á la utilidad de la familia, único é inmediato fin de la dote, no bastasen los frutos, ¿en qué modo se podría proveer? La razón de la dote contrasta, por lo tanto, con una distinción tan arbitraria.

A justificar la excepción no sirve el motivo expuesto sobre la moralidad y sobre el interés general. La dote es instituto de orden público en razón de la destinación especial relativa al orden familiar; ahora bien: si en vista de dicho fin es inalienable, parece contradictorio que se invoque nuevamente este criterio para deducir conclusiones opuestas.

149. La doctrina que ahora se ha demostrado ser del todo contraria á la ley que ordena la inalienabilidad de la dote, ha inducido excepciones acogidas, es verdad, por la jurisprudencia, pero que contradicen la misma teoría que sin embargo quisieran fijar.

Se ha afirmado que la sola culpa de la mujer, aunque sometida á la sanción general de la responsabilidad, no es, sin embargo, suficiente para dar acción sobre la dote (1), resolución idéntica á la contenida en otras decisiones, donde más coherentemente con la doctrina que exceptúa la inalienabilidad de la dote de la responsabilidad por delito ó cuasidelito, se dice falta el cuasidelito en los hechos ú omisiones no imputables de dolo ó mala fe de la mujer y derivados de culpa del ofendido (2). Los dos motivos se pueden separar muy bien, porque la extensión del primero es suficiente para motivar la decisión, y queda así la teoría que del principio general de la responsabilidad para la dote ex-

(1) Ap. Pau, 2 Junio 1880 (*J. du P.*, 1882, I, 1.233).

(2) Ap. Lyon, 3 Febrero 1883 (*J. du P.*, 1885, I, 827); Ap. Limoges, 5 Diciembre 1883 (*J. du P.*, 1885, I, 585). Consúltese también Cas. fr., 15 Junio 1864 (*J. du P.*, 1864, 1.015).

ceptúa el cuasidelito como hecho en que falta la intención de ofender (1).

Esta limitación, acogida la teoría á la cual se conexiona, no tiene ya razón de ser. La ley, considerando el estado de la voluntad respecto á la injuria causada, ha distinguido el delito del cuasidelito, y, sin embargo, los ha igualado en las consecuencias; si en el primero existe la intención directa de ofender y en el segundo la simple imprudencia, no es menos verdad que el derecho ajeno resulta ofendido contra la voluntad del titular. El motivo de orden público que se invoca para sostener la excepción puesta á la inalienabilidad de la dote, existiría de igual manera en el delito y en el cuasidelito, y no parece correcto, por lo mismo, restringirlo al solo delito.

En resumen: ó la excepción que se propone existe y no hay motivo para distinguir dolo de culpa, porque la ley iguala las consecuencias, ó se adopta la distinción, y entonces se deberá decir que la teoría aquí combatida no tiene buen fundamento, porque respecto á las dos fuentes de responsabilidad (dolo y culpa) introduce una distinción que la ley no hace: motivos de orden y de moral pública sostendrían, se observa, la excepción propuesta; pero ¿no es por razón de este concepto que la responsabilidad está igualada para el delito y el cuasidelito? Al distinguirlos en la manera que se hace, se derriba la base puesta á la excepción que se enseña, y que cae así por obra de la misma doctrina, destinada á recoger las consecuencias directas é inmediatas de las condiciones puestas por ella. Eso demuestra todavía una vez la exactitud de la crítica hecha en correspondencia á la razón jurídica de la dote.

150. Para demostrar dicho punto con mayor amplitud, convendrá el seguir un poco en sus varias fases el movimiento que indujo la doctrina antes combatida.

(1) Cons. Cas. fr., 15 Junio 1864. cit.; 26 Noviembre 1901 (*J. de S.*, 1902, I, 139); Ap. Grenoble, 19 Febrero 1901 (*id.*, 1901, II, 96). V. también Ap. Alger, 21 Julio 1898 (*id.*, 1899, 2, 164).

Se puede encontrar el origen en la decisión de algunos casos especiales, cuya índole, como se verá después, no es siempre relativa á la figura jurídica no contractual. Y como tales, las hipótesis: *a*), de la mujer casada, adjudicataria de un inmueble puesto á subasta, y que se encuentra en la imposibilidad de pagar (1); *b*), de la mujer que haya mentido á la persona con la cual contrata su estado de casada con régimen dotal; y finalmente, *c*), de la mujer casada que haya mentido al contratante el estado de hipoteca verdadero de sus bienes parafernales (2). En el primero de estos casos, ¿hay modo acaso de aplicar la teoría de la culpa aquiliana? No. La distinción entre la culpa contractual y la aquiliana se presenta clarísima, porque, ya se haya cometido el hecho dolosamente ó por imprudencia, siempre está producido con ocasión de contrato.

Podría suceder, de otro modo, en las dos últimas hipótesis. Si en la primera se observa, en efecto, el incumplimiento de una obligación, en ésta, en cambio (3), se puede distinguir el caso de incumplimiento del de contrato invalidado por dolo que vicie el consentimiento, siempre que, excluida la figura de la culpa *in contrahendo*, se diga que, si el contrato ha sido hecho nulo por dolo es imposible atenerse á las reglas que gobiernan la culpa contractual, que es negligencia en el cumplimiento, y surge, en cambio, la figura del delito.

Ahora bien: la jurisprudencia, en las tres hipótesis indicadas, se ha decidido por la figura de la culpa (en sentido lato) no contractual, añadiendo que sólo para el caso de

(1) Cons. también Ap. Pau, 2 Junio 1880 (*J. du P.*, 1882, I, 1.233).

(2) Estos tres casos están agrupados por Labbé en la n. á la sentencia cit. en la nota precedente. De las soluciones por él dadas se hablará en texto. V. el n. 149. Sobre el segundo caso, v. Cas. fr., 4 Julio 1877 (*J. du P.*, 1877, 1.209); Ap. Lyon, 3 Febrero 1883 (*J. du P.*, 1885, I, 826), y Ap. Limoges, 5 Diciembre 1885 (*J. du P.*, 1885, I, 585).

(3) V. el cap. II.

delito se tendría el derecho de ejercitar acción sobre la nuda propiedad de los bienes dotales, con el fin de obtener el resarcimiento del daño. Con cuya teoría, que no distingue la nulidad del contrato del incumplimiento, se llegaría á los dos resultados siguientes: *a*) confundir la culpa contractual con la aquiliana, extendiendo de este modo á la primera la excepción de la inalienabilidad de la dote, que debía ser reservada á la segunda; *b*) negar la extensión jurídica de la culpa aquiliana, limitando la excepción descrita al solo caso de delito. Basta enunciar las consecuencias para que se vea el error de los conceptos de donde derivan. ¿Encuétrase en la hipótesis indicada la figura del delito? Admitase; pero consideraciones idénticas llevarían á extender la excepción dicha al cuasidelito (1). En la segunda hipótesis, además, la decisión está algunas veces motivada con argumentos por analogía de todo lo dispuesto relativamente á los menores (2), para los cuales la declaración de ser mayores de edad no bastaría á considerarlos dolosamente; y la aplicación no parece fundada, no pudiendo una disposición declarativa de incapacidad (se trataría de declarar *doli capax* una persona) tener interpretación extensiva.

151. A la referida decisión se pensó el darle consistencia física en dos diversos modos. Se dijo (3) que conviene distinguir el dolo en el cumplimiento del contrato del que existe antes de estipularlo y con el solo objeto de constituirlo. Entonces el vicio no tocaría el contrato; estaría fuera de ese, y ligado á él sólo aparentemente. Tendriase así la figura del delito; y si la mujer casada mintiese su estado ó la condición de sus bienes al otro contrayente, que creyendo en la falsa declaración se decidió á contratar, cometería

(1) V. la nota á la sentencia de la Ap. de Pau cit. (*J. du P.* cit., pág. 1.238).

(2) Cód. civ., art. 1.306; Cód. fr., art. 1.310.

(3) Rouland, *Conclus.*, en *J. du P.*, 1856, I, 197. V. también Cas. fr., 23 Noviembre 1885 (*J. du P.*, 1886, I, 1).



delito, y desaparecería, por lo mismo, la excepción de inalienabilidad de la dote.

Pero la construcción así intentada no considera la dificultad en sus varios aspectos. No basta la distinción que hace para separar claramente la figura de la culpa contractual de la aquiliana; y se comprende, por lo mismo, la objeción promovida por los Doctores (que, sin embargo, le concederían el calificar delito la entidad jurídica del dolo anterior al contrato) respecto á lo que la misma se contradice, excluyendo el cuasidelito de la excepción descrita. La mujer que casada, no dolosamente, sino por error, calla al otro contrayente su verdadero estado, por este hecho cometerá un cuasidelito, del cual responderá con los bienes dotales. Ahora bien: cuando se considere la cuestión sólo en confrontación con la culpa aquiliana, dicha decisión está, por necesidad lógica, acogida por el principio.

152. Para evitar la contradicción (1) se ha propuesto el no distinguir el dolo en la formación del que se refiere á la ejecución del contrato, porque el dolo, conexiéndose á este acto, tomaría siempre carácter de contractual y nunca figura de delito; pero si dolo hubo al contratar, y el contratante respecto al cual el otro lo cometió no pudo precaverse, esto es, no se encuentre en culpa, en manera alguna la reparación á la cual tiene derecho exige cese la inalienabilidad de la dote.

¿Es aceptable esta teoría? No lo parecería. Por un lado reforma la teoría descrita, y por el otro, contradiciéndose, la confirma. Afirma, en efecto, que el dolo, cuando ha ocurrido en ocasión del contrato, da siempre causa ó responsabilidad contractual, y no distingue si se refiere á la formación ó al cumplimiento del negocio constituido; después enseña que el dolo, precisamente como tal, da siempre causa ó responsabilidad como si fuera delito, aun siendo contractual. El fraude, se observa, debe ser siempre castigado

(1) Labbé, l. cit. V. también en el *J. du P.*, 1886, I, 1.

cuando el contratante ofendido no fuese culpable, por no haber usado como debía y podía la diligencia necesaria para conocer la verdad, que se le ha disimulado con las doloosas maniobras; y si el no haber evitado las consecuencias del dolo tiene, por lo tanto, causa en un error suyo inevitable no imposible de discernir, deberá atribuir á culpa suya el daño sufrido; por la constitución del negocio contractual. Se descubre fácilmente que de estos razonamientos la primera parte diferencia mal el cumplimiento de la formación, la existencia de la inexistencia del contrato, aunque no se admita, como aquí sucede, el construir sobre el concepto general de la culpa *in contrahendo* en modo que se considere contractual la culpa cometida en la formación del contrato. En la segunda está determinada, como derivada del delito, la responsabilidad por dolo, refiriéndose como quiera al negocio contractual, y en esto, si no está más extendida que la teoría que se quisiera sustituir, está en un todo conforme; la tercera, pensada con el fin de justificar las decisiones de la jurisprudencia, deduce un error muy grave, la compensación del dolo con la culpa, afirmación que si está hecha sin límites es contraria á los principios (1); en último lugar, acogida la construcción que atribuye al delito la responsabilidad de la mujer casada á la cual sea imputable el dolo, ¿por qué excluir la hipótesis del hecho ilícito culposo al que, según la doctrina expuesta, se debería recurrir cuando la falsa declaración esté hecha por la mujer, no por mala voluntad, sino por el error que ha sufrido al apreciar su régimen matrimonial?

153. Los conceptos considerados aquí como fundamento de la teoría del hecho ilícito no contractual, enseñan de qué

(1) Otro es el caso de dolo cometido por un tercero; el contratante contra el cual viene promovida ó exceptuada la nulidad, no tenga derecho de oponerse si se encontrase en condiciones de haber podido ó debido conocer este proceder fraudulento. Así, el Cód. civ. germ., § 123, y consúltese Planck, ob. cit. sobre este §; Hölder, ob. cit. sobre este §. La cuestión aquí es bien distinta.

manera debe procederse en el estudio y en la resolución de las cuestiones antes discutidas. Podríase en esas hacer distinciones, según que ocurra la figura de la culpa contractual ó de la aquiliana, y considerar, por lo tanto, la existencia del contrato para decidir cuál de ellas intervenga; así, si el contrato ha sido constituido en virtud de dolo empleado por uno de los contrayentes (por la mujer casada, en la hipótesis examinada) y se haya pronunciado la anulación, entonces la relación concerniente á la responsabilidad parecería gobernada por las normas concernientes al delito; si la estipulación se hizo por causa de consentimiento dado por error (sin que culpa alguna pueda en éste imputarse al otro contrayente), podrá la mujer casada pedir anulación en los casos consentidos por la ley; pero la otra parte, por razón de su buena fe, tendría el derecho de ejercitar su acción por el casidélito cometido por la mujer; esto es, quitado el contrato, quedaría, sin embargo, la responsabilidad por causa de culpa aquiliana si el error no fuese tal que se pudiera igualar los efectos al caso, porque la diligencia bastante á determinar el error suficiente para obtener la anulación del negocio puede ser diversa en grado de la que sirve para determinar el cuasidélito.

Si luego no hubiera anulamiento del contrato sin hacer distinción alguna, la culpa y el dolo deberían dar solamente causa á responsabilidad contractual, y aplicando estos criterios á la inalienabilidad de la dote, se llegaría ante todo á esto: que en la hipótesis de culpa contractual convendría examinar la validez de la obligación, según el estado de incapacidad que está ordenado por la ley respecto á la mujer casada.

Pero tal distinción en materia de culpa repugna á la construcción aquí propuesta y acogida de la culpa *in contrahendo*; y conforme con el concepto que se ha dado de esta figura, conviene decir que, aun tratándose de dolo, la conducta ilícita observada en la formación del negocio es siempre contractual. Después de todo, ó se acoja esta teoría

ó quiera tenerse otra, se hable esto es de culpa contractual ó de culpa aquiliana, en ningún caso se podrá ejercer acción sobre la dote, estando, por consideraciones puramente objetivas y deducidas del fin familiar social, determinadas en modo especialísimo las excepciones á la inalienabilidad. Se tendrá derecho solamente para el resarcimiento de obrar sobre los bienes parafernales:

a) si la culpa es contractual, cuando la mujer casada se haya obligado válidamente;

b) y si la culpa fuese aquiliana, que obra independientemente de todo concurso del marido autorizante, no siendo extensible á esta materia la regla sobre la incapacidad para constituir determinados negocios.

§ 3 C).

De la negligencia imputable á varios sujetos.

SUMARIO: 154-156. Obligaciones solidarias de varios sujetos á los cuales sea imputable el delito. — 157. Remisión.

154. Si varios individuos cometen de común acuerdo un cuasidélito (ó delito), la violación que esos hacen al mismo delito impone á cada uno la obligación de responder por el todo; y no se puede objetar que el concurso individual haya solamente parcialmente contribuido al resultado, porque la violación del derecho está por él mismo plenamente consumada. La comunión de la acción injuriosa pone por lo mismo con razón á cargo de cada concurrente el resultado que se ha derivado, y, por lo tanto, la norma de la obligación solidaria que nace del delito ó cuasidélito á cargo de las personas que hayan concurrido á cometerlo (1).

La disposición es justa y responde perfectamente á los

(1) Cód. civ., art. 1.156. V. los números siguientes relativos á la doctrina y á la legislación comparada.

principios. Si en el delito puede decirse que se necesita el efecto injurioso en toda su interioridad por cada uno de los agentes que obraron, por lo mismo, en vista de éste y no del resultado parcial perteneciente al propio concurso, también en la hipótesis de cuasidelito la injuria inferida se considera como un solo todo, al cual han contribuido negligencias particulares. Frente al lesionado sería injusto que, por el hecho del concurso, la posición jurídica de cada injurante disminuyese de grado ó influencia en la entidad del efecto total, porque como por medio de la injuria ha sido lesionado el derecho en toda su integridad por cada uno de los que han participado á cometerla, también la responsabilidad debe ser plena para cada uno. La razón de la ley no estriba, por lo tanto, en la necesidad de evitar ciertos inconvenientes del proceso, como la dificultad de la prueba sobre la entidad del concurso respecto á los simples participantes (1), sino en la consideración de la ofensa ilícita.

Cuya razón (y no importa se objete que esta complicación no se entiende bien en el cuasidelito, porque si la culpa excluye la unión de la voluntad dirigida á fin ilícito, como ésta en el delito, en cambio aquí la acción voluntaria está dirigida al solo hecho culposo) demuestra cuál es el extremo necesario para que la ley se aplique: la identidad de la injuria cometida por varias personas juntas; si faltase la acción común, desaparecería la relación que debe existir entre cada uno de los agentes y la violación total del derecho.

La norma está sacada del Derecho romano, y con este argumento se conexiona precisamente la distinción apreciada entre la correlación propiamente dicha y la simple solidaridad (2) que imponía á los coautores del daño in-

(1) Boissonade, ob. cit., II, n. 291.

(2) Ribbentrop, *Zur Lehre v. d. Correalobligationen*, cit. § 213. Véanse también los autores citados en Chironi, *Culpa contrac.* ed. cit., en n. al cap. VII, § 1.

justamente causado la responsabilidad plena (1); y es acogida por la mayor parte de las legislaciones modernas. La ley francesa no la sanciona expresamente, y por estar ordenado que la solidaridad tiene sus fuentes en la voluntad de las partes ó en la ley, no parece muy recomendable la doctrina que declara la solidaridad, llamada por algunos solidaridad simplemente *in solidum* (2), como derivada del delito ó cuasidelito cometido por varias personas (3). Conviene, sin embargo, advertir que, si bien esta doctrina ha sido aceptada como principio, se hace una excepción cuando sea posible precisar la efectividad del concurso prestado (4) individualmente, que es norma expresamente ordenada en algunas legislaciones (5); concepto inadmisibles según la ley

(1) L. 11, § 2, a. 51, § 1, D. *ad L. Aq.* (IX, 2); cfr. L. 11, § 3, L. 51 prel. *ead. tit.* V. el cap. XV.

(2) V. Aubry y Rau, ob. cit., § 298 *ter.*; Colmet de Santerre, ob. cit., V, 135 *bis*, I y sig.; Rodière, *Solidarité et indivisib.* (Paris, 1852), 168 y sig.; cfr. especialmente Demolombe, ob. cit., III, 424; Laurent, ob. cit., XVII, 315; Bellavite, *Note di dir. civ.* (Pad., 1881), p. 139; Giorgi, ob. cit., I, 204.

(3) Pothier, ob. cit., n. 264; Merlin, *Questions, v. Solidarité*; Larombière, ob. cit., II, s. el art. 1.202, n. 22; y sobre el art. 1.382-83, n. 34; Demolombe, ob. cit., III, n. 281 y VIII, n. 693; Aubry y Rau, ob. cit., I, cit.; Sordat, ob. cit., I, n. 473 y 704; Cas. fr., 17 Julio 1876 (*J. du Palais*, 1876, 1.048); 12 Enero 1881 (*J. du P.*, I, 34); 8 Julio 1885 (*J. du P.*, I, 1.173); 14 Noviembre 1898 (*J. de Sir.*, 1902, I, 27); Ap. Lyon, 24 Junio 1871 (*J. du P.*, 1872, 468), 11 Julio 1873 (*J. du P.*, 1874, 345). Consúltese, sin embargo, á Toullier, ob. cit., XI, 171; Durantón, ob. cit., IX, 191; Marcadé, ob. cit., sobre el artículo 1.202; Laurent, ob. cit., XVII, n. 318 y sig.

(4) Consúltese Demolombe, ob. y l. cit.; Larombière, ob. y l. cit.; Rodière, ob. cit., n. 315. Cas. fr., 21 Diciembre 1875 (*J. du P.*, 1879, 241); 12 Febrero 1879 (*J. du P.*, 1879, 521); Ap. Lyon, 7 Mayo 1874 (*J. du P.*, 1879, 241).

(5) El Cód. civ. de Chile, art. 2.317 (exceptuado el daño proveniente por ruina del edificio, art. 2.323, cosa caída de la parte superior de un edificio, art. 2.328), y el Cód. fed. suizo, art. 60, no tienen esta limitación y establecen la solidaridad para los delitos y los cuasidelitos; la ordenan el Cód. civ. de germ., § 840; el Cód.

italiana, limitándose mal por el dicho concurso el concepto en que se ha informado en su ordenamiento.

155. Y argumentando sobre la condición pedida para que la solidaridad tenga lugar, parece contraria á los principios de la equidad la cautela propuesta en materia de responsabilidad por causa de accidente del trabajo derivado del derrumbamiento de un edificio en construcción (1), y esto es la responsabilidad solidaria de los propietarios con los contratistas y los ejecutores del trabajo (2).

En dos sentidos hay aquí exageración: en la crítica y en la propuesta misma. Se excede la crítica que supone sea siempre necesaria la ingerencia del propietario para poder deducir la culpa, mientras hay casos en los cuales, revisiendo el contrato con el contratista, el carácter de locación del trabajo, el propietario responde directamente de su culpa en virtud de la representación (3), y hay también exceso en la proposición, porque quitada la hipótesis de la representación cuando la relación asume figura de venta, no puede existir responsabilidad sin que concurra por parte del propietario la culpa resultante de su ingerencia (4).

156. Establecida la obligación en común de varios coautores del hecho ilícito para responder de las consecuencias de la injuria causada, el pago de la indemnización que haya

civ. aust., § 1.302; el Cód. civ. de Guatemala, art. 2.289; el Cód. civ. de Méjico, art. 1.590; el Cód. civ. del Japón, art. 398. Restringen la solidaridad al solo caso del delito, el Cód. civ. del Uruguay, artículo 1.292; el Cód. civ. de la Rep. Argen., 1.081, 1.082 y 1.121. V. á este propósito Toullier, l. cit.; Rodière, ob. cit., n. 497; Duranton, l. cit.; Dreyer, ob. cit., § 233; Arntz, ob. cit., IV, 479. Consúltese Dernburg, ob. cit., § 294, vol. II, pág. 851.

(1) Hipótesis distinta de la del art. 1.155 del Cód. civ. V. el capítulo XIII.

(2) Prog. Bertí, art. 1 (Leg. XV, sess. I, 1882-3, docum. n. 73); aprobada por la Cámara de los Diputados el 10 de Junio de 1885. V. Docum. parlam., Leg. XV, sesión primera, discusiones.

(3) Consúltese Amar, ob. y l. cit. V. el cap. VI.

(4) V. el cap. VI.

sido efectuado por uno de ellos, ¿dará acción de reversión contra los otros para el reembolso de la cuota perteneciente á cada uno?

Según la ley romana, la negativa para el caso de delito no puede dar lugar á duda (1), y su opinión es, sin embargo, hoy seguida por alguna de las doctrinas que declara la ley francesa (2). Pero en general, respecto á esta última, se sigue la opinión tradicional (3) que consiente la reversión, porque aunque ninguna sociedad pueda concebirse respecto á varios coautores del hecho ilícito, sin embargo, la obligación de contribuir parece deba originarse del pago efectuado por uno de ellos, el cual ha dado de este modo una ventaja á los otros. De otra manera, se observa, la responsabilidad del hecho ilícito cometido concluiría por recaer sobre aquel que pagó la entera indemnización debida (4).

Sino que fijado este derecho de reversión, se añade después que no le es aplicable la disposición escrita para las obligaciones solidarias de la repartición *pro rata* entre los diversos deudores (5); y que el Juez tiene la facultad de reglamentar como crea tal contribución (6); doctrina acogida en alguna legislación extranjera (7). Ahora bien: según la

(1) *Nec enim ulla societas maleficiorum vel communicatio iusta damni ex maleficio est.* L. 1, § 14, D. de tutelae act. (XXVII, 3). V. L. 30, D. de neg. gest. (III, 5); L. 4, D. de his q. effud. (IX, 3); L. 14, § 15; L. 15, D. ad L. Aq. (IX, 2); L. 1, Cód. de cond. furt. (IV, 8). V. Savigny, *Obligationenrecht*, § 24; Arndts-Serafini, ob. cit., § 214; Landucci, *Le obbligaz. in solido nel D. R.*, cit., p. 38. Consúltese Van Wetter, *Obligations*, cit., § 54; Maynz, ob. cit., § 267. Cfr. Ribbentrop, Windscheid y Vangerow citados en Chironi, *Culpa contrac.*, cit., n. 141 y siguientes.

(2) Colmet de Santerre, ob. cit., V, 147 bis, IV.

(3) Pothier, ob. cit.

(4) V. el cap. XV.

(5) Cód. civ. fr., art. 1.213.

(6) V. Larombière, ob. y l. cit.; Aubry y Rau, ob. y l. cit.

(7) Cód. fed. suizo de las oblig., art. 60, al 2.º, que no sólo da facultad al Juez para establecer los límites en los cuales puede ejer-

ley italiana, esta teoría no parece sostenible (1); porque declarando sin más la solidaridad de los obligados por el hecho ilícito cometido en común, se ha entendido manifiestamente que se refiere á las normas establecidas para las obligaciones solidarias en general. De modo que en las relaciones particulares entre los responsables se debe examinar la posición de cada uno, y especialmente la personalidad de la injuria que puede resultar respecto á uno ó varios (2); por regla general se puede, sin embargo, afirmar que no sólo el derecho de ejercitar la reversión, sino también la extensión con la cual puede uno hacerlo valer contra los otros obligados, es argumento que deberá ser considerado con arreglo á estas disposiciones (3). Las cuales, verdad es que están fijadas dejando á los interesados que válidamente lo quieran la facultad de derogarlas; y por la índole misma de la culpa no contractual, se comprende que dicha posibilidad falta aquí respecto al poder renunciar anticipadamente á la reversión. Cuyo acuerdo será válido cuando la obligación del resarcimiento haya surgido como consecuencia del hecho ilícito frente á todos los autores, tendiendo éstos á reglamentar una relación de orden puramente privado y particular.

157. La consecuencia de la obligación que recae sobre varias personas concurrentes al mismo hecho ilícito, impondría el describir aquí los extremos necesarios para dicho concurso; pero la materia se desarrollará en cam-

citarse la reconvencción, sino para consentir esta misma. V. Jacottel, ob. cit., p. 51. Schneider y Fick, ob. cit. sobre el art. 60.

(1) V. Bellavite, ob. cit., pág. 144.

(2) Síguese el estudio sobre la liquidación de los daños. V. el Cód. civ. germ., § 841, y Planck sobre este §; Cas. fr., 22 Noviembre 1898 (*J. de Sir.*, 1901, I, 239).

(3) V. Giorgi, ob. cit., I, 204. Consúltese Demolombe, ob. cit., III, 304 y sig.; Cas. fr., 23 Abril 1872 (*J. du Pal.*, 1872, 508) y 14 Noviembre 1898 (*J. de Sir.*, 1902, I, 27). Mas véase la reserva hecha y la nota precedente.

bio en la parte referente á las personas contra las cuales se puede intentar la acción de responsabilidad (1). Baste ahora solamente el enunciar que, cualquiera que sea la manera en que varias personas han contribuido juntas á la violación del idéntico derecho, cuando esa violación ocurra, existirá el concurso, y por él se determina la responsabilidad solidaria de los coagentes.

§ 3 D).

**Partición general sobre el modo de considerar la responsabilidad en orden á los sujetos.**

SUMARIO: 158. Orden del tratado; responsabilidad por hecho propio y responsabilidad por hecho ajeno.

158. El estudio de la culpa respecto al sujeto, esto es, á la persona sobre la cual pesa la responsabilidad como consecuencia de la injuria, permite el distinguir claramente varias formas en las cuales ordinariamente suele ella presentarse; formas á las cuales ha habido ya ocasión de aludir (2).

Y serian, según la construcción ordinaria:

a) Responsabilidad por el hecho ilícito al cual se haya dado causa de un modo directo é inmediato.

b) Responsabilidad por hecho ilícito indirectamente cometido y seguido, de presunción de negligencia al vigilar, dada la obligación del agente, por el cual materialmente ha sido causado el hecho determinante de la ofensa.

En el primer caso tendremos la responsabilidad por el hecho propio; en el segundo, la responsabilidad por el hecho ajeno; los caracteres propios, y los modos especiales de ser de cada una de estas dos formas, serán ahora particularmente estudiados y descritos. Sino que la consideración del material histórico que rodea la «responsabilidad»,

(1) V. el cap. XV.

(2) V. el cap. II.

el estudio comparado que de él hicieron los autores y la razón ó modo de concebir la injuria, y en relación á ella el daño, impone la necesidad de intercalar entre ésta otras teorías, ya que no separar del todo las propuestas. Los cuales, como especialmente se verá en la indagación referente á la responsabilidad del daño causado por los animales, representan la comprensión sistemática que se desea de todos los fenómenos injuriosos en el nuevo concepto de la culpa; á la noción antigua de que el daño en cualquiera manera causado es fuente de responsabilidad é injuria objetiva, se contrapuso la concepción mejor entendida por razón de la participación de la voluntad inteligente, que es la culpa, y por ella el concurso de la injuria objetiva y subjetiva, con el fin de determinar la obligación de responder. Así que, á hechos en los cuales la noción de la imputabilidad no podía ser aplicada, y que, sin embargo, se mantuvieron como razón de responsabilidad, queriéndolo así el orden y el interés social, se les atribuyó una «presunción de culpa» que, siendo absoluta, demostraba ya que, no de la culpa, pero sí de otro elemento extraño, tomaban su origen; y la observación, tal como está hecha por la ley romana, sirve también para el derecho moderno (1). Ahora bien: si se quiere considerar la culpa como causa que determina la responsabilidad, esta construcción, que es después de todo una ficción, debe ser, sin embargo, sostenida, y las dos clases de hechos antes descritos pueden existir tal cual están; pero cuando se nos dé cuenta como se debe de la estructura íntima de cada simple hecho jurídico, el expediente de la «presunción de culpa», más ó menos absoluto, debe desterrarse. Y dejar así el puesto á otra razón de construir, á la cual ya se ha aludido, y es la garantía en confrontación de la responsabilidad por culpa. La necesidad de la convivencia social, el modo de componer las fuerzas en la cooperación social, que es fin y razón

(1) V. el sig.

constante de la ley, pueden inducir la obligación de resarcir el daño que sin injuria subjetiva ó sin injuria alguna, cometida por quien á esta convivencia está obligado, otro haya sufrido, y, por lo tanto, la figura que se dijo de responsabilidad sin culpa, y que con mayor propiedad, y según la razón del instituto, debe llamarse garantía y obligación de garantizar.

Cuya obligación se determina directamente en virtud de la relación en que se encuentre el obligado con la causa inmediata del hecho ilícito, por el concepto de defensa social de que cada uno debe resarcir el daño derivado de instrumentos de los cuales se sirve, ya sean seres animados ó cosas; esto es: que cada uno garantice á los otros, no sólo su propia actividad como respetuosa del derecho ajeno, sino garantizadora de lo que para sus fines por su propia acción emplea (el que hace para los otros hace para sí). La garantía por la actividad propia personal se expresa con la figura de la responsabilidad y de la culpa que la determina: su razón es la injuria; permanece garantía pura si la obligación del resarcimiento existe sin injuria subjetiva. De modo que razón de la garantía es el daño que por sí la excita; y cuando se entienda respecto á los instrumentos de los cuales se sirve una persona, esta razón no cambia, aunque pueda también distinguirse según la naturaleza del instrumento; si es persona ó ha cometido injuria, y á las consecuencias de ésta está obligado el garantizador como si él la haya causado, ó no pudo cometerla por defecto personal existente cuando el garantizador lo agregó á su servicio, y entonces la responsabilidad existe verdaderamente por culpa. En cambio, para el daño causado por animales ó cosas, de los cuales una persona (capaz) se sirve, no hay posibilidad de distinción, y la obligación de la garantía queda siempre determinada por el daño: aunque también aquí la figura de la culpa pueda intervenir, especialmente en el caso de concurso de culpa del ofendido.

La diferencia entre los dos conceptos es mucha, no en el

sentido de que la garantía quite, como se querría, la posibilidad de liberarse por razón de caso fortuito (1), sino en esto, que donde hay responsabilidad existe injuria y donde existe garantía hay daño; donde existe responsabilidad, es cuestión de culpa, y, en cambio, en la garantía no se hace indagación alguna sobre el comportamiento del obligado.

Con estas opiniones seguirá gran parte de la indagación y de la exposición; en gran parte, porque el hecho ilícito ajeno será, si cometido por instrumento-persona, considerado como hecho propio y que entra, por lo mismo, en el dominio de la responsabilidad y de la injuria.

La figura de la garantía desaparecería aquí por efecto de la representación; la injuria causada por el agente directo está, por este fenómeno, igualada a la injuria cometida por el mismo obligado. Seguirá después la indagación y la construcción de la responsabilidad y de la garantía en el caso de ofensa ó de daño causado por un agente, por el cual se halla obligado al resarcimiento, y se hablará, por último, de la garantía, estudiada sólo como razón determinante de varias excepciones al concepto general de la responsabilidad (2).

(1) Saleilles, monografía citada.

(2) El concepto de la garantía, como ya se ha descrito, existe y conviene á todas las resoluciones deducidas de la presunción de culpa (acogida sin reserva en la primera edición de este trabajo); pero queda la teoría más robustecida, desvaneciendo las dudas (que tal vez pudieran parecer contradicciones) inherentes á aquellos primeros desenvolvimientos de nuestro criterio.

## CAPÍTULO VI

RESPONSABILIDAD POR «HECHO PROPIO» (POR CULPA PROPIA)

### Generalidad.

SUMARIO: 159-161. La responsabilidad por hecho propio comprende también la de la injuria causada por los propios representantes.— 162. Teoría recibida y referente al caso.

159. La responsabilidad, y con ella el resarcimiento, pesa sobre el que ha causado injustamente la ofensa: la regla «se está obligado á las consecuencias del hecho propio del cual se deriva lesión á un derecho ajeno» no tiene ya necesidad de otra declaración después de lo que se ha dicho acerca de la entidad de la culpa no contractual.

Dos aspectos diferentes pueden afirmar la existencia de este *hecho propio*: a) si el hecho ilícito está cometido materialmente por la persona responsable, y b) cuando entre la persona responsable y el autor material del delito ó cuasidelito hay una relación de representación, por la cual todo acto cometido por el representante como tal, y en el ejercicio de su función, está considerado como si el representado mismo lo haya ejecutado. Sobre el primero de estos dos modos de considerar la responsabilidad no hay cuestión.

Pero respecto al segundo, el decir que ese presenta la figura de responsabilidad por hecho propio, es consecuencia de la representación, por cuyo efecto se tiene una aparente confusión jurídica entre la persona del representado ó la del representante en modo que ésta parece absorbida

sentido de que la garantía quite, como se querría, la posibilidad de liberarse por razón de caso fortuito (1), sino en esto, que donde hay responsabilidad existe injuria y donde existe garantía hay daño; donde existe responsabilidad, es cuestión de culpa, y, en cambio, en la garantía no se hace indagación alguna sobre el comportamiento del obligado.

Con estas opiniones seguirá gran parte de la indagación y de la exposición; en gran parte, porque el hecho ilícito ajeno será, si cometido por instrumento-persona, considerado como hecho propio y que entra, por lo mismo, en el dominio de la responsabilidad y de la injuria.

La figura de la garantía desaparecería aquí por efecto de la representación; la injuria causada por el agente directo está, por este fenómeno, igualada a la injuria cometida por el mismo obligado. Seguirá después la indagación y la construcción de la responsabilidad y de la garantía en el caso de ofensa ó de daño causado por un agente, por el cual se halla obligado al resarcimiento, y se hablará, por último, de la garantía, estudiada sólo como razón determinante de varias excepciones al concepto general de la responsabilidad (2).

(1) Saleilles, monografía citada.

(2) El concepto de la garantía, como ya se ha descrito, existe y conviene á todas las resoluciones deducidas de la presunción de culpa (acogida sin reserva en la primera edición de este trabajo); pero queda la teoría más robustecida, desvaneciendo las dudas (que tal vez pudieran parecer contradicciones) inherentes á aquellos primeros desenvolvimientos de nuestro criterio.

## CAPÍTULO VI

RESPONSABILIDAD POR «HECHO PROPIO» (POR CULPA PROPIA)

### Generalidad.

SUMARIO: 159-161. La responsabilidad por hecho propio comprende también la de la injuria causada por los propios representantes.— 162. Teoría recibida y referente al caso.

159. La responsabilidad, y con ella el resarcimiento, pesa sobre el que ha causado injustamente la ofensa: la regla «se está obligado á las consecuencias del hecho propio del cual se deriva lesión á un derecho ajeno» no tiene ya necesidad de otra declaración después de lo que se ha dicho acerca de la entidad de la culpa no contractual.

Dos aspectos diferentes pueden afirmar la existencia de este *hecho propio*: a) si el hecho ilícito está cometido materialmente por la persona responsable, y b) cuando entre la persona responsable y el autor material del delito ó cuasidelito hay una relación de representación, por la cual todo acto cometido por el representante como tal, y en el ejercicio de su función, está considerado como si el representado mismo lo haya ejecutado. Sobre el primero de estos dos modos de considerar la responsabilidad no hay cuestión.

Pero respecto al segundo, el decir que ese presenta la figura de responsabilidad por hecho propio, es consecuencia de la representación, por cuyo efecto se tiene una aparente confusión jurídica entre la persona del representado ó la del representante en modo que ésta parece absorbida



por aquella, y los actos del representante, como tales, están en relación con los terceros, considerados como si fueran del representado. En el representante se manifiesta, esto es jurídicamente, la persona del representado, al cual le corresponde obrar en propio nombre en un determinado círculo de negocios, y por tal delegación se asume la obligación frente á tercero de reconocer como suyo lo hecho por el representante, como ejecutado dentro de los límites de la representación otorgada. En el representante, por lo tanto, para nada entra (siempre se entiende cuando obre dentro de los límites del encargo), aparte de la voluntad, la obra del representado: él es solamente el instrumento de la persona representada (1).

La cuestión de la responsabilidad, sentadas tales ideas, se presenta con bastante claridad en materia de culpa contractual, porque la persona con la cual el representante contrata, sabe que se vincula á sí misma ó á su favor, no el representante por sí, sino el representado. ¿Sucede otro tanto respecto á la culpa extracontractual? ¿Se podrá todavía afirmar la virtud de representación en materia de actos ilícitos, ó no se deberá pensar, en cambio, que el representante obra como tal si su acto está conforme con el objeto de la representación, y cuando se aleje cometiendo un hecho ilícito, se obliga personalmente, y no puede de su hecho sufrir el representado detrimento ó fastidio?

Esta es, precisamente, la consideración por la cual en muchas legislaciones la responsabilidad del representante está determinada como originada por hecho ajeno, y se impone solamente al representado cuando pueda imputársele alguna culpa; no hay responsabilidad sin culpa: de donde, por lo tanto, la necesidad de suponer una presunción de culpa á cargo suyo, dándole modo de liberarse, probando, en contrario, la diligencia empleada en la selección ó la

(1) Sobre el concepto de la representación, v. Chironi, *Culpa cont.*, cit., n. 177, y los autores citados en la nota.

imposibilidad de impedir la ofensa en el momento en que ocurrió (*colpa in eligendo; culpa in vigilando*) (1).

160. El ordenamiento de la ley civil italiana (2) es mejor guardián de los principios. Sentado el concepto de representación, cualquier acto que esté en ella comprendido obliga al representado, cuya sola figura domina en todos los actos puestos en vigor por el representado dentro de la órbita del poder que se le ha conferido; por consiguiente, estaría en contradicción con el principio mismo del instituto el hablar de culpa en el representado, y la indagación se restringe á la posesión de dos elementos: *a*) si el cuasidélito ha sido cometido por representante bajo tal cualidad; *b*) si fué cometido al ejercer las facultades que se le han concedido por el representante. Una vez afirmados estos puntos, la responsabilidad del representante surge como consecuencia necesaria; el hecho del representado obliga al representante el argumento deducido de la entidad de la representación, en cuya virtud todo acto cumplido dentro de sus límites es atribuido, como ya se dijo, al representado, como hecho propio, y responde á la objeción que se saca del principio puesto acerca de la necesidad que el hecho ilícito sea culpable para que se derive en quien ha sido el autor la responsabilidad encaminada á repararlo. Se ha dicho, en efecto, que la imputabilidad (injuria subjetiva) del representante que la ha cometido compromete su personal responsabilidad, pero que, si no es también imputable, efectivamente, al representado, la responsabilidad de este último queda á salvo. Objeción no sería: el represen-

(1) Cfr. Cód. civ. austr., §§ 1.314 y 1.315; consúltese también el art. 1.377; Cód. fed. suizo, *De las obligaciones*, art. 62; Cód. civ. germ., § 831; Cód. civ. del Uruguay, art. 1.285, al. ult.; Cód. civ. de Chile, art. 2.320 en f.; Cód. civ. de Guatemala, art. 2.278, 2.º al.; Cód. civ. de Bolivia, art. 1.345. Nasmith, ob. y l. cit.

(2) Cód. civ., art. 1.153; Cód. fr., art. 1.384; Cód. civ. de la Luisiana, arts. 2.296 y 2.297; Cód. civ. del Japón, art. 393; Cód. civ. de la Rep. Argentina, arts. 1.118 y 1.119.

tante, cuando obra bajo tal cualidad, es el instrumento del representado, y por el modo de relacionarse las dos personalidades, de donde toma únicamente relieve la persona del representante, basta que el hecho sea imputable al representante, para que el representado deba también responder.

No es, por lo tanto, cuestión de imputabilidad directa respecto al representado (1); se la debe examinar y evaluar sólo en relación al representante, y cuando de este modo se haya demostrado la existencia, se origina sin más la responsabilidad del representado. O mejor: por medio de la representación, la imputabilidad del agente explica en modo inmediato sus efectos respecto á la persona representada, esto es, hace surgir la responsabilidad de esta última; el representado (solamente porque tal es su condición jurídica) está obligado por todo acto culpable de su representante.

161. De donde resulta que la diferencia entre la responsabilidad por el hecho propio y la responsabilidad por el hecho ajeno, puede hacerse consistir en los siguientes caracteres, cuya designación responde en un todo á la disposición de la ley:

1.º En la responsabilidad por el hecho ajeno, la obligación del responsable deriva toda de la existencia de culpa á él propia; la ley la presume, pero contra tal presunción se concede expresamente la prueba contraria. Por esto, la no imputabilidad del hecho al agente directo no quita la culpa de la persona responsable: existen aquí dos culpas distintas, de las cuales la del responsable está en orden al hecho del agente directo en la relación de causa á efecto (2). Se comprende, con arreglo á las consideraciones expuestas,

(1) Ella puede existir, no obstante, cuando en relación con el acto el representante no caiga en culpa, pero si la tenga el representado. La ficción que existe y se da en la representación no puede eximir al representado de su personalidad, que es siempre personal. V. Chironi, *Culpa contrac.* cit.

(2) V. el cap. XI.

que esto sucede en la responsabilidad en su sentido propio, diferentemente de la garantía, donde la obligación de resarcir no deriva de la culpa de quien está obligado. Puede, es verdad, añadirse á la construcción propuesta que entre la figura de la responsabilidad por el hecho ilícito ajeno y la garantía, esta relación de analogía existe; y no buscándose en ambas la culpa (injuria subjetiva) del obligado, se está en tema de excepción á los principios generales que rigen la injuria: excepción querida por la ley por fines de interés público, y no extensible, por la agravación á que induce, á casos diversos de los nominalmente descritos en la norma que la contiene.

2.º En la responsabilidad por el hecho propio, si el cuasidelito está cometido por un representante de la persona responsable, la existencia del hecho ilícito (para el concurso de las condiciones necesarias á constituirlo) debe ser buscado respecto á la persona del agente, y, una vez afirmada, el representado responde, debiéndose considerar cometido por él todo hecho que en relación á la representación que haya otorgado sea ejecutado por el representante. Por esto no se le concede ninguna prueba á fin de afirmar la diligencia que haya usado en la elección ó el no haber podido impedir la injuria. En la representación está comprendida la sola y plena razón de la responsabilidad que á él se refiere.

3.º De cada uno de estos caracteres especiales á las dos formas de responsabilidad ahora descritas, se deriva una consecuencia que parece común á ambas: a), en la responsabilidad por el hecho ajeno, la existencia de la culpa (el defecto de vigilancia, por ejemplo, á cargo de quien debía emplearla) produce la obligación directa de responder, presumiéndose que si dicha culpa no se hubiera cometido, el hecho ilícito no tendría lugar; b), en la responsabilidad por el hecho cometido por el representante, una vez establecida la injuria á cargo de este último como tal, el representado responde directamente, reputándose como suyo el hecho

ilícito que el representante como tal haya ejecutado (1).

Se ha dicho que esta consecuencia parece común á las dos formas: en el fondo esto no es, pues de otro modo parecería también posible el dar á éstas la designación de responsabilidad por hecho propio. En efecto: en la primera forma, si bien la culpa del responsable se considere causa de la injuria, sin embargo su culpa no puede confundirse con la del agente y está apreciada separadamente, lo que no sucede en la segunda, en la cual se atribuye al representado la misma culpa que al representante, en virtud de la relación que entre ellas existe.

162. La teoría así construida explica, no solamente la letra de la ley respecto á la prueba liberatoria no consentida á los comitentes en el modo que lo está á los parientes (2), sino que declara exactamente la responsabilidad de las personas jurídicas por hechos injuriosos á los cuales la acción de sus representantes haya dado directamente causa (3); cuestiones que no se pueden definir bien, aplicando la teoría comúnmente aceptada (4).

La cual enseña, ante todo, que si bien para las varias hipótesis de responsabilidad por hecho ilícito no cometido directamente la ley haya adoptado la denominación de responsabilidad por hecho ajeno, aunque se trate en cada caso de responsabilidad nacida de hecho propio, requiriéndose en el responsable la culpa *in eligendo* ó también aquella *in vigilando*.

Es inútil repetir otra vez las cosas dichas antes, con el

(1) Justamente por esto, el Cód. civ. de la República Argentina dispone en el art. 1.122 que el dañado no está obligado á llamar á juicio á los autores del hecho ilícito. La doctrina y la jurisprudencia patrias serán examinadas en el capítulo XVI.

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

(3) V. los capítulos VII, VIII y IX.

(4) El responder, como de ordinario se hace, que es cuestión de responsabilidad civil y no penal, deja subsistente é íntegra la dificultad.

fin de demostrar la poca exactitud de tal afirmación; sólo en la hipótesis de hecho ilícito cometido por el representante existe para el representado la responsabilidad por hecho propio, no debiéndose buscar á cargo suyo existencia alguna de culpa, porque está obligado directamente á la responsabilidad, en virtud de la relación de la representación que lo liga frente á tercero por los hechos de su representante, mientras en los otros casos hay responsabilidad directa, es verdad, pero por un hecho imputable á éstos, y esto por causa de culpa especial del responsable. La teoría que se propondrá sobre el fundamento de la responsabilidad por el hecho ilícito cometido por el representante (1), demostrará mejor estas ideas.

Contra las cuales se puede, sin embargo, formular una objeción derivada de la locución de la ley, que dispone que cada uno esté obligado, no sólo por el daño ocasionado por hecho propio, sino también por aquel causado con el hecho de personas de las cuales se debe responder; y especificando las hipótesis que se refieren á la última parte, comprende también la del hecho ilícito cometido por el representante (agente). La ley no habla, es verdad, de responsabilidad por el hecho ajeno; pero que tal denominación exista en el concepto de la misma, parecería evidenciado por el contraste en que coloca la hipótesis contemplada con las palabras «por hecho propio».

La objeción tiene poco valor: la ley considera deberse determinar como hecho ajeno toda injuria cometida directamente por persona distinta de aquella que está obligada á responder del hecho del agente; pero esto nada obsta para que la distinción, concretándose á los principios que gobiernan la injuria y la representación, no deba rigurosamente hacerse en el modo propuesto.

(1) V. el § 1 del presente capítulo.

§ 1

Representación: entidad y sus límites.

SUMARIO: 163 y 165. Extensión del concepto de representación, y distinciones concernientes (representación verdadera, propia, y representación en general distinta de la mediata — 166. La razón de la responsabilidad del representado: teoría general; crítica y teoría propuesta. — 167. Consecuencias en relación con la prueba liberatoria. — 168-172. Qué extremos deben concurrir para que se determine dicha responsabilidad. — 173. De una pretendida condición especial para el caso de representación en general. — 174-175. El origen de la relación de representación. La persona del representante: capacidad para hacerse representar.

163. La voz «representación» tiene un significado más amplio de lo que parecería, derivando el concepto de la figura del mandato ó de la gestión de negocios: y en este sentido lato está ahora empleada aquí para designar el fundamento y los límites de la responsabilidad por los hechos ilícitos cometidos por el representante.

Representación existe siempre que se confíe á otro el encargo de cumplir un negocio en nombre é interés de quien comisiona (si bien alguna vez, por el modo mediato de obrar el representante, la representación se reduzca á la relación sólo interna entre las partes, como sucede en la comisión) (1), ó también cuando el negocio se lleve á cabo ó se empiece á gestionar sin encargo dado precedentemente; pero el consentimiento posterior del interesado dado en realidad (ratificación) ó por la intervención de la ley (como sucede en la gestión de negocios), apruebe como ejecutadas en su nombre los actos puestos en vigor. Ahora bien: esta locución «encargo de cumplir un negocio» es muy amplia; no está incluido el solo concepto del man-

(1) Que es después de todo una representación verdadera. Sobre la cuestión, v. Chironi y Abello, *Corso di D. civ. cit.*, I, cap. V, y los autores allí citados, especialmente Sraffa, ob. cit.

dato con tal fin, sino cualquier figura en la cual haga falta el cumplimiento de un hecho en nombre y en interés de otra persona: ésta ordinariamente consciente. Así es jurídicamente posible representar dos diversas posiciones, en las cuales esta idea de la representación está encarnada: a) cuando existe efectivamente el mandato ó una absorción de negocios ajenos que la iguale: b) si, haciendo caso omiso de la figura especial y determinada del mandato, existe el encargo de hacer una cosa determinada, ó cumplir un determinado encargo. En la primera está bien clara y definida la existencia de la representación; en la segunda, ésta existe en el hecho, y por el hecho de quien trabaja en el interés de otro por comisión recibida.

Cuya última figura pone directamente de relieve el contrato de locación de obra (1), y no hay duda alguna de que el alquilador, prestando por medio de ella un determinado servicio ó una serie de servicios comprendidos en las funciones á él confiadas, no represente al cumplirlas la persona del conductor. El cual, en vez de cumplir dichos actos por sí mismo, encarga á otros el cumplirlos en su nombre y en interés suyo: en la solicitud del trabajo, y en el mismo trabajo que la persona solicitada ejecuta en el interés del solicitante, se encuentra la razón del atribuir frente á tercero al alquilador de trabajo, respecto al conductor, la figura de terminada en la relación de representante á representado. Ni parece posible negar la verdad de tal concepto, porque el encargo dado por el comitente de obrar en el propio interés, existe en el mandato como en la locación de obra.

Y de otro bien se percató la antigua jurisprudencia, cuando al enunciar los caracteres especiales del mandato, (R)

(1) Cons. y cfr. Pothier, *Mandat*, en *Œuvres*, ed. cit., n. 26; Merlin, *Rép. cit.*, v. *Notaire*, § 6, n. 4; Davergier, *Louage*, ed. cit., II, 267 y sig.; Pont, *Petits contrats* (Paris, 1877), I, 823 y sig.; Aubry y Rau, ob. cit., § 371; Troplong, *Louage*, III ed., II, 799; Marcadé, ob. cit. sobre el art. 1.799, n. 2; Laurent, ob. cit., XXVII, 338; Sourdat, ob. cit., II, 913 ter.

advertía que es por su misma esencia gratuito, porque si no lo fuese se podría jurídicamente confundir con la locación de obra (1); y las legislaciones modernas han conservado igual norma (2), manteniendo el carácter gratuito al mandato á falta de providencia contraria: aunque de esto, sin embargo, se advierta que la estipulación de uno de los que intervienen no basta para quitar al mandato su figura particular, como claramente demuestra la disposición referente al diverso grado de culpa dependiente de la existencia ó no de dicho pacto (3). No sólo esto; sino que hállanse en buen acuerdo los doctores (4) al decidir acerca de la responsabilidad por el hecho ilícito del sirviente (hipótesis expresamente reglamentada por la ley), que tiene obligación el dueño sólo cuando la injuria haya sido cometida al cumplir el servicio confiado: condición que en el fondo es la simple aplicación del principio concerniente á la representación por el cual existe la responsabilidad del representado, si la injuria está causada por el representante en el ejercicio de los poderes que le han sido conferidos. La figura del mandatario y del alquilador de obra concuerdan, por lo tanto, en este punto de un modo perfecto: y esto demuestra la existencia en ambas hipótesis de un idéntico principio activo, que es la representación.

164. Y entonces, ¿cómo distinguir, en relación á la representación y á la responsabilidad, la locación de obra, del

(1) *Interveniente enim pecunia, res ad locationem et conductionem potius respicit*, L. 1, § 4, D. *mandati l. c.* (XVII, 1). L. 6 fr.; 7; 36 *eod. tit.* L. 13 22, D. *de praescr. verb.* (XIX, 5); § 13. *l. de mandato* (III, 26); L. 1, C. *Mand.* (IV, 55). Cons. Windscheid, ob cit., §§ 409 y 410.

(2) Cód. civ., arts. 1.737 y 1.739; Cód. civ. fr., art. 1.986; Cód. civ. austr., §§ 1.004 y 1.013; Cód. civ. germ., § 662; Cód. fed. suizo cit., art. 392, 2; Cód. civ. de Chile, art. 2.417; Cód. civ. del Uruguay, art. 2.013; Cód. civ. de Guatemala, art. 2.193; Cód. civ. de Méjico, art. 2.505; Cód. civ. de la Rep. Argent., art. 1.871.

(3) V. Chironi, *C. contract. cit.*, n. 126 y sig.

(4) Véase en este cap. lo sig.

mandato (1)? La distinción sería bien clara cuando se aceptase la teoría discutida y no acogida en otra parte de este estudio (2), del mandato convertido en locación de obra por el solo hecho de estar constituido con título oneroso: doctrina que ya se ha dicho representaría un concepto completamente contrario á la ley.

El carácter que las diferencia se debería, en cambio, pedir al modo con el cual se ha manifestado la voluntad del interesado al fin principal á que tienden. Que si se ha formado como una delegación directa inmediata para representar la persona constituyente en un determinado negocio, habrá un mandato al cual la estipulación del precio en nada disminuye su carácter, y la obra del mandatario en la ejecución del encargo recibido es consecuencia directa de la figura antes escogida. Cuando, en cambio, la voluntad esté encaminada principalmente á la conducción de obra, no existirá mandato, sino locación-conducción de obra; pero el concepto de representación será siempre innato al hecho de obrar por cuenta de otro: y

a) En la primera de las dos hipótesis antes de ahora expuestas hay mandato en las relaciones entre representado y representante, y mandato en las relaciones con terceros que tengan derecho á valerse de su existencia para las obligaciones contraídas por el representante y por los hechos ilícitos (cuáles sean éstos se dirá después) por él cometidos en contra suya en la ejecución de encargo;

b) En el segundo, la locación de obra se presenta, es verdad, directamente en las relaciones entre conductor y alquilador, pero respecto á los terceros ofendidos por el he-

(1) No por la gestión de negocios, de la cual, como cuasicontrato, son ciertos los caracteres y la razón de ser deducida de los conceptos de voluntad y de responsabilidad (Chironi, *C. contract.*, pág. 291 y sig.; Chironi y Abello, *Corso D. civile cit.*, I, cap. V); no en la comisión, donde la acción del comisionista no puede ser dirigida á los terceros como acción del comitente.

(2) V. Chironi, *C. contract. cit.*, l. cit. V. después el cap. XI, § 2.

cho ilícito de este último quita el hecho acaecido la figura de la representación; el alquilador obra en el interés y por cuenta del conductor, es el representante.

Así que, por razón del diverso modo de manifestarse la voluntad en las dos figuras descritas, en la primera el representante, constituido directamente tal, tiene la facultad en los límites del mandato de obligar al representado respecto a tercero, aun por vía de acto ilícito; en la segunda, en cambio, la falta de esta directa y expresa intención hace que el representante pueda obligar al representado sólo por los hechos ilícitos que haya cometido al cumplir el encargo recibido y no parezca contradictorio el admitir tal representación para el hecho ilícito, y el negarla para los actos lícitos, y en especial para los contratos contraídos por el representante, porque no se le ha concedido autorización para tanto; es un trabajo exclusivo que ha alquilado directamente, y que es ejecutado así porque todo contrato estipulado sobre esta base con tercero queda obligado él solo. Pero respecto al hecho ilícito la representación explica enteramente su efecto: el límite que deriva del defecto de autorización no puede ser opuesto al tercero perjudicado, reclamando la indemnización al representado, y esto en virtud del fundamento dado a la obligación que nace de delito ó cuasidelito, de la cual no puede decirse, como de la contractual, que debe el tercero imputar a propia culpa si no conoció la condición de la persona con la cual concluyó el negocio; frente a tercero, reconoce como directamente suyo el hecho del agente al cual dió el encargo por cuenta propia. En cuya comisión está contenida la representación en sentido genérico; se puede, como ya se ha dicho, construir también sobre el concepto de garantía, pero ésta vuelve después a aquélla; como después de todo se encuentra también en la máxima común, el que trabaja por medio de otro trabaja para sí.

165. Sentado así el concepto de la «representación», se puede, con arreglo a los diversos modos de considerarla,

según su origen y entidad, proponer la distinción siguiente:

1) Representación verdadera y propia, abarcando los casos en que está efectivamente consentida y atribuída por el interesado la calidad del representante para un determinado negocio ó una serie de negocios que constituyen un oficio determinado; á cuya figura es análoga la de la *gestión útil*, distinguiéndose por su término de la otra especie de representación, de la cual se hablará ahora;

2) Representación en general existente en los casos en que por el interesado está directamente ejecutado el trabajo ajeno, con el fin de que el alquilador cumpla en su nombre é interés un servicio ó una serie de servicios constituyentes un dado oficio;

3) Y puede suceder que estas dos formas de representación se acumulen en la misma persona, como sucedería si la persona á la cual se alquilase el trabajo fuese por el conductor encargada de representarlo en un negocio que con el mismo trabajo se conexas; pero la distinción entre las dos posiciones es clara, y servirán las reglas de la representación propia ó de aquella en general, según que el hecho ilícito cometido se refiera á la una ó á la otra.

166. Este modo de considerar la representación induce á fijar respecto á las dos formas reglas comunes á ambas respecto á la condición de existencia de la responsabilidad; pero antes de indicirlas es oportuno el estudiar todavía el fundamento de la doctrina comúnmente acogida respecto al caso.

Parece cosa superflua el recordar aquí las antiguas disensiones nacidas de la doctrina acerca de la cualidad de la culpa que determina la responsabilidad en el representado; esto es, si es la culpa *in vigilando* (1), ó la otra *in eligendo*.

(1) V. el Cód. gen. sui., *Delle oblig.*, Cód. civ. del Uruguay, de Chile, de Guatemala, de Bolivia, y los art. cit. en la n. 2 á pág. 379. A la culpa *in eligendo* se refiere el Cód. civ. germ., § 831; no obstante

do, ó ambas (1). La opinión mejor recibida es que el fundamento de dicha responsabilidad (considerada especialmente en el caso especial del dueño y del comitente) es la elección (2), aunque varias veces se haya decidido que es en cambio el defecto de vigilancia, á la cual el comitente (representante) estaría obligado (3).

Cuya última teoría no puede ser acogida; y no solamente porque responde mal á los precedentes históricos de la disposición legislativa y en particular (4) á los trabajos preparatorios, donde no se hace la menor mención, sino también porque adoptándola, se pondría á cargo de la ley una contradicción muy grave. Por un lado, efectivamente, habría determinado ésta algunas hipótesis en las cuales indudablemente la responsabilidad está fundada sobre la

te que la alusión á la dirección parezca desnaturalizar el concepto. Cons. Planck, ob. cit., 2.<sup>a</sup> ed. (1901-1902), sobre este §, y Reatz, ob. cit.

(1) V. la n. 2 de la sig. pág.

(2) Pothier, *Obligations*, ed. cit., n. 121; Toullier, ob. cit., XI, 283; Duranton, ob. cit., XIII, 724; Colmet de Santerre, ob. cit., V, 365 bis, VII; Demolombe, ob. cit., VIII, n. 612; Laurent, ob. cit., XX, 571; Huc, ob. cit., VIII, 144; Giorgi, ob. cit., 249, 252, pero véase después el n. 329; Leoneschi, *Della respons. civ. dei padr. e comm.*, pág. 36; Borsari, ob. cit. sobre el art. 1.153; Ricci, ob. cit., VI, 96.

(3) V. en Laurent, ob. cit., la n. á los núm. 579, 580; V. Cas. fr., 4 Febrero 1880 (*J. du P.*, 1880, 1.158); 21 Octubre 1886 (*id.*, 1887, I, 1.134); Ap. Turin, 24 Diciembre 1897 (*Legge*, 1898, II, 125); Trib. conf. fr., 8 Agosto 1891 (*id.*, 1893, III, 313); Cons. de St. fr., 24 Junio 1892 (*id.*, 1894, III, 49); Hauriou, en las notas á los fallos mencionados; Aubry y Rau, ob. cit., IV, § 447; Sourdat, ob. cit., I, 901, y II, 885; Giorgi, ob. cit., n. 329; Larombière, ob. cit., sobre el artículo 1.384, n. 8, que dan á base de la ley la c. presunta *in eligendo* y á la otra *in vigilando*; pero preferentemente esta última sobre el concepto que analizamos de la *dirección* como hecho determinante de la responsabilidad del comitente, independientemente de la elección, que no pudo haber realizado. Cons. Ap. Lucca, 28 Mayo 1881 (*Foro it.*, 1881, II, 483).

(4) V. en seguida las notas al n. 167.

culpa *in vigilando* (padres, etc.), admitiendo la prueba liberatoria á favor de los responsables; por otra parte, habría enunciado casos (agentes, etc.) en los cuales, aun quedando igualmente la razón de disponer, no sería concedida la experiencia de la prueba contraria á la presunción de culpa.

Ciertamente; si igual es *la ratio legis*, ¿por qué no está igualmente considerada la posición del responsable?

Acaso la nota, de demasiada severidad, advertida en la ley por todos los que siguen la teoría de la elección, ha inducido á la jurisprudencia á decidir que la responsabilidad, en la hipótesis del agente ó del sirviente, existe solamente en cuanto no tuvo la vigilancia; así que, si al tercero responsable la clara disposición de la ley impide el medio de demostrar no haber podido impedir el daño en el momento en que se cometió, quedará siempre modo de excluir la posibilidad genérica de la vigilancia, deduciendo la inexistencia del contenido ó de la modalidad de la relación acordada entre él y el autor del hecho ilícito. Y este expediente vendría á modificar la ley, eliminando los ordenamientos cautelosos informados en otros principios bien distintos.

167. No más aceptable parece la doctrina que hace depender la responsabilidad del representado (comitente, etc.) de la elección. Atribuya él, se dice, á culpa suya el haber encargado de un negocio ó de un servicio á una persona incapaz: el error ó su falta de diligencia no deben explicar consecuencia alguna dañosa para tercero, y sufra, por lo tanto, el representado los efectos de la propia debilidad ó de su propio descuido (1).

La construcción así pensada contiene en sí parte de verdad; del mismo modo, como se verá después, verdad existe también en la teoría de la culpa *in vigilando*, la cual, á la

(1) V. el núm. 178.

par que esta culpa *in eligendo*, entran, es verdad, á patentizar la materia de la comisión, de la representación; pero, en resumen, es esta última por sí misma la razón directa y sola de la responsabilidad. Como la culpa *in vigilando*, así también la *in eligendo*, si se coloca como única razón de la responsabilidad, queda envuelta en medio de dificultades intrincadísimas. En efecto; puesta la presunción de la culpa por razón de la responsabilidad, ¿por qué no se consentirá la prueba contraria, encaminada á demostrar que el representado puso en la elección todo el cuidado del diligentísimo padre de familia, en modo que ni siquiera de culpa levísima se le pueda hacer responsable? Se observa, por lo común, que aquí el ordenamiento legal establece una presunción absoluta, y no faltan las censuras á la ley por este supuesto sistema suyo. Pero ¿es verdad que éste es el criterio regulador que observa (1)?

Y parece que esa es mucho más correcta y justa que las malas censuras que se le han hecho. Porque recurriendo al concepto de la presunción de culpa por causa de la mala elección, se trata de coger el fundamento de la disposición en sus efectos, y como no está concedida la prueba contraria, se dice que la presunción es absoluta; pero este modo de argumentar sobre los efectos no es siempre buena manera de raciocinar. En efecto: ¿por qué querer presumir absolutamente la perniciosa elección, cuando el interesado podría, de un modo luminoso, demostrar lo contrario? La equidad se rebela á dicha afirmación, y no se puede atribuir tamaña enormidad á la ley que, en otros casos donde

(1) Laurent, ob. cit., XX, 588; Giorgi, ob. y l. cit. Y sobre el ordenamiento legal véase: Pothier, ob. cit., n. 121; Duranton, ob. cit., XIII, 724; Marcadé, ob. cit., sobre el art. 1.384, 3; Demolombe, ob. cit., VIII, 611, 612; Colmet de Santerre, ob. cit., V, 365 bis, VII; Aubry y Rau, ob. y § cit.; Hue, ob. cit., VIII, 444; Larombière, ob. cit., sobre el art. 1.384, n. 8, 25; Cas. Turín, 14 Junio 1901 (*Legge*, 1902, I, 233).

hay presunción de culpa, ha consentido la prueba liberatoria.

La razón del ordenamiento está toda en la relación de representante y representado que existe entre el autor del hecho ilícito y la persona obligada á responder. Aquí, en el ambiente de los poderes concedidos manifiesta ó tácitamente al representante, es el representado el que obra por medio de otro; el hecho del representante le obliga como si fuese propio.

De donde es natural por lo mismo y lógica la consecuencia de no admitirse prueba alguna liberatoria, porque el concepto de representación lo impide, al representado que objetase el haber puesto en la elección del representante la más escrupulosa diligencia, se replica siempre victoriosamente que esto no quita, respecto al tercero ofendido, que haya sido causado el hecho injurioso por un representante en el ejercicio de sus funciones. La prueba sería inútil, inconcluyente.

Por lo tanto, no al supuesto fundamento de una presunción de culpa se debe pedir la declaración de la ley, sino al otro verdad de la representación. Y nada importa si los trabajos preparatorios y todos los precedentes no aluden en modo alguno á esta idea mientras se ha hablado de la presunción de culpa *in eligendo*; la objeción que se quisiera recabar no rige; y examinando bien este material, resalta que el concepto de elección tiene un puesto junto al de la representación, ni podía ser de otra manera, porque es inherente (como se ha dicho) á la relación constituida: diferentemente en el caso de mandato, y menos directamente en el otro de locación de obra. El comitente, el dueño, no tienen la acción liberatoria que se concede en otros casos al padre, por ejemplo, debiendo reprocharse á sí mismo el haberse confiado á hombres imprudentes ó poco diestros; y no es justo que el tercero sea víctima de esta inconsiderada y mal puesta confianza, causa primera de la injuria que han sufrido.



Así se ha dicho en los trabajos preparatorios de la ley francesa (1); pero ¿es razón bastante el presumir, como se ha hecho, tal consejo en modo absoluto? Si respecto á terceros ofendidos se debe responder por la propia imprudencia, ¿por qué no consentir la prueba de que ninguna culpa, aunque fuese ligerísima, exista en realidad á cargo del comitente?

Consideraciones ya expuestas, y que ciertamente no pudieron escapar al autor del documento que está recordado en los trabajos preparatorios; antes de hacer mención al concepto de la «imprudencia en la elección» se ha adoptado en efecto otro motivo, en el cual se hace resaltar, si no como idea general, con el carácter de un argumento de hecho, el concepto de la «representación», como está puesto en este estudio. «¿Acaso no es el servicio del cual el patrono se aventaja el mismo que causó el daño que se ve obligado á resarcir?» Y en estas palabras (2) está la razón entera de la ley: el servicio, esto es, la obra ejecutada en el interés ajeno (el representado), razón que sufraga por sí sola la disposición sin necesidad de recurrir al concepto de la elección, de la cual se hace también mención, es verdad; pero de los dos motivos, en los cuales el uno por su entidad responde al ordenamiento de la ley y lo explica correctamente en sus varias partes, mientras el otro lo contradice de una manera evidente, el intérprete no puede dudar en adaptar al primero su doctrina. La contradice; conviene fijarse cuando se quiera, como se ha dicho, ver la razón directa de la responsabilidad; ciertamente entra en la composición de la materia jurídica de la comisión, como entra también la culpa *in vigilando*; el que comisiona tiene la elección libre del comisionista, y como tal lo

(1) Bertrand de Greuille, *Rapp. au Tribun.* (16 pluv. a. XII), y Loaré, *ob. cit.*, XIII, n. 14.

(2) Bertrand de Greuille, *l. cit.* Cons. Ap. Macerata, 5 Febrero 1885 (*Foro it.*, 1885, 1, 811).

tiene bajo su dependencia; así que puede, queriéndolo, vigilar el trabajo. Mas para la responsabilidad esto no importa, bastando para ella el hecho jurídico de la comisión por medio de la representación, que es la figura jurídica que nace de ella; descartado el hecho de la comisión (por incapacidad subjetiva, eliminando la voluntad libre de elección, ó por no existir en el hecho posibilidad alguna de dependencia), falta así la representación; ésta, sin embargo, es siempre la razón directa inmediata de la responsabilidad.

168. Algunos doctores y algunas decisiones de la jurisprudencia (1) acogen la teoría en la supuesta negligencia en la elección como fundamento de la responsabilidad; pero añaden que ésta está, sin embargo, conexcionada, como á otra causa, á una relación de dependencia entre el autor del hecho ilícito y el comitente; cuya relación, si es inconcebible cuando se confie la ejecución de obra extraña á los conocimientos del comitente, lo es si éste se hubiera reservado la dirección ó la vigilancia en la ejecución de la obra encargada (2).

Á dicha doctrina la crítica puede contradecir gravemente; advirtiéndolo, como se ha dicho y se observará todavía, que los dos conceptos de la elección y de la dependencia entran, es cierto, á componer la comisión, pero no entran después á determinar la razón jurídica directa de la responsabilidad del representado. Aparte esta consideración, aun permaneciendo dentro de los términos en que la doctrina antes descrita está propuesta, hay dos motivos distintos de objeción.

El primero, la oposición en que la doctrina expuesta está

(1) Cons. Aubry y Rau, *ob. cit.*, § cit., y la sent. cit. en la n. 2, pág. 383.

(2) Sobre este último punto consúltese la sentencia citada en la nota precedente, y Sourdat, *ob. cit.*, 1, 901. La distinción adoptada en Aubry y Rau, *ob. y l. cit.*, demuestra que en la primera parte de la teoría, el fundamento de la responsabilidad es la *c. in eligendo*.

con el fundamento de la ley, como resulta en los trabajos preparatorios; puesto el concepto de dependencia como razón necesaria y directa de la responsabilidad del comitente, no se comprende por qué esta relación no pueda también existir cuando el agente deba ejecutar labor alguna extraña á los conocimientos del comitente; ¿acaso es menos verdadera por esto, acogiendo, según hace la teoría, el criterio de la elección la imprudencia del dirigirse á persona incapaz ó no diligente al ejecutar el encargo? Y además, la acción del agente (representante), ¿no está siempre en el interés único y directo del comitente (representado)?

Hasta aquí, la teoría ahora discutida añade alguna cosa á la ley: trata probablemente del motivo enunciado antes, que es el rigor de las decisiones, á las cuales se llega con el solo criterio de la elección; rigor en verdad no justificado, cuando se quiera justificar por él el ordenamiento de la ley y explicarlo.

La segunda objeción está además señalada por la contradicción que hay entre los principios mismos que da la doctrina examinada. Por un lado, no existiría la relación de dependencia descrita en el caso de encargo extraño á los conocimientos del comitente; por otra parte, la falta de tales conocimientos nada implicaría cuando el comitente se hubiese reservado la dirección y la vigilancia; y la diversa decisión respecto á la responsabilidad sería explicada con la culpa del comitente, el cual, si no era capaz, no debía asumir en sí ni la dirección ni la vigilancia. Y resultarían dos modos de explicar la responsabilidad en dos distintas posiciones de hecho; esto es, la culpa en la elección y en la vigilancia, y sobre esta última con extensión superior á la primera. Pero precisamente en la segunda hipótesis, ¿por qué negar al comitente el derecho á demostrar el haber empleado la máxima vigilancia? ¿El derecho de prueba contra la presunción de culpa?

Adviértase que en la primera hipótesis, la supuesta culpa en la elección estaría ya implícitamente admitida una

eximente á favor del comitente, al cual se haría responsable solamente cuando la comisión dada no fuese extraña á sus conocimientos. Con la prueba contraria, podría el comitente alegar la ignorancia de las cosas concernientes á la comisión, y combatir, por lo mismo, su presumida imprudencia *in eligendo*; pues bien: esta objeción, siempre posible, está puesta para limitar la regla. ¿Por qué no seguir igual criterio respecto á la presunción de culpa *in vigilando*?

169. Estas incertidumbres, este insistir más ó menos abiertamente sobre la severidad de la prohibición de la prueba contraria, y sobre el modo de llevar la interpretación en manera que se disminuya su extensión, dependen de la debilidad del argumento sobre el cual se apoya la construcción que por costumbre se hace.

La gravedad de dichas consecuencias está ciertamente en esto: que la jurisprudencia insiste en querer como extremo de la responsabilidad la relación de vigilancia, sin el cual faltaría la comisión, y se aleja así del verdadero fundamento de la ley, como resulta de los trabajos preparatorios y de la disposición referente á la prueba liberatoria. Que la dependencia concorra á dar, como se dijo, la materia de la comisión, se comprende; que en esa se contenga también la posibilidad de la vigilancia, también se comprende; pero el defecto de dicha vigilancia no induce defecto de dependencia, no altera la figura de la representación, de donde emana directamente la responsabilidad. Es hecho del todo íntimo que se refiere al comitente, y frente á los terceros ofendidos por el agente basta solamente que él sea el representado por el agente.

Que es también objeción común á la doctrina de la presunción de culpa *in eligendo*: si ésta fuese verdaderamente la razón de la ley, no se podría entender y justificar la prohibición de la prueba contraria, que, sin embargo, está admitida por cuantas legislaciones fundan sobre tal concepto la responsabilidad del representado. El criterio que existe

en los trabajos preparatorios y el sistema de la ley parece sea, por lo tanto, el enseñado aquí de la «representación», entendida en el modo indicado y en la diversa figura de relaciones en que puede presentarse: de donde la distinción propuesta en representación verdadera, propia y representación en general.

Por cuyas figuras, que representan plenamente el contenido de la distinción, fácilmente se comprende cómo en las relaciones entre conductor y alquilador de obra, no surgiendo inmediatamente, directamente la idea de la representación (que existiría, por lo mismo, solamente en relación á tercero), las disposiciones que reglamentan el mandato sean inaplicables. El mandante, ordena la ley, debe indemnizar al mandatario de las pérdidas sufridas con ocasión de los encargos recibidos, cuando no se le pueda imputar culpa alguna (1); el alquilador de obra ¿podría reclamar dicha indemnización por el daño que le ha sobrevenido al ejecutar el trabajo que se le confió, alegando ser representante el conductor? Así se dijo al buscar apoyo para la teoría que daba enteramente cualidad de contractual á la dicha responsabilidad de los patronos, respecto á los obreros, por los accidentes del trabajo (2), y no fué argumento bien acogido, especialmente en consideración á los extremos que constituyen la locación de trabajo (3). Y esto es verdad; pero

(1) Cód. civ. art. 1.734; Cód. civ. fr., art. 2.000; Cód., civ. austr., art. 1.015 (limitado exclusivamente al mandato gratuito); Cód. civ. austr., § 1.014; Ley federal suiza, art. 400; Cód. civ. de la República Argentina, art. 1.953. V. Unger, en el *Jahrb. f. R. D.*, XXXIII, pág. 325 y siguientes.

(2) Ap. Chambéry (*J. du P.*, 1882, I, 507). V. Chironi, en la monografía cit.: de la *Responsabilità dei padroni*.

(3) Cas. fr., 24 Enero 1882 (*J. du P.*, 1882, I, 567), y Ap. Grenoble, 10 Enero 1883 (*J. du P.*, 1883, I, 334). Lo afirmado en el texto no contradice, antes bien, esclarece mejor la opinión sustentada en Chironi, *Della responsabilità dei padroni*, Siena, 1884. Cfr. Sauzet, *Responsabilité d. patrons*, en la *Recue critique*, XII, 596 y siguientes, núm. 39 y siguientes. V. Chironi, *Colpa contratt.*, pág. 123 y

con esto no se contradice que también el concepto de la «representación» sobresalga indirectamente, confundiendo la relación de la locación de obra con el mandato, como hace la teoría descrita, sino solamente respecto á terceros.

170. Establecido de tal manera el concepto de la «representación» como razón directa de la responsabilidad del comitente, hay necesidad de fijar las condiciones generales que deben concurrir á esto para que en ella se determine la responsabilidad del representado por los hechos ilícitos del representante, y son:

- a) Que el representante haya obrado bajo tal cualidad y en forma inmediata de representación;
- b) Que haya cometido el hecho ilícito en la ejecución del encargo que se le ha confiado é inherentemente;
- c) Que exista efectivamente el hecho ilícito á cargo del representante.

Pocas consideraciones bastarán para demostrar cómo solamente por el concurso de estos tres elementos se determina la responsabilidad en cuestión, la cual además indudablemente existe, aunque la causa del hecho ilícito haya sido la ignorancia del representante (1).

171. a) La primera de las condiciones ahora descritas está justificada por la índole misma de la representación. Que está, se comprende en cuanto que el representante obra como tal, porque de otra manera obraría por cuenta propia ó en nombre propio, y sólo su persona y no la del representado resaltaría entera en el acto que cumple, y no existiendo más que el representante que obra, ninguna obligación puede derivarse directa é inmediatamente de su acto á cargo de la persona representada (2).

Se ha añadido en forma inmediata de representación, sig., donde está establecida la diferencia que distingue este concepto y su relación con el depósito.

(1) Cons. Ap. Casal, 30 Diciembre 1881 (*Giurispr. di Casale*, 1882, 84).

(2) V. el § 3 A del presente capítulo.

porque se la puede entender en dos modos: esto es, según que tenga lugar en forma inmediata ó mediata. Ciertamente, la distinción parece que repugna á la estructura jurídica del instituto, porque en la representación mediata falta la acción del representante como tal, en cuanto que obra y debe obrar por sí; de todos modos, es también exacto que en las relaciones internas existe la relación de comisión. Con estas declaraciones y con la reserva que en ellas se contiene, se observa que si en la representación dicha inmediata (la verdadera, propia representación, la representación) el representante obra en nombre y en el interés del representado, al cual, por esto, se refieren directamente los derechos y las obligaciones derivadas de tal acción, en la mediata existe, es verdad, la relación de representante y representado entre las partes que la estipularon; pero al cumplirlo, el representante obliga directamente su persona respecto á terceros, como respecto á éstos adquiere derechos; así que el representado (aunque el tercero conozca la relación existente entre él y la persona con que trata) queda perfectamente extraño á estas operaciones (1).

Es evidente, partiendo de tales principios, que en la materia que se examina solamente de representación en forma inmediata puede hablarse. En efecto, si en la representación en forma mediata el representante no obra en nombre del representado (*dominus negotii*), sino en el suyo, y obliga un tercero hacia sí, como se obliga él directamente respecto á él, ni siquiera por los actos ilícitos á los cuales haya dado causa podrá nunca obligar al representado, y lo mismo que se observa en las relaciones contractuales, así en los hechos ilícitos su persona es directa y únicamente sujeto de derechos y de obligaciones (2).

(1) Jhering, *Sui comitati*, en el *Jahrbucher f. d. Dogmatik d. heut.*, etc., XVIII, fasc. 1, 2.

(2) Otra cosa es ver si el tercero ofendido puede obrar en virtud

De tal representación en forma mediata ocurren en la ley varios ejemplos. Se la encuentra con ocasión de representación constituida en origen como verdadera y propia, cuando el mandatario obra en nombre propio: la ley dispone esto expresamente (1) en la hipótesis de negocio contractual entre mandatario y tercero; pero su decisión está sacada de un principio de tal manera general é innato en la esencia misma de la representación, por lo cual sería ilógico si no se le extendiese también á las obligaciones que derivan también de hecho ilícito cometido por el mandatario en la ejecución del trabajo confiado. Igualmente la ley comercial, al reglamentar el contrato de comisión, dispone de la obligación directa del comisionario respecto á terceros, y de éstos respecto á él, porque en la comisión, si el tratamiento de los negocios tiene lugar por cuenta del comitente, lo tiene, sin embargo, á nombre del comisionista (2).

Hasta aquí, fuera de la discusión sobre la conveniencia de denominar representación la relación en que ésta se ha hecho aparecer de una manera mediata, ninguna duda grave ocurre en la exposición de los principios, y por las declaraciones hechas sobre su razón económica y jurídica no debería encontrarse ni siquiera á la representación que se ha dicho en general; aun con ésta, si la persona á la cual se ha encargado un determinado servicio lo ejecuta ó cumple negocios que necesariamente á él se refieren, obrando en nombre propio, esto es, poniéndose en evidencia á sí

de la prohibición del enriquecimiento, injusto, contra el representado; mas entiéndase que no es por la representación por lo que este último estaría obligado, sino por la *in rem versio*. Sobre esto véase Chironi, *C. contratt.*, págs. 259, 292, y Cód. civ. germ., § 687, y Planck, ob. cit. sobre este §.

(1) Cód. civ., art. 1.744; Cód. civ. austr., § 1.017; Cód. feder. suizo, *De las oblig.*, § 37; Cód. de la Rep. Arg., art. 1.946; Cód. de Chile, art. 2.151.

(2) Cód. de Com., art. 380. Cons. Sraffa, mon. cit.

mismo y no la cualidad propia del hecho ilícito cometido, en tal ocasión será exclusivamente responsable. Así, en la hipótesis de la adjudicación hecha para la construcción de un edificio ó de la ejecución de otra obra determinada, y siempre que el negocio conserve la figura de locación de obra (1), si el adjudicador contrata en nombre propio la adquisición de un terreno con el fin de extraer materiales que le sean necesarios, el daño causado á los obreros por él empleados por causa de accidente derivado de mala dirección ó de falta de vigilancia no se podrá imputar á cargo del comitente. Obsérvase aquí, indudablemente, la relación de comisión y el advenimiento del hecho en relación al objeto para el cual la locación se constituyó; pero la representación inmediata respecto á tercero falta del todo. No podría decidirse de igual modo en la hipótesis en que el terreno fuese del comitente y éste lo hubiere cedido en virtud del contrato para la extracción de materiales, aunque los obreros empleados en los trabajos de extracción hayan sido empleados directamente por el empresario, el cual, como arrendador de trabajo, obraría siempre en representación (genérica) del comitente. Resolución ésta que no contiene un principio propio, sino es solamente la explicación del concepto antes propuesto, de conformidad con los términos del hecho especial á que se refiere; en el sentido de que la acaecida concesión, cuando otros elementos con estos no contrasten, significaría la obligación del comitente de dar los materiales en la medida y calidad que el terreno cedido puede suministrar. Si en cambio, por los términos del contrato se ve que la concesión del terreno, aunque motivada por la comisión de la obra adjudicada, existe en sí misma, esto es, que es venta del derecho de extraer los materiales, otra es la resolución que debe seguirse (2).

(1) V. el § 3 A del presente cap. y Chironi, *C. contratt* cit., página 400 y siguientes.

(2) V. inmediatamente el § relativo á la representación *in genere*. La cuestión discutida en el texto demuestra que entre las mis-

172. b) Por el segundo de los extremos descritos se demuestra que el acto cumplido por el representante en tal calidad no debe exceder los límites de las funciones consentidas por el representado; de otra manera, la representación faltaría del todo (1). La voluntad del representado determina, esto es, hasta qué punto quiere aprovecharse del trabajo ajeno, y consiente á que en el acto del representante se manifieste su personalidad; por esto, si el representante va más allá de los confines señalados expresamente por el representado ó comprendidos en la naturaleza del negocio del cual se ha encargado, viola la ley de la representación, y ésta no existe en su acto. En resumen: en el representante no puede darse esta cualidad independientemente de la causa por la cual le ha sido atribuída, y cuando propase los términos en los cuales está comprendido su encargo, no obra ya como representante, sino en nombre propio. Y esto, no sólo sucede en la sola representación voluntaria, sino también en la legal ó necesaria, como se verá después (2); la excepción de la relación no consentiría distinción alguna sobre este punto.

Este concepto, concerniente á la existencia de la representación, expresamente reglamentado en materia de negocios contractuales (3), no es menos cierto en el caso de relaciones extracontractuales, á las cuales el representante dé

mas partes pueden existir, con estrecha relación entre ambas, las dos figuras, una la relativa á la representación *in genere*, y la otra no; pero la relación establecida (sea una motivo de la otra) no altera la respectiva estructura jurídica.

(1) V. en seguida la n. 3. Cons. Aubry y Rau, ob. y § cit.; Laurent, ob. cit., XX, 582 y siguientes; Demolombe, ob. cit., VIII, 613 y siguientes; Huc, VIII, 444. Cas. Turin, 5 Diciembre 1898 (Ley 1899, I, 224); 14 Julio 1900 (*id.*, 1900, II, 547).

(2) V. el núm. 175.

(3) V. Chironi, *Culpa cont.*, cap. VIII, § 1; v. Cód. civ., artículo 1.742, 1.752; Cód. civ. fr., arts. 1.989, 1.998; Cód. civ. suizo, *De las oblig.*, art. 36; Cód. civ. austriaco, § 1.017; Cód. civ. de la República Argentina, art. 1.946.

causa en el ejercicio de sus funciones; la naturaleza misma del instituto lo hace de virtualidad general (1).

173. c) La tercera condición es también común á la hipótesis en que el representante se encuentre en culpa respecto á los negocios contractuales constituidos en el ejercicio de sus funciones, ó que á éstas se refieren, y es, por lo mismo, como las otras dos, inherente á la estructura jurídica de la representación.

El representante no obliga al representado cuando el hecho ilícito haya ocurrido con el solo concurso de los dos extremos hasta aquí descritos; es todavía necesario que á tal hecho se le pueda afirmar la culpa, porque si así no fuese, de nada debería responder, ni, por consecuencia, á nada estaría obligado el representado; si á él deba referirse el acto del representante, es necesario que exista jurídicamente completo en el agente; de ahí el concepto de garantía propuesto para explicar esto, que á otros pareció deber llamar responsabilidad del representado sin culpa suya. Así que por dicha responsabilidad, derivada de la representación, como su sola fuente directa, para que exista el hecho ilícito, el agente debe encontrarse en culpa, y de ésta conviene pueda hacerse cargo; cuando esto sea, y este así constituida jurídicamente la injuria, ninguna otra indagación, según se advirtió á su tiempo (2), debe hacerse respecto al representado, el cual, en virtud de la representación inherente á la relación que lo liga al agente, es responsable.

En pocas palabras: en el agente (representante) obra jurídicamente el representado, el cual, una vez conocida la existencia del hecho ilícito respecto al representante (con

(1) V. las aplicaciones especiales en los §§ siguientes, y los datos sobre jurisprudencia y doctrina en las notas.

(2) V. Chironi, *Colpa contratt.* cit., núm. 47, y en este volumen los núms. 158 y 159.

el concurso de las condiciones descritas), queda obligado (1). Puede suceder, es verdad, que la injuria no sea imputable al agente incapaz, y que el representado deba, sin embargo, responder, si, conociendo ó debiendo conocer el estado del agente, lo quiso ó lo dejó, sin embargo, representante suyo; pero ¿quién no ve que aquí la responsabilidad no pertenece ya á la representación, sino á una culpa verdadera, personal del obligado? De lo que se hablará después en el estudio acerca de las causas eliminantes ó disminuyentes de la responsabilidad, que será también el lugar para indagar cómo, debiendo por los hechos ilícitos dolosos del representante responder el representado, en virtud de la representación, según quiere la regla ahora fijada (2), pueda el dolo alguna vez determinar el hecho como personal del agente; y la responsabilidad personal derivaría entonces del defecto de la representación en el momento en que se cometió el acto ilícito.

174. Respecto á las figuras especiales del agente y del sirviente, en que, según las ideas aquí expuestas, se encontraría siempre la aplicación del mismo principio general, que es la representación, algunas doctrinas, al atenerse á la presunción de culpa *in eligendo* como fundamento de la responsabilidad, añaden la necesidad de que una relación de dependencia exista entre el autor del hecho ilícito y la persona responsable; se dice que no se podría concebir cuando la comisión dada sea extraña á los conocimientos del comitente. A cuya teoría se aludió antes (3); y se tuvo con esto ocasión de enunciar los argumentos que le son contrarios; y se habla ahora nuevamente con el fin de examinar si junto á los extremos designados sea también ne-

(1) Conviene completar la teoría con cuanto se ha dicho en el cap. X, § 1.

(2) Cons. Laurent, ob. cit., XX, 582 y siguientes; Aubry y Rau, ob. cit., IV, § 447; Hue, ob. cit., VIII, 449. Cfr. Demolombe, ob. cit., VIII, 613 y siguientes.

(3) V. el núm. 168.

cesaria otra condición especial para que exista la responsabilidad designada en el texto como genérica ó en general.

Los principios expuestos aconsejan mantener la respuesta negativa antes dada á la cuestión. El concepto de la representación se desprende claramente de la relación por la cual uno encarga á otro el hacer alguna cosa en su nombre é interés, y para sostenerla no necesita otros elementos. Esto fué bien entendido en los trabajos preparatorios de la ley francesa (1), donde se afirma la justa responsabilidad por el daño producido al ejecutar una cosa en ventaja toda del comitente: no se hace mención alguna á la necesidad de que el objeto de la comisión no esté fuera de los conocimientos de quien la da (2).

Pero ¿deberá desecharse también el elemento de la dependencia? De esto ya se ha dicho cuál es la entidad y las especiales virtudes que tiene; y según las ideas expuestas, parece no se la pueda eliminar, manifestándose por lo mismo un efecto de la relación existente entre representante y representado, y esto es término de la representación, y no sólo de aquella en general, sino también de la propia. Por esto es inútil indicarlo: ya se tenga la figura de mandatario ó la otra de alquilador de obra, al aceptar el encargo confiado por el mandante ó por el conductor, se entra por él en una verdadera dependencia, en el sentido de que la comisión dada debe ser ejecutada según las instrucciones particulares ó generales dadas, y, en defecto suyo, el oficio para cuyo cumplimiento fué dejada al representante mayor ó menor libertad de acción, debe ser ejecutado en el modo más conforme al interés del representado. El cual, para el mejor éxito de la comisión dada, puede dejar (y puede también presumirse según su voluntad en tal sentido) libertad de acción, sin que sufra el vínculo de dependencia

(1) V. Bertrand de Greuille, *Rapp. cit.*, en Loqué, obra y lugar citados.

(2) Larombière, *ob. cit.*, sobre el art. 1.384, núm. 10.

que está implícito en la comisión, ó más generalmente en la representación; así que dependencia no significa la sujeción hacia el representado, sino la condición en que está el representante por efecto del encargo recibido.

175. La representación se sabe que puede derivar de dos fuentes: la voluntad y la ley; de donde resulta que, según su origen, es ó convencional ó legal; distinción que, por otra parte, no tiene eficacia alguna en cuanto al quitar ó disminuir la responsabilidad que corresponde al representado por los hechos ilícitos ejecutados por el representante. La ley, ejerciendo su poder directivo soberano, constituye á ciertas personas un representante ó exige por su posibilidad jurídica de actuar que sea constituido: ¿por qué debería faltar aquí el concepto de la representación? (1).

En la clase de la representación legal debe inscribirse la posición jurídica del tutor, que es representante legal del menor (2); es un mandato que la ley le impone de cuidar de los intereses del menor y de representarlo, fijando los límites que declaran la extensión de los poderes que se le han conferido. Pero el menor ¿responderá de los hechos ilícitos á los cuales haya dado causa el tutor en el ejercicio de dicha representación legal? Ó ¿no deberá en cambio decirse que esta responsabilidad desaparece cuando á constituir la representación haya faltado la voluntad directa del representado? Ó cuando menos, ¿no parece natural que no teniendo el tutor autorización alguna para cometer hechos ilícitos,

(1) Cons. Almeras-Latour (*Rapp. en el J. du P.*, 1891, I, 627) refiriéndose á la responsabilidad de los municipios: «asi, para ciertas personas morales, por ejemplo, para un municipio, para una administración pública, la elección puede tener lugar, ó, en otros términos, el agente puede ser nombrado por el poder central ó por el prefecto que interviene, ya sea por motivos de interés general, ya sea en virtud de un alto derecho de tutela que le hace sustituirse á la colectividad misma. Esta no queda menos sometida á la responsabilidad del derecho común.»

(2) V. Chironi, *Culpa contratt.*, núm. 47.

aquellos que haya cometido deban quedar á cargo suyo personalmente?

El que argumente sobre los principios verá que en la especie bien se delinea la figura del mandato; y si representación existe cuando concurren los elementos generales que determinan la responsabilidad, no parece dudoso que el representado deba responder por el hecho ilícito del representante. ¿No obra éste en su nombre é interés? ¿no renueva acaso su poder de representante de la ley? Este es el argumento positivo: eliminando las objeciones, la tesis tendrá más claridad. En efecto: falta en verdad la voluntad del representado que autoriza el oficio de la representación; pero éste está concedido al tutor por la ley, que dispone con fin de utilidad general, debiéndose proveer á quien por causa de edad ó enfermedad grave de inteligencia no pueda gobernar por sí mismo sus intereses, con arreglo á lo que requiere la función del estado y del derecho; de ahí que la posición jurídica de representante parezca en el tutor plenamente legítima y justificada. Y no mejor se regiría la otra dificultad, porque acogiéndola, no se entendería lo que valga y signifique la responsabilidad del representado por los hechos del representante, y, según las aplicaciones que hace la ley, la del comitente por el agente y la del amo por el sirviente.

¿Tiene, acaso, el comitente, al encargar á otro de un servicio, dada autorización para cometer delito ó cuasidelito? La ley, por lo tanto, no se ha informado en un criterio opuesto á aquel que existe en la objeción indicada: ¿acaso no ha aplicado con lógica severa el concepto de la representación? Por otra parte, cuando una administración tiene su representante nombrado por la ley, ¿no debe, acaso, responder la entidad representada de los hechos ilícitos ejecutados en el ejercicio de la representación?

Sino que contra dicha resolución se argumenta sobre la grave lesión inferida á los intereses del menor, que la ley con el instituto de la tutela entiende proteger. Contra cuya

duda se ha observado (1) que el argumento, aunque válido, debería, sin embargo, conducir á librar de toda responsabilidad al comitente y al amo, y entonces dicha generalidad de aplicación demostraría siempre mejor la unidad del criterio afirmado en la disposición de la ley; que los intereses del menor, en las relaciones con el tutor, están garantizados por la responsabilidad impuesta á este último; y que no puede decirse falte la garantía cuando el tutor no haya prestado caución, ó ésta sea insuficiente, ó no tenga bienes con qué responder, porque si esto fuese, el comitente y el amo podrían igualmente valerse de la objeción con el fin de liberarse de la responsabilidad por los hechos ilícitos del agente ó del sirviente.

Y de aquí el que la decisión referida haya parecido justa y bien fundada en derecho, demostrándose por esa la lógica estructura del criterio sobre el cual está fundada la disposición que ordena la responsabilidad de los comitentes y de los dueños y su generalidad. Sin embargo, la razón de dudar parecerá prevaleciente todavía cuando se considere la razón del provvedimento, que es la defensa social del incapaz; ciertamente tiene este fin, y la responsabilidad ahora discutida es contradicción insanable.

Y no importa el decir que así se altera el contenido jurídico de la representación, porque la estructura de ésta es como la ley pudo quererla y ordenarla; y si la ley, proveyéndola al menor y al incapacitado, la estableció en su favor, se entiende por esto que la responsabilidad por los hechos del representante está eliminada como no conveniente al objeto para el cual lo instituyó.

176. Cuando además tenga su origen en la convención, es cierto que para establecer la responsabilidad no deberá haber duda acerca de la capacidad de quien ha dado la comisión.

Por lo que si un menor diese un encargo á alguien ó lo

(1) Cons. la primera edición de este trabajo, I, pág. 287.



llamase á su servicio en calidad de sirviente, no está obligado á responder de los hechos ilícitos cometidos por el representante al cumplir el encargo recibido cuando resultase de su incapacidad para darlo; y no se objete aquí la distinción puesta como criterio fundamental en este estudio entre la culpa contractual y la aquiliana para inferir que al tercero perjudicado no pueda válidamente oponerse la inexistencia de la relación entre el menor comitente y el agente, fundando su razón jurídica sobre la posición del injuriante en el momento que cometía la injuria; hace falta decidir bien, siendo éste el punto de donde trae su desarrollo la cuestión de la responsabilidad si haya habido efectivamente representación.

Ahora bien: para resolver este punto fundamental, hace falta asegurar si el menor era capaz de consentir la relación que produjo la responsabilidad, distinguir por lo mismo si es menor emancipado ó no, y si en el primer caso el acto pueda comprenderse dentro de los procedimientos de simple administración en él consentidos por la ley (1), en cuya hipótesis será responsable; diversamente, faltaría la razón de la representación, y no pudiéndose decir del autor de la injuria que representase jurídicamente al menor cuando cometió el hecho ilícito, la responsabilidad será personal y á él imputable. Como puede suceder también en el caso de un menor no emancipado que se ocupe de sus negocios; pero cuando resultase que al descuido del tutor se debe la intromisión indebida directa y exclusiva del incapaz en actos de administración, en los cuales por razón de la edad la ley no lo considera idóneo, también contra el tutor podrá el ofendido entablar acción de responsabilidad (2), y no hay diferencia entre este caso y el otro de nombramiento hecho si por el menor, pero aprobado por

(1) Cód. civ., art. 317.

(2) En virtud, se entiende, del art. 1.151 citado.

el tutor (1). Cuya resolución se demuestra todavía mejor al considerar que el incapacitado está en cuanto á capacidad jurídica en la misma posición del menor no emancipado, y si él nombrase un agente ó un sirviente, no hay duda alguna que no debería responder de los hechos ilícitos cometidos por estas personas; y si igual es en ellos el defecto jurídico de capacidad, igual es la decisión en materia de responsabilidad por los hechos de quien sólo aparentemente los representa obrando en nombre propio.

En algún ordenamiento legislativo (2) hay disposiciones opuestas; pero la cautela con que se les quiere circunscribir, demuestra fácilmente la contradicción con los principios. Ante todo se quisiera que el menor por el cual se hizo la elección del sirviente esté cerca de la mayor edad (3), y se le da después (4) el derecho de reversión contra el tutor cuando éste sea culpable. Pero ¿cómo! Si el menor puede nombrar válidamente el sirviente, ¿el tutor deberá responder de la falta de vigilancia? Pero si el menor ha ejercido válidamente este acto de administración, el tutor queda legalmente ajeno, y no está obligado por su intromisión; esto dígase sin advertir la gran incertidumbre de criterio inspirado acerca de la edad del menor, que debería ser casi mayor.

#### Generalidad (continuación). A. — Excepción general.

SUMARIO: 177. Responsabilidad personal del representante determinada por la ley.

177. Á la regla general propuesta antes sobre la responsabilidad del representado por los hechos ilícitos cometidos por el representante cuando concurren los tres elementos

(1) Cons. la primera edición de este trabajo, I, pág. 288.

(2) Cód. civ. japonés, art. 376.

(3) V. Boissonade, *Coment. cit.*, sobre el art. 396.

(4) Boissonade, *ob. y l. cit.*

ahora descritos, se contrapone la excepción de «cesar dicha responsabilidad cuando por la ley sea establecida la responsabilidad personal del representante mismo».

Ley y no contrato: de la eficacia de este último se hablará en su lugar (1). Cuando la ley por motivos especiales, inherentes alguna vez á la índole misma de la comisión, establezca la excepción antes puesta, ciertamente no puede haber cuestión de responsabilidad del representado; y de esto existen ejemplos, como se ha hecho notar y se observará (2) todavía en la disposición de la ley de procedimiento civil, que ordena la responsabilidad civil de los magistrados por el daño causado con dolo en el desempeño de sus funciones.

Verdad es que, por el contrario, se ha afirmado la responsabilidad del Estado y su derecho á indemnizarse contra el magistrado culpable de la indemnización pagada; y no parece que seriamente pueda contradecirse el concepto de la existencia entre Estado y magistrados de la relación de comisión, cuando se piense que la misma inamovilidad reconocida á los Jueces está encaminada, no á suprimirla, sino más bien á hacer el ejercicio de la comisión más provechoso y que responda mejor al fin de quien lo da en el interés general de los administrados; además, respecto á los oficiales del Ministerio fiscal que no tienen calidad de inamovilidad, no puede existir en manera alguna la duda. Sin embargo, aun siendo aquí la relación de representación recta y clara, la disposición de la ley establece la responsabilidad personal del representante; y que esto es así, se dirá después estudiando la responsabilidad del Estado por los hechos punibles de sus agentes; y se debe deducir que en los otros casos aplícase la regla contraria de la responsabilidad personal del representante, y también de la responsabilidad

(1) V. el cap. XVIII.

(2) V. el cap. VII.

principal y directa del representado, precisamente en virtud de la representación.

§ 1

Aplicaciones. A) Responsabilidad verdadera y propia.

SUMARIO: 178. Más sobre la regla general propuesta.—179. Sobre el mandatario, objeciones y confutaciones.—180. Valor de la locución «agente» empleada por la ley.—181. Del Procurador judicial.—182. Del ujier.—183. Del perito.

178. El derecho común imputaba, como ha habido ocasión de observarlo, la responsabilidad al comitente de las injurias causadas por el agente, sólo en cuanto era culpable por haberlo elegido (1). Esta es la regla (2): de modo que si no se hubiese podido imputar culpa alguna al comitente en la elección, su responsabilidad no tenía razón de ser (3). Y ciertamente, el que considere el detallado trabajo, que es ejemplo verdadero de análisis psíquico-jurídico llevado á cabo por la doctrina romana acerca de la responsabilidad, comprenderá fácilmente cómo no separándose ésta de la culpa (injuria subjetiva), la conducta injusta del responsable no pudiese encontrarse en otra parte que en la elección, como en otros casos de responsabilidad se ha atribuido á la vigilancia; y es más: la doctrina de la elección es todavía el criterio del cual legislaciones recientes (4) deducen á cargo del comitente la obligación de responder de las malas obras del agente. A cuyo hecho ya se ha aludido cuando se ha discutido la razón que determina este caso especial de responsabilidad; y las consideraciones hechas sobre los ordenamientos que acogen el concepto de la repre-

(1) L. 27, §§ 9 y 11, D. *ad leg Aq.* (IX, 2).

(2) Cfr. la L. 1, § 6, D. *de publicanis* (XXXIX, 4).

(3) L. 1 pr.; 5, § 6, D. *de his qui effud. vel dejecer.* (IX, 3). Cons. Windscheid, ob y § cit.; Castellari, ob. cit., núm. 53.

(4) V. el § precedente.

sentación, que es verdadero fundamento de la ley civil italiana, dispensan el demostrar aquí la mayor exactitud de las disposiciones que contiene (1).

179. Por lo que, acogido el concepto de la responsabilidad del representado por los hechos del representante como consecuencia directa de la representación, la aplicación más evidente y menos discutible que puede hacerse se refiere á la figura de la relación constituida por medio del mandato.

(1) Se entiende que la responsabilidad del representado es solamente civil y no se extiende á las consecuencias penales del hecho ilícito, que son personales del agente: cons. Laurent, ob. cit., XX, 615; Demolombe, ob. cit., VIII, 632; Sourdat, ob. cit., II, 777; á menos que se trate de penas pecuniarias que vienen á representar realmente una liquidación legal del daño. Y excepción de los hechos ó contravenciones á las leyes de policía, de las cuales siempre se responde, y esto es por la naturaleza de la contravención, porque supone la de una garantía contra el peligro del daño impuesto por interés público.

En lo relativo al primero de estos dos puntos, cuya es la naturaleza jurídica de la pena pecuniaria, determinándose en realidad como reparación civil, liquidación del daño por violación de la obligación, v. Cas. pen., 29 Diciembre 1897 (*Legge* 1898, I, 167); 21 Abril 1898 (*id.*, 1898, II, 164); v. Laurent, ob. cit., XX, 615; Aubry y Rau, ob. cit., IV, § 447; Sourdat, ob. cit., II, 778; Larombière, ob. cit., sobre el art. 1.384, 38; Garraud, *Tr. th. et prat. de dr. pén.* (París, 1898-901), I, 354; Blanche, *Ét. s. le Cod. pén.* (París, 1888-1891), I, 285 y siguientes. Para el carácter penal del proveído, véase especialmente Trib. de Palermo, 13 Junio 1897 (*id.*, 1897, II, 531); Trib. Salerno, 31 Enero 1898 (*id.*, 1898, I, 740), y la ley 21 Diciembre 1899, n. 446, de la cual nos ocupamos en el cap. VIII. Respecto al segundo punto, relativo á la posibilidad otorgada por la ley de que de las contravenciones cometidas por el representante responda el representado, véase al respecto de las obligaciones impuestas personalmente como ordenanzas de policía para el ejercicio de ciertas profesiones: Sourdat, ob. cit., II, 787; Larombière, ob. cit., sobre el artículo 1.384, 38; Cas. fr., 19 Abril 1894 (*J. du P.*, 1894, I, 301); en cuanto la ley ordena expresamente la responsabilidad del representado también para la pena pecuniaria, v. Sourdat, ob. cit., II, 773, y cons. y cf. Aubry y Rau, ob. cit., IV, § 447, t. y n. 40.

En efecto: el poder de la representación nace aquí inmediatamente, enteramente del negocio formado, y el mandante no puede quejarse y se encuentra obligado á responder del hecho ilícito cometido por quien obraba en su nombre sin exceder los límites de la potestad conferida. Inútil el repetirlo; el hecho del mandatario, concurriendo los oportunos elementos descritos, es hecho del mandante. Se objeta, es verdad, que el mandante no ha dado encargo al mandatario de cometer hechos ilícitos en el cumplimiento de su oficio: de ahí el cuasidelito cometido por el mandatario parecería un hecho excedente los límites de la facultad que se le ha dado, y faltando por lo mismo la representación, debería cesar, como ha sido ya ordenado por la ley en modo especial, la responsabilidad del mandante (1).

Estas objeciones, que ha habido ya ocasión de considerar, aun ayudándose de uno de los elementos fundamentales para fijar la responsabilidad del mandante, no por esto adquieren mayor virtud. ¿Dónde existiría el exceso del mandato? Se observa que era el ejecutar un hecho no consentido ciertamente por el mandante. Esto no; porque el mandante indica la facultad del mandatario designando el objeto del mandato, y el mandatario responderá personalmente de cuanto haga fuera de estos términos; pero si él no exagera los límites de sus atribuciones, y aun no excediéndolos, comete alguna injuria al ejecutar el encargo recibido, mal podrá defenderse el mandante objetando que él no quiso el acto ilícito. Porque en este caso el mandatario obraba válidamente bajo tal calidad: y así, la relación de representación obliga al mandante á responder de la injuria, si bien después le corresponde acción de reversión contra su representante.

A los terceros interesa solamente el reconocer la calidad de mandatario en el agente del cual han sufrido injuria: éste obraba con arreglo á su oficio, y en relación á su con-

(1) V. Laurent, ob. cit., XX, n. 575.

ducta cometió el hecho ilícito; pues bien: esto les basta para que, si ofendidos en sus propios derechos, tengan acción directa contra el mandante, el cual, en los términos de la comisión confiada, se considera que obra directamente por medio de la persona del mandatario. La ley ha afirmado con este principio la consecuencia de la representación, allí donde ha declarado responsables los comitentes de los hechos de sus agentes.

Y obsérvese también la contradicción á que se llega al exponer esta objeción y enseñando, además (1), que la disposición recordada deriva toda de la presunción de culpa *in eligendo*, y criticándola por su excesiva severidad al no admitir la prueba contraria liberatoria. Pero ¿no bastaría el decir incoherencia con el criterio escogido que el comitente no ha dado nunca comisión para cometer el acto ilícito, y faltar, por lo tanto, toda relación entre comitente y agente? ¿Acaso la responsabilidad del comitente existe si el agente no ha cometido injuria en la ejecución del encargo recibido?

180. Queda, por lo tanto, como resultado, que la responsabilidad del mandante por los hechos ilícitos del mandatario está determinada por la representación, que si también se quisiera referir la razón directa próxima á la elección, haría falta añadir que la imposibilidad de alegar el defecto de culpa coloca ésta á cargo del representante como presunción absoluta. Y ciertamente, como se verá después al buscar la estructura de la responsabilidad por los daños causados por animales y cosas, puede construirse con esto la teoría; mas para el fin de la ley, la razón descrita de la representación declara y justifica mejor la responsabilidad del comitente.

Sino que la ley emplea los términos de «comitentes» y «agentes», y podría dudarse entonces si con dichas locuciones no haya querido exceptuar la hipótesis especial del

(1) Laurent, ob. y l. cit.

mandato; pero la objeción puramente literal se somete á tres argumentos:

a) Que la voz «agente» se extiende á cualquiera que, en nombre é interés ajeno, ejecuta un encargo de donde no puede dejar de estar, y en modo muy principal, comprendida la figura del mandato;

b) Que las condiciones generalmente acogidas respecto á la responsabilidad del comitente, demuestran de un modo cierto que la razón inmediata es la representación, y de su generalidad hace fe el encontrarse éstos exactamente en las condiciones necesarias, con el fin de que el mandante responda de la culpa contractual del mandatario; ahora bien: si el fundamento de la ley es la representación, no se comprende por qué quiera exceptuarse un caso en el cual dicho concepto resalta directa é inmediatamente de la relación constituida;

c) Por fin, aun admitiendo que la voz «agente» no pueda comprender la hipótesis del mandato verdadero y propio, no por esto debe inferirse la no responsabilidad del mandante por los hechos ilícitos cometidos por el mandatario en las condiciones ya descritas; la posición del mandante es tal, que esta responsabilidad debe ser puesta como principio, aun faltando una expresa determinación legislativa. Y no se argumente sobre la índole especialísima hecha aquí por la ley, porque la responsabilidad existiría por el hecho propio, no por el hecho ajeno; el vínculo de la representación, como se ha hecho ya observar varias veces, pone de un modo inmediato y directo á cargo del mandante el hecho ilícito cometido por el mandatario al ejecutar sus funciones é inherentemente á éstas.

De cuyos reflejos es fácil inducir la extensión propia de la voz «agente», que vale «representante» lo mismo en sentido lato (en general), que en sentido especial (verdadero y propio); en la primera manera, comprende á cualquiera que ejerza un negocio por cuenta y á nombre de otro; en la segunda, se refiere exclusivamente al mandatario. De todos

modos, siendo uno el criterio fundamental de la ley, la distinción no tiene relieve de importancia para las consecuencias relativas á la responsabilidad del representado.

181. La jurisprudencia, no obstante la gran incertidumbre al fijar la verdadera razón de la ley en la responsabilidad descrita, ha reconocido implícitamente la teoría propuesta, extendiendo la existencia de la comisión á la hipótesis de locación de obra y á la del mandato propio. Sobre la primera, á causa de la diferencia señalada respecto á la representación, se hablará más adelante (1).

Pero, en relación á la segunda, ¿se ha dudado alguna vez de la responsabilidad del mandante por los hechos ilícitos cometidos por su mandatario judicial? Se dudó tan poco, que se llegó á la exageración, encontrando el elemento de la representación donde en muchos casos no existe.

El Procurador, también por impericia, patrocina una causa, fundando sus pretensiones sobre evidente violación de la ley: la parte representada deberá responder hacia la otra del daño causado tan injustamente; y sin recordar aquí los muchos casos que puedan evidenciar las colecciones de jurisprudencia (2), bastará advertir que las decisiones sobre la materia están dictadas casi siempre sobre la acción de reversión, instituida por la parte condenada al resarcimiento del daño que ha sido causado por culpa de su Procurador.

El cual, si en curso de causa suscita algún incidente sin justa razón para hacerlo, determinará con esta conducta el derecho de la parte adversaria á los gastos, y según los casos á los daños; y la condena se referirá directamente á la parte representada.

Cuya decisión es tan evidente que parece inútil el insistir.

(1) V. el presente cap., § 2.

(2) Consúltese especialmente Rousseau y Laisney, *Dictionnaire de procéd.*, cit., v<sup>o</sup> *Avoué*; Sourdat, ob. cit., I, 679.

182. Se ha venido igualmente afirmando la responsabilidad del demandante por los hechos ilícitos del ujier (1). El cual, en cuanto que ocupa un ministerio fiscal que ejercita dentro de los términos de su competencia, cuando á esto es incitado con arreglo á la ley, obra como empleado judicial y según su condición jurídica; de donde no parece que con esto desarrolle una representación de parte. Y, sin embargo, este elemento es necesario en el ejercicio de su empleo, y no por medio de mandato ó gestión de negocios, porque en tal caso la cuestión se referiría á razón privada contractual, sino por la figura de la representación legal; calidad esta que no quita por sí, como se ha observado, la obligación del representado de responder de los actos ilícitos que el representante pueda cometer en la aplicación solicitada de su ministerio. En efecto: el ujier obra con arreglo al empleo público que tiene y que no puede negar á quien lo solicite; pero obra porque ha sido solicitado, y como tal, en nombre y en el interés de quien tal solicitud le haya dirigido. Así que sin distinguir entre la materialidad de la solicitud y la forma con la cual ésta ha sido explanada, refiriéndola al solo ujier como obra personal suya, en el hecho del ujier aparece frente á las personas, en relación á las cuales se ejecuta ó tiene efecto el hecho jurídico del demandante, que lo explana en la forma judicial ordenada por la ley.

Existe, por lo tanto, una representación que se desarrolla según los términos de su estructura legal, y que modifica los elementos de la comisión descrita, con arreglo al modo especial en que está concebida.

Por lo mismo, si el ujier excediese los límites de la demanda (que se le ha hecho), será responsable personalmente.

(1) V. Sourdat, l. cit.; Laurent, ob. cit., XX, 506; Cas. fr., 9 Julio 1879 (*J. du P.*, 1880, 42); Cas. Roma, 12 Enero 1878 (*Legge*, XIX, 1, 64); la responsabilidad del ujier no excluye la de la parte en virtud de art. 370, Cód. p. civ.

te frente al ofendido; y el demandante que fuere convenido para el resarcimiento, podrá válidamente citarlo á juicio, con el fin de ser absuelto (1).

183. Alguna vez se ha juzgado que el perito es representante de las partes; y de tal criterio se quiso inferir la responsabilidad de las personas representadas del hecho ilícito que hubiera cometido en el ejercicio de sus funciones. Si debiera dársele el carácter de representante, la decisión respecto á la responsabilidad por los actos ilícitos por él cometidos, sería justa, en vista de los principios antes expuestos. Pero como no lo es, no rige verdad la suposición que tal característica tenga existencia; el perito no es en ningún modo representante de las personas que lo eligieron, y su oficio no es el de hacer cosa alguna en nombre ajeno, sino el de emitir su juicio sobre una cuestión especial de hecho.

Si, por lo tanto, el trabajo del perito se acerca, y según los casos, cuando se lleve á cabo fuera del juicio, lo es en realidad á la figura de la decisión, á la cual las partes contendientes, ó ya se han referido anticipadamente, ó se referirán, la entidad jurídica de la representación desaparece. El perito debe examinar y determinar las circunstancias de hecho sobre los que se disputa, y esto lo hace con arreglo á su cultura y su convicción: en tal oficio obra solamente su persona, y el trabajo que ejecuta le es exclusivamente propio. Pero adviértase: esto se dice del juicio que el perito emite, porque procediendo á su trabajo de perito, ejecuta una comisión que se le ha confiado, y, por lo mismo, cumpliéndola, es agente y representante.

De esta suerte, si por razón de su oficio debiese entablar pesquisas que le suministraran para formar el juicio que de él se solicita y al hacerlo causare injustamente injuria, la

(1) Cons. á este propósito la cuestión decidida en la sent. de la Cas. fr., 9 Julio 1879, cit.

responsabilidad del ofendido remonta por necesidad al comitente.

Sobre la cuestión ahora descrita ya se ha hablado aquí, con el fin de demostrar en qué modo el concepto de la representación, aunque no se haga referencia manifiesta, es, sin embargo, siempre la razón de decidir que tiene la jurisprudencia al determinar la responsabilidad por los hechos del agente, y hay pruebas aun en las aplicaciones á hechos donde tal relación, en realidad, falta.

## § 2.

### Aplicaciones (continuación).—Representación en general.

SUMARIO: 184-186. Comisiones, agencias: extensión de esta locución. Comprende también los sirvientes. — 187 y 188. Elementos necesarios para que exista la comisión: remisión. Teoría general: objeciones. Resultados: extensión de la responsabilidad. — 189. Continuación. — 190-193. Los términos de la responsabilidad en examen. — 194. Aplicación especial á la hipótesis de incendio ocasionado por culpa del sirviente.

184. La ley civil ha ordenado expresamente la responsabilidad de los amos y comitentes por los daños causados por sus sirvientes y agentes en el ejercicio de las funciones encomendadas (1), si bien le estará concedida la prueba liberatoria para demostrar, merced á ella, que no puede serle imputado el hecho del cual está llamado á responder (2).

Cuál sea la razón constitutiva de este ordenamiento legal, ya se ha dicho antes: la representación; y se ha adver-

(1) Cód. civ., art. 1.153; Cód. civ. fr., art. 1.384; Cód. civ. germ., § 831, y consúltese sobre el caso Plank; ob. cit., sobre este §; Cód. aust., § 1.313 y sig.; Cód. fed. suizo, *De las oblig.*, art. 62; Cód. civ. de Chile, art. 2.320; Cód. civ. de la Rep. Arg., art. 1.118; Cód. civ. del Uruguay, art. 1.285; Cód. civ. de Guatemala, art. 2.270; Cód. civ. de Bolivia, art. 1.343-44; Cód. civ. de la Luisiana, art. 2.296-97; Código civ. de Haití, art. 1.170.

(2) Cód. civ., art. 1.153, cit.

tido que, por vía de tal relación, el concepto de la garantía no es el criterio determinante de la responsabilidad del representado, el cual obra, y obra jurídicamente, por función del representante.

Hase observado también cómo la locución *comisión* empleada en la ley comprende, no solamente la figura del mandato (que es la genuina y propia de la representación), sino cualquier otro modo de prestación de servicios, de ejecución de funciones á nombre y en interés de otros. En virtud de esta declaración, aparece perfectamente distinguida (1) la representación propiamente dicha de aquella otra que pudiéramos llamar *in genere*, advirtiéndose (2), por ende, que en esta última la representación no es la relación que emerge directamente inmediatamente del servicio deducido del acto, sino que surge solamente de la ejecución de hechos ilícitos realizados en el cumplimiento de las funciones encomendadas.

Tal significación, atribuida, según la construcción propuesta, á la representación *in genere*, no deja muy clara y explícita la aplicación que de la misma hacen al arrendamiento de obras y servicios el mayor número de los fallos y decisiones que integran la jurisprudencia sobre la materia. Por lo dicho también es por lo que al sirviente puede estimársele como un verdadero arrendador de obra, si bien para este caso concreto la ley lo recordó expresamente en el ordenamiento relativo á la responsabilidad del comitente,

(1) V. el § *Generalidades* del pres. cap.

(2) V. la n. precedente. La jurisprudencia ha hecho notable y variada aplicación de este concepto. En particular, sobre la responsabilidad para los hechos ilícitos cometidos en el ejercicio de sus funciones por el portero como representante del propietario ó arrendador de la casa, v. Huc, ob. cit., VIII, 445; Muteau, ob. cit., página 205 y sig.; Agnel, *Code manuel d. propriét. et d. locat.* (Paris), v. los nn. 932 y sig., y sobre todo la responsabilidad del farmacéutico por la mala confección de su cometido, v. Muteau, ob. cit., página 229.

no habiendo estado jamás en duda que á ellos debía extenderse el concepto de dicha palabra.

Acerca de su valor (1) no hay, en verdad, graves dificultades; se refieren más bien, como ya se ha recordado (2), á los elementos que deben concurrir para formar la estructura jurídica de la comisión, y por esto es por lo que vamos á estudiar ahora con toda amplitud sus diversos aspectos ó relaciones.

185. Mas al cumplir la demostración cuyo intento acabamos de declarar, esto es, el sentido de la voz *comisión* tal como se infiere y como claramente se deduce de las fuentes de la ley (3), bien se ve que comprende la figura del sirviente, y ya de ello se hace particular mención en el ordenamiento legal (siendo único fundamento de la responsabilidad *la representación*), se hace preciso exponer una objeción, cuyo valor, por otra parte, es sólo aparente.

Al determinar las obligaciones que incumben en la locación de bienes ó predios rústicos al arrendatario, la ley las extiende á las que se deriven del deterioro ó la pérdida sobrevinida durante el contrato, siendo de notar que estas responsabilidades hállanse extendidas también á las ocasionadas por la *familia* (4). En esta expresión hállanse comprendidos, según general doctrina, los *sirvientes* (5). Ahora bien: si la ley determina por un solo criterio la responsabilidad para los hechos realizados por todas las personas componentes de la familia, y sin embargo menciona especialmente á los sirvientes, ¿será porque en materia de delitos y cuasidelitos ha cambiado de opinión y les ha excluido por la concesión de la *c. in vigilando*, como se demuestra

(1) Está adoptada así la palabra *commetere* en los art. 1.634-35, Cód. civ.

(2) V. el § *Generalidades* cit.

(3) V. Bertrand de Greuille, *Rapp*, cit.

(4) Cód. civ., art. 1.588; Cód. fr., arts. 1.732, 1.735; Cód. austriaco, § 1.111.

(5) V. Chironi, *C. contratt.*, cit., n. 206, t. y n.

por la prohibición de la prueba contraria impuesta al comitente? Alguna legislación (1) regula, en efecto, las dos especies según un principio común, y sin embargo parece que, de cualquiera manera que se considere, se traduce en ventajas para la crítica que se hace de la severidad de la ley: fallos y decisiones hay, no obstante, en los cuales viene como indicado el poder de vigilancia del comitente sobre el agente, poniendo así la *c. in vigilando* como fundamento de las varias hipótesis de responsabilidad llamada por la ley *por hechos ajenos*.

La dificultad es sólo aparente, y bien se advierte cuando se contraponen las dos figuras jurídicas que constituyen su entidad. En una de ellas, la razón de la responsabilidad está (con relación al arrendador) en el hecho de la cohabitación consentida por el arrendatario, extendiendo á otras personas el goce del fundo. El daño, pues, en la casa ó en el predio alquilado es producido por un individuo habitante del mismo con consentimiento del arrendatario. La posición del doméstico ó sirviente es, por tanto, idéntica á la de esas otras personas componentes de la familia. Y aun podría decirse que éste es uno de los poquísimos casos en los que en la ley moderna reaparece, ó, mejor, se conserva la antigua noción jurídica de la *familia*, deducida de la comunidad de domicilio y remontándose en sus efectos jurídicos al cabeza de la misma (2). En la segunda hipótesis (*c. aquiliana*), el fundamento de la responsabilidad es bien diverso; el sirviente aparece frente al tercero lesionado por el delito ó por el cuasidelito, por el hecho ilícito, en fin, como representante del patrón, y de aquí la aplicación de la ley común á todos los representantes y la necesidad de que el hecho sea ejecutado en el ejercicio de las funciones inheren-

(1) Cons. Cód. fed. suizo, *De las oblig.*, art. 61; cfr. art. 62. Véase Schneider y Fick, ob. cit., sobre el art. 61, 62.

(2) Jhering, ob. cit., II; *d. Zw. i. R.* cit., I, 8 y sig.

tes, que es una restricción que no concurre en la primera de las dos figuras descritas (1).

Cuya distinción, antes propuesta, contribuye, sin embargo, á justificar la teoría aquí aceptada como fundamento de la responsabilidad en el examen de la culpa aquiliana.

186. Las ideas desarrolladas sobre la razón de la responsabilidad que nace de la comisión (2) y la crítica promovida á las teorías dominantes sobre este punto dispensarían el volver á examinar las cuestiones concernientes á tal sujeto; pero su importancia es tal, y, por otra parte, los conceptos acogidos en este trabajo desechan, según el criterio que inspira á la ley, toda excepción indulgente que ésta no quiera en modo que parece necesario el retroceder para apreciar, aunque no fuese más, todavía una vez las teorías emitidas sobre el argumento y aquí contradichas.

Que el agente deba en tal calidad cometer el hecho ilícito para que se haga responsable al comitente ó al amo, está generalmente admitido, y no solamente la claridad de la ley, sino la lógica de los principios, demuestran la necesidad de esta condición, que es principal. Pero ¿cuándo se tendrá la relación de comisión? Ya se ha dicho que goza del gran favor de la jurisprudencia, que requiere entre quien se sirve del trabajo ajeno y el que lo presta una relación de vigilancia (3), que es razón directa de la responsabilidad, y se observó que de tal suerte no se comprende cómo la ley haga la prohibición de la prueba contraria concedida en otros casos donde está precisamente de relieve la culpa presumida *in vigilando*, como sucede en la responsabilidad de los padres y del tutor. Añádase que los doctores, al sostener la teoría, no están de acuerdo al establecer los criterios ne-

(1) V. Chironi, *C. contratt.*, cit., I. cit. Sobre las consecuencias civiles del crimen cometido por el sirviente, v. Cas. fr., 3 Marzo 1884 (*J. du P.*, 1885, I, 32).

(2) V. el § *Generalidades*, ya citado.

(3) V. la nota precedente.



cesarios para determinar esta relación de vigilancia; y no es aquí el caso de buscar si el acuerdo es posible, porque la diversidad de opinión trae su origen de un defecto común, cual es la errónea declaración dada por la ley, de cuyo error algunos tratan de atenuar los efectos, movidos á esto sin duda por la necesidad de limitar una extrema indulgencia que contradice de un modo bien manifiesto la norma legislativa.

Se ha hecho la proposición (1) de construir la teoría enseñando que existe el derecho de vigilancia cuando «el vigilante se haya reservado expresamente la facultad de dar órdenes ó al menos instrucciones á propósito de la comisión», y se deduce que esto falte «cuando el agente se encuentre ya bajo la dependencia de otra persona diversa del comitente, cuando no esté bajo las órdenes de éste»; se evidencia, además, con el hecho del encargo dado á un empleado público, de cuyo hecho ilícito no debe responder el comitente. ¿Y en qué modo se podría entonces justificar la parte por el hecho del ujier que obra á instancia suya? Se da también como ejemplo «el recurso por la obra del artífice ó del operario al servicio de un contratista conocido, cuando el contrato esté hecho con éste»; el ejemplo no es serio: ¿no está acaso hecho aquí el contrato directamente con el contratista? Se añade también la hipótesis del «envío del propio dependiente ó agente á trabajar bajo las órdenes de otro, en cuyo caso es este último el que adquiere la calidad de comitente». Ahora bien: admitiendo aquí la exactitud de la comisión, no la falta de la relación de vigilancia, hace desaparecer la figura de la comisión, porque falta la comisión misma, que se determina directamente entre otras personas (2). Pero obsérvese: el contratista que envía á casa

(1) Giorgi. ob. cit., 327 y sig.

(2) Así, el armador de una nave con la dotación, no responde de la culpa del capitán: Cas. fr., 5 Enero 1891 (*J. du P.*, 1892, I, 247), á menos que, no obstante el alquiler, no conservase ésta su autori-

ajena al propio agente á trabajar, ¿no ejercita con esto un verdadero acto de comisión?

¿Ha perdido verdaderamente la calidad de comitente? La vigilancia que se reserva y asume el tercero, ¿no limitaría su virtud á reservar al concesionario sólo el derecho de reversión? Además, si es verdad que la relación de vigilancia consiste «en el derecho de dar órdenes ó al menos instrucciones al preboste», en la hipótesis ahora enunciada se vendría á esto: «el que envía un agente á trabajar en casa ajena, por esto mismo le da una orden de la permanencia de la relación de comisión; el agente, en consecuencia de las órdenes del amo, va á ejecutar el trabajo ordenado, y al ejecutarlo, debe obedecer las órdenes del tercero; esta es, se dice, otra relación de comisión». Por lo que se debería argumentar desde luego á una doble comisión, ó también no admitir ninguna. En efecto: ó la responsabilidad consiste en la elección, y entonces, estando hecha ésta por el comitente, debería ser él el responsable, ó se refiere toda á la vigilancia, y entonces la responsabilidad pesa sobre el propietario ó sobre uno y otro de estos dos elementos (así afirma la teoría ahora discutida), y como ni el comitente ni el propietario han realizado tal concurso, ninguno de los dos debería ser verdadero comitente ni responsable.

Cuyas incertidumbres derivan todas del querer poner una regla que se acerca, sí, al concepto contenido en dicha relación, que se ha llamado aquí «representación», pero se le confunde luego con el elemento de la vigilancia, cuando es del todo distinto. El mandante da órdenes, da instrucciones: ¿es motivo éste para que sea responsable por el defecto de vigilancia? ®

187. Se ha hecho, sin embargo, observar que si las relaciones entre el mandante y el mandatario fuesen tales que dejasen á este último libertad ilimitada en el ejercicio de

dad (Cas. fr., 28 febrero 1894; *id.*, 1894, I, 271), porque entonces la nave y su servicio estará bajo su dependencia.

los encargos que se le han dado, faltaría la vigilancia y con ésta la responsabilidad: y de esto habría ejemplo en el hecho de dar una finca en arriendo ó un trabajo á destajo. Ahora bien: la razón de la irresponsabilidad en estos dos casos es en tal manera débil, que si fuese verdadera (1), se debería sostener la decisión opuesta, cuando órdenes expresas limitasen la libertad descrita. Supóngase, en efecto, que se imponga al arrendatario la obligación del disfrute en un modo determinado; que al que tome á destajo la construcción de un edificio se le imponga un plano con arreglo al cual deba proceder en sus trabajos: se debería deducir su calidad de agentes, y esto no es y no puede ser. Y la jurisprudencia, nótese, por último, ha sostenido muy á menudo el concepto contrario al combatido aquí, buscando y fijando la razón de la responsabilidad por el hecho ilícito del capitán del barco (2).

Sobre la necesidad de que se tengan los conocimientos idóneos para poder dar órdenes ó instrucciones, y que sea posible la vigilancia y por ella la comisión, ya se hablado ampliamente (3), haciendo notar las contradicciones en que se incurre al adaptar (4) á la ley una teoría que con ella no concuerda bien. Ciertamente, puesta la culpa en la vigilancia como fundamento de la responsabilidad por los hechos ilícitos del agente, la condición descrita parecería muy justa, y, sin embargo, no todos la acogen, temiendo por ella no derogar demasiado la severidad de la ley (5). Esta resistencia no da acaso idea de la poca bondad del principio, al cual se quería agregar aquí la condición subjetiva de cons-

(1) V. el § precedente; Larombière, ob. cit., sobre el art. 1.384, n. 11; Sourdat, ob. cit., II, 890; Muteau, ob. cit., pág. 204 y sig. Cas. pen., 26 Septiembre 1901 (*Legge*, 1901, II, 777). Cons. también Cas. Roma, 16 Abril 1901 (*id.*, 1901, II, 75).

(2) Chironi, *Colpa contratt.*, cit., n. 299.

(3) V. el pre. de este cap.

(4) Aubry y Rau, ob. y ed. cit.

(5) Larombière, ob. cit., sobre el art. 1.384, n. 10.

ciencia de que se ha hablado? Por otra parte, ¿cómo se coordinaría dicha doctrina con la responsabilidad cierta, indiscutible para los hechos ilícitos del propio representante judicial? ¿Cómo explicar por ella la responsabilidad generalmente enseñada del dueño de una oficina por los hechos ilícitos del agente, de los cuales salieron perjudicados los obreros, no obstante sea alegado por él el desconocimiento del tecnicismo relativo á la industria ejercitada? Conviene además recordar que es muy posible la hipótesis del propietario que no tenga conocimiento alguno del arte de construir en albañilería, y, sin embargo, ejerce la vigilancia activa sobre los obreros, con el fin de asegurarse de la continuidad del trabajo: ¿se tendrá aquí una verdadera vigilancia, ó bastará para esto que se le considere comitente? Y parece claro que en caso afirmativo se está en evidente contradicción con la teoría (1).

188. La doctrina propuesta se aleja de dichas contradicciones, y esto es por sí mismo prueba de su íntima conformidad con la ley.

Déjese aparte el caso típico de la representación verdadera y propia, respecto á la cual no parece posible ocurra duda alguna; de la otra de que se ha hablado en «general», se ha dicho consistir «en el hecho del encargo ó del servicio prestado en nombre y en interés ajeno, y, en consecuencia, de consentimiento del interesado». Y de la definición así propuesta resulta:

a) La relación de dependencia que por justa inherencia con el encargo existe entre el comitente y el agente. Y sucede siempre por efecto del negocio para el cual se contrata la prestación del servicio, de donde parecería de poca monta el hacer mención especial; ahora bien: haciendo aplicación á la hipótesis de contrato directamente constituido con quien se encuentre sirviendo á otros, resulta que

(1) Y estando á cuanto enseñan Aubry y Rau, ob. cit., § 447, la afirmativa no parece dudosa.

el conductor se encuentra respecto á él en la posición de comitente. El valor, por lo tanto, de la locución *dependencia*, como está empleada aquí, no se refiere para nada ni á la elección ni á la vigilancia (1).

b) En virtud del criterio de la representación, se comprende que, faltando ésta, deba también faltar la responsabilidad del representado; así el conductor de cosas no representa ciertamente el alquilador (2), como tampoco representa al comitente quien queda obligado con él por un precio hecho por todo el trabajo (3), siempre que por el modo con el cual se deba prestarse la figura de la locación del trabajo quede fuera de la relación establecida.

Cuya reserva induce á aclarar con más determinación la regla propuesta acerca de la exactitud de la representación en general: «pero como tal representación nace de la ejecución de un encargo en nombre y en el interés ajeno por encargo recibido, faltando tales extremos y desapareciendo así el negocio propio de locación de trabajo, la representación también falta». Y aplicando la teoría á la hipótesis de la adjudicación, y partiendo del concepto formulado en otro lugar (4) respecto á su entidad jurídica, se dirá que el adjudicador es agente verdadero mientras en el negocio se conserve la figura de locación del trabajo, y que sucederá lo contrario cuando el negocio tome figura de venta.

(1) Podría deducirse que tal dependencia no presupone la necesidad de que el representado esté obligado á dar instrucciones al representante; ahora bien: cuando este caso se dé, no será justo conferir la no existencia de responsabilidad del representado. V. Larombière, ob. cit., sobre el art. 1.384, n. 8; Aubry y Rau, ob. cit., § 447. En consecuencia del principio enunciado en el texto, se entiende que para el caso de obra dada por contrato, el hecho del comitente de reservarse la dirección del trabajo no induce la responsabilidad como representado.

(2) Cons. Ap. Tolosa, 3 Marzo 1883 (*J. du P.*, 1884, I, 879).

(3) V. la n. 1 á la pág. 420.

(4) V. Chironi, *Colpa contratt.*, cit., n. 71.

189. Se ha propuesto también el contar entre los elementos esenciales la responsabilidad del comitente (y del amo), la libre elección del agente (y del sirviente); ahora bien: mientras quieran dicha condición, todas las que consideran la culpa presumida *in eligendo* como la sola razón de la responsabilidad ordenada por la ley, el razonamiento no se refuta; pero lo contrario sucede á quien sostenga que esta responsabilidad está sostenida por la culpa *in eligendo* y por la otra *in vigilando*. Las dos figuras de culpa de este modo presumidas, no tienen entre si vínculo que aproxime su naturaleza y pueden existir separadamente; pero la doctrina que las hace participes á ambas del efecto, que es la responsabilidad del comitente, ¿querrá el concurso de ambas para que tal resultado se obtenga?

La cuestión no ha sido hasta aquí considerada materia de examen; sin embargo, parecería de fundamental importancia para la construcción de la teoría. En efecto: ó parece necesario el concurso y deberíase consentir la prueba encaminada á demostrar la existencia, ó basta uno solo de los dos elementos y la teoría desaparece. Obsérvase, respecto á la primera parte del argumento ahora propuesto, que no se tiene la posibilidad de probar en contra de la presunción de culpa *in eligendo*, no concediéndola la ley (1); pero esto sentido, ¿cómo puede declararse el ordenamiento legislativo y fijar con tal fin los criterios que gobiernan los institutos reglamentados, introduciendo entre ellos un elemento que no tiene por su estructura idoneidad para serlo? Explícate, es verdad, la construcción, observando que la presunción de la ley sería aquí *juris et de jure*; pero adviértase: ante todo, no se piensa que es necesario indagar si verdaderamente la presunción está en la ley antes de calificar la entidad, y además no se advierte que todo lo que se dice de la culpa *in eligendo* se debería también decir de la otra *in vigilando*; la ley no se calla respecto á aquella más de lo que

(1) V. Cód. civ., art. 1.153 cit.

lo hace respecto á ésta, y así, empleando igual criterio de interpretación, la presunción debería ser *juris et de jure* aun para la culpa presumida de la vigilancia. Pero según lo que varias veces ha habido ocasión de observar, es posible la existencia de dicha contradicción en la ley, que en la misma disposición ha concedido la prueba contraria en algunos casos en que efectivamente sin duda alguna la responsabilidad está fundada sobre la culpa presumida *in vigilando*, á cuyo propósito no será cosa inútil preguntar si con arreglo á la teoría examinada pueda el responsable hacer la prueba contraria á la presunción de culpa *in vigilando*. Si esto se niega, la doctrina discutida queda en contradicción con la ley; y cuando se afirme si la prueba resulta, ¿desaparecerá por esto la presunción?

190. Por lo tanto, ni la elección ni la vigilancia deben suministrar argumento de presunción de culpa al cual referir la razón de la ley, sino el criterio de la «representación», por la cual obra directamente por sí cualquiera que obra por otro (1).

La ley es severa, se objeta; la disposición donde está puesta la prohibición al comitente (y al dueño) de valerse de la prueba contraria, está en contra de la justicia, contra la civilización, y una sabia interpretación debe hacer más leves las inicuas consecuencias (2). Si hay algo en la doctrina combatida que demuestre netamente la debilidad de su estructura, es esta confesión: la severidad de la ley no consiente en manera alguna al intérprete darle un significado que repugne á su fondo; ciertamente puede y debe consentir al intérprete la facultad de interpretar el pensamiento que existe en la ley de modo que sus ordenamientos estén siempre conformes con el ambiente social sobre el

(1) «*Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi quem sequuntur incommoda*» L. 10, D de R. I. (L. 17). Cons. Ap. Macerata, 5 Febrero 1885 (*Legge*, 1885, I, 735).

(2) Giorgi, ob. cit., IV, 229, y v. en este cap. el § precedente.

cual ejercen el oficio regulador; pero esto á condición de que el fin cierto y claro á que tiende la ley, no sea alterado ni en manera alguna transformado, contrariando su naturaleza.

Clarísimo es, y no ofrece dudas de ninguna clase, el precepto legal que ordena la responsabilidad, no pudiendo acusársele de contradecir á la justicia el que estatuya que «*secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi quem sequuntur incommoda*», pues está en consecuencia manifiesta de una relación que se determina respecto al comitente, si, salvo en él el derecho de reversión, los terceros ofendidos pueden pedir el resarcimiento del daño sufrido por el hecho ilícito del agente. Su obligación nace, esto es, de la «representación» respecto á terceros; el no ser él culpable hará responsable hacia sí al agente, pero no servirá para librarlo de las consecuencias inherentes á su condición de representado.

Y ni siquiera puede criticarse la ley por disformidad con las condiciones del vivir civil: todo lo contrario. El principio de la responsabilidad individual informa en cambio enteramente esta parte del ordenamiento jurídico; ni estará fuera de lugar el recordar cuanto sucede sobre la responsabilidad de los patronos, efecto del daño causado á los obreros por el hecho ilícito de otro operario; ¿ha dudado nunca la jurisprudencia, antes que las leyes especiales sobre accidentes resolvieran en este sentido la dificultad, el afirmar la responsabilidad del patrono sin preocuparse para nada de su ignorancia, como excusa ó al menos como atenuante, respecto á la elección ó á la vigilancia?

191. Por último, si es verdad, y en otra parte de este trabajo se ha considerado como debía (1), que el comitente sea tal solamente cuando el negocio contratado con el agente encierre en sí todas las condiciones necesarias para su existencia, y, por lo tanto, mal se comprende por lo común la

(1) V. el n. 176.

representación en los casos en que el representante está impuesto, conviene, sin embargo, advertir que ni aun en dicho caso desaparece la representación. La dificultad es grave para quien parta del concepto de presunción de culpa *in eligendo* para declarar la ley, porque donde no sea posible la elección no debería surgir vestigio alguno de responsabilidad; y en cambio, los doctores que siguen tal teoría sostienen la imposibilidad de traducir en su neta aplicación el principio acogido, estando prohibida por la severidad de la ley toda prueba contraria (1). Cuya perplejidad no parece justificada: si realmente la razón de la ley consiste en la presunción de culpa ocurrida en la elección, ¿por qué no admitir la prueba ofrecida para demostrar que por el comitente han sido empleados al objeto todos los cuidados de un diligentísimo padre de familia? Y adviértase que un argumento en favor de tal pretensión se podría deducir de la locución misma de la ley, que prohíbe á los comitentes y patronos la prueba concedida á los padres, tutores y algunos más para los cuales está puesta la presunción de culpa *in eligendo*: esto es, se podría pensar que la disposición se informó toda ella en esta figura, y, por lo tanto, que si á los patronos y comitentes no se les concede la prueba de la diligentísima vigilancia empleada, la prohibición no debe extenderse á la prueba contraria respecto á la diligencia *in eligendo*. Esto es, la limitación serviría para demostrar que ésta, y no la culpa en la elección, es la razón de la responsabilidad de los comitentes; y por el silencio observado respecto á la prueba contraria, la defensa del comitente debería llevarse á cabo con arreglo al derecho común.

El argumento falta de base, porque el no haber admitido la ley para el comitente (y para el patrono) el beneficio de la prueba contraria, si bien demuestra el motivo diverso por el cual su responsabilidad no puede confundirse con la de los patronos, tutores, preceptores y artesanos, no deja de

(1) V. la n. 2 á la pág. 424.

fijar por esto la máxima extensión, declarando que no les sirve el defenderse diciendo que ninguna culpa cometieron. Bien se percató de esto la teoría opuesta; pero entonces, ¿por qué reconociendo que en la ley no existe lo que sería consecuencia irrefutable, necesaria de la culpa presumida en la elección, persiste todavía en referir á este motivo la razón de la disposición?

De donde cada vez resalta más la necesidad de abandonar la doctrina de la presunción de culpa *in eligendo* ó *in vigilando*, y decir que la obligación de responder que se impone al comitente deriva de la «representación». Así se comprende por qué no es admitida la prueba liberatoria de la diligencia exactísima puesta en la elección ó en la vigilancia; el tercero perjudicado en la persona autora de la injuria, ve sólo el agente en nombre é interés ajeno, ve en el fondo el representante, y, por lo tanto, la persona representada; y se declara, sin embargo, que si bien la «representación» se deba distinguir en su origen en legal y convencional, también sea cierto en el primer caso la responsabilidad, siempre que su existencia no dependa del fin protector que en favor de ciertas personas ordena el oficio integrador de la sociedad. Ahora bien: cuando se adopte el criterio de la elección, esta última decisión se humilla ante dificultades insuperables, mientras la teoría propuesta da el valor exacto; por la representación, la persona ofendida por injuria cometida por el representante, es jurídicamente ofendida por el representado, salvo para éste la acción de reversión. Y el concepto de la representación no puede contener en sí la posibilidad de que el responsable se defienda demostrando la diligencia en la elección; la naturaleza del instituto, su virtud operativa respecto á terceros y la buena fe de estos últimos no lo soportan.

192. Como carácter de más fuerza para demostrar el criterio propuesto, ha sido traída la otra condición necesaria para determinar la responsabilidad: «que el hecho ilícito exista en tal calidad á cargo del representante», y la

última, «que el hecho ilícito haya sido cometido en el ejercicio del encargo confiado al agente (ó al sirviente)» (1).

Esta última condición está impuesta por la ley (2) expresamente, y, según el concepto de la representación, se encierra la regla, aun cuando exista la figura del mandato, que es representación verdadera y propia; para el mandato claramente se decide no existir la representación cuando exceda los límites del encargo recibido. De ahí la necesidad de que el hecho ilícito se haya cometido en el ejercicio de las funciones ó encargos recibidos é inherentemente á éstas (3).

Cuya proposición es tan clara que hace inútil toda otra explicación; el Juez, ateniéndose á la ley que lo requiere, deberá examinar si las circunstancias de hecho demuestran la existencia de este elemento, que es la relación directa de causalidad entre la ejecución del encargo y la injuria. Y no es pequeño en número ni de poca importancia el material de estudio que las decisiones de la jurisprudencia dan sobre la materia, especialmente en relación con la responsabilidad de los patronos por los accidentes del trabajo (4), tal como era definida anteriormente á los ordenamientos especiales encaminados á gobernarla, y cómo debe serlo todavía en los casos que no se sujetan á estos procedimientos.

Se ha dicho que el hecho ilícito debe tener lugar en la ejecución de la comisión é inherentemente á ésta. La locu-

(1) V. el § *Generalidades* del pres. cap.

(2) Cód. civ., art. 1.153 cit.

(3) Merlin, *Rép.*, v<sup>o</sup> *Délict*, 9; Duranton, ob. cit., XIII, 724; Sourdat, ob. cit., I, 904; Larombière, ob. cit., I, cit., n. 9; Aubry y Rau, ob. cit., § cit.; Laurent, ob. cit., XX, 580; Colmel de Santerre, ob. cit., V, 365 bis, VII; Massé y Vergé, s. *Zachariae*, ob. cit., § 628; Arntz, ob. cit., III, 481; Demolombe, ob. cit., VIII, n. 616; Huc, ob. cit., VIII, 49; Stabel, ob. cit., § 150; Dreyer, ob. cit., § 392; Giorgi, ob. cit., V, n. 330.

(4) Ap. Douai, 27 Junio 1884 (*J. du P.*, 1884, I, 89).

ción inherentemente sirvió ya para definir el modo en que pareció mejor gravada la necesidad de la relación que ligue íntimamente el hecho con la comisión, y que tiene en el fondo igual valor que la otra «en ocasión de la comisión», que ya ha habido ocasión de emplear (1), solamente que manifiesta el significado de manera más enérgica. Donde falte tal conjunción de causalidad hará falta distinguir:

a) Ó el comitente conocía los actos, aunque no comprendidos en la comisión expresamente dada, y en íntima referencia con los cuales se cometió el hecho ilícito, y los aprobó en modo expreso ó tácito, y entonces existirá siempre la figura de la comisión y su responsabilidad no desaparece.

b) Ó permaneciendo siempre el hecho ilícito extraño á los encargos confiados al agente, éste cometió el hecho ilícito como consecuencia de otro hecho del cual el comitente es culpable, y el comitente responderá, pero por culpa directa y únicamente á él imputable extraña á las relaciones de comisión (2).

En la primera de estas dos hipótesis deberá ser demostrado el consentimiento del comitente y la existencia de la comisión; en la segunda, la culpa que le sea imputable.

193. Consecuencia necesaria del elemento ahora mencionado es que el hecho ilícito cometido en relación á actos que exceden el límite del encargo recibido no compromete la responsabilidad del comitente ó del patrono. Como se ha advertido varias veces, la representación existe, en cuanto que los actos del representante entren en la es-

(1) V. Chironi, *Colpa contratt.*, cit., cap. VIII, § 1; Aubry y Rau, ob. cit., I, cit.; Giorgi, ob. cit., I, cit. Confr. además Demolombe, ob. cit., VIII, 615.

(2) La cuestión se presenta también con la disposición contenida en los arts. 1.151-52 citados. Así, es culpa personal del patrono el no haber suministrado las enseñanzas ó reglas que debía ó los medios idóneos para el servicio encomendado. V. Aubry y Rau, ob. cit., § cit.; Larombière, ob. cit. sobre el art. 1.384, n. 8; Cas. fr., 26 Mayo 1875 (*J. du P.*, 1876, 18).

fera del oficio dado por el representado, el cual fuera de ésta no ha consentido la representación; los que se excedan, deben por lo mismo considerarse como personales del representante que obró en nombre é interés propio. El límite de la representación determina exactamente el límite de la responsabilidad.

Y la proposición está en tal relación de dependencia con el concepto puesto como razón de la teoría, que no parece posible haya duda que la oscurezca. Sin embargo, existe entre los doctores que han construido sobre el concepto de la presunción de culpa *in eligendo* é *in vigilando*, quien afirma la imposibilidad de distinguir el abuso del exceso en la ejecución del encargo que constituye el objeto de la comisión, antes bien considera como errata la distinción misma, debiéndose comprender en el abuso también la figura del exceso (1).

Así la incertidumbre de los principios acogidos induce á exponer y discutir cuestiones que lejos de disminuirlas, añaden dificultades: si materia de no ligeras dudas es la determinación del exceso del derecho, cierto es que el contraponerle además el abuso para ver si lo comprende ó lo excluye, no da claridad á la discusión y á los resultados.

La ley en cambio ha determinado claramente, y la teoría propuesta aquí demuestra la justicia y el término de la responsabilidad de que hablamos: donde hay exceso no hay comisión ni responsabilidad. Al Juez corresponde decidir sobre las circunstancias que se refieren á este elemento, porque la dificultad de la indagación no debe ni puede permitir la confusión de dos conceptos que la excluyen (2), y exceso existe cada vez que el representante ejecute actos no comprendidos expresa ó necesariamente en los límites de las funciones comisionadas.

(1) Giorgi, *ob. cit.*, 333.

(2) Cas. Florencia, 29 Diciembre 1873 (*Legge*, XIV, I, 604). Véase los autores citados en la nota 3 de la pág. 428.

Este es el principio: desarrollarlo en la aplicación de los hechos es oficio del Magistrado.

194. Esto no quita, sin embargo, la necesidad de que aquí se aluda á una cuestión bien grave, cual es la responsabilidad del amo como consecuencia del incendio ocurrido por culpa imputable al sirviente. Ya se comprende que no debe ser aquí considerado en las relaciones del alquilador, que es materia de culpa contractual (1), sino en las relaciones con terceros; y que lo serían los otros inquilinos demandantes del resarcimiento de los daños sufridos ó los propietarios de las casas contiguas perjudicados por el incendio.

La responsabilidad del inquilino respecto al alquilador, reglamentada como está por el ordenamiento legislativo que pone á cargo del conductor los daños que provienen de culpa de la familia que habitan con él en la casa alquilada (2), no desaparece aunque el dueño pretenda probar ó haya efectivamente probado que el incendio ocurrió mientras el sirviente se ocupaba en cosas completamente ajenas á sus funciones (3), como se ha demostrado en su lugar (4). La ley no enuncia sobre este punto limitación alguna, porque la calidad de sirviente implica en cada uno de sus actos la calidad de agente, siempre que se cumplan en la casa donde sirve. Pero respecto á los otros inquilinos ó á los propietarios de las casas perjudicadas por el incendio, no puede ser cuestión de culpa contractual, ni puede tampoco invocarse la disposición relativa á la locación concerniente solamente á las relaciones entre alquilador y conductor, sino de culpa no contractual, y entonces la misma disposición que puede invocarse para afirmar la responsabilidad del dueño, establece, sin embargo, como límite, que

(1) V. Chironi, *Culpa contracti.*, cit., cap. VIII, § 3.

(2) Cód. civ., 1.588 cit.

(3) Confr. Bugnet s. Pothier, *Œuvres*, VI, pág. 71.

(4) V. también Cas. fr., 15 Junio 1861 (*J. du P.*, 1862, 625); 3 Marzo 1884 (*J. du P.*, 1885, I, 32).

el daño sea causado por el sirviente en la ejecución del encargo recibido. Este límite, que mal podría el conductor invocar contra el alquilador, se puede en cambio oponer á terceros (1).

La diversidad de la culpa, ó, mejor, la existencia de relaciones contractuales que fijan desde el principio á cargo del conductor obligaciones determinadas, es la razón que induce la diferencia ahora descrita.

§ 2 A)

(Continuación). Comisión especialmente dada con el fin de cometer el hecho ilícito.

SUMARIO: 195. Responsabilidad directa del comitente.

195. Al exponer las reglas que gobiernan la responsabilidad del comitente, se ha tenido en cuenta el caso del agente que (inconsciente), y aun en contra de su expresa prohibición, ocasionase daño á otro en la ejecución del encargo recibido (2). El resultado obtenido es mayormente verdad cuando el comitente dé expresamente encargo para cometer el hecho ilícito, y, como en la hipótesis del delito, bien puede esto también suceder en la otra hipótesis de cuasidélito, aunque de un modo bastante más limitado.

En efecto: dar comisión para cometer una injuria contra otros, indica consciencia y voluntad de obtener el efecto consecuencia del hecho ilícito, y, sin embargo, se encon-

(1) V. el n. 192. La razón de decidir se reduce en síntesis á la eficacia restrictiva del ordenamiento legal, no pudiéndose interpretarlo de un modo que obligue á aquellos para quienes taxativamente no se impuso. El sirviente es considerado en esta cualidad suya como agente para todos sus actos, ó sea que la cualidad del acto se fija sin otro elemento que la cualidad de quien lo cumple, pero sobreviene en razón á la consideración por la cual es así ordenado.

(2) L. 37 pr., D. *ad L. Aq.* (IX, 2), y 169, D. *de R. I.* (L. 17), «*is damnum dat qui jubet dare*».

trará más á menudo la figura del delito que la del cuasidélito; pero como puede tenerse la hipótesis de mandato con el fin de ejecutar un acto creído por el mandante inherente al derecho que tiene, ó que cree tener, mientras en realidad no lo es, así puede muy bien existir la responsabilidad por medio de encargo dado expresamente para cometer cuasidélito.

§ 3

Institutos comunes á la representación verdadera y propia y á aquella en general.

SUMARIO: 195 bis. Partición de la materia.

195 bis. En la dicción general que hemos observado están comprendidas las cuestiones concernientes:

- a) á la eficacia de la ratificación (*ratihabitio*); y
- b) á la reponsabilidad por los hechos ilícitos cometidos por las personas que el representante se haya sustituido para la ejecución de los encargos recibidos; argumentos comunes á ambas formas de representación enunciadas, porque la ratificación puede suceder también por reconocimiento de un hecho que, por ejemplo, el sirviente haya cometido, excediendo los límites del servicio; y frecuentemente sucede que el alquilador de trabajo encargue á otros la ejecución de la comisión recibida, de ahí la necesidad de tener en cuenta la posición jurídica del sustituto respecto al conductor que no entró con él en relación directa de comisión.

Las resoluciones que se dictarán sobre este punto servirán para afirmar todavía más la teoría desarrollada sobre el concepto de la representación; y sobre los puntos descritos se hablará ahora separadamente.



A).—Ratificación.—Generalidad.

SUMARIO: 196. Su esencia; efectos. — 197. Distinción.

196. Cuando se considere la estructura jurídica de la ratificación (*ratihabitio*), observando el mismo método con el cual se ha examinado el concepto de la representación, tendremos un criterio igualmente general que la anima y la mueve; ella, en efecto, según la enseñanza general y constante, es «representación nacida en virtud de la voluntad del representado posterior al acto al cual la relación se refiere»; ó, más claramente, «reconocimiento posterior de un acto casi como si desde el principio hubiese sido ejecutado por encargo y en nombre de quien como propio lo reconoce». No es aquí lugar oportuno para buscar si está gravada y en qué modo y manera la idea de ficción en la construcción jurídica de la ratificación; baste el decir que también, sin tal expediente, la entidad del querer, cual está en la ratificación, de considerar como propio al que declara un acto que no era tal, y que era personal del agente en el momento en que fué ejecutado, es hecho bastante para determinar la virtud del instituto y su característica de la eficacia retroactiva, refiriéndose la «representación», no al tiempo de la declaración, sino al del acto de que es objeto. Esto es, el representante declara que el acto fué ejecutado por encargo suyo y en su interés, y la retroactividad enunciada es consecuencia íntima y necesaria de la declaración misma (1).

Si por esto la ratificación tiene por efecto el poner el concepto de la «representación» respecto á un acto que no la incluía en el momento de su ejecución, y si, como ampliamente se ha declarado, la disposición de la ley acerca de la responsabilidad del comitente (y del amo) expresa en modo directo la presencia de este fenómeno, que es la representa-

(1) V. Chironi, *Colpa contratt.*, cit., n. 179.

ción, cosa cierta es que el instituto de la ratificación deberá explicar, sin embargo, toda su influencia en la materia que ahora se estudia.

Verdad es que una dificultad preliminar parece sugerir alguna duda sobre dicha afirmación. Aprobando un acto ya ejecutado; reteniéndolo como ejecutado por encargo dado con tal fin y en su único interés, el ratificante, ¿no entiende por esto reparar el acto del hecho ilícito cometido por el agente, cualquiera que sea la intimidad del vínculo por el cual este hecho se encuentra ligado á la ejecución del acto. que es el objeto de la ratificación? Asumir en sí como propio desde el principio el acto y sus consecuencias, parece que no sea asumirse la responsabilidad por el hecho ilícito, y si la ratificación está, por lo tanto, en la declaración de voluntad antes enunciada, la razón quiere que dicha voluntad se tenga en cuenta para extender la aprobación, que es inherente sólo á cuanto en ella se contiene.

El motivo de duda no es pequeño; pero la lógica de los principios lo reducen estrictamente á sus justos términos.

En efecto: si la ratificación tiene efecto retroactivo, y de esto no es posible inducir duda atendible de modo que se considere el acto al cual se refiere como ejecutado en el interés exclusivo y en nombre del ratificante, el acto mismo en el momento en que ocurre es acto de representante, que obliga por lo mismo al representado. Ahora bien: si en virtud de la ratificación el acto asume dicho carácter, no puede separarse la parte ventajosa para el ratificante de la que envuelve su responsabilidad por los hechos ilícitos cometidos en relación al hecho del agente; la ratificación obra colocando el vínculo de representación donde antes no existía, y desde el momento que está puesto hace falta se argumente su alcance, según su virtud. Por lo tanto, como consecuencia del nuevo acto, el hecho que de aquí es objeto se considera ejecutado por el agente, no como tal, sino como representante, y por lo mismo, existiendo la representación, estará obligado el representante por los hechos ilícitos co-

metidos por el representado, en cuanto, entiéndase bien, en cuanto que bajo tal calidad deba responder.

Resolución ésta conforme del todo con la justicia; si por medio de la ratificación se presume existe la «representación», desde el momento en que el acto tuvo lugar, ¿por qué y en qué modo poner una distinción entre esta hipótesis y la otra de «representación», constituida efectivamente desde el principio? ¿Por qué separar en este punto la voluntad dirigida á ratificar el acto en aquello que tenga ventajoso para el ratificante y la dirigida á desechar cuanto tenga de perjudicial? La distinción no tiene valor en el caso de representación que existe desde el principio, y la ley suministra una prueba indiscutible al determinar la responsabilidad del comitente (y del amo); y no podrá tener mayor valor en el caso de representación derivada de ratificación posterior, porque en ambas hipótesis los criterios que gobiernan la representación son idénticos y sólo atribuyen á ésta una diversidad de origen; ciertamente, la resolución expuesta parecerá injustificada á quien piense que la voluntad declarada da por sí misma la medida de los efectos deseados; y que no habiendo aquí figura alguna de cláusula que gobierne la responsabilidad por los hechos del representante, para referirse la ratificación á hechos ya ocurridos, la distinción entre ellos es jurídicamente posible al ratificante, el cual, por lo mismo, podría restringir su acto con el fin de eliminar los que pudieran serles desfavorables. Pero sobre este razonamiento parece que deba prevalecer el otro de la inseparabilidad del hecho al cual se refiere la ratificación de aquellos hechos que están agregados: ¿cómo hacer la separación frente á terceros que sufrieron la ofensa por el comportamiento del agente respecto (en relación directa) del hecho ratificado? Y si tanto debe dudarse en el caso de ratificación expresamente restringida, se comprende que la duda sobre su alcance no es posible cuando haya sido hecha sin expresa restricción; el razonamiento deducido de la entidad de la ratificación es más fuerte que el otro que en materia

de obligaciones limita la interpretación á cuanto se quiere manifiestamente.

197. De lo cual resulta que, en sus efectos, la ratificación es modo por el cual nace la representación, conservando así la distinción propuesta para esta última; podrá también la ratificación ser considerada respecto: *a*) á la representación verdadera y propia, y *b*) á la representación en general.

A) Continuación. — *a*) De la ratificación respecto á la representación verdadera y propia.

SUMARIO: 198 - 200. Mandatario agente en nombre propio. — 201. Mandatario que excede los límites del mandato. — 202 - 205. De la gestión de negocios. — 206. De los comités: Su índole jurídica. — 207. De la ratificación en relación con sus actos. — 208. Conclusión.

198. Al exponer el concepto de la «representación» como fundamento del ordenamiento legal respecto á la responsabilidad del comitente (y del dueño) por los hechos ilícitos del agente (y del sirviente), se ha entendido hablar siempre, y esto se advirtió, de representación en su forma inmediata, esto es, en cuanto que los actos del representante sustituyan directamente la relación entre la persona á la cual éstos se refieren y el representado.

De lo cual manifiestamente se deduce que no existe esta relación directa en la hipótesis de representación en forma mediata; pero como el acto ejecutado por el representante es del todo personal, deberá éste responder de los hechos ilícitos cometidos en relación al mismo. El representado no obra, no representa aquí jurídicamente en la persona del representante, y falta de este modo toda razón para pretender la responsabilidad.

No parece dudosa la aplicación del concepto ahora descrito en materia de representación verdadera y propia; se comprende que no se hace ahora cuestión respecto al cono-

cer si verdaderamente pueda decirse con exactitud de «representación», cuando ella se desarrolle sólo mediatamente; porque el fin y la estructura del instituto parece que lo circunscriben á la acción ejecutada en nombre y por cuenta de otro (1). De todos modos, háblase, sin embargo, aquí de representación con el fin de determinar el contenido de la relación que existe entre el agente y la persona que de su trabajo recibirá el beneficio estipulado. Pues bien; el mandatario compromete al mandante respecto al encargo recibido sólo cuando obre en su nombre; y si obra de otra manera trabajando en nombre propio, no comprometería al mandante, sino á sí mismo; esto ordena la ley disciplinando los efectos contractuales del mandato (2), como ha habido ya ocasión de examinar (3), determinando respecto al mandatario las consecuencias de la culpa contractual. El principio que induce tal resultado es el defecto de representación en forma inmediata, que es la forma verdadera y propia por la cual aparece ésta; el representante no ha obrado respecto á los terceros como tal: falta, pues, la representación; y la razón de construir está dada con esto por un concepto tan fundamental (4), que la doctrina seguida en materia de culpa contractual debe ser, sin más, extendida en sus líneas generales también á la culpa no contractual. Esto es, el representante, al ejecutar el negocio en nombre propio, no puso en evidencia «representación» alguna; pero, sin embargo, los terceros perjudicados por el hecho ilícito que haya cometido, en relación al encargo que ejecutaba para sí, tienen acción contra él, pero no contra el representado.

Y puesta la idea de la representación, no parece posible dudar de la consecuencia ahora expuesta.

(1) V. de un modo particular Sraffa en la monog. cit.

(2) Cód. civ., art. 1.744 cit.

(3) V. Chironi, *Colpa contratt.* cit., pág. 303 y sig.

(4) V. cuanto se ha dicho en el cap. VI, § *Generalidad*; v. también Chironi, *Colpa contratt.*, l. cit., y los autores cit.

199. No conviene, sin embargo, desdeñar una objeción grave en apariencia que puede deducirse de la opinión expresada, especialmente cuando se piense que pertenece á la distinción hecha aquí, como fundamento de la teoría entre las dos figuras de culpa contractual y de culpa no contractual.

Podría decirse: se comprende la consecuencia sacada respecto á la culpa contractual, porque el contratante tiene derecho á saber la calidad que corresponde al que con él contrata; y si éste la esconde, no podrá presentarla después cuando se le pida el cumplimiento relativo á la obligación consentida, porque la otra parte entendió contratar con él directamente y no como representante ajeno. Esto es, el consentimiento que le dió no concierne á la obligación respecto á representado alguno, del cual no se ha hecho mención al contraer el vínculo, y debía creer que obligaba obligándose él mismo directamente con quien, debiendo obrar en interés ajeno, ocultó absolutamente su calidad. Muy bien podría decir que si hubiera sabido dicha cualidad, esto es, conocido la persona con la cual directamente se le proponía entablar relación jurídica, no hubiera consentido.

Ahora bien: en la culpa no contractual parece que otra cosa debe suceder. Aquí no es cuestión de consentimiento, sino de injuria hecha al tercero, al cual interesa solamente el saber y observar que el agente, si no en nombre, obra, sin embargo, en el interés del representado: en el caso de culpa contractual puede creerse que esto no sea suficiente; pero en la no contractual no parece necesario, verdaderamente, que el mandatario injuriante haga conocer al ofendido la calidad bajo la cual comete los hechos á los cuales el acto ilícito se refiere estrechamente.

El argumento cae por su base, solamente queriendo hacer notar: a) de qué suerte el dar á conocer su propia calidad sea esencial para la «representación» en su eficacia respecto á terceros; en efecto, cuando el mandatario haya callado su condición, no sólo no se da acción contra

el mandante á quien con él contrató, pues ni siquiera el mandante tiene acción por sí mismo (1); *b*) que al medir las consecuencias de la culpa aquiliana en las relaciones entre el mandatario que hubiera dado causa y el mandante, hace falta absolutamente suponer (2) que el hecho ilícito sea ejecutado en relación á la comisión recibida: de donde la necesidad de saber si al cumplirla el mandatario haya efectivamente obrado como tal, con el fin de deducir la responsabilidad del mandante; *c*) que esta última consideración se puede exponer todavía más claramente diciendo que si el mandante responde de los hechos ilícitos cometidos por el mandatario en la ejecución del encargo recibido, esto sucede solamente cuando el mandatario al obrar lo represente en ciertos casos que lo comprometan directamente; esto es, cuando se determine la representación en forma inmediata; y el tercero ofendido por el acto ilícito no puede obrar contra el mandante cuando falte este término esencial para su responsabilidad.

Ciertamente, á otra resolución se debería llegar alguna vez, cuando, lo que no parece correcto (3), se acogiese la posibilidad jurídica de una *negot. gestio* del todo objetiva; y conviene, sin embargo, advertir que la doctrina sostenida aquí no veda el entablar acción por el título de ilícito enriquecimiento contra quien estuviera interesado en el negocio constituido por el agente.

Verdad es que este derecho que le corresponde no derivaría de responsabilidad deducida de la representación, sino de la *versio util. in rem*, y entonces, según esta figura, deberá regirse (4).

200. El primero de los elementos que se considera-

(1) Cód. civ., art. 1.744 cit.

(2) Se entiende: no se trata de empeño constituido en ejecución del mandato (*Colpa contratt.*), si bien de hecho ilícito, extraño al mismo, es verdadero, pero ejecutado con ocasión de aquél.

(3) V. Chironi, *Colpa contratt.*, pág. 290 y sig.

(4) V. la nota precedente.

ron (1) necesarios para fijar la responsabilidad por los hechos ilícitos del representante incluía ya la decisión ahora expuesta; y sólo la necesidad de exponer los criterios de la construcción con la mayor claridad han aconsejado el desarrollarla ampliamente, estudiando la dificultad sugerida por la posibilidad de distinguir la naturaleza de la representación respecto al tercero ofendido por el agente.

Ahora bien: según los principios descritos, resulta fácil el exponer la cuestión acerca de la virtud de la ratificación respecto á la responsabilidad que se examina.

El declarante afirma, en relación á quien estipuló con el agente que había tratado en nombre propio, que éste obró únicamente en su interés, y, por lo mismo, desde el momento en que hace la declaración aceptada por la persona á quien está dirigida y por el agente que obró en nombre propio, se determinan directamente en su favor ó en contra suya las acciones que expresan los efectos del negocio. Indudablemente hay aquí un caso de ratificación, la cual no hace surgir, es verdad, la relación del mandato entre el ratificante y quien obraba en su interés, porque tal relación, si no en su propia figura jurídica, en el contenido económico existía ya; pero sirve para fijar la existencia del mandato verdadero, aun en relación á quien había estipulado con el agente en aquel modo que les restringía directamente la obligación establecida.

De modo que antes de la ratificación, el ofendido por injuria cometida (en origen) por el agente en nombre propio en relación con la ejecución del hecho no tiene acción contra el verdadero interesado: ¿la tendrá después?

Y aquí una respuesta afirmativa parece consecuencia necesaria de las premisas y de las decisiones acogidas, estudiando los efectos de la ratificación en general (2); de este acto, obrando retroactivamente según su naturaleza, debe

(1) V. el cap. VI, § cit.

(2) V. el § precedente.

asegurar que el agente en el momento en que obraba era representante verdadero y propio: si dicha cualidad se refleja toda sobre el negocio constituido, es evidente que por esta razón el hecho ilícito se considerará como sucedido en relación al acto, no ya considerado del todo personal á él, sino cual acto de representante. El hecho ilícito cometido en tal circunstancia y manera, sienta precisamente, en virtud de esta relación, que la eficacia de la ratificación está en su origen, y el ofendido tendrá acción á fin de obligar al resarcimiento al interesado, cuando concurren los elementos necesarios para que su responsabilidad quede comprometida.

201. De la posición de este principio parten una serie muy variada de aplicaciones, y bastará indicárlas brevemente para que, no mudando la razón de decidir las declaraciones que se dan para justificar la primera, sirvan también para las otras.

El mandatario, al ejecutar el mandato recibido, se excede de los límites señalados en la facultad conferida, y mientras obraba excediéndose, cometió, siempre en relación directa á los actos de su oficio, una acción ilícita. Por causa del exceso, su acto no lo es de representante (1); sin embargo, como queda personalmente obligado hacia la persona con la cual ha entrado en relación contractual, del mismo modo también queda obligado personalmente hacia el ofendido por el hecho ilícito cometido.

Ahora bien: el mandante ratifica; el exceso que ya existía respecto al mandato desaparece; el hecho que estaba caracterizado por tal cualidad entra en los confines de las facultades dadas, y mientras hasta entonces era personal al mandatario, se vuelve después acto de representante. Las consecuencias respecto á la responsabilidad por el hecho ilícito son las ya indicadas; existe un hecho cometido por el

(1) Cód. civ., art. 1.742 cit.; v. también Chironi, *Colpa contratt.*, n. 188, y los autores citados en la nota.

representante en el ejercicio de sus funciones y en relación con ellas, de ahí la obligación del mandante al resarcimiento de la injuria injustamente inferida.

202. La aplicación del principio á la figura del gestor de negocios, con otras y diversas dificultades tropieza. Y en primer lugar con una que es de carácter general. El gestor de negocio obliga al interesado cuantas veces haya obrado en nombre suyo y el negocio haya sido bien administrado (1); ahora bien: ¿deberá decirse que existe buena administración cuando en ocasión del hecho que era objeto, el gestor haya cometido un acto ilícito en perjuicio de tercero? La dificultad, que no es vana ficción, implica la misma construcción propuesta, pudiéndose objetar que si la «representación» depende de la buena administración, donde falte ésta desaparece también aquélla, y con la misma toda razón de responsabilidad respecto al interesado.

Establecida así la duda, se estaría tentado de responder negativamente, pareciendo justo que no corresponde el nombre de buena á aquella administración de la cual se derive para el interesado la obligación al resarcimiento del daño causado por el gestor. ¿Ha cometido éste al ejercerla un hecho ilícito? Y esto bastará para demostrar la negligencia, aunque levisima; y como de ésta resultan, no ventajas, sino daños para el administrado, la administración ejercida no podrá llamarse buena, y faltará así el hecho que determina la representación.

Y acaso habría nuevo motivo para dudar, pensando una diferencia entre la culpa aquiliana y la contractual respecto á la cuestión propuesta. La ley quiere que el negocio esté bien administrado; ahora bien: en el caso de culpa con-

(1) Cód. civ., art. 1.166; Cód. fr., art. 1.375; Cód. civ. austriaco, § 1.053; Cód. civ. de la Rep. Arg., art. 2.301 y sig.; Cód. civ. de Chile, art. 2.290; Cód. civ. de Guatemala, art. 2.257; Cód. civ. del Uruguay, art. 1.272; v. Cód. civ. germ., § 683, y cons. Planck, ob. cit., sobre este §.

tractual, no parece posible separarla de la administración, refiriéndose la negligencia á los compromisos contraídos por el gestor para la administración misma; así que la existencia de dicha culpa excluye de modo absoluto la posibilidad de la buena gestión tal como la quiere la ley. Pero en la culpa aquiliana puede bien imaginarse tal separación, porque habiéndose cometido el hecho ilícito en ocasión de la ejecución del negocio, queda separado de este último y no se incorpora, como sucede por la culpa contractual; el gestor podrá cometer una injuria mientras administra, pero esto no impide que la administración en la parte que estrictamente concierne al negocio no sea buena. Por consiguiente, si el negocio resulta bien administrado, no obstante el hecho ilícito cometido por el gestor, la obligación del interesado es simple consecuencia; la «representación» existe en virtud de esta buena administración; la injuria será acto ilícito cometido por el representante, de donde resulta la responsabilidad del representado.

La objeción es grave, especialmente cuando se piense en lo que se ha decidido respecto á la ratificación y se recuerde la construcción hecha en materia de gestión de negocios (1), donde la buena administración se ha descrito como ratificación necesaria impuesta por la ley. Sin embargo, precisamente por tal necesidad, determinada por la intervención de la ley, no parece convenga dar á la voz «administración» un significado restringido al solo resultado del negocio, y parece, en cambio, que deba comprenderse cuanto se refiere á la ejecución del mismo, y la latitud de la locución misma de esto hace fe. Inútil considerar la relación entre el acto ilícito y el negocio para deducir consecuencias distintas, según que la culpa sea aquiliana ó contractual: la palabra administración comprende todos los momentos que se refieren á la acción del gestor en el ejercicio de tal calidad, y el negocio no está, ciertamente, bien

(1) V. Chironi, *Colpa contratt.* cit., pág. 290 y sig.

administrado si el gestor al administrarlo ha causado ilícitamente alguna ofensa á otro injuriándolo. Por lo tanto, no parece pueda hablarse de injuria causada por un representante, y no existe la responsabilidad del interesado.

203. El mandante responde del hecho ilícito cometido por el mandatario en el ejercicio de sus funciones, y se entiende en relación á éste, sin hacer distinción si ha habido buena ó mala administración, que es la razón determinante de la obligación que en la gestión nace respecto al interesado. Y la diferencia está muy justificada: el mandatario es tal por voluntad expresa ó tácita del mandante, el cual le dió un encargo que cumplir, le confió la cualidad jurídica de su representante, mientras en la gestión el gestor se asume voluntariamente el negocio ajeno sin autorización del interesado, y alguna vez (1) en contra de ésta. Es justo, por lo tanto, que en favor de éste la ley determine la obligación de considerar como suyo el acto solamente cuando resulte que ha sido bien llevado.

Al que ahora se hace referencia, porque partiendo de la diferencia señalada, podría argumentarse contra la teoría de la representación, sosteniendo que la responsabilidad del mandante depende de la elección que él haya hecho voluntariamente; y que no tiene derecho á quejarse si se le considera responsable de los hechos ilícitos del mandatario, debiendo imputarse á sí mismo la negligencia observada en la elección, ó, más generalmente, las consecuencias todas de su elección. Mientras en la hipótesis del gestor del negocio, como no interviene ninguna elección por parte del interesado, es justo someter á la necesidad de la buena administración para la eficacia respecto á él de las obligaciones constituidas por el gestor.

No parece que la objeción ofenda el concepto expuesto: la distinción entre las dos figuras se conexas, sin que se deba recurrir por esto al criterio de la elección, á la volun-

(1) V. la nota precedente.

tad dirigida á conceder la «representación»; en el mandato, tal voluntad existe, mientras falta en la gestión de negocios; y la ley mientras hace brotar la representación del hecho del agente, ó presumiéndola necesariamente por el motivo de que á determinarla concurren la utilidad del privado y la equidad, ó declarándola como responsabilidad que por dicho concurso se impone al administrado, por razón de la administración que, aunque no consentida primero, ha sido bien llevada en nombre y por cuenta del interesado.

204. Se puede, por lo tanto, afirmar que la representación existe, ó, mejor, que los actos ejecutados por el gestor de negocios en nombre del interesado asumen la calidad de actos de representante solamente en el caso de buena administración, y ésta no existe cuando un hecho ilícito sea cometido por el gestor en ocasión del cumplimiento del negocio. Pero la afirmación, ¿valdrá como regla general que se imponga siempre? ¿Ó no será lícito poner á confrontación la suma de ventajas resultantes de la administración con los daños que al llevarla ha causado ilícitamente el gestor (1)?

La ley quiere, es verdad, que la buena administración sea el factor que del acto del gestor hace acto de representante; pero el decir cuándo sea buena la administración, es función del Juez. El límite de la razón jurídica se separa aquí claramente de la cuestión del hecho: el Juez, considerando la entidad del negocio administrativo, la ventaja que resulta al interesado, la entidad del perjuicio causado y también el grado de la culpa del gestor, puede llegar á reconocer la existencia de la buena administración, no obstante el hecho ilícito que el gestor haya cometido al ejercerla.

En esta hipótesis, existirían los elementos necesarios para que el acto del gestor sea acto de representante, y el hecho ilícito por él cometido se debería por lo mismo consi-

(1) V. Cód. civ. de Méjico, art. 2.541.

derar realizado en ocasión de la ejecución; el representante, por lo tanto, sería responsable. Y así se vuelve al dominio del concepto regulador ya propuesto.

205. Del mismo modo se vuelve á la hipótesis de la ratificación, si antes de que el negocio haya tenido ejecución, ó si, independientemente de la indagación hecha acerca de la bondad de la administración llevada, el interesado reconociese como propios los actos del gestor, la ratificación tendrá, respecto á la existencia legítima de la representación, todas las consecuencias que ha habido ocasión de exponer. El acto, en consecuencia, de la voluntad bien declarada del interesado se referirá al agente, como representante válidamente constituido, y así el representado deberá responder del hecho ilícito que hubiese cometido.

206. Los conceptos propuestos acerca de la representación en forma inmediata ó mediata y la determinación de la naturaleza jurídica de los llamados «comités» dan el modo de resolver las cuestiones respecto á la responsabilidad de los comitentes por los hechos ilícitos cometidos por los que componen el comité en el ejercicio de sus funciones y en relación á éstas.

Es inútil distinguir sobre este punto entre las dos figuras de «comité electivo» y de «comité promotor», porque no cambia para ninguna de éstas la índole jurídica de las relaciones entre los miembros que componen el comité y las personas que los nombraron, ó aquellas otras que, acogiendo la iniciativa, les reconocieron tácitamente la calidad que en el caso de comité electivo resultaría expresada por la voluntad.

Bien se dice que (1) si la relación entre los que componen el comité y los comitentes está marcada por la figura del mandato (ó de la gestión), respecto á terceros el comité se compromete siempre directamente (representación en forma mediata), á menos que no haya declarado y en tal

(1) Jhering, monog. cit. en *Jahrbücher*, 1. cit.

declaración se haya consentido el obligar directamente á los comitentes (1); á lo cual se debe añadir, para mayor explicación é integración del concepto, que se presume hecha la declaración y su acogida cuando la acción fuese tal que no pudieran los terceros no conocer que el agente obraba en calidad de mandatario (2).

La teoría no parece discutible; y aplicando la última parte (las relaciones con terceros) á la cuestión de la responsabilidad, se tendrá que los comitentes quedan obligados como responsables por el hecho ilícito cometido en ocasión de actos á los cuales atendía el comité ejecutándolos por los comitentes; el acto sería aquí de representantes, y no hay lugar á duda sobre la obligación del representado. Y si en cambio el acto en ocasión del cual fué causada la injuria no pudiera considerarse respecto al ofendido como acto del comitente, faltaría la representación y con ella la responsabilidad del comité (3).

207. La virtud de la ratificación se explica también en esta última hipótesis.

El comité obra, es verdad, en el interés de los comitentes; pero para que haya representación en relación á terceros no es esto elemento bastante, haciendo falta que la acción se lleve en nombre del representado; lo que sucede, como se ha dicho, también, si los agentes obran en modo de hacer resaltar necesariamente su cualidad; pero aun cuando haya faltado tal comportamiento, si los comitentes reconociesen expresamente como hechos en su nombre los actos del comité, se considerarían como ejecutados por legítimos representantes, y se tendría entonces el coeficiente necesario á fin de que los comitentes puedan responder de las in-

(1) Jhering, l. cit.

(2) La teoría antes propuesta bien puede extenderse á la representación de la asociación no constituida en persona jurídica; sobre estas instituciones, v. Chironi, en *Legge*, 1901, III, pág. 176 y siguientes.

(3) V. la nota precedente.

jurias causadas por el comité en ocasión de los actos mismos.

208. La conclusión que es lícito derivar de las pesquisas hechas hasta aquí, y de las decisiones acogidas, es también la confirmación del principio propuesto; esto es, la indagación que debe hacerse á fin de establecer si existe ó no responsabilidad del representado por los hechos ilícitos del representante, y si en el momento en que fueron cometidos el representante obraba como tal, esto es, en nombre y en interés del representado. Igual conclusión se sacará de las nuevas aplicaciones que se harán más adelante, y con dicha correspondencia quedará mucho mejor probada la teoría.

A) Continuación. — b) De la ratificación respecto á la representación en general.

SUMARIO: 209. Agentes en general: sirvientes.

209. La responsabilidad del comitente en general y del amo por los hechos ilícitos del agente y del sirviente, se ha demostrado ya (1) que existe cuando éstos hayan obrado según su calidad (representación en forma inmediata) y no hayan excedido los límites de las respectivas atribuciones. Ahora bien: si alguna de estas condiciones no ha tenido lugar, el comitente ó el amo no son responsables de las injurias cometidas por el agente ó el sirviente que al cometerla no obraban representándoles. Y si el amo ó el comitente han ratificado después los actos en ocasión de los cuales fué cometido el hecho ilícito, con la ratificación surgirá el elemento de donde se induce su responsabilidad; el acto del sirviente y del agente se vuelve acto del representante; y por lo mismo, sin distinguir acerca de la voluntad del amo y del comitente respecto al afirmarse las consecuencias del acto ilícito, éstas estarán siempre á su cargo cuando la in-

(1) V. el presente cap., § II.



juría haya sido causada en relación á los hechos por los cuales ha intervenido la ratificación.

**B) Responsabilidad por los hechos ilícitos cometidos por la persona que sustituye al representante.**

**a) En relación á la representación verdadera y propia.**

SUMARIO: 210-211. Cuándo responde el representado de los hechos ilícitos cometidos por el sustituto del representante. — 212-213. Consecuencias respecto al mandatario que se ha hecho sustituir por otro. — 214 y 214 bis. Aplicaciones al caso especial de la persona por la cual el tutor se ha hecho sustituir para el ejercicio de la función que se le ha impuesto. — 215. Eficacia de la ratificación deseada por el representado.

210. Los conceptos expuestos en el tratado referente á la «culpa contractual» (1) sirven también aquí para aclarar cuándo tenga derecho el representante para nombrarse un sustituto que cumpla las funciones confiadas á él directamente por el representado. ¿Bastará que el sustituto obre en nombre y en interés de este último para que pueda inferirse la existencia de la representación respecto al acto que cumple?

No se puede afirmar; si la representación deriva de convención, hace falta que ésta sea consentida por la persona de la cual el representante sería el órgano; y si trae su origen de la ley, es necesario que el representante tenga la facultad de nombrarse un sustituto. Ahora bien: en la primera de las hipótesis presentadas, siempre que el representante no conceda tal autorización al mandatario, y, esto no obstante, éste se nombre un sustituto para el cumplimiento de la incumbencia que aceptó, el sustituto, aun obrando en nombre y en interés del mandante, no puede decirse que lo represente legítimamente, porque la representación está en modo directo y exclusivo concedida al mandatario.

(1) V. Chironi, *Colpa contratt.* cit., nn. 191 y sig.

Hay representación (voluntaria) solamente cuando el representado la haya consentido, y aquí, tal consentimiento, si lo ha habido, no concierne la persona del agente, que es el sustituto.

Y entonces los resultados respecto á las consecuencias del hecho ilícito cometido por el sustituto en la ejecución de la función que recibió del mandatario sustituyente, no pueden determinar graves dificultades. ¿Está obligado el representado? Á lo cual se responde con otra pregunta: ¿tiene él de éste la representación? No; y, sin embargo, el acto en ocasión del cual fué cometido el hecho ilícito no puede decirse que sea acto del representante, ni el representado deberá responder.

211. Otra sería la decisión cuando el representado hubiere dado la facultad al representante para nombrarse un sustituto. Cuya autorización puede dar ocasión á tres hipótesis distintas (1):

a) El representado, no sólo ha dado la autorización, sino también indicado la persona que al representante podrá sustituir, y entonces queda para los actos ejecutados por el sustituto la existencia de la representación verdadera y propia; como el representado la concedió, por lo mismo queda obligado inmediata y directamente por la injuria que el sustituto hubiera causado al cumplir el encargo recibido y en relación á él;

b) El representado concede la autorización en general, esto es, sin nombrar la persona que debe sustituir; la ley en esta hipótesis obliga expresamente al mandatario á responder por el sustituto cuando haya elegido una persona

(1) V. Chironi, *Colpa contratt.*, l. cit.; v. Cód. civ., art. 1.748; Cód. civ. fr., art. 1.994; Cód. civ. austr., art. 1.010; Cód. feder. suizo, *Delle obbl.*, art. 397; Cód. civ. de la Rep. Arg., art. 1.928 y siguientes; Cód. civ. del Uruguay, art. 2.028; Cód. civ. de Chile, artículo 2.135. En cuanto á la doctrina de los autores, v. Chironi, *Colpa contratt.*, l. cit.

que es notoriamente incapaz ó insolvente. Adviértase: tal obligación está fijada á cargo del mandatario, aun cuando se hubiera hecho sustituir por alguno sin que hubiera facultad para ello; pero esto no determina idénticas consecuencias en los dos casos respecto á la «representación» del mandante que sea inherente á los actos del sustituto; porque la garantía debida en ambos casos por el mandatario sustituyente se refiere al daño que el sustituto haya causado al mandante al ejecutar el encargo recibido del mandatario, independientemente de toda cuestión de «representación» en relación á los actos por él cumplidos.

Y llevada la dificultad sobre la materia de la representación, no se puede admitir que en la segunda hipótesis sea el sustituto incapaz ó insolvente, que obligue directamente al mandante y lo represente. El mandante autorizó al mandatario para nombrarse un sustituto, y esto basta para que la persona nombrada por el mandatario, usando de las facultades que se le han concedido, sea en sus acciones el representante directo del mandante; así que cuando el sustituto cometiese un hecho ilícito en ocasión de la incumbencia confiada, el mandante será responsable. El mandatario sustituyente será responsable, es verdad, hacia el mandante siempre que el sustituto fuera persona incapaz ó insolvente; pero no se debe confundir lo que es responsabilidad del mandatario sustituyente con la representación inherente á los actos del sustituto en relación á terceros, respecto á los cuales, el mandante, por la autorización dada, está obligado directamente, salvo el derecho de aseveración contra el mandatario cuando esté asegurado el extremo en el cual se apoya su responsabilidad.

c) El mandante designa la persona que puede ser sustituida, pero dejando después al mandatario entera libertad para nombrarla ó no; en tal caso, la cuestión ya no toca en la «representación», sino la sola responsabilidad del mandatario hacia el mandante. Efectivamente, ó que el mandatario se sustituya por la persona indicada, ó que se elija

otra, existe siempre la autorización del mandante, que conoce y aprueba la sustitución; existe, por lo tanto, en cada caso el elemento necesario para que se tenga la representación del sustituto y el fundamento de la responsabilidad por los hechos ilícitos que hubiese cometido en ocasión de sus funciones.

La figura del hecho que hay en la disposición legislativa se refiere solamente á la responsabilidad del mandatario hacia el mandante, porque si se ha sustituido la persona indicada por el mandante, no responderá hacia él de las consecuencias dañosas derivadas de la obra del agente, y, por lo tanto, también de las injurias cometidas en relación al oficio, mientras que si hubiese nombrado otra, su responsabilidad existe cuando hubiera elegido una persona notoriamente incapaz ó insolvente.

212. Al examinar la primera de las hipótesis ahora descritas se ha dicho que, faltando el elemento fundamental de la representación, el mandante no era responsable de los hechos ilícitos cometidos por el sustituto. Pero ¿será responsable el mandatario sustituyente (1)? No parece dudoso que deba responderse afirmativamente: en defecto de la autorización, no puede decirse del sustituto que represente al mandante, sino que queda siempre mandatario del mandatario; y los terceros perjudicados por el hecho ilícito que hubiera cometido cumpliendo la comisión que le ha sido confiada por el mandatario (que respecto á él es mandante), podrán en contra de éste instituir directamente la acción, con el fin de que se le declare obligado al resarcimiento. Vuélvese aquí á la aplicación de los principios generales.

213. Lo que sucede sobre el sustituto en la hipótesis de representación dependiente de la declaración de voluntad, debe también decirse en el caso de representación que tenga en la ley su razón de ser.

(1) V. el Cód. civ. de la Rep. Arg., art. 1.298; v. Chironi, *Colpa contratt.*, l. cit.

Se ha observado ya respecto á esto, cómo (1) el depender la representación de la ley no es obstáculo á la responsabilidad del representado por hechos ilícitos cometidos por el representante al cumplir la incumbencia confiada. La libertad y la voluntad, en orden á la elección, faltan aquí, se dice, pero el argumento á nada conduce. Se comprende que pueda tener valor cuando se discute sobre representación constituida mediante declaración de quien se encontraba en estado de incapacidad legal para emitirla, pero no cuando se trate el caso de representación ordenada por la ley; efectivamente: ¿existe menos «representación» por ser el representante tal por ministerio de la ley? ¿Obra menos por esto el representante en nombre del representado? ¿Acaso no tutela ó debe tutelar menos por esto los intereses?

No hay razón para separarse en esta hipótesis de los principios: para que haya «representación» y ésta exista legitimamente, no importa distinguir si su existencia deriva de la voluntad del representado ó de la ley. Por consiguiente, en las hipótesis especiales referentes al oficio del tutor ó del curador nombrado al ausente, se ha dicho poder resultar del todo justificada la doctrina que enseña debe el menor ó el ausente responder por los hechos ilícitos cometidos por los representantes en el ejercicio de sus funciones y en ocasión de ellas; pero en contradicción con esto, se ha seguido la decisión que, deduciendo de la razón social jurídica de la providencia, y, por lo tanto, de la especie de representación ordenada, pone la responsabilidad á cargo solamente del agente. Ahora bien: en particular, respecto al menor, dando causa una disposición expresa de la ley (2), puede suscitarse la cuestión si debe el menor responder de los hechos ilícitos cometidos por la persona que el tutor se hubiera sustituido para estar ayudado en la administración.

Para la exactitud de la indagación, cuando se observase

(1) V. el § 1 de este cap.

(2) Cód. civ., art. 295.

la teoría no acogida aquí, convendría también distinguir, según que la sustitución se haya hecho con la autorización del consejo de familia ó sin ella: si ha sido concedida, el sustituto parecerá nombrado válidamente, y deberá decirse que al administrar el determinado negocio ó los negocios á él confiados es representante directo del menor, y que si no intervino la autorización falta el elemento de la representación, y el menor no será obligado por las injurias que hubiera causado durante la administración ó en ocasión de ella.

Pero en armonía con la doctrina acogida aquí no parece que sea ésta la resolución que mejor responda á la ley; la responsabilidad de los hechos ilícitos ahora descritos no podrá por lo dicho remontar al incapaz.

214. Otros datos hacen falta para determinar esta responsabilidad respecto al tutor. Si nombró un sustituto sin tener la autorización del consejo de familia, los actos que haya cumplido no comprometen, es verdad, al menor como representado; le obligarán al tutor como mandante; será, por lo tanto, el responsable civilmente de los hechos ilícitos cometidos por el sustituto cuando concurren los otros elementos necesarios para establecer la responsabilidad por medio de representación.

Y si el consejo de familia hubiese concedido el nombramiento de un sustituto, éste representará válidamente al menor en los actos de su administración; pero, aun existiendo la representación, no existirá á cargo del menor, como se ha observado, la responsabilidad por las injurias cometidas por el sustituto en ocasión de dichos actos; y como la ley, si atribuye al tutor el derecho de hacerse ayudar de una ó más personas en su administración, esto lo ha concedido imponiendo la autorización del consejo de familia, y también fijando la responsabilidad del tutor por los actos del sustituto, así el sustituto comprometerá, por las injurias causadas bajo tal calidad, la responsabilidad del tutor. El cuidado del cual ha querido la ley rodear la persona del

menor es la razón de la diferencia que existe en esta última hipótesis entre el tutor y el mandatario que se hayan nombrado un sustituto.

214 bis. Conviene notar, por último, que si el sustituto está nombrado con la autorización del representado, es necesario, á fin de que la responsabilidad de este último pueda determinarse, el concurso de los elementos designados necesarios para hacer responsable al representado de los hechos ilícitos del representante.

Que pueda darse la autorización tácitamente no hay duda alguna, como es también cierto que á terceros no se extienden las limitaciones que gobiernan la prueba.

215. El hecho de la ratificación puede cambiar las decisiones propuestas, especialmente en la parte relativa al mandatario. Si éste se nombrase un sustituto sin estar autorizado para ello, y el mandante reconociese posteriormente la validez del nombramiento, sucederá que el sustituto, desde el momento de su nombramiento, será considerado como representante suyo, y el hecho ilícito que hubiese cometido bajo tal cualidad obligará al mandante al resarcimiento hacia el ofendido.

Las aplicaciones hasta aquí discutidas demuestran todas que de la existencia de la «representación» deriva la responsabilidad buscada y descrita.

B) Continuación. — b) En orden á la representación en general.

SUMARIO: 216-218. Responsabilidad del comitente por las personas cuya obra haya sido llevada directamente por el contratista. — 219. Responsabilidad del adjudicador. — 220. Responsabilidad del comitente hacia los obreros perjudicados por cuasidelito del contratista. — Responsabilidad del amo por la persona que el sirviente se haya sustituido. — 222. Cómo se concede la autorización. — 223. De la prueba de ésta. — 224. Forma. — 225. Condiciones de la responsabilidad. — 226. De la ratificación. — 227. Excepción.

216. Los conceptos ahora sentados permiten resolver,

sin mucha dificultad, una cuestión bien grave, acerca de la cual los tribunales tuvieron ocasión de manifestar varias veces su opinión. el que ha contratado con un contratista, ¿es responsable por los hechos ilícitos cometidos por las personas que éste se hubiese sustituido y por aquellas cuya obra hubiera llevado el sustituto, suponiendo que hayan sucedido estos hechos en la ejecución de los trabajos encargados? Se expondrá qué resolución parezca deba ser consecuencia de la teoría propuesta, y se hará el examen en relación á la teoría que se ha enseñado y á los motivos en que por lo común está informada ésta.

Para que la cuestión pueda presentarse con seriedad, es necesario suponer la hipótesis del contratista, cuyas relaciones con el comitente no tengan figura jurídica de venta (1), pues entonces, hasta el momento de la entrega, el contratista obra en nombre é interés propio y no puede hacerse mención alguna de representación. Hace falta por esto imaginarse el caso del contratista que respecto al comitente conserve el carácter de alquilador de obra y obre en su nombre é interés.

De tal posición de hecho no parece resulte razón suficiente que sugiera el no aplicar respecto á la primera dificultad la distinción antes propuesta; esto es, si el comitente conductor de obra haya autorizado al alquilador (contratista) á sustituir otra persona para el cumplimiento de los trabajos confiados, ó también que ninguna autorización haya dado en este sentido. En el primer caso no puede negarse la existencia de la «representación» entre el conductor y el contratista, y la jurisprudencia implícitamente lo admite reconociendo al primero la cualidad de comitente y agente al otro; ahora bien: si el comitente concede al agente el cumplir ciertos actos que no entrarían, sin dicha autoriza-

(1) V. sobre esta materia Chironi, *Colpa contratt.* cit., n. 71; v. Cód. civ. aust., art. 1.158; Cód. civ. germ., § 651; y v. Planek, ob. cit., sobre este §; Cód. de la Rep. Arg., art. 1.629.

ción, en el concepto propio de la comisión, parece cierto que al ponerlos en acción el agente obra siempre como representante del conductor, y, por consiguiente, la persona nombrada en virtud de la facultad recibida; esto es, el sustituto que el alquilador se haya legítimamente constituido, obra directamente en nombre y en el interés del conductor, tiene la representación en general, y el representado responde de los hechos ilícitos que hubiera cometido durante la ejecución de los trabajos y en ocasión de los mismos. La deducción rigurosa sacada del principio es bien justa: el comitente, ó, mejor, el representado, al dar la autorización al contratista (representante) para que elija el sustituto, establece directamente entre sí y este último la relación de «representación», que es el fundamento de su responsabilidad.

Ahora bien: si faltase esta autorización, faltaría también la responsabilidad; el contratista asumirá en modo directo el carácter de comitente y responde de los hechos ilícitos cometidos por la persona de la cual como sustituto hubiese alquilado los servicios (agente), contratando directamente con él; pero el que ha contratado con el contratista, y ejecutando la obra, no queda obligado. La falta de autorización impide que surja ninguna relación entre quien es comitente respecto al solo contratista y la persona que éste se sustituya sin tener facultad para ello; los terceros ofendidos por la injuria tendrán por lo mismo acción contra el solo contratista, que es el responsable como representado.

216 bis. ¿Deberá decidirse igualmente en cuanto á la segunda cuestión?

No lo parece. Una prueba negativa está dada por el concepto que, consintiendo á las personas de las cuales el contratista hubiera alquilado los servicios para la ejecución del trabajo, la cualidad de representantes del comitente cuyo nombramiento fuese autorizado, éstos tendrían acción directa contra él; y entonces se preguntan cuál sería la sus-

tancia del contrato entre el comitente y el contratista; la ley misma no consiente tal acción (1).

Pero hay otra demostración más directa: ante todo, la sustitución se entiende aquí respecto á la persona que se sobreentienda en la posición del sustituyente como contratista, y tal no puede decirse ciertamente el artífice al cual el contratista hubiese encargado la obra para llevar á cabo los trabajos recibidos; y además el fondo mismo del contrato demuestra que al entrar en relación directa con el contratista, el comitente no quiere, aun previendo dichos negocios entre contratista y artífice, dar á éste «representación» alguna respecto á él. Éste contrató simplemente los servicios de la persona directamente vinculada hacia él.

Esto existe aunque en el contrato el comitente hubiese impuesto al contratista la obligación de servirse de determinados obreros (2); el reconocerlos es obligación, ley contractual, y la interpretación normal de la cláusula no consiente que se vea en esa la figura de la autorización genérica ó especial para constituir al comitente representante alguno (en general); muy distinta, en el caso de contratista al cual se le reconozca la cualidad jurídica de representante, sería la autorización para poderse sustituir otros en el oficio recibido; volveríamos entonces á la hipótesis descrita.

217. La doctrina y la jurisprudencia concuerdan al resolver la cuestión en modo conforme al ahora propuesto; pero no argumentando sobre la distinción que se ha deducido de la naturaleza de las relaciones entre el contratista y

(1) Cód. civ., art. 1.615 cit.

(2) Que después, estas personas que directamente contrataron con el impresor tengan acción idéntica á la que contra éste tenga el comitente, nada lo repugna. Esto no sucede, porque existe una relación directa entre ellas y el comitente, ni tampoco por vía de privilegio (v. Chironi, *Priv. ed ipot.*, Turin, 1894-900, I, cap. 3), sino por el concepto de una subrogación especial legitimada por la prohibición del enriquecimiento.

el comitente (1), y parten de un concepto bien diverso, que es la falta de facultad de dirigir: de ahí la imposibilidad de presumir en daño del comitente la culpa *in eligendo* (2). Si tal razón fuese verdad, la decisión debería ser contraria á la observada; efectivamente, admitiendo la presunción de la culpa *in eligendo* como fundamento de la responsabilidad que examinamos, pudiérase bien encontrarla en la autorización (3) dada al adjudicador de servirse para la ejecución de los trabajos de las personas que considerase más aptas al objeto: ¿Qué sirve esta autorización? Verdad es que no se puede, por el modo general con el cual está dada, iguarlarla á la elección de persona determinada, pero implica un mandato de elegir concedido á otros; los efectos deberían, por lo tanto, ser iguales. No solamente que de dicha autorización podría también decirse que está incluida en las relaciones entre el comitente y el empresario la relación de dependencia, la cual, según la teoría combatida, hace falta necesariamente para inferir la existencia de la comisión.

Si no razones decisivas, son estos al menos motivos graves de duda al determinar ó indagar, observando los conceptos directivos considerados por la teoría dominantes: *a*), si la relación de dependencia no existe cuando la relación entre el comitente y el empresario sea de simple locación de trabajo; y *b*), si en virtud de la autorización dada respecto á la elección, el comitente no deba considerarse tal por res-

(1) Cons. Cas. Roma, 16 Abril 1901 (*Legge*, 1901, II, 777); v. el § precedente.

(2) Y para la *c. in vigilando*, v. especialmente Cas. fr., 30 Diciembre 1875 (*J. du P.*, 1876, 183); 4 Febrero 1880 (*J. du P.*, 1880, 1.158); Ap. Lyon, 25 Febrero 1867 (*J. du P.*, 1867, 1.267); Ap. Chambéry, 23 Diciembre 1878 (*J. du P.*, 1879, 720); Ap. Tolon, 3 Marzo 1883 (*J. du P.*, 1874, 879); Laurent, ob. cit., XX, 581; Huc, ob. cit., VIII, 584; Giorgi, ob. cit. V, n. 328.

(3) En la nota precedente se observó ya cómo, estando al criterio de la representación, tampoco la elección expresamente hecha determina la responsabilidad del remitente.

peto á las personas que hubiesen directamente contratado con el contratista, la prestación de sus servicios. Especialmente en relación á la primera cuestión, la obligación del contratista de ejecutar la obra con arreglo á un plan preconcebido, ¿no determinaría ya una relación de dependencia?

Ahora bien: las consideraciones expuestas convienen en no admitir que exista aquí la figura de la representación, como se querría que apareciera por estas dudas; la obligación á la cual se alude es el contrato mismo, y esto, que parece dependencia, es el vínculo constituido, no aquella sumisión que impondría al contratista la posición de agente. De modo que, en relación á los principios expuestos, en el contratista alquilador de trabajo existe la intención de ejecutar una determinada función en nombre y por cuenta de otro, que es el comitente; lo que no sucede cuando el negocio toma figura de venta, siendo diversa la intención de las partes, que consideran, no la obra que ha de prestarse, sino la cosa en conformidad con las indicaciones dadas y aceptadas. Y si el comitente responde de los hechos ilícitos del contratista alquilador de obra, no responde de aquellos que hayan sido cometidos por las personas que por propia iniciativa y voluntad se hayan sustituido en su oficio de contratista, ni por aquellas á las cuales el contratista hubiese confiado la ejecución de los trabajos.

La ley no distingue entre las dos figuras jurídicas descritas donde declara que el comitente no está obligado respecto á los albañiles, herreros y otros artífices empleados en la construcción de un edificio ó de otra obra dada en adjudicación, más que hasta el complemento de la deuda que él tiene respecto al contratista en el tiempo en que promueven su acción (1); sobre lo cual parece necesario argumentar ante todo la ninguna obligación del comitente respecto á los artífices que hayan contratado directamente

(1) Cód. civ., art. 1.645.

con el contratista, y, como consecuencia más extensa, la ninguna relación directa entre esos artífices y el comitente, de donde en materia de hecho ilícito su irresponsabilidad por las injurias que causaren otros durante los trabajos; y hace falta también deducir que si en vía excepcional la ley ha dado acción á los artífices contra el comitente, esto lo ha hecho limitando su derecho dentro de términos ciertos, informándose, como ha habido ocasión de advertir (1), en el concepto de una especial subrogación casi, aunque no verdaderamente privilegiada por efecto de una útil versión.

218. A lo que se podría objetar que dicho significado puede ser entendido cuando el comitente no haya dado al adjudicador la autorización, que es encargo, de elegir las personas que creyese para la ejecución de los trabajos; y en el caso opuesto, el contratista al elegir obraría como represente ante del comitente; y del mismo modo que las personas elegidas, por encontrarse en relación directa con el comitente, tendrían acción contra éste para el pago entero de sus salarios, así el comitente que está por ellos representado en la ejecución de los trabajos, es responsable de las injurias que causasen bajo tal cualidad. Consideración inútil; porque, aparte la razón opuesta de declarar la ley donde por excepción otorga la acción descrita contra el comitente, el contenido del negocio constituido con el contratista, demuestra que no está consentida ninguna representación del comitente respecto á la persona que emplee, y falta por lo mismo toda razón de su responsabilidad.

219. Si no ha sido concedida autorización alguna al contratista para sustituirse por otros, al efecto de determinar la representación, el comitente no tendrá responsabilidad alguna por causa de las injurias que el sustituto cause; en relación á la persona cuyo servicio hubiese llevado como sustituto, el contratista resulta comitente; el sustituido lo

(1) - V. arriba la n. 2 á la pág. 459.

representa en la ejecución de los trabajos, y, por consecuencia, los terceros ofendidos por el hecho ilícito que hubiese cometido en el cumplimiento del encargo recibido tendrán acción contra él. Pero ¿podrán también accionar contra el comitente hasta el complemento de la deuda que tiene respecto del contratista en el momento en que promueven su acción? ¿Se aplicará aquí el ordenamiento puesto á favor de los artífices que hayan contratado con los contratistas? (1).

La razón de la disposición resuelve la dificultad. Quien considere que por ella no se ha introducido una norma especial referente exclusivamente á la hipótesis que se ha considerado, y que es simple aplicación de un principio más general, lo que se ha dicho de los artífices que hayan contratado con el contratista (2), deberá también decir que éstos son acreedores suyos, y así como el acreedor puede ejercer los derechos de su deudor en cuanto que no le sean personales (3), así los artífices acreedores del contratista podrán ejercitar el derecho de crédito que éste á su vez tiene respecto al comitente, hasta el complemento del crédito existente en el momento que obran. Y si tal verdaderamente fuese el concepto informador de la regla, no habría motivo alguno para dudar que su ordenamiento no se deba observar ni aun en el caso de los ofendidos acreedores del contratista, como representado (comitente) del artífice que en la ejecución de la obra hubiese causado injuria. Esos acreedores del contratista podrán obrar contra el comitente hasta el complemento de la suma que éste le debiese en el momento en que accionan; y no importa que él hubiere por medio de secuestro, asegurado contra el comitente las cantidades aun debidas; porque este acto no tiene por fin el agregar á su patrimonio la suma que entonces sería ga-

(1) Cód. civ., art. 1.645 cit.

(2) V. los nn. 215 y 216.

(3) Cód. civ., art. 1.234.

rantía de todos los acreedores, y es solamente medio protector del crédito (1); así que la acción contra el comitente no resulta aquí como si fuera responsable por el hecho ilícito del artífice que lo cometió, sino como deudor del agente verdadero, que es el contratista responsable, y por esto igual deudor respecto al ofendido que obra para el resarcimiento.

Pero tal construcción no parece atendible (2). La razón de la ley, según se ha observado, no consiste en la subrogación concedida, que en dicho caso, ni la regla especial tendría necesidad (3), ni se comprendería la exclusión de los otros acreedores personales del contratista; el concepto que informa el ordenamiento está todo en la relación entre el valor creado con el trabajo y el trabajador, que directamente en él concurren: de ahí la especialidad en la subrogación ordenada, que parte de la útil inversión y se restringe á la correspondiente deuda. Sino que, no obstante la diversa construcción, los resultados no cambian de los expuestos, porque la subrogación así consentida, y donde es, como se ha advertido, una apariencia de privilegio, no es personal, es razón patrimonial que puede también ser alegada legítimamente por los acreedores como tales, por la injuria recibida del artífice.

220. Hasta aquí se ha hablado de la responsabilidad del comitente por los hechos ilícitos de las personas que hayan tratado directamente con el contratista, cometidos durante la ejecución de los trabajos y en ocasión de ellos.

Sobre la responsabilidad directa del comitente por las injurias causadas por el contratista á estas personas, no hay duda alguna. Y la razón es evidente: cuando la relación entre el comitente y el contratista sea de locación de trabajo, el contratista «representa» al comitente, y, por consi-

(1) Confer. la I edic. de esta monog., pág. 340 en f.

(2) Confer. la I edic. de esta monog., pág. cit.

(3) Cód. civ., art. 1.234.

guiente, si en la ejecución de los trabajos haya dado disposición alguna tal que puede ser considerada como causa del daño ocurrido, su responsabilidad lleva la del comitente y está obligado por el hecho ilícito de su agente.

La jurisprudencia (1) ha aplicado muy á menudo dicha norma al cuasidelito de las personas agregadas á la dirección de un taller, considerándolas como «agentes» por razón del contrato de locación del trabajo contraído por el patrono; y el motivo es tal, que no se sabría cómo no adaptarlo igualmente á la hipótesis de hecho ilícito cometido por un contratista, si respecto al comitente aparece como alquilador de trabajo. Nótese la contradicción, á la cual se llegaría de otra manera: el patrono de un taller se vale del trabajo de un técnico para que lo dirija, siendo él absolutamente incapaz de hacerlo por falta de conocimientos necesarios para ello; no ejerce dirección ni vigilancia alguna, y, sin embargo, si el director comete una imprudencia de la cual resulte daño á un operario, él es siempre civilmente responsable; si, en cambio, se tratase del caso que un propietario que confíe á un contratista la construcción ó la reparación de una cosa, y por mala dirección ó por otro hecho á éste imputable resulta daño á alguno de los operarios sujeto á los trabajos, se negaría la acción contra el comitente.

La teoría propuesta escapa á tal objeción: cuando el contratista sea alquilador de trabajo, el comitente deberá responder del resarcimiento que por causa del hecho ilícito de su agente deba otorgarse á los obreros empleados en el trabajo. Y aquí se nota cómo alguna vez la jurisprudencia abandona el concepto de la presunción de culpa *in vigilando*, para acercarse al otro que parecería más justo de la «representación».

(1) V. Ap. Douai, 27 Junio 1881 (*J. du P.*, 1884, I, 89), y Ap. Amiens, 15 Noviembre 1883 (*J. du P.*, 1884, I, 88). Sobre la responsabilidad por daño causado por un agente á otro agente, v. el capítulo XVIII.



221. Sobre otra aplicación bastante cercana á la que acabamos de hacer, puede discutirse en la hipótesis del «sirviente» que haya delegado á otro la ejecución de la incumbencia á él confiada por el patrono. ¿Responderá éste del hecho ilícito cometido por el sustituto?

Ya se ha advertido que el sirviente respecto al amo reviste figura de agente (1), y que los dos estados de sirviente y agente están considerados expresamente en la ley y están reglamentados por el mismo motivo de decidir. De lo cual se hace ahora mención con el fin de legitimar la distinción entre el caso del sirviente que, autorizado por el amo, se haya sustituido por otro para el cumplimiento de una especial incumbencia, de naturaleza tal que pueda estar contenida en su oficio (2), y el caso en el cual haya procedido á tal sustitución sin estar autorizado para ello. En el primero de los dos casos obra con el consentimiento del amo; por consiguiente, éste responderá de la injuria cometida por el sustituto al cumplir el encargo recibido: el sustituto está en relación directa con el representante. En el otro, ninguna «representación» ha sido consentida por el amo; de ahí que no pueda haber responsabilidad alguna que pese sobre él; respecto á los ofendidos, por el hecho ilícito responderá el sirviente, que respecto á quien la cometió tiene la cualidad de representado, y contra el patrono podrá entablarse acción hasta el complemento de todo cuanto éste le debiese, no por subrogación, análoga á la ordenada en favor de los artífices, y que ya se ha descrito (3), sino según los efectos generales del derecho de crédito (4). Se com-

(1) V. el § II del pres. cap. Cons. Blackstone, ob. cit., VI, 191 y siguientes.

(2) La personalidad del empresario, como se ha dicho con relación al contratista, hace presumir que la autorización de sustituir contenga la determinación de la representación entre el patrón y el sustituto.

(3) V. la nota precedente.

(4) Cód. civ., art. 1.234.

prende que si la función fuese tal que no pudiera comprenderse en el oficio del sirviente, el hecho de mandarla contiene por parte del amo el encargo de recurrir á quien sepa ejecutarla, y el ejecutor será en tal caso representante directo del amo, ó no, según el modo con el cual el sirviente se condujo al buscarlo y al confiarle el encargo, haciendo conocer ó no al comitente.

222. En los casos discutidos y en la teoría en cuyos principios se informa la resolución que se ha dado, la existencia de la autorización es decisiva para la existencia de la «representación», á la cual está subordinada la responsabilidad del comitente; pero ¿en qué modo debe darse dicha autorización? Y ¿qué deberá decirse respecto al modo de aprobarla?

La primera cuestión puede resolverse con el mismo criterio propuesto al tratar de la representación verdadera y propia (1). Bastará, por lo común, que se dé la autorización en general para que se establezca entre el comitente y el sustituto una relación directa de representación, por la cual el representado, no sólo responde de las obligaciones contractuales constituidas por el representante, sino también por los hechos ilícitos que este último en tal cualidad haya cometido; si después no solamente se da la autorización, sino que se añade la designación del que debe sustituir, la decisión dada será más aceptable.

La sola diferencia entre estos dos casos es también aquí la que se advirtió en otro lugar (2); si la autorización se ha dado con autorización de la persona, no tiene la acción de reversión contra el agente ó sirviente sustituyente; y si no se hizo la designación, el comitente tendrá esta acción de reversión siempre que el constituyente, al ejecutar la autorización recibida, no hubiera empleado la diligencia ordinaria á que está obligado. Aquí no puede, por la diversidad

(1) V. los nn. 207 y sig.

(2) V. la remisión á la nota precedente.

de la relación, tener aplicación la norma que regula el caso respecto al mandatario (1), pero los principios dan la guía necesaria para resolver la dificultad. El comitente responde del hecho ilícito del sustituto nombrado por el agente «ó sirviente» en virtud de la autorización recibida; pero después del ejercicio de dicha autorización, en cuanto concierne las relaciones entre el comitente y el agente, deberá conocerse según los criterios referentes á la culpa contractual, según los cuales deberá decidirse de la acción de reversión. No se podrá, por lo tanto, limitar la responsabilidad al caso de que el sustituto fuese persona notoriamente incapaz ó insolvente, que es restricción no compatible con la «compensación» que caracteriza la naturaleza de la locación de trabajo; verdad es que en la autorización existe el encargo de buscar y nombrar al sustituto, pero inherente al negocio, que es la locación.

Los principios aplicados á la representación en general son los mismos ya expuestos respecto á la representación verdadera y propia, y esto por medio de la identidad de los motivos que los justifican; la persona cuya sustitución ha sido autorizada por el comitente obra en su nombre é interés; no sólo esto, que si la autorización ha sido dada sin la indicación de quien debe sustituirse, el representado sufrirá las consecuencias de la propia imprudencia y no podrá sustraerse á los efectos de una relación por él directamente deseada y que lo hace responsable.

223. La segunda indagación respecto á la prueba es más grave, no por la posición de los conceptos teóricos, sino por la cuidadosa indagación que, por ser cuestión de hecho, debe llevar el Juez sobre los elementos presentados á su conocimiento.

La autorización deberá ser demostrada directamente por el ofendido ó por el sustituyente que, convenido por recambio, quiera eximirse de la responsabilidad; demostrando

(1) Cód. civ., art. 1.748 cit.

los términos en que ocurrió, ¿servirá, cuando la acción sea promovida por el ofendido, el recurrir á las presunciones? Esto no parecería dudoso precisamente en vista de su condición de tercero, y el Juez deberá examinar si los hechos son tales que permitan deducir la existencia; así, en la hipótesis de persona sustituida por el sirviente, la naturaleza de la incumbencia podrá hacer presumir la autorización ó excluir la responsabilidad. La cuestión toca puramente al hecho, y por lo mismo no es posible el sujetar á norma fija las diversas manifestaciones que puede tomar; por el modo con que la especie se presenta, deberá el Juez argüir los criterios respecto á la indagación que deberá hacerse, á fin de obtener los elementos sobre los cuales fundar el juicio.

224. Inútil añadir más sobre lo que los principios generales acerca de la forma de los actos sugieren respecto á la forma con la cual la declaración de querer continente de la autorización debe ser hecha. La ley, si bien sobre tal acto ha dispuesto reglamentando el mandato (1), sin embargo, nada ordenó respecto á la forma; la cual, por lo tanto, puede estar dada expresa ó tácitamente, ya sea la representación verdadera y propia, ó solamente en general.

225. Igualmente, no repitiendo explicaciones que serían superfluas, bastará se recuerde ahora que la obligación del comitente por la injuria causada por la persona con que se ha sustituido el agente autorizado para ello deriva de las reglas generales acerca de la representación; es necesario, por lo tanto, que el sustituido haya obrado como representante del comitente, y por esto, no sólo en su nombre, sino también con el concurso de todos los elementos que ya se han dicho hacen falta para determinar la responsabilidad (2).

Por consiguiente, si el sustituido, aunque nombrado con la autorización del comitente, hubiera obrado en nombre

(1) Cód. civ., art. 1.748 cit.

(2) V. el cap. VI, § *Generalidades*.

propio, no habría fundamento para afirmar en este último la responsabilidad de la injuria, y si hubiese obrado en nombre del sustituyente, cuando el hecho de la sustitución apareciese como acto de representación del comitente, éste quedaría á su vez obligado por el hecho ilícito, y el sustituyente llamado á responder de la injuria causada por el sustituido, podría á su vez demandarlo con el fin de ser relevado de la acción.

226. Es oportuno advertir aquí las consecuencias de la calificación, si bien es verdad que lo dicho respecto á su eficacia bien pudiera dispensar el hacerlo. No existe responsabilidad del comitente por los hechos ilícitos imputables á la persona que el agente se hubiera sustituido sin haber tenido autorización: este es el concepto afirmado ya; pero si la autorización expresa ó tácita fuese dada antes que el hecho ilícito haya sido cometido, ó también después, la ratificación servirá para considerar tal hecho como cumplido por el representante del comitente; y la declaración de voluntad que éste haya hecho respecto á la sustitución puede, por lo tanto, determinar la propia responsabilidad. Pero se ha dicho siempre que de las consideraciones desarrolladas respecto á los efectos, ya sea de la ratificación ó de la sustitución en tema de responsabilidad, no haya duda respecto al decidir si la ratificación determina esta figura ó si toda facultad de sustituir la contenga verdaderamente; pero la duda, en cuanto á la ratificación se refiere, queda resuelta (1); y para la sustitución, parece cosa cierta que la ratificación llevada sobre ésta contenga por necesidad el consentimiento para extender la representación del sustituto.

227. Todavía una observación. Los razonamientos hechos hasta aquí reflejan la hipótesis de persona sustituida por quien el comitente tuviese relación de locación de trabajo; de modo que si el contratista no estuviera con el comitente en dicha relación y el negocio entre ellos revis-

(1) V. los nn. 207 y sig.

tiera figura de venta, ciertamente faltaría todo buen fundamento para considerar al contratista «representante» del adquirente. Él obraría por sí, en nombre propio, ejecutando ó haciendo ejecutar bajo la propia responsabilidad cualquier cosa referente á la ejecución del contrato; sería por lo mismo responsable cual comitente de los hechos ilícitos imputables á las personas cuyo trabajo hubiera alquilado; y como éstas lo representan, se comprende que dicha responsabilidad esté sujeta á las normas fijadas respecto á la responsabilidad del representado.

Puede, sin embargo, suceder que el adquirente durante la ejecución de los trabajos, consintiendo, sin embargo, el contratista, elija directamente un artífice para la ejecución de determinados trabajos ó le dé el encargo de elegirlos. Y entonces, con el fin de decidir si el contratista al hacer el nombramiento obra en nombre propio, aunque en nombre del adquirente, y si éste deba responder de los hechos ilícitos del artífice así nombrado, estando representado directamente, se deberá examinar si este acto de intervención del adquirente deba considerarse como una limitación consentida en la facultad del contratista, sin que la relación de venta cambie de carácter; ó si en cambio significa sustitución de relación directa entre el comitente y el sustituido. Y cuando otros elementos de hecho no concurren, es justo decidir la estabilidad de la figura que de la relación se origina y que no se perturba por el mandato de elección, hecho interno entre comitente y contratista.

Así las diferentes relaciones entre contratista y adquirente, contratista y artífice sustituido y entre éste y el adquirente, están designadas claramente; el concepto ahora presentado hace prevenirse contra el error de afirmar la representación al hecho del contratista que al elegir un artífice satisfaga un deseo del adquirente, ó siga su consejo, ú obedezca á una expresa ley de contrato. Aquí faltaría toda relación directa entre el adquirente y el artífice; no se trata, en efecto, de autorización que determine la representación

del adquirente, el cual, por la naturaleza misma del contrato, no tiene un representante en el contratista; se trata, en cambio, de deseo manifestado ó de pacto convenido, y el pacto mismo demuestra que la relación de comitente y agente se restringe aquí entre el contratista y el artífice.

§ 3 C)

**Excepciones. — Concurso de dos responsabilidades distintas.**

**SUMARIO:** 228. Motivos de la excepción y su determinación. —

229. Concurso de la responsabilidad del comitente con la del contratista, si el contrato tiene figura de venta — 230. Si el contrato tiene figura de locación de trabajo. — 231. Del «representado», al cual sea imputable culpa por el daño causado por el representante, cumpliendo la función en nombre propio ó ejecutando negocios excediéndose del encargo recibido. — 232. Consecuencias.

228. De los conceptos desarrollados respecto á la «representación», sea ésta «verdadera y propia» ó solamente en «general», se puede inferir la regla de que el «representado está obligado por los hechos ilícitos cometidos por el representante, el cual obra como tal, no excediendo los límites de la incumbencia recibida y en ocasión de ésta». Por consiguiente, si el representante no obrase bajo tal cualidad (y no lo haría cuando se excediese de los términos de la incumbencia, aunque obrase en nombre del representado), no existiría la responsabilidad que aquí se busca. Esta es la regla; pero bien puede suceder que se incurra en dicha responsabilidad, aunque no exista la relación de «representación»; esto es, que se responda del hecho ilícito cometido por persona con la cual dicha relación no existe directamente, ó también por quien sea representante, pero haya causado injuria, obrando fuera de los límites del encargo recibido.

Lo cual sucede siempre que exista á cargo del responsable culpa suya directa, respecto del hecho ilícito, en modo

que pueda ser éste imputable ó á él también imputable; su responsabilidad nace, por lo tanto, no en virtud del vínculo de la representación aquí inexistente, sino como consecuencia de la culpa: de ahí que, en rigor de los términos, no sería correcta la voz excepción puesta á la cabeza del presente capítulo. La excepción, en efecto, supondría la posibilidad de casos en los cuales uno que no está representado por el autor del hecho ilícito, deba, sin embargo, responder como si lo estuviere, mientras, en cambio, esa depende de otro orden de ideas, esto es, de la existencia de culpa en la persona llamada á responder de la injuria materialmente cometida por otros. Y se habla ahora de esto, por razón de la relación que existe entre el argumento y el otro desarrollado antes, respecto á la persona cuya responsabilidad puede concurrir.

Adviértase, por otra parte, la diferencia profunda entre las dos posiciones: á la responsabilidad que deriva de «representación» le basta que los elementos del hecho ilícito concurren respecto al representado agente; en aquella de la cual hablamos, requiriéndose la culpa directa del responsable, deberá hacerse la prueba por quien, considerándose ofendido, instituye la acción de reparación.

229. Puesta de tal modo la declaración de la teoría, fácil cosa es descender á ideas más especiales.

En la indagación antes hecha, partiendo del concepto de la «representación», se ha dicho que el comitente no debe responder del hecho ilícito de la persona cuya obra hubiese sido alquilada por el contratista, considerado respecto á él como vendedor. No sólo esto: que supuesta tal relación, el comitente (adquirente) no debe siquiera responder de los hechos ilícitos que el contratista (vendedor) cometiese directamente. Puede, es verdad, el comitente vigilar á fin de asegurarse de la buena ejecución del trabajo; pero esto, como ha habido ocasión de considerar, no es por sí mismo hecho bastante para comprometer la responsabilidad; respecto á tal derecho, poco importa que en

el contrato se haya hecho ó no expresa reserva, derivando esta facultad de vigilar al comitente del interés que él tiene que sea prestado lo que por el contrato se le debe, y que, por lo que éste tiene de figura de venta, no se le puede negar, al menos que alguna cláusula del contrato no se lo impida del todo. Ciertamente mejor fundada estaría esta decisión cuando se admitiese que, con arreglo á la letra de la ley, no es posible dar á la locación que otorgue á una empresa figura de venta, y que es necesario considerarla como locación verdadera; sin embargo, la doctrina propuesta queda bien sólida, pues, aun haciendo prevalecer en el negocio la figura de la venta, no puede entenderse que entre sus elementos exista la comisión de la obra como razón determinante el interés del comitente (adquirente) para poder vigilar. Cuyo interés, por causa de la preferencia notada, no contiene la facultad de dirigir; así que, si el comitente ejercitase la dirección y la vigilancia cual obligación que se hubiese tomado en el contrato, ó también si vigilando (1) hubiese ordenado al operario empleado por el contratista en hacer cosas por las cuales otro operario ú otra persona sufriese injuria, este hecho ilícito se debería atribuir á culpa en la dirección ó en la vigilancia ejercitada por el comitente, y es indudable su responsabilidad. No responderá, por lo tanto, del hecho ilícito del representante, sino por un hecho ilícito, del cual es causa directamente su culpa.

La jurisprudencia ha reforzado con muchas decisiones esta teoría, deduciendo algunas veces del concepto de la culpa *in eligendo*, y otras del de la culpa *in vigilando*, como razón de la responsabilidad derivada de la relación de

(1) Se ha dicho si bien no habría obligación por el contrato, y podría dudarse si en razón del concepto de la responsabilidad por omisión (v. el cap. II), la teoría es exacta, no estando como no lo está el comitente obligado á hacer. La vacuidad está demostrada en el ejemplo, porque el adquirente, ejercitando la vigilancia, *hacia y hacia mal*.

comisión. Verdaderamente la construcción teórica no es buena: en el ejemplo la comisión falta, y la responsabilidad depende de otro motivo; y además, si la relación de dependencia y de vigilancia constituye la comisión, según de ordinario suele admitirse, ¿no debería admitirse aquí la existencia que, sin embargo, queda eliminada?

230. En la hipótesis ahora configurada existiría el concurso de tres responsabilidades distintas respecto al ofendido: *a)* del autor del hecho ilícito; *b)* del contratista obligado por la culpa del representante; *c)* del comitente por el defecto de la dirección ó de la vigilancia, que es culpa personal.

Igualmente el mismo concurso puede existir en el caso de hecho ilícito cometido por la persona que sin estar autorizado se hubiera sustituido el contratista, supuesto que, aun teniendo el contrato de empresa naturaleza verdadera de locación, hubiese faltado en la vigilancia ó en la dirección en la manera en que lo hizo, determinando en dicho modo el hecho ilícito ocurrido. Y si además la persona que directamente cometió la injuria fuese un sustituido nombrado con la autorización del comitente, de modo que determine entre él y este último la relación de representación (y ya se ha advertido que la autorización por sí no sea siempre hecho bastante), quedará él obligado como representante; y si, por otra parte, en el hecho concurre la negligencia observada por el contratista al dirigir ó al vigilar, también deberá reponder de la culpa que directamente le sea imputable.

Así, en la primera y en la segunda de las hipótesis descritas, el comitente no responde como representado, no revistiendo tal cualidad respecto al autor del hecho ilícito, sino por haber con propia culpa contribuido á cometerlo; en la tercera es el contratista el que no responde como representante, como sucede en las dos primeras; pero está obligado por razón de propia culpa que concurrió en la injuria.

231. La construcción propuesta puede también aplicarse

al caso en que la relación de «representación» exista entre el autor del hecho ilícito y el responsable, y que la injuria esté cometida por el representante respecto á hecho que exceda de los límites de las atribuciones conferidas y del todo extrañas á éstos; aquí faltaría ciertamente la responsabilidad del representado, porque su «representación» está fuera de causa; pero si en el hecho ilícito cometido en tales circunstancias ha concurrido también la culpa personal directa de quien como representado no sería responsable, existe su responsabilidad por razón de dicha culpa.

La jurisprudencia (1) ha seguido este criterio, considerando la responsabilidad del comitente, no como tal, sino por haber él contribuido á la injuria por medio de negligencia (culpa) imputable á él personalmente. Se comprende también aquí la necesidad ya señalada antes de la prueba que de tal elemento debe hacerse por quien entabla la acción para el resarcimiento.

232. Como consecuencia de este concurso de causas distintas de la responsabilidad, existe el derecho del ofendido para instituir directamente la acción contra cualquiera de las personas que concurren á la injuria, de cuya solidaridad y de los términos necesarios según la ley para determinarla se hablará después (2). Pero cuando concurren la responsabilidad del contratista como comitente, del propietario por razón de la negligencia en la dirección ó vigi-

(1) Cas. Turín, 17 Enero 1882 (*Mon. dei Trib. di Mil.*, 1882, 244). ¿Habrá imprudencia imputable al patrón cuando el hecho ilícito cometido por el sirviente se realizó en su presencia, no tratando él de impedirlo, siquiera el hecho exceda de las atribuciones dadas al agente? ¿Se deberá decir que no hay omisión culpable allí donde no exista obligación legal de hacer? Parecería mejor decir que el acto cometido con la tolerancia del patrón, se ejecuta bajo su directa autoridad. V. Larombière, ob. cit., art. 1.384, n. 12; Demolombe, ob. cit., VIII, 610 y siguientes; confer. Toullier, ob. cit., XI, 287; consúltese Cas. Belga, 12 Junio 1893 (*J. du P.*, 1894, IV, 29).

(2) V. el cap. XVI.

lancia asumida, y que es el motivo de donde se determina directamente el hecho ilícito, ¿podrá el contratista librarse de la demanda, refiriendo la injuria á la culpa del propietario? Y, por el contrario, ¿podrá librarse este último cuando tuviese figura verdadera de comitente, refiriendo la causa del hecho ilícito á la culpa del contratista que estaba encargado de vigilar y dirigir los trabajos?

La respuesta negativa á ambas dudas parece que deba prevalecer: las responsabilidades son aquí distintas, y en relación al ofendido demandante la indemnización, basta cada una de ellas para producir enteramente la consecuencia, que es el resarcimiento; la una no puede eliminar jurídicamente la otra: si el propietario no es comitente (esta es la primera de las dos hipótesis), el contratista deberá atribuir á su culpa y daño el haberlo dejado dirigir en el modo en que lo hizo; si lo es (como sucede en el segundo caso), el hecho dañoso de su representante (dirigiendo ó vigilando) recae en daño suyo por razón de la responsabilidad. Pero en las relaciones entre las diversas personas responsables la cuestión cambia de aspecto, y contra quien fué la causa directa de la injuria tendrá acción quien fué obligado al resarcimiento como civilmente responsable, sobre lo cual se dará en su lugar la necesaria declaración (1).

§ 3 D)

Concurso de las dos especies de representación en la misma persona.

SUMARIO: 233. Cuándo y cómo tiene lugar. Consecuencias. ®

233. Las dos formas de representación pueden concurrir en la misma persona, con referencia á negocios distintos, independientes, y á negocios ligados entre ellos. Se com-

(1) Sobre el ordenamiento especial en materia de accidentes del trabajo, véase lo siguiente.

prende cómo quien esté obligado á ejecutar una determinada incumbencia por medio de locación del trabajo, pueda, en virtud del mandato recibido, estar también obligado á cumplir otra distinta; se comprende también cómo pueda deber cumplir otra concerniente á aquella que es objeto del primer negocio. El contratista arrendador del trabajo puede, como mandatario del comitente, proceder á actos que necesariamente ó específicamente se refieran al objeto deducido en la locación.

Y si bien, respecto á las consecuencias de la injuria que este representante pueda cometer, no haya razón de distinguir según que haya sido cometida cuando el agente obraba en uno ó más bien en la otra de las dos cualidades, sin embargo, para la exactitud de la construcción es un deber el distinguir un caso del otro. Tanto más que, para precisar la índole jurídica de cualquiera relación, de la cual hablaremos ahora, es necesario tener presente precisamente la distinción hecha (1).

§ 3 E)

**Responsabilidad de las personas jurídicas por los hechos jurídicos de sus representantes.**

SUMARIO: 234. Principio general. — 235. Orden del tratado; referencia.

234. Las personas jurídicas expresan la acción que, según la razón de la propia existencia, se les concede por la ley por medio de representantes (2), y, por consiguiente, las reglas expuestas acerca de la responsabilidad de los hechos ilícitos del representante deberían tener aquí completa aplicación. Y se podría entonces definir la gravísima cuestión de la responsabilidad de estas personas, afirmando:

(1) V. el cap. sig.  
(2) V. sobre esto el cap. V.

a) Que ésta existe solamente cuando concurren los elementos descritos como necesarios á constituirla (1).

b) Que aun en el caso de injuria cometida por el representante de una Asociación que no existe como persona jurídica, la responsabilidad recae sobre los representantes en su cualidad de asociados; diferentemente de lo que sucede respecto á la Sociedad (2), siempre que concurren los elementos descritos (3).

En algunas leyes está establecida expresamente dicha responsabilidad de las personas jurídicas (4); pero, ciertamente, el silencio de la ley no debería bastar para suscitar dudas sobre este punto cuando se piense en la capacidad que tienen éstas. Ni puede uno lamentarse de la falta de normas especiales para la utilidad que hubiera resultado en favor de la resolución de la dificultad, que es la responsabilidad del Estado por los hechos ilícitos de sus funcionarios, porque, colocando la construcción sobre la naturaleza particular de ésta, que es la máxima de las personas jurídicas, no puede faltar en la doctrina los términos claros sobre los cuales encaminan la indagación y exponen la teoría.

235. En cuyo examen se observará el método ya seguido, estudiando la culpa contractual respecto á las personas jurídicas; y por esto se tratará separadamente de la responsabilidad:

- a) del Estado
- b) de los Municipios y de las Provincias
- c) de las otras personas jurídicas
- d) de las Asociaciones

por los hechos ilícitos de los propios representantes. ®

(1) V. el cap. VI, § cit.; v. Cód. de la Rep. Argen., art. 36.  
(2) Y de esta figura se tratará y discurrirá separadamente después de construida la teoría relativa á la responsabilidad de las personas jurídicas.  
(3) Jhering, ob. cit.  
(4) Cód. fed. suizo, *De las oblig.*, art. 62; Cód. civ. germ., §§ 31 y 89; v. Cód. civ. de la Rep. Argen., art. 42.

general, y sobre la representación que de ella tienen sus funcionarios; reforzando las observaciones ya hechas respecto á la teoría á la cual se le concede todavía mérito; y dando, por último, otras pruebas directas de la opinión defendida.

236 bis. Á la cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas se hace referencia casi como para buscar la razón que la determine en su entidad, si bien después de todo las resoluciones que se han formado sobre la existencia real atribuida á dichas personas, se pueden, sin embargo, justificar reduciendo la naturaleza á un artificio que por motivos de utilidad pública y privada la ley ha querido instituir, pensando como persona que por naturaleza no lo es ni puede serlo. La indagación respecto á la entidad verdadera de estos entes constituidos en sujeto de derecho tiene más bien gravedad en relación al argumento de su responsabilidad penal, de cuya dificultad se ha hecho mención, resolviéndola en sentido negativo, aun por lo que concierne á las simples contravenciones.

Dejando por el momento este punto sobre la posición de los dos conceptos, es necesario volver aún con mucha brevedad, con el fin de poder exponer y justificar la construcción que se hará ahora: que no toda persona jurídica es ente ficticio, y que, sin embargo, la distinción en el modo de explicarse de su representación entre órgano y agente no tiene justa razón de ser en derecho. Y en relación á la primera de estas ideas, poco puede añadirse á lo que otra vez ha habido ocasión de escribir sobre la existencia real, verdadera, de la corporación en confrontación á la fundación y al instituto; no pareciendo dudoso, no obstante la gran controversia y la opinión contraria que se ha sostenido en otras ediciones de este trabajo, que en la corporación, por razón del elemento cuya concurrencia es necesaria para componerla, exista el elemento volitivo con la natural posibilidad de querer, referida á la agrupación de los miembros, los cuales, queriendo por los fines de la cor-

## CAPÍTULO VII

### RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO ILÍCITO DE SUS FUNCIONARIOS

#### Generalidades.

SUMARIO: 236. Referencia á la teoría propuesta sobre la materia.—  
236 bis. Su justificación, y por esto nueva mención de la doctrina referente á la responsabilidad de la persona jurídica; á la razón de ser de los entes morales en derecho, y á la noción de la representación de los mismos, según se exprese en función de órgano ó de agente.

236. En el tratado de la culpa contractual se habló con bastante amplitud de la teoría propuesta (1) acerca de la responsabilidad del Estado por los hechos ilícitos de sus funcionarios, y ha resultado de las pesquisas hechas sobre la doctrina que parecería responder mejor á los principios que gobiernan la culpa á la entidad del Estado, y de las relaciones que jurídicamente se desenvuelven entre éste y los empleados que lo representan.

Pero las objeciones hechas á la construcción propuesta, y las dudas manifestadas sobre su corrección, hace necesario que sobre ella se haga ahora una nueva y más amplia justificación, en la cual se entrará, dando, ante todo, mayor relieve á algunos conceptos que ya hubo ocasión de exponer sobre la responsabilidad de la persona jurídica en

(1) V. especialmente las observaciones de Landucci, en el *Archivio giuridico*, XXXIV, 86; de Polacco, en la *Rivista critica*, III, 231; de Bonasi, en la *Rivista italiana per le ricerche giuridiche*, I, 1.



poración que constituyen, determinan una voluntad que ya no pertenece á cada uno, sino á la unión de todos; esto no es voluntad individual, sino voluntad corporativa. Hasta aquí, por lo tanto, la doctrina de la voluntad orgánica del organismo natural de la persona jurídica bien puede acogerse; lo que no puede admitirse respecto á la fundación en la cual falta el elemento descrito, ni ciertamente pueden cambiarse por éste los órganos por medio de los cuales se rige la fundación, aunque la teoría de la organización esto piense (1); y ni siquiera puede decirse de los institutos, aunque sea puesta en mayor relieve la forma corporativa demasiado directa, apareciendo en ellos la acción creadora de la ley por razón de finalidad pública.

Y aun acogiendo en este modo la doctrina de la realidad de la persona jurídica en la parte que parece sea un buen consejo que observar, la cuestión de su responsabilidad por los hechos ilícitos de quien obró por él, no se saca un mejor fundamento: queda siempre la misma duda de saber de qué modo y en qué términos responde la persona jurídica por dichos hechos. Verdad es, podría decirse, que la diferente manera de comprender el organismo de la persona jurídica influye en cambio bastante sobre la resolución de la cuestión propuesta, cuando se piense que de su manera de ser ficticia se derivó la doctrina de la irreponsabilidad de la persona jurídica por las injurias causadas por sus agentes (2), haciendo excepción para la sola culpa contractual; pareciendo aquí que la injuria se conexiona íntimamente con la relación que nace del contrato ó cuasicontrato, para cuya constitución tiene capacidad la persona jurídica, según su manera de ser: restricción, sin embargo, combatida por quien considere que la persona jurídica no quiere, no obra por sí misma, no puede por lo tanto causar injuria en manera alguna, y que si el agente la causa (aparte de

(1) Jellinek, *Syst. d. subjectiv. öffentl. R.*, cit., pag. 63.

(2) Savigny, *Syst.*, cit., § 95.

la duda de responsabilidad directa por medio de la culpa en la elección de quien es verdadero agente), es cuenta suya personal, porque no tenía encargo de injuriar á otros (1).

Y, sin embargo, observando bien se verá que no es á la entidad propia de la persona jurídica á la cual estas dudas se refieren; no se reducen á saber si tal entidad sea verdadera ó ficticia, sino al modo de comprender la representación respecto á la persona jurídica, al contenido de la relación que existe entre él y quien obra en su nombre. Porque suele decirse sobre este punto, que cada uno que obre por la persona jurídica es su representante; que en sus agentes ésta tiene los órganos muy distintos de los agentes ó representantes verdaderos, y aquéllos expresan la voluntad corporativa, esto es, voluntad que se refiere sin más á la persona jurídica; éstos, en cambio, expresan la voluntad propia: obran como individuos, personas que se pertenecen, obrando en esto en nombre de otra persona.

Ahora bien: siguiendo dicha noción, que es, sin embargo, el fundamento de las teorías que en lugar de los órganos ponen los representantes directos de la persona jurídica (2); también, con el fin de coordinar la individualidad de los que componen el grupo con el resultado orgánico colectivo formando el concepto de solidaridad representativa (3), se llegaría á esto: que puesta como norma reguladora de la responsabilidad que esa no existe sin culpa, de la injuria cometida por el órgano, la persona jurídica que tenga existencia real responde como si directamente hubiese causado ella la injuria, porque la voluntad del órgano es su voluntad; de la injuria cometida por el agente, respondería en el modo en que se puede responder por el hecho ajeno, y, por lo tanto, la responsabilidad derivada de culpa en la elección

(1) Löning, *Haft. d. Staat. a. rechtswidrig. Handl. sein. Beamten* (Franck., 1879), pág. 54 y sig.

(2) Michoud, *De la responsab. de l'Etat à raison d. fautes d. ses agents*, en la *Revue du dr. publ.*, III, pág. 408 y sig.

(3) Hauriou, *Précis de dr. administr.* (IV ed.), pág. 124 y sig.

ó en la vigilancia, como se infiere del haberse concedido al responsable el medio de liberarse, demuestran la inexistencia de la culpa (1).

236 3.º Estos son los resultados de integrar en uno los tres conceptos: a) de la persona jurídica con existencia real, por razón de su voluntad orgánica; b) del principio que no hay, por lo común, responsabilidad sin culpa; c) de la distinción entre el acto ilícito del del órgano y el acto ilícito del agente. Y si estos dos últimos conceptos se quisieran además referir á la persona jurídica considerada como entidad ficticia, se pueden también obtener las consecuencias ahora descritas; pero podría caber la duda si de tal referencia no deba resultar la responsabilidad personal de los órganos y la irresponsabilidad de la persona que por ellos obra, porque la voluntad es la suya individual, que está ficticiamente dada á la persona jurídica, que no teniendo no debería responder. Y entonces resulta la inconsecuencia ya notada (2), de que la persona no respondería para nada por los hechos dañosos de los órganos, y respondería por los de los agentes, funcionarios de importancia muy inferior.

236 4.º Lo que es necesario indagar todavía es la resistencia de la distinción que se hace entre órgano y representante: ciertamente la cuestión no tiene para el derecho italiano un gran alcance, desde el momento que la responsabilidad del comitente no consiente la prueba liberatoria de la inexistencia de culpa personal (3); pero también aquí podría dudarse si dicha severa disposición de la ley no deba

(1) Gierke, *D. Genossenschaftsth.* cit., pág. 614 y sig.; Jellinek, ob. cit., pág. 28 y sig.; Cromé, *Syst. d. deutsch. bürgerl. R.* cit., I, § 57; Rumelin, *D. Gründe d. Schadenszurechnung* (Freib., 1896), pág. 86; Mestre, *L. personnes morales* (Paris, 1899), pág. 211 y sig.; Seleilles, *L. person. juridiques d. le C. civil allem.*, en la *R. du dr. publ.*, XVI, 256 y sig.

(2) Chironi, *Colpa contratt.*, cit., nn. 210 y sig.

(3) Cfr. además Michoud, ob. y l. cit., y Mestre, ob. y l. cit.

referirse á la injuria cometida por los órganos, sino á la causada por los simples agentes.

Ahora bien: dicha separación no parece aceptable, por más que se presente con mucha autoridad, por las consideraciones hechas para justificarla y por el gran valer de quien la ha propuesto y defendido. Y baste observar que, en confrontación con la persona jurídica, el dicho órgano es también, como el agente ó simple empleado, una persona diferente de sí misma; ni se comprende, sin introducir en la doctrina una ficción que repugna al propósito de querer construir la realidad de la persona jurídica, de qué modo la voluntad del órgano sea desde luego la de la persona por la cual obra y la voluntad del agente sea la suya, aunque se refiera al representante.

Pero en ambos casos, ¿no existen siempre dos personas, la que obra y aquella por la cual se obra? En ambos casos, ¿no existe la voluntad del agente referida á otros, según el empleo que tiene y las condiciones en las cuales ha manifestado su voluntad?

Bien se comprende que la noción de los órganos haya sido la consecuencia del modo de concebir la naturaleza real de la persona jurídica; parece que dicha realidad deba faltar cuando se afirma en el ente la posibilidad natural de querer y no tenga al mismo tiempo modo natural alguno de explicar dicha posibilidad, ni se piensa que así se exagera la construcción hecha sobre la idea de la realidad, y se finge que el agente es el órgano de la persona, la persona misma. Ahora bien: esto es artificio, y el órgano es siempre un representante que es órgano solamente, por razón de la importancia que tiene en la explicación de la vida jurídica de la persona. Se comprende, por esto, cómo se haya dicho, deduciendo correctamente del principio, que el órgano es, respecto á la persona jurídica, lo que son los órganos verdaderos respecto á la persona física (1); necesariamente, la

(1) Cons. Regelsberger, *Pandekten* (1893), I, pág. 323.

analogía seguida sobre una ficción debía empujarnos hasta exagerar en la identificación, ficción no tomada, sino más bien agravada, por considerar, en contra del exceso ahora notado, que los órganos son llamados así jurídicamente (1). Pero ¿órgano jurídico no es cualquier representante, órgano por el cual se manifieste jurídicamente la voluntad de otra persona? En cuya objeción se informa la teoría que, en vez de *órgano*, diría representante directo (2), calificación no buena, porque cualquiera que sea quien hizo el nombramiento, cualquiera que sea el oficio que le está encomendado, él, con su acción, expresa siempre directamente la acción de la persona jurídica, y se informa también la doctrina de la solidaridad representativa (3), en la cual no se hace otra cosa que dar nombre nuevo, y no del todo apropiado, al fenómeno general de la representación. Se ha dicho «no del todo apropiado», porque la construcción jurídica de la representación induce en el ejercicio legítimo de ésta la identidad de la voluntad del representante y del representado, confundiendo en una la de este último.

Y entonces ¿qué queda de la teoría ahora discutida particularmente en confrontación con la ley italiana, que da á la responsabilidad del comitente tal contenido, que la considera (como ha habido ocasión de observar) casi con carácter de objetiva? Nada. En las construcciones hechas para esclarecimiento de la ley civil germánica (4) la distinción, cuya resistencia se ha visto muy débil, sirve casi de transacción entre el concepto antiguo de la responsabilidad subjetiva (culpa en la elección ó en la vigilancia) y la doctrina de la responsabilidad objetiva, reconocida á cargo de quien se valga del trabajo ajeno; para justificar la ley italiana no hace falta remontarse siquiera á dicha forma de

(1) Gierke, ob. y l. cit.

(2) Michoud, ob. y l. cit.

(3) Hauriou, ob. y l. cit.

(4) Cons. Crome, ob. y l. cit.; Rumelin, monog. cit.

responsabilidad, que es la garantía; basta formular el concepto de representación (1) y la relación que se deriva entre representante y representado, para decidir en qué modo sin indagación alguna de culpa á cargo suyo, deba él responder de todo hecho ilícito que el representante como tal haya cometido. Y la responsabilidad queda subjetiva, por lo tanto, por razón de este fenómeno de la representación: el hecho ilícito del representante es hecho ilícito del representado, el cual es responsable como si fuese suyo propio.

¿Hay ficción en esto? Digase si se quiere; pero es la ficción que existiría en la representación, y que además no es ficción verdadera (2) cuando se piense que el referir al representado la acción del representante como tal, es la explicación del concepto jurídico que existe en el sustituto y que afirma la responsabilidad jurídica de querer en modo que la voluntad propia sea jurídicamente voluntad ajena; con esta doctrina la responsabilidad por los hechos ilícitos del representante, que es siempre propia, personal, del representado, queda declarado sin necesidad de formar el representante órgano, y se elimina la construcción (que responde á otras legislaciones) de la responsabilidad entre subjetiva y objetiva por el hecho ilícito de los representantes no órganos. Y queda sentada por esto la construcción ya sostenida de la responsabilidad de las personas jurídicas, y, por lo tanto, del Estado, como aplicación de la responsabilidad general que existe á cambio del representado por hechos ilícitos del representante. Ciertamente, no todos los agentes (representantes) del Estado tienen idénticas funciones y se diferencian por el contenido especial que tienen; pero esto no quita que en las relaciones entre el Estado y el ofendido cada uno de sus funcionarios no sea el representante.

(1) Cons. Dernburg, *Pandekten* (IV ed.), I, pág. 157.

(2) V. sobre esto Windscheid, ob. cit., I, § 73; Chironi y Abello. *C. di dir. civ. ital.* (Turin, 1902-1903), I, 4.

§ 1.

SUMARIO: 237. Nuevas consideraciones aducidas en apoyo de la doctrina aquí contradicha. — 238-241. Crítica. Concepto del Estado: no se puede distinguir bien en éste una doble personalidad, persona política y persona civil ó económica. — 242 y 243. Consecuencias que se derivan respecto á la posición del Estado frente á la ley civil. — 244. Consecuencias respecto á la posición jurídica del empleado frente al Estado. — 245. En qué modo se afirma mal la irresponsabilidad del Estado como poder soberano en el ejercicio de sus funciones políticas, por no estar entonces sometido como persona jurídica al derecho civil. — 246. Verdadera posición de la cuestión. — 247. Responsabilidad del Estado y responsabilidad personal de los empleados.

237. La teoría que en la resolución discutida recoge los votos de la mayor parte de los doctores y que la jurisprudencia patria avalora con sus decisiones, es la que distinguiría en la persona jurídica del Estado dos entidades, dos personalidades distintas, política la una (Estado: poder soberano) y civil, económica la otra (Estado: persona jurídica para los fines del derecho privado). No hay duda que en dicha razón para determinar la condición del Estado respecto á la responsabilidad que tiene por el hecho ilícito de sus funcionarios, se han informado constantemente la práctica jurídica germánica (1) y la doctrina francesa (2) é italiana (3); distinción justificada especialmente, considerando que los actos del Estado como poder público no se pueden creer injuriosos no cometiendo oficio alguno que viole el derecho; mientras en los actos de gestión privada la injuria puede favorecer el interés patrimonial del Estado, que responde por medio de las reconocidas ventajas que de otro modo tendrían. De cuya razón de distinguir y

(1) Cons. Brinz, *Pandekten*, cit., § 452, t. y n. 28; Stobbe, obra cit., III, § 201, nn. 51 y 52; Förster-Eccius, ob. cit., I, § 90; Löning, ob. cit., § V; y véase de un modo especialísimo los *Motiven*, cit., del Proyecto de Cód. civ. germ., I, pág. 113.

(2) V. Chironi, *Colpa contratt.*, cit., nn. cit., y citas de las notas.

(3) V. la n. preced.

de los resultados á los cuales se llega por ella, se ha discutido largamente en otra parte de estos estudios (1) referentes á la responsabilidad; y de su valor dudaron también doctores que, sin embargo, enseñan como regla la irresponsabilidad del Estado por los hechos ilícitos de sus funcionarios (2); y en especial modo se dudó en la composición de la ley civil germánica (3); verdad es que está enseñada por la jurisprudencia administrativa francesa (4), que está fijada expresamente en algunas cartas constitucionales (5) y en la ley civil germánica (6); que tiene defensores muy entusiastas (7) y el autorizado apoyo de muchas decisiones de la jurisprudencia (8).

(1) Chironi, *Colpa contratt.*, cit., cap. V.

(2) Gabba, en la monog. cit. y examinada en Chironi, *Colpa contratt.*, cit., l. cit.

(3) En la segunda comisión (*Protokolle d. Commiss. f. d. II Lesg. d. Entw. c. B. G. B.* (Berlín, 1897-99), pág. 607 y sig., se propone excluir la distinción.

(4) V. las citas en Chironi, *Colpa contratt.*, cit., l. cit.; y véase también Hauriou, en el *J. de Str.*, 1902, III, 4; cfr. Planiol, *Tr. élém. de dr. civ.* (París, 1900), II, p. 284. La distinción es aceptada, si bien refiriéndola directamente á la razón patrimonial del acto (v. Michaud, monog. cit.), por Presutti, en *Legge*, 1902, I, 139 y siguientes; v. sobre esto el § sig.

(5) Así se lee en algunas constituciones de algunas provincias de la Rep. Arg. Así, por ejemplo, el art. 40 de la Constitución de la provincia de Córdoba: «el Estado como persona civil, puede ser demandado ante los Jueces ordinarios sobre propiedad y por obligaciones contraídas sin necesidad de autorización previa del Poder legislativo, y sin que en el juicio deba gozar privilegio alguno». V. también el art. 43 de la Const. de la prov. de Entre Ríos, y el 44 de Santiago del Estero.

(6) V. la n. 3. Cód. civ. germ., §§ 31 y 89; Planck, ob. cit., sobre estos §§; Crome, ob. y l. cit.

(7) Ob. cit. en el vol. I de este trabajo, l. cit., y en la *Riv. ital. cit.* Cons. también Giron, *Le droit administr. de la Belgique* (Bruselas, 1885), 1, 231.

(8) V. las citas en Chironi, ob. y l. cit., y v. Cas. Roma, 9 Julio 1897 (*Legge*, 1897, II, 400); Ap. Venecia, 1.º Julio 1898 (*id.*, 1898, II, 493).

Y no puede desconocerse qué parte de verdad esté contenida en esta doctrina, como algo de verdad hay también en las otras enunciadas y discutidas; pero antes de averiguar cuál sea esta parte, es necesario aclarar y demostrar que, tomado en toda su integridad, el sistema no es correcto; y á fin de proceder seriamente en la indagación, conviene exponer las ideas sobre las cuales se basa la construcción.

El Estado, se dice, es «un organismo ético jurídico», producto necesario y espontáneo de la sociedad humana, que tiene el fin preciso de mantener la vida armónica de la colectividad, contemporizando del modo más equitativo lo que es aconsejado por la índole peculiar de los momentos históricos del vivir social, la razón del individuo y el interés de la universalidad, facilitando así la solidaridad cooperativa de los asociados para el mayor bienestar de los individuos y del conjunto que de su unión se deriva; á cuyo fin éste provee con los ordenamientos según el modo en que son reclamados por las varias contingencias de la colectividad y por las funciones sociales que éstas determinan. De donde resulta que no solamente es el Estado justo tasador y defensor de todo legítimo interés social é individual; no solamente tiene por soberano oficio el marcar lo que será derecho y lo que en las relaciones corrientes de la vida lo es; no solamente debe tutelar la seguridad interna y externa, sino que espíritu como es de la colectividad, voluntad general resultado de las simples voluntades unidas que coopera al bien general, tiene la obligación altísima de dar impulso y tutela á todo progreso moral, intelectual y económico. Sino que, aun obrando para la realización de estos fines, asume, precisamente por razón de éstos, también otros oficios secundarios y subordinados que tienen carácter de medios respecto al objeto general ahora descrito, y en la economía social son como institutos de utilidad y de necesidad, por los cuales el Estado está en competencia con la

iniciativa y acción individual, la cual se sustituye en el interés general de los asociados (1).

El Estado, según la doctrina ahora expuesta, cumpliendo el primero de estos dos oficios, que es aquel en que se compendia la razón de su ser y de su vida, obra como poder y como soberano: obra en cambio respecto al otro como persona jurídica de derecho privado, y de los actos así ejecutados «nacen relaciones jurídicas regidas por las leyes civiles» (2). Por lo que, cuando es Estado obra como poder soberano, no está gobernado en ningún modo por la ley civil que rige las relaciones jurídicas entre privados; y que gobierna su proceder como persona jurídica para fines económicos de derecho privado los actos, esto es de gestión (3). Y bajo esta nueva cualidad, sus empleados tienen carácter de agentes respecto á él, como comitente; y como las personas jurídicas deben responder de los hechos ilícitos de los propios agentes, también el Estado, al obrar como persona jurídica, debe responder de los delitos y cuasidelitos de sus empleados. Por el contrario, cuando obra como poder soberano, no estando entonces sometido á las normas de derecho civil, los empleados no son sus agentes ni él es el comitente. La injuria determinará, por lo tanto, la responsabilidad personal del empleado, no la del Estado (4).

Estos son los argumentos principales de la doctrina señalada, los momentos de mayor relieve en su desarrollo lógico, y ahora procédase á examinar críticamente su eficacia.

238. Que la estructura del Estado y los fines de su existencia sean los descritos por la teoría de que hemos hablado no debe discutirse; la filosofía (5) y la indagación socioló-

(1) Bonasi, monog. cit., pág. 4.

(2) Bonasi, monog. cit., págs. 5 y 6.

(3) Bonasi, monog. cit., págs. 8, 11 y 12.

(4) Bonasi, monog. cit., pág. 22 en f.

(5) Jhering, *Zw. i. R.*, cit., 1, 7; Stein, *D. soc. Frage*, cit.; y v. también l. cit. en la nota siguiente.

gica hecha respecto á la formación de la sociedad, demuestran que aquél existe en realidad como necesaria expresión de la social convivencia, como manifestación de vida de la colectividad que tiene en el régimen y dirección para conseguir todas las mejoras, por las cuales se explica la ley innata del progreso humano (1); dígase, por lo tanto, que el Estado no tiene por fin la sola «protección del derecho», sino que es órgano del derecho; que no tiene solamente la tutela de la acción de los individuos, encaminada á las mejoras intelectuales, morales y económicas, sino que, obrando según los fines sociales que en él se reconcentran, debe ser factor constante de progreso civil, sin exagerar por esto su obra hasta llegar á crearle administrador de felicidad y de bienestar de los asociados; dígase, sin embargo, esto: pero ¿cómo puede distinguirse después claramente el Estado que obra como poder soberano, del Estado que obra como persona jurídica con fin privado, su personalidad política de su personalidad civil? ¿Acaso, según lo que se ha dicho, cumple actos que parecerían de mera gestión, no obra siempre como Estado y esto es según el fin peculiar de su existencia en el interés general común de los asociados? ¿Acaso no se vuelve á veces verdadero contratista de servicios que los particulares podrán asumir, y esto lo hace para cuidar mejor la regularidad y la seguridad con el menor sacrificio pecuniario de los administrados, que de su acción sacan un beneficio grande? ¿Acaso cuando provee á tales actos de administración con objeto financiero principalmente no obra siempre en el interés de la colectividad?

Se ha dicho que el Estado cuando contrata obra como simple privado, como persona civil, es verdad; pero es igualmente verdad que también en estos casos el Estado no deja de ser tal, y que el contrato al cual da origen está

(1) Cons. Carlo, *La vita del diritto* (2.<sup>a</sup> edic.), nn. 306, 325 y siguientes; v. también Chironi, *Sociologia e diritto civile*, Turin, 1885; y *L'individualismo nel diritto privato*, Turin, 1898.

constituido precisamente con el fin de cuidar de la marcha del público servicio, ó de proveer á aquello que en el interés común un particular ó una asociación de particulares no podrían efectuar; ó también con el fin de gobernar derechos patrimoniales, que, aun perteniendo al Estado, le corresponden bajo su condición de persona. Otra cosa es ver si estas relaciones tengan su norma en el derecho público ó en el privado, y como precisamente por causa de esto, esto es, según la materia del negocio, el contrato sea público (contrato de derecho público) ó de derecho privado; será precisamente la materia deducida en la relación, la que determinará la medida en la cual la razón jurídica privada puede concurrir con la pública y dar norma al vínculo puesto en vigor (1); pero la consideración del objeto no puede alterar, en conformidad con tal distinción de cosas, la figura del Estado contratante. Ni siquiera en la segunda de las dos hipótesis mencionadas la existencia del contrato bastará para poder afirmar que el Estado obre como persona privada, porque en el fin por el cual se determinó á contratar, existe entera sumisión al interés general. Fijarse en el hecho de la obligación contractual que el Estado se asume como privado, para inferir que «aquí obra como privado, y por esto, no como Estado propiamente dicho, sino como cualquiera persona jurídica», es proponer un criterio para decidir, completamente material, y contentarse con la sola apariencia, sin seguir la sustancia de las cosas. El Estado contratante está obligado por la ley contractual, del mismo modo que podría estarlo un privado; pero nada cambia por esto de la entidad jurídico-social que en él existe, por el fin que justifica su existencia; mira siempre en su acción á «asegurar á la sociedad las condiciones de vida y bienestar» (2).

(1) V. sobre esto Jellinek, monog. cit.; y Laband, *D. Staatsr. d. deutsch. R.* (IV A., 1902), I, 1.

(2) Bonasi, monog. cit., l. cit.

239. Pero que tal discusión, puesta como base de la construcción doctrinal discutida, contradiga la naturaleza misma del Estado, de donde no hay modo de hacerla en manera clara y bien determinada, como sucede ó debería suceder en todo concepto que tenga en sí al menos el germen de un principio constante, cierto es, pero ello resulta demostrado por el modo que se observa al exponerla.

En efecto: supuesta (¿y cómo podría considerarse de otra manera?) la existencia del Estado como hecho necesario, y reducida á éste como razón de su existencia, la multitud de fines referentes á la conservación, al bienestar, á la seguridad interna y externa de la sociedad, á la protección del derecho, al impulso y á la tutela de todo progreso, se añade que á la entidad del Estado «no repugna el asumir también otros fines secundarios y subordinados, con carácter de medios para la obtención de los mismos fines» (1).

De cuya noción aparece claramente la indeterminación que se ha advertido antes; los actos de donde se querría hacer nacer la personalidad simplemente civil del Estado, son medios por los cuales debe él conseguir los fines para cuya ejecución le ha sido dada figura de persona política soberana; y así se considera sustancialmente ó efectivamente posible la distinción pensada. Tendría, por lo tanto, la personalidad soberana política respecto al fin, y no obraría más bajo tal cualidad, empleando los medios necesarios para conseguirlo. Y entonces, ¿qué le queda de claridad y de precisión á la distinción formulada? ¿Cómo puede dársele valor jurídico, considerando que el Estado, obrando como persona soberana política respecto al fin, no lo es ya en la acción encaminada á obtenerlo? Sería y no sería en el mismo tiempo y en la misma esfera de actividad persona política y no, y la contradicción no consiente sea esta buena teoría; si el Estado respecto al fin que ha de conseguir debe ser considerado como persona que tiene perso-

(1) Bonasi, monog. cit.

nalidad soberana y política, debe serlo también respecto á los medios, sin los cuales la noción del objeto mal se comprende.

240. La doctrina sugiere, es verdad, otro criterio que quisiera aclarar la distinción que da, y es éste: los actos en los cuales el Estado obraría explicando su personalidad civil jurídica, si bien respecto á los otros en los cuales mostraría la otra figura de persona política, soberana, tengan el carácter de medios respecto al fin, se diferencian del contenido en esto; que en esos dominaría la razón de la utilidad, no de la necesidad. La contradicción no está así evitada y ni siquiera atenuada; si el fin es necesario, y estos actos son medios reputados idóneos para conseguirlo, no puede decirse de ellos que sean simplemente útiles. Cuando además se habla de utilidad, se entiende indudablemente la general; ahora bien: el Estado, según le impone su misma existencia, ¿no debe necesariamente favorecerla con todo modo válido para mantenerla y acrecentarla?

Por otra parte, con la explicación propuesta, las antiguas dificultades se aumentaron con una nueva: ¿cómo distinguir la utilidad de la necesidad? Abstractamente, parece cosa bien fácil; pero analizando bien el concepto, un acto que el Estado haga, según esta doctrina, como persona civil, por razón de la mayor ventaja que á los administrados puede derivarse de la que hubieran tenido, si fuese dejado á la acción privada, ¿se dirá solamente útil, ó también necesario? ¿Acaso en el juicio que el Estado hace de la utilidad del servicio que se asume no indica ya la providencia encaminada á asegurar la condición de bienestar de los asociados que existe entre los fines (según la teoría discutida) necesarios del Estado? En sustancia: se podrá ó no disentir si es verdaderamente necesario que el Estado se asuma un determinado servicio que con iguales condiciones de ventaja para los administrados, y, sin embargo, con mayores garantías para ellos, podría estar hecho por un privado; pero si él lo ejecuta, no puede decirse que su personalidad

política no aparezca, si la razón del interés general es causa del habérselo quitado. Por lo tanto, mal se distingue utilidad de necesidad cuando la utilidad general (bienestar de la sociedad) es precisamente uno de los fines necesarios del Estado.

241. Otra consideración todavía viene á demostrar las consecuencias á las cuales se llegaría acogiendo la teoría contradicha.

El Magistrado que debiese decidir sobre una cuestión de responsabilidad del Estado, debería, ante todo, decidir si éste ha obrado como persona civil ó según su naturaleza política; debería, por lo tanto, asegurar, ante todo, si en el acto al cual se refiere la responsabilidad existe el carácter de la utilidad ó el de la necesidad. Ahora bien: no obstante el respeto del cual requiere estar rodeada la autoridad de los Tribunales, toda legislación ha tenido y tiene cuidado de señalar límites al arbitrio de los Jueces; y ¿cuáles serían estos límites en la materia discutida? La utilidad ó la necesidad; pero estos criterios que no se ven distintos y bien seguros, ni siquiera en la exposición doctrinal que los propone, ¿lo estarán después por el Juez, que debería tenerlos como guía en su indagación? La razón de decidir mejor que en la ley, ¿no residirá en el convencimiento y en la opinión puramente personal del Magistrado?

No solamente esto, sino que se acabaría alterando el principio de la división de los poderes, que (toda cuestión aparte sobre la entidad por razón política) es fundamental en la constitución. El poder legislativo dispone que por razón de interés general ejercite el Estado un servicio, el cual podría también ser ejercido por un particular; y se le da al Estado con el fin de asegurar á los particulares su regulación, y cuando no se trate de monopolio con objeto financiero, también la moderación de la compensación.

Ahora bien: si el bienestar de los asociados es objeto necesario, este acto del poder legislativo ¿no estará informado en el carácter de verdadera necesidad? No parece dudo-

so; pues bien: cuando el Juez decida que pudiendo ser ejercido por un particular este servicio acusa solamente el carácter de utilidad, ¿no resultaría un juicio contrario al criterio en el cual se ha inspirado el poder legislativo? Aun más: otro Juez, partiendo de consideraciones que la latitud de los límites en los cuales está contenido su justo arbitrio no le impide el ejercerlo, puede decidir, en cambio, por el carácter de la necesidad; y así, en la libertad dejada al Magistrado para determinar la razón y por ella el carácter del servicio, podría resultar ofendida también la división constitucional de los poderes, y á un alto grado subiría la incertidumbre del derecho, con grave daño de los particulares, á cuyo bienestar debe el Estado proveer.

No se quiere construir por el momento teoría alguna; á esto se proveerá después, al declarar y reforzar mejor la construcción propuesta en otra parte de este trabajo (1); ahora bastará decir que la distinción de dos personalidades en el Estado, política una, jurídica ó civil la otra, es contraria á la naturaleza y á los fines del ente al cual se atribuye, y privada como está de fundamento, conduce necesariamente á resultados no admisibles.

242. Las consecuencias de dicho dualismo, que la doctrina discutida atribuye al Estado, se deben estudiar en relación á los dos puntos principales que ella forma, para definir del modo que lo hace la justicia sobre la responsabilidad. Los dos órdenes de relaciones se refieren; a) á la posición jurídica del Estado respecto á la ley civil; b) á la posición jurídica del Estado respecto al propio empleado. Observando las graves contradicciones entre las cuales en esta materia se embrolla la doctrina aquí contradicha, existirán siempre mayores argumentos que demuestren su inadmisibilidad.

a) Separada en el Estado la responsabilidad política de

(1) V. Chironi, *Colpa contratt.*, cit., cap. V, § 9, y las citas hechas en la nota.



la jurídica ó económica, ó civil, se afirma que por sus actos políticos ó de poder soberano no puede estar nunca sujeto á la ley civil, y lo está, en cambio, respecto á los negocios de orden privado que ponga ó concurra á poner como ser jurídico. Cuya distinción aparece teóricamente clara; pero el fondo está aquí en contraste grave con la apariencia, como ya se ha observado. Y déjese á un lado lo que se ha dicho de los negocios de derecho público; ateniéndose á los términos mismos de la doctrina, ¿puede pensarse si el Estado, obrando con arreglo á su personalidad soberana y política, y que para conseguir un fin al cual tiende bajo tal cualidad deba entrar en relación contractual con los privados, el contrato bastará para que se diga que tiene aquí el Estado solamente carácter civil?

La resolución en la cual se contradice la teoría, argumentando sobre la doble personalidad del Estado y sobre los criterios tan indeterminados que deben sugerir para definir la diversa entidad, no tiene, por lo tanto, por este lado, buen fundamento que la justifique y haga posible su aplicación directa y normal. ¿Qué importa que el Estado tenga la posición de contratante, si el fin que le mueve á obrar contratando es proveer al mayor interés de los administrados, si el contrato es solamente por el cual se ejercita la alta razón de su necesaria existencia? El solo argumento de la forma exterior de los actos por los cuales el Estado ejerce tal oficio, ¿bastará para juzgar que ejercita, no ésta, sino otra función menos necesaria, y tendrá por ende la forma, el poder de contradecir la sustancia?

Téngase en cuenta que este argumento es aquí traído con fin dialéctico, esto es, para demostrar las consecuencias todas de la teoría combatida. Y continuando en dicho examen se debe también añadir que la distinción descrita, mientras parece que define la posición del Estado frente á la ley civil, está, en realidad, muy lejos de acertar, y no puede ser de otro modo, por el vicio íntimo en él inherente; y además, aunque se acogiesen los conceptos en que se

informa, haría falta, necesariamente, llegar al resultado que está desechado por los mismos autores que lo sostienen, esto es, no estar el Estado vinculado nunca en modo alguno á las normas de Derecho civil, no estar comprendido entre las «personas morales», de las cuales habla la ley civil (1). Por lo tanto, respecto á la cuestión de la responsabilidad, irresponsabilidad absoluta (2). Pero la enseñanza en examen tiene, de veras, razón de oponerse á este resultado? Si debe construirse lógicamente sobre el criterio fundamental que tiene, no puede hacerse, á menos de razonar así: el Estado tiende, necesariamente, á cumplir ciertos fines inherentes á su constitución, y tiende también á cumplir otros que están reputados como medios idóneos para conseguir dichos determinados fines; y esto sentado, mejor que pensar una distinción poco segura, haría falta decir que el Estado, empleando estos medios, mira sólo á alcanzar aquellos fines, y si respecto á éstos obra siempre como persona política, tal se mantiene al emplear los medios por los cuales quiere obtenerlos. Por esto, si el Estado no está ni puede estar sujeto á la ley civil cuando obra como poder soberano y político; si obra así siempre cuando mira al interés general y al bienestar de los asociados; si este bienestar respecto al fin debe también existir en los medios por los cuales debe ser conseguido el fin, convendría reconocer que el Estado obra siempre y en todo caso como poder político, y, por consiguiente, nunca debería estar sujeto á la ley civil. Y esto no es, ni puede ser; pero deduciendo rigurosamente de las premisas contenidas en la doctrina discutida, así conviene que sea.

243. La teoría aquí ya propuesta y defendida, y en cuyo apoyo se hacen ahora nuevas consideraciones y se harán después, no deduce, ciertamente, estos resultados. Los cua-

(1) Cód. civ., art. 2.º cit.

(2) Chironi, *Colpa contratt.* cit., l. cit.; y especialmente consúltese la doctrina de Mantellini, allí expuesta.

les, ya se ha dicho, son argumentos válidos para demostrar el defecto de construcción refutado en la teoría expuesta. La teoría de la irresponsabilidad absoluta del Estado como ente superior á la ley civil, es un grave error jurídico, y, como tal, es afirmación ni siquiera discutible; pero conviene también admitir que se puede sostener argumentando sin vicio lógico de los principios que sostienen la misma doctrina que lo rechaza, en modo que lo absurdo de las consecuencias señala la debilidad de la razón de construir.

Por esto, la doctrina ahora discutida parece que sea algo semejante á una transacción, lo que ciertamente no es buen método de indagación; pone una distinción insostenible y contradicha expresamente por los mismos conceptos alegados para demostrarla, y llega al resultado de que el Estado, cuando contrata, no es persona política, soberana, sino persona civil, simplemente jurídica. ¿Pero qué persona jurídica! ¿Qué cosa resulta entonces el Estado? No basta decir «persona jurídica», no pudiendo concebir una persona jurídica que no exista para la obtención de un objeto determinado; y si lo que el Estado quiere como «persona jurídica» es lo mismo que aquello de donde se deriva su existencia, hace falta convenir en que no pierde nunca su cualidad especial, que es la de poder soberano y político. No basta, por lo tanto, decir que deja tal condición para tomar otra de persona civil; hace falta también determinar cuál sea el fin que pretende conseguir en este modo nuevo de existencia, y la doctrina antes discutida, al sostener la distinción que aconseja, no lo hace. Y, sin embargo, debería determinar claramente en qué cosa se vuelve el Estado cuando deja la personalidad política y se reviste sólo de la civil ó jurídica; este Estado, que obra como persona jurídica, civil, si pone en actividad los medios ya necesarios ó útiles para conseguir los fines á los cuales tiende, será respecto al fin en sí mismo, poder soberano y político.

Pero adviértase todavía para evitar toda equivocación al discutir y al construir en la observación antes hecha; esto

es, que la argumentación seguida hasta aquí, está encaminada á poner en claro la debilidad de la doctrina, la cual hace una distinción en la personalidad del Estado, separando la acción *fin*, de la acción medio. Que es diferente la naturaleza de sus actos, y que, según su contenido, están sujetos ó no á la ley civil, es verdad y ya se ha dicho (1); pero no por esto ocurre variación alguna en su condición de Estado; ni, por lo mismo, es posible fijar regla alguna sobre la responsabilidad que le corresponde por el hecho de sus funcionarios.

344. b) La segunda manera de considerar que tiene la doctrina combatida se refiere á fijar la relación jurídica existente entre el Estado y el funcionario, el cual sería agente solamente cuando el Estado obrara como persona jurídica; y estaría sujeto entonces á la ley civil. En contra de estas afirmaciones hay varias objeciones.

La primera de ellas es la aplicación del concepto sobre el cual se ha seguido hasta aquí la crítica hecha de la teoría. Si la distinción de la doble personalidad, de la cual el Estado puede revestirse en sus diversos actos, no puede regir; si aun cuando se le considerara que obraba como persona civil, apareciese clara la personalidad política que es inherente á su existencia, ¿cómo podrá ser acogida la distinción en relación á su posición respecto á los empleados? La incertidumbre antes observada persiste; no ya el derecho, ni tampoco un principio cierto bien definido, regirá las relaciones entre el Estado y los empleados, sino la diversa convicción del Juez, que podrá considerar al Estado obrando siempre como persona política, en modo que en ningún caso pueda decirse que sea él comitente, y el empleado su agente.

Peró la dificultad se aumenta todavía. Dígase que racionalmente se distingue en el Estado, según el derecho, la personalidad política de la civil; pero es cosa que, aun con-

(1) V. la n. preced.

formándose con la doctrina discutida, concierne solamente al fin y á los medios, ó, si de otro modo parece mejor; que el fin puede reputarse necesario ó simplemente de utilidad manifiesta, es cosa que, refiriéndose solamente á la acción del Estado y á los derechos que á él corresponden, no se reflejan sobre las relaciones que lo vinculan al empleado, de cuyo trabajo se sirve. El Estado, obrando como persona política, ¿no está sujeto á la ley civil? Admitase; pero se comprende que no lo será cuando en la acción determinada que cumple bajo tal cualidad, y que es además completamente independiente de la relación existente entre él y el empleado, el cual no cesa nunca de ser tal, ejecute un hecho relativo á la personalidad política del Estado, ó también un hecho que corresponda á su personalidad civil. Las relaciones entre él y el Estado deberían calificarse, sin embargo, según la teoría, como contractuales, si bien la naturaleza del objeto que se deduce del negocio induzca la necesidad de introducir, para reglamentarlas, normas de derecho público, prevaleciendo aquéllas, que regirían el contrato de empleo de persona en el derecho civil puro; el Estado se sirve del empleado para conseguir aquellos fines que tiene como poder soberano; pero si tal se mantiene en el acto encaminado al fin, no por esto debe considerarse inherente á éste su relación jurídica con el empleado, que es hecho enteramente distinto.

La doctrina examinada aquí, al distinguir la doble personalidad del Estado, no dice qué cosa se vuelva éste cuando hace de él una persona solamente jurídica; además, respecto á los empleados, si en su manera de obfar como poder político no puede decirse sean sus agentes, ¿qué es lo que serán? Desde el momento en que se confunde la acción del Estado con la relación existente entre él y el empleado, ¿qué cosa se vuelve este último? La doctrina responde (1) no ser esta una objeción seria, porque en las hipótesis descritas las

(1) Bonasi, monog. cit., pág. 14

relaciones entre el Estado y el empleado serían «algo indefinible».

Con cuya respuesta, la doctrina declara la imposibilidad en que se encuentra para resolver la cuestión. Fácilmente se comprende en qué modo exista el instituto, en los cuales no se delinea una figura jurídica distinta, sino que concurren varias, sin que alguna vez pueda decirse que prevalece una sobre las demás; pero éstas se presentan, sin embargo, en materias diferentes, distintas, y la pluralidad de figuras resalta al determinar las relaciones entre las personas respecto á las cuales existe. Aquí, por lo tanto, si no puede decirse que ocurra una sola figura jurídica, no se está, sin embargo, frente á lo indefinible; el empleado ¿será, por una determinada manera de ser de su oficio, representante verdadero del Estado (1), y por otra alquilador de trabajo? Admitase la relación entre el Estado y él; estará definida, no por una sola, sino por las dos figuras jurídicas juntas; y tal relación no será sin más de índole civil, desde el momento que la entidad del vínculo, esto es, la consideración del objeto (función) de los contratantes, y por ellos del objeto del acto, puede inducir en la razón jurídica del vínculo aun el derecho público. Pero las objeciones están mal resueltas, ó, mejor dicho, sin resolver del todo, al no considerarlas serias, y tanto menos, diciendo que la definición de una relación no puede darse, porque se está frente á lo indefinible. No: verdaderamente se está enfrente de consecuencias inaceptables, contra las cuales empuja una doctrina desarrollada sobre conceptos no idóneos; y pudiéndose resolver la dificultad, sin embargo, observando la distinción fundamental que la teoría propone, separando la acción y los fines del Estado de sus relaciones con sus empleados, se hubiera debido decir, con arreglo á aquel concepto, que estas relaciones son preferentemente civiles (acción medio): llegando necesariamente en mate-

(1) V. Chironi, *Colpa contratt. cit.*, l. cit.

ria de responsabilidad á una consecuencia muy distinta de aquella á la cual quiere llegar la teoría discutida.

245. Sobre tales premisas, la teoría discutida arguye en el tema de la responsabilidad, que si el Estado obra como persona política, cual poder soberano, no es comitente respecto á los empleados, y, por consiguiente, no responde de sus hechos ilícitos. Y en contra de tales razonamientos, son también posibles otras objeciones, aparte de las pertenecientes á la dificultad ahora descrita, derivadas del querer confundir la cuestión de la responsabilidad con la relación jurídica existente entre el Estado y el empleado.

a) La irresponsabilidad del Estado, ¿tendrá, por lo tanto, razón en esto, que cuando obra como poder soberano, no está sujeto á las disposiciones de la ley civil? Admitase; pero si la irresponsabilidad pertenece á tal carácter, si se la quiere tener como esencial al poder que ejerce ¿por qué con la irresponsabilidad del Estado se coloca la responsabilidad personal del empleado? (1). En las dos decisiones existe grave contradicción: si el acto no determina la responsabilidad en virtud de razones pertenecientes á la índole, á la entidad del poder ejercitado, ciertamente no podrá suscitar la responsabilidad personal del empleado que lo ejercita. Si el acto se refiere por su índole y por su fin al Estado, y éste no tiene responsabilidad, mal se comprende cómo pueda ser responsable el empleado: ¿cómo decir que el mismo acto da origen á la responsabilidad y á no responsabilidad, si esta última es de tal extensión y tiene tal razón de ser que no deje lugar á la otra? ¿Acaso el empleado agente no obraba en nombre del Estado, persona soberana, política?

b) Ó se querrá construir la irresponsabilidad del Estado, poder soberano, como una consecuencia de no estar el Estado bajo tal cualidad sometido á la ley civil y ni siquiera

(1) Sobre este último punto v. especialmente Giron. ob. cit., páginas 229 y siguientes.

comitente respecto al empleado, de cuyo trabajo se vale sin embargo. Pero á este argumento ya se ha contestado: que el Estado, ya ejercite su oficio soberano, ya obre como persona política respecto al fin que quiere conseguir, siempre las relaciones que tiene con el empleado son esencialmente distintas de su dicha posición. ¿Por medio de qué correcto proceso jurídico quiere inferirse la condición del Estado frente á la ley civil del Estado, poder soberano, de la relación jurídica que existe entre él y el empleado? No sólo esto: sino que en el ejercicio del poder soberano, ¿el empleado no mantiene respecto al Estado la misma condición, en la cual está, cuando éste obra como persona civil? En efecto: no se ve cómo y por qué deba existir diferencia entre las dos posiciones; el empleado, en ambos casos, obra siempre en nombre del Estado. Hay teorías, de las cuales ya se ha hablado largamente (1), que mientras para ciertos oficios ven la persona del Estado confundida con la del empleado agente, en otros la separan, y, según esto, ésta decide; y con arreglo á tal opinión (que se reduce á la distinción entre empleado órgano y empleado agente), deciden de la responsabilidad propia del Estado ó de su responsabilidad por el hecho del representante; pero la doctrina ahora discutida no acoge en manera alguna tal identificación, aun encontrando indefinibles las relaciones entre los empleados y personas políticas; y además, si parece que la admita, en este caso hace derivar otra consecuencia bien distinta, que es la ninguna responsabilidad del Estado.

Ahora bien: teniendo separadas las dos posiciones, ¿cómo no hacerlo? Parecería buen razonamiento definir la posición jurídica del empleado como inmutable, ya obre el Estado como poder político ó como persona civil. ¿Acaso el empleado no obra siempre como investido de su función para representar al Estado?

c) Después de todo, acójase, sin embargo, la teoría dis-

(1) V. Chironi, *Colpa contratt.* cit., cap. V, y en éste el pr.

cutida; se tendrán resultados incompatibles con el derecho. El empleado, obrando bajo tal cualidad, y en los términos de las atribuciones conferidas, comete una injuria; se dice que el Estado no responde, porque refiriéndose el oficio en cuya ejecución ocurrió el hecho ilícito á su persona política, no es comitente. Ya se ha advertido que se dice que el empleado ni aun aquí obró por sí, sino para el Estado, aunque no sea el agente, y la contradicción es evidente; pero se nota (observación esta que servirá para construir la doctrina de la responsabilidad con términos más correctos) que el acto seguido en nombre del Estado, poder soberano, es acto en sí ilícito, y, sin embargo, no determina la responsabilidad de la persona representada; y esto, no porque el acto no sea injurioso, sino porque el empleado, aunque en aquel momento haya obrado en nombre del Estado, sin embargo no era el agente ni el representante.

De este modo, la doctrina discutida decide fácilmente la irresponsabilidad del Estado; pero no puede excluir seriamente que el hecho no deba por sí inducir responsabilidad y que fué cumplido en el ejercicio de la representación.

246. *d)* Todavía una observación, sobre la cual volveremos á hablar más adelante, recabando uno de los conceptos más salientes sobre los cuales está puesta la doctrina aquí sostenida, además del mérito que tiene de presentar la cuestión en los términos más claros. La teoría discutida se confunde demasiado en las locuciones «Estado, persona política que ejercita un poder soberano, de imperio», y «Estado, persona civil que ejercita actos de pura gestión».

Déjese á un lado la confusión, de la cual ciertamente la construcción de los conceptos no puede sacar ventaja alguna entre la posición jurídica que el Estado tendría como poder soberano, y, por lo mismo, no sometido á la ley civil, y la relación en que está con los empleados; y preguntese: en la cuestión de la responsabilidad por el hecho ilícito del empleado, ¿qué valor puede tener la consideración de la soberanía del Estado? No; ya no es cuestión de poder so-

rano ó de persona civil, es cuestión de responsabilidad dependiente de injuria causada ilícitamente por el representante, esto es, se está en un argumento en el cual la consideración de la personalidad política no puede tener la eficacia que se le atribuye; y existe injuria cada vez que se salga de los términos en los cuales jurídicamente debe contenerse la actividad de la persona. Y así parece que la dificultad deba referirse exclusivamente al derecho común (1).

247. Después de las observaciones hechas á la doctrina que sin embargo es acogida con favor especial (2), y antes de exponer con mayor amplitud los principios en que se rige la opinión antes propuesta en otra parte de estos trabajos (3), hace falta una declaración. Y es que el sostener aquí la responsabilidad del Estado, entendida con mayor amplitud de cuanto se ha afirmado en la teoría contrariada, responde al ordenamiento jurídico actual, tanto de razón pública como privada. Ciertamente, la mejor providencia sería aquella que establece la responsabilidad personal llena, entera, del empleado para garantía del particular ofendido por los actos ilícitos que pueda cometer; este sería el instituto que mejor respondiera á la conciencia del propio deber, al sentimiento de dignidad, al orgullo del carácter individual, que son por sí la tutela más eficaz del derecho.

Pero una providencia informada en tales conceptos éticos no parece posible; repugna á las ideas acogidas acerca de la entidad de la persona jurídica, al modo de referirse la acción de quien obra por ella, ya se llame órgano ó repre-

(1) V. el § sig.

(2) Y que fué también acogida por el Cód. civ. germ. (v. la nota precedente), mas para el solo efecto de que la responsabilidad por los actos del Estado, poder soberano, fuese materia de la legislación de los Estados particulares. Sobre el principio v. lo sig.

(3) V. Chironi, *Colpa contratt.* cit., l. cit. Y véase especialmente, para la discusión habida en la formación del Cód. civ. germ., la nota 3 á la pág. 490.

sentante; se coordina mal con el concepto del Estado de derecho.

En efecto: los trabajos legislativos (1) intentados con el fin de proveer sobre este argumento de la responsabilidad, están muy lejos de acoger las ideas enunciadas; por el contrario, llevados como han sido sobre la distinción ya descrita y contradicha, la eficacia sería tan dudosa que, para evitar mayores peligros, es mejor quedarse sin providencia alguna. No el modo con el cual se ha venido formando en otros países el concepto del Estado; no la manera de proceder en la elección de los empleados, como sucede en otros, dan razón, según alguna vez se ha observado (2), del hecho que en ellos no se discuta gran cosa la responsabilidad del Estado: la razón del fenómeno es su carácter, es la eficacia del sentimiento individual, rigidísimo fruto de una apropiada educación civil; es la conciencia que cada individuo tiene de su posición jurídica y de su exclusiva y entera responsabilidad por las ofensas que injustamente causa al derecho ajeno (3). Los ordenamientos que en nuestro país gobiernan la posición jurídica del Estado y la de los particulares respecto á él, determinan, en materia de responsabilidad, otras ideas y otras resoluciones; y escribiendo en los términos del derecho vigente, no debe el jurisconsulto preocuparse al construir sus doctrinas de las cargas que puedan derivarse contra el Estado, el cual, obre como persona política ó como persona civil, no es nunca superior al derecho (4).

(1) V. *Atti parlamentari*, 1876, ses. 25 Noviembre: dictamen sobre el proyecto. Cons. Bonasi, monog. cit. en la *Riv.* cit.

(2) Cons. á propósito de los Estados Unidos de América y de Inglaterra, dice Bonasi, en la monog. cit. Y véase el § sig. en pr.

(3) V. la n. preced.

(4) M. du Camp, *Paris, ses organes, ses fonct., et sa vie* (Paris, 1886), I, pág. 10.

## PARTE SEGUNDA

### CULPA AQUILIANA (C. DELITO).

#### SECCIÓN PRIMERA

##### Entidad jurídica de la culpa aquiliana. Páginas.

CAPÍTULO PRIMERO.—GENERALIDADES.—1. Transición de la culpa contractual á la extracontractual (aquiliana).—2. Su razón de ser .....	7
I. <i>Las fuentes del derecho moderno en cuanto á la culpa no contractual y especialmente de la aquiliana.</i> —3-4. Las XII Tablas.—5-6. Del capítulo III de la Ley Aquilia: su examen.—7-8. Acción y omisión.....	20
II. <i>La culpa aquiliana en el derecho moderno.</i> —9. Contenido del término «culpa aquiliana».—10. Más sobre la unidad de la culpa. <i>Injuria</i> .—11. Dolo y culpa en los contratos: delito y cuasidelito (culpa extracontractual).—12-12 bis. Si esta distinción está formulada en la ley positiva y de qué manera. Teoría de los autores. Crítica.—13. Continuación.—14. Teoría que se propone.—15. Entidad jurídica de la culpa aquiliana y caracteres que la distinguen de la contractual.—16. La existencia de estos caracteres no contradice el principio de que sea único el concepto de la culpa.—17. Sobre la posibilidad del concurso de las dos especies de culpa, contractual y aquiliana. Teoría de los autores. Crítica.—18. Teoría que se propone.....	40
III. <i>Cuasidelito (c. aquiliana): sus elementos.</i> —19-20 bis. Noción del cuasidelito y elementos de que consta. Doctrina general.—21. Teoría.....	72
CAPÍTULO II.—A. VIOLACIÓN DE DERECHO AJENO.— <i>Generalidades.</i> —22. Latitud de la expresión y límites que de-	

sentante; se coordina mal con el concepto del Estado de derecho.

En efecto: los trabajos legislativos (1) intentados con el fin de proveer sobre este argumento de la responsabilidad, están muy lejos de acoger las ideas enunciadas; por el contrario, llevados como han sido sobre la distinción ya descrita y contradicha, la eficacia sería tan dudosa que, para evitar mayores peligros, es mejor quedarse sin providencia alguna. No el modo con el cual se ha venido formando en otros países el concepto del Estado; no la manera de proceder en la elección de los empleados, como sucede en otros, dan razón, según alguna vez se ha observado (2), del hecho que en ellos no se discuta gran cosa la responsabilidad del Estado: la razón del fenómeno es su carácter, es la eficacia del sentimiento individual, rigidísimo fruto de una apropiada educación civil; es la conciencia que cada individuo tiene de su posición jurídica y de su exclusiva y entera responsabilidad por las ofensas que injustamente causa al derecho ajeno (3). Los ordenamientos que en nuestro país gobiernan la posición jurídica del Estado y la de los particulares respecto á él, determinan, en materia de responsabilidad, otras ideas y otras resoluciones; y escribiendo en los términos del derecho vigente, no debe el jurisconsulto preocuparse al construir sus doctrinas de las cargas que puedan derivarse contra el Estado, el cual, obre como persona política ó como persona civil, no es nunca superior al derecho (4).

(1) V. *Atti parlamentari*, 1876, ses. 25 Noviembre: dictamen sobre el proyecto. Cons. Bonasi, monog. cit. en la *Riv.* cit.

(2) Cons. á propósito de los Estados Unidos de América y de Inglaterra, dice Bonasi, en la monog. cit. Y véase el § sig. en pr.

(3) V. la n. preced.

(4) M. du Camp, *Paris, ses organes, ses fonct., et sa vie* (Paris, 1886), I, pág. 10.

## PARTE SEGUNDA

### CULPA AQUILIANA (C. DELITO).

#### SECCIÓN PRIMERA

##### Entidad jurídica de la culpa aquiliana. Páginas.

CAPÍTULO PRIMERO.—GENERALIDADES.—1. Transición de la culpa contractual á la extracontractual (aquiliana).—2. Su razón de ser .....	7
I. <i>Las fuentes del derecho moderno en cuanto á la culpa no contractual y especialmente de la aquiliana.</i> —3-4. Las XII Tablas.—5-6. Del capítulo III de la Ley Aquilia: su examen.—7-8. Acción y omisión.....	20
II. <i>La culpa aquiliana en el derecho moderno.</i> —9. Contenido del término «culpa aquiliana».—10. Más sobre la unidad de la culpa. <i>Injuria</i> .—11. Dolo y culpa en los contratos: delito y cuasidelito (culpa extracontractual).—12-12 bis. Si esta distinción está formulada en la ley positiva y de qué manera. Teoría de los autores. Crítica.—13. Continuación.—14. Teoría que se propone.—15. Entidad jurídica de la culpa aquiliana y caracteres que la distinguen de la contractual.—16. La existencia de estos caracteres no contradice el principio de que sea único el concepto de la culpa.—17. Sobre la posibilidad del concurso de las dos especies de culpa, contractual y aquiliana. Teoría de los autores. Crítica.—18. Teoría que se propone.....	40
III. <i>Cuasidelito (c. aquiliana): sus elementos.</i> —19-20 bis. Noción del cuasidelito y elementos de que consta. Doctrina general.—21. Teoría.....	72
CAPÍTULO II.—A. VIOLACIÓN DE DERECHO AJENO.— <i>Generalidades.</i> —22. Latitud de la expresión y límites que de-	

terminan su entidad.—23. Comprende el hecho material de la violación del derecho ajeno.—24-24 bis. Dañamiento y daño efectivo.—24 ter. División de la materia.....

84

I. Violación: a) Hecho positivo.—25. Hecho positivo: caracteres.—26. Más sobre la distinción entre hecho propio y ajeno.....

93

II. Violación: b) Hecho negativo (omisión).—27. Omisión: valor histórico de su distinción del hecho positivo.—28. Teoría sobre el carácter de la omisión.—29. Si por otro motivo esta distinción tiene virtud en el derecho moderno.....

95

III. c) Injuria.—30. Hecho u omisión en relación con el derecho ajeno.—31. El porqué de este último elemento.—31 bis. Referencia.—31 triplicado. Continuación.....

101

CAPÍTULO III.—B. CONDUCTA DEL AGENTE (culpa).—Generalidades.—32. Significado técnico de la palabra culpa y su función especial en el cuasidelito.—33. Errores que pueden derivar de confundirla, como á menudo acontece, con la injuria en sentido estricto.—34. Y con el daño.—35. Continuación.....

106

I. Entidad jurídica: criterio mesurador de la culpa.—36. Si este criterio este la d. in abstracto, ó bien la e. 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.....

120

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

132

III. Excepción. 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.....

168

CAPÍTULO IV.—APLICACIONES.—Generalidad A.—61. Los principios acerca de la culpa aquiliana y la jurisprudencia.—62. De la responsabilidad por incendio de casa habitada por varios inquilinos. Teorías propuestas en relación con la nueva ley francesa.—63-64. Crítica de la primera teoría.—65. Crítica de la segunda.—65 bis. Crítica de la tercera.—66. Teoría propuesta.—67-68. Continuación.—69. Aplicaciones de los resultados obtenidos con la ley italiana.—70. Continuación.—71. De la acción individual en responsabilidad contra los administradores de una Sociedad anónima.—72. Transporte de personas.—72 bis. Conclusiones.—73. La cuestión de la existencia de la culpa, ¿está toda dejada á la apreciación del juez?—74. En contraposición de lo que ocurre con la iniuria... 186

Generalidad B.

I. De la responsabilidad de los patronos respecto á los obreros por los accidentes del trabajo.—75. Límites en los cuales esta responsabilidad interesa todavía las indagaciones sobre la figura de la culpa.—75 bis-81. Carácter que ella tiene. Su extensión: qué criterio se debe tener para definirla en los varios aspectos de la relación.—82-85. Teoría que pone en la especie la cuestión de la culpa contractual. Crítica.—86-92. Continuación de la materia. Construcción doctrinal..... 215

Generalidad C.—93. Transporte de persona.—94. Teorías sobre el caso.—95. Teoría acogida..... 249

Generalidad D.

I. Hecho; omisión; injuria (aplicación).—96. Aplicación latísima de las normas sobre el cuasidelito. Hecho positivo.—97. Omisión. De los Notarios.—98. De los ujieres.—99. De los conservadores de hipotecas.—100. Injuria: del hacer contra jus y del hacer jure.—Funcionarios públicos: referencia..... 255

II. Culpa (aplicación).—101. Cómo se debe determinar este elemento. Aplicación á algún caso especial: secuestro.—102. Grados: referencia..... 265

III. Excepciones (aplicaciones).—103. Orden del tratado. 269

III A. De las excepciones puestas por la ley.—104. En qué términos se contienen las excepciones de las cuales



hablamos: la garantía comparada con la responsabilidad: referencia. Excepciones establecidas por la ley en cuanto al grado de la culpa. Responsabilidad del tercer poseedor en un inmueble hipotecado.—105-106. Continuación.—107-108. Del propietario que edifique sobre el terreno propio con materiales ajenos.—109-110. De la responsabilidad de los magistrados.—111. Continuación.—112. Del que provoca temerariamente un litigio.—113. Teoría adoptada.—114-116. Aplicación al caso de anulamiento ó revocación de secuestro.—117-118. Aplicación al caso de ejecución de sentencia dictada en grado de apelación y después anulada en casación.—119. Aplicación al caso de ejecución de sentencia provisionalmente ejecutada y después anulada.—120. Aplicación al arresto personal.—121. Aplicación á la oposición hecha al matrimonio.—121 bis. Aplicación á la acción para el reembolso de gastos de justicia penal contra los funcionarios que hayan determinado la nulidad.—121 tercero. Excepción al instituto de la garantía: remisión..... 269

III B. *De otras causas no verdaderas de excepción.*—122. Excepción relativa á la responsabilidad de los funcionarios públicos y de los que ejercen una profesión liberal.—123-125. Si los Notarios deben responder solamente por la culpa grave.—126. Del poder del Juez en la liquidación del daño, como dependiente del grado de culpa.—126 bis. El ordenamiento especial sobre la ruptura de esponsales..... 305

III C. *Excepción (continuación).*—127. Excepciones concernientes á la imputabilidad. Remisión..... 314

III D. *Excepción (continuación).*—128. Excepciones concernientes á la omisión. Remisión..... 315

SECCIÓN SEGUNDA

De la culpa aquiliana considerada en relación con el sujeto responsable.

CAPÍTULO V. — LA IMPUTABILIDAD DE LA CULPA. — *Generalidad.*—129. Transición. No se entiende el concepto de la culpa donde falte el otro esencial de la im-

putabilidad.—130-132. En qué consiste la imputabilidad: inteligencia y voluntad libre.—133-134. Derecho romano: derecho medioeval, derecho comparado.—135. Cómo la disposición del legislador en algunos casos de incapacidad para contratar no se aplica en materia de culpa extracontractual, y por qué.—136. Consideraciones generales sobre la voluntad libre como elemento del cuasidelito: remisión.—137. Orden del tratado..... 316

I. *La imputabilidad examinada respecto á las personas jurídicas.*—138. Las personas jurídicas por su naturaleza no pueden por sí mismas cometer delito ó cuasidelito.—139. Son responsables por los cuasidelitos cometidos por sus encargados. Remisión..... 333

II. *De la imputabilidad respecto á los menores, á los incapacitados y á los inhabilitados.*—140. Imputabilidad de la negligencia á los menores. Del menor emancipado. Remisión.—141. De los mentecatos, de los incapacitados y de los inhabilitados; derecho antiguo y derecho moderno..... 339

II A. *Restricción de la excepción derivada de vicio de inteligencia.*—141 bis. En qué consiste..... 344

III. *De la imputabilidad respecto á la mujer casada.*—142. Incapacidad de la mujer casada para contratar en casos determinados.—143. Razón de la ley.—144. Garantía de que está rodeado el instituto dotal.—145-153. Si en la responsabilidad por hecho ilícito cesan las garantías dotales..... 345

III C. *De la negligencia imputable á varios sujetos.*—154-156. Obligaciones solidarias de varios sujetos á los cuales sea imputable el delito.—157. Remisión..... 365

III D. *Partición general sobre el modo de considerar la responsabilidad en orden á los sujetos*—158. Orden del tratado; responsabilidad por hecho propio y responsabilidad por hecho ajeno..... 371

CAPÍTULO VI. — RESPONSABILIDAD POR «HECHO PROPIO» (POR CULPA PROPIA). — *Generalidad.*—159-161. La responsabilidad por hecho propio comprende también la de la injuria causada por los propios representantes.—162. Teoría recibida y referente al caso..... 375

I. *Representación: entidad y sus límites.*—163 y 165. Ex-

tensión del concepto de representación, y distinciones concernientes (representación verdadera, propia, y representación en general distinta de la mediata).— 166. La razón de la responsabilidad del representado: teoría general; crítica y teoría propuesta.—167. Consecuencias en relación con la prueba liberatoria.— 168-172. Qué extremos deben concurrir para que se determine dicha responsabilidad.—173. De una pretendida condición especial para el caso de representación en general.—174-175. El origen de la relación de representación. La persona del representante: capacidad para hacerse representar..... 382

Generalidad (continuación). A. *Excepción general*.— 177. Responsabilidad personal del representante determinada por la ley..... 409

I. *Aplicaciones*.—A. *Responsabilidad verdadera y propia*.—178. Más sobre la regla general propuesta.— 179. Sobre el mandatario, objeciones y confutaciones.—180. Valor de la locución «agente» empleada por la ley.—181. Del Procurador judicial.—182. Del ujier.—183. Del perito..... 411

II. *Aplicaciones (continuación)*.—*Representación en general*.—184-186. Comisiones, agencias: extensión de esta locución. Comprende también los sirvientes.— 187 y 188. Elementos necesarios para que exista la comisión: remisión. Teoría general: objeciones. Resultados: extensión de la responsabilidad.—189. Continuación.—190-193. Los términos de la responsabilidad en examen.—194. Aplicación especial á la hipótesis de incendio ocasionado por culpa del sirviente..... 419

II A. *Comisión especialmente dada con el fin de cometer el hecho ilícito*.—195. Responsabilidad directa del comitente..... 438

III. *Institutos comunes á la representación verdadera y propia y á aquella en general*.— 195 bis. Participación de la materia..... 439

A). *Ratificación*.—Generalidad.—196. Su esencia; efectos.—197. Distinción..... 440

a) *De la ratificación respecto á la representación verdadera y propia*.—198-200. Mandatario agente

en nombre propio.—201. Mandatario que excede los límites del mandato.—202-205. De la gestión de negocios.—206. De los comités: su índole jurídica.—207. De la ratificación en relación con sus actos.—208. Conclusión..... 443

b) *De la ratificación respecto á la representación en general*.—209. Agentes en general: sirvientes... 455

B). *Responsabilidad por los hechos ilícitos cometidos por la persona que sustituye al representante*:

a) *En relación á la representación verdadera y propia*.—210-211. Cuándo responde el representado de los hechos ilícitos cometidos por el sustituto del representante.—212-213. Consecuencias respecto al mandatario que se ha hecho sustituir por otro.— 214 y 214 bis. Aplicaciones al caso especial de la persona por la cual el tutor se ha hecho sustituir para el ejercicio de la función que se le ha impuesto.—215. Eficacia de la ratificación deseada por el representado..... 456

b) *En orden á la representación general*.—216-218. Responsabilidad del comitente por las personas cuya obra haya sido llevada directamente por el contratista.—219. Responsabilidad del adjudicador.—220. Responsabilidad del comitente hacia los obreros perjudicados por quasidebito del contratista.— Responsabilidad del amo por la persona que el sirviente se haya sustituido.—222. Cómo se concede la autorización.—223. De la prueba de ésta.—224. Forma.—225. Condiciones de la responsabilidad.— 226. De la ratificación.—227. Excepción..... 462

C). *Excepciones*.—*Concurso de dos responsabilidades distintas*.—228. Motivos de la excepción y su determinación.—229. Concurso de la responsabilidad del comitente con la del contratista, si el contrato tiene figura de venta.—230. Si el contrato tiene figura de locución de trabajo.—231. Del «representado», el cual sea imputable culpa por el daño causado por el representante, cumpliendo la función en nombre propio ó ejecutando negocios excediéndose del encargo recibido.—232. Consecuencias... 478

III D). *Concurso de las dos especies de representación en*

la misma persona.—233. Cuando y cómo tiene lugar.—Consecuencias ..... 483

III E). Responsabilidad de las personas jurídicas por los hechos jurídicos de sus representantes.—234. Principio general.—235 Orden del tratado. Referencia ... 484

CAPÍTULO VII.—RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO ILÍCITO DE SUS FUNCIONARIOS.—Generalidades.—236. Referencia a la teoría propuesta sobre la materia.—236 bis. Su justificación, y por esto nueva mención de la doctrina referente a la responsabilidad de la persona jurídica; a la razón de ser de los entes morales en derecho, y a la noción de la representación de los mismos, según se exprese en función de órgano ó de agente ..... 486

I. 237. Nuevas consideraciones aducidas en apoyo de la doctrina aquí contradicha.—238-241. Crítica. Concepto del Estado: no se puede distinguir bien en éste una doble personalidad, persona política y persona civil ó económica.—242 y 243. Consecuencias que se derivan respecto a la posición del Estado frente a la ley civil.—244. Consecuencias respecto a la posición jurídica del empleado frente al Estado.—245. En qué modo se afirma mal la irresponsabilidad del Estado como poder soberano en el ejercicio de sus funciones políticas, por no estar entonces sometido como persona jurídica al derecho civil.—246. Verdadera posición de la cuestión.—247. Responsabilidad del Estado y responsabilidad personal de los empleados ..... 494

FE DE ERRATAS

DIRECCIÓN GENERAL DE

Línea.	Página.	Dice.	Debe decir.
4	316	primero	V.

BIBLIOTECA JURIDICA

CATÁLOGO GENERAL

Cañizares, 3, segundo, izquierda.—Madrid.

AUTORES ESPAÑOLES

AGUILERA DE PAZ.—Cuestiones prejudiciales y previas en el procedimiento penal.—Un vol., 8 pesetas.

ALFARO Y LAPUENTE.—Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre las procedencias de las demandas administrativas.—Un vol. 1 pta.

ANGULO LAGUNA.—Derecho privado de Vizcaya.—Un vol., 5 pts.

—De los hijos ilegítimos.—1 vol., 2,50 pts.

ARENAL.—Ensayo sobre el derecho de gentes.—1 vol. encuad., 7 pts.

AZCARATE.—Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa.—Tomos 1, 2 y 3 enca., 21 pta.

BERNALDO DE QUIROS.—Las nuevas teorías de la criminalidad.—5 pts.

BENITO Y ENDARA.—Legislación española sobre la correspondencia en materia civil y comercial. Estudio hecho para servir de apéndice a la obra de Ramella «Tratado de la correspondencia».—1 pta.

BLANCO CONSTANS.—Estudios elementales de Derecho mercantil (2.ª edición)—2 vols., 13 y 14 pts.

BLANCO TRIGUEROS.—Últimas reformas en la legislación hipotecaria.—1 vol., 2,50 pts.

—Comentarios al Arancel de los Registradores.—1 vol., 1,50 pts.

—Integridad hipotecaria. Hipoteca de varias lincas y derechos.—Ed. de 1900. Un vol. 2,50 pesetas.

BONILLA.—Efectos de la voluntad unilateral.—Un folleto.

BRAVO.—Manual jurídico del Notario ó estudios jurídicos de preparación para las oposiciones a Notarios.—Un vol., 7 pts.

BUITRAGO.—Las ordenes religiosas. Su existencia legal y capacidad civil en España.—Un vol. 1 pta.

CANALEJAS (F. de P.).—La Poesía moderna. Discursos críticos.—1 vol., 3 pts.

CARDENAS.—Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación.—40 pesetas.

GÓRRALES Y SANCHEZ.—Apuntes biográficos de D. Manuel Silveira.—Un volumen, 1 pta.

—Apuntes biográficos de D. Pedro Gomez de la Serna.—Un folleto 1 peseta.

COSTA.—Reorganización del Notariado, del Registro de la propiedad y de la Administración de justicia.—Un vol., 5 pts.

—Teoría del hecho jurídico individual y social.—1 vol. encuad., 7 pts.

—La Libertad civil y el Congreso de juriconsultos aragoneses.—Un vol. encuadernado, 7 pta.

—Estudios jurídicos y políticos.—1 vol. encuad., 7 pts.

—Reforma de la fe pública.—1 vol., 4 pesetas.

CONSEJO DE ESTADO.—Repertorio alfabético por materias de todas las sentencias y autos dictados por el Tribunal de lo Contencioso-administrativo desde su creación en 13 de Septiembre de 1888, hasta el 15 de Julio de 1896. Se publica por acuerdo del referido Tribunal, y en cumplimiento de lo ordenado en el número 11 del art. 67 del Reglamento de 22 de Junio de 1894. Edición oficial.—Un vol., de 639 páginas, precio, 12 pesetas en Madrid y provincias.

DIEZ ENRIQUEZ.—(V. Leyret, autores extranjeros.)

DOSSADO.—El positivismo en la ciencia jurídica y social italiana.—Un vol., 5 ptas.

—Problemas de derecho penal.—1 vol. encuad., 7 pts.

EGUIZABA.—Apuntes para una historia de la legislación española sobre Imprenta.—1 vol. encuadernado, 6 pts.

ESCRIBANO.—(Véase Miranda.)

ESTASÉN.—Instituciones de Derecho mercantil.—7 tomos, 45 pts.

—Formularios mercantiles. Apéndice.—1 vol., 8 pts.

—Repertorio de la jurisprudencia mercantil.—2 vols., 7,50 y 6 pts.

—Tratado de las suspensiones de pagos y de las quiebras.—Un vol., 7 pesetas.

—Los Accidentes del Trabajo y el seguro de accidentes.—Un vol. 8 ptas.

FABIE.—Disertaciones jurídicas sobre el desarrollo histórico del derecho.—1 vol. encuad., 7 pts.

FERNANDEZ Y GONZALEZ.—Instituciones jurídicas de los hebreos españoles.—Tomo I, encuadernado, 7 ps.

GONZALEZ CEDRÓN.—Cuentas provinciales de la Hacienda Pública.—2 pts.

—Nociones generales de Contabilidad pública.—Un vol., 12 pesetas.

—Contestación al Programa de oficiales de 4.ª clase de la Hacienda pública (2 cuadernos), 8 ptas.

la misma persona.—233. Cuando y cómo tiene lugar.—Consecuencias ..... 483

III E). Responsabilidad de las personas jurídicas por los hechos jurídicos de sus representantes.—234. Principio general.—235 Orden del tratado. Referencia ... 484

CAPÍTULO VII.—RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO ILÍCITO DE SUS FUNCIONARIOS.—Generalidades.—236. Referencia a la teoría propuesta sobre la materia.—236 bis. Su justificación, y por esto nueva mención de la doctrina referente a la responsabilidad de la persona jurídica; a la razón de ser de los entes morales en derecho, y a la noción de la representación de los mismos, según se exprese en función de órgano ó de agente ..... 486

I. 237. Nuevas consideraciones aducidas en apoyo de la doctrina aquí contradicha.—238-241. Crítica. Concepto del Estado: no se puede distinguir bien en éste una doble personalidad, persona política y persona civil ó económica.—242 y 243. Consecuencias que se derivan respecto a la posición del Estado frente a la ley civil.—244. Consecuencias respecto a la posición jurídica del empleado frente al Estado.—245. En qué modo se afirma mal la irresponsabilidad del Estado como poder soberano en el ejercicio de sus funciones políticas, por no estar entonces sometido como persona jurídica al derecho civil.—246. Verdadera posición de la cuestión.—247. Responsabilidad del Estado y responsabilidad personal de los empleados ..... 494

FE DE ERRATAS

DIRECCIÓN GENERAL DE

Línea.	Página.	Dice.	Debe decir.
4	316	primero	V.

BIBLIOTECA JURIDICA

CATÁLOGO GENERAL

Cañizares, 3, segundo, izquierda.—Madrid.

AUTORES ESPAÑOLES

AGUILERA DE PAZ.—Cuestiones prejudiciales y previas en el procedimiento penal.—Un vol., 8 pesetas.

ALFARO Y LAPUENTE.—Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre las procedencias de las demandas administrativas.—Un vol. 1 pta.

ANGULO LAGUNA.—Derecho privado de Vizcaya.—Un vol., 5 pts.

—De los hijos ilegítimos.—1 vol., 2,50 pts.

ARENAL.—Ensayo sobre el derecho de gentes.—1 vol. encuad., 7 pts.

AZCARATE.—Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa.—Tomos 1, 2 y 3 enca., 21 pta.

BERNALDO DE QUIROS.—Las nuevas teorías de la criminalidad.—5 pts.

BENITO Y ENDARA.—Legislación española sobre la correspondencia en materia civil y comercial. Estudio hecho para servir de apéndice a la obra de Ramella «Tratado de la correspondencia».—1 pta.

BLANCO CONSTANS.—Estudios elementales de Derecho mercantil (2.ª edición)—2 vols., 13 y 14 pts.

BLANCO TRIGUEROS.—Últimas reformas en la legislación hipotecaria.—1 vol., 2,50 pts.

—Comentarios al Arancel de los Registradores.—1 vol., 1,50 pts.

—Integridad hipotecaria. Hipoteca de varias lincas y derechos.—Ed. de 1900. Un vol. 2,50 pesetas.

BONILLA.—Efectos de la voluntad unilateral.—Un folleto.

BRAVO.—Manual jurídico del Notario ó estudios jurídicos de preparación para las oposiciones a Notarios.—Un vol., 7 pts.

BUITRAGO.—Las ordenes religiosas. Su existencia legal y capacidad civil en España.—Un vol. 1 pta.

CANALEJAS (F. de P.).—La Poesía moderna. Discursos críticos.—1 vol., 3 pts.

CARDENAS.—Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación.—40 pesetas.

GÓRRALES Y SANCHEZ.—Apuntes biográficos de D. Manuel Silveira.—Un volumen, 1 pta.

—Apuntes biográficos de D. Pedro Gomez de la Serna.—Un folleto 1 peseta.

COSTA.—Reorganización del Notariado, del Registro de la propiedad y de la Administración de justicia.—Un vol., 5 pts.

—Teoría del hecho jurídico individual y social.—1 vol. encuad., 7 pts.

—La Libertad civil y el Congreso de juriconsultos aragoneses.—Un vol. encuadernado, 7 pta.

—Estudios jurídicos y políticos.—1 vol. encuad., 7 pts.

—Reforma de la fe pública.—1 vol., 4 pesetas.

CONSEJO DE ESTADO.—Repertorio alfabético por materias de todas las sentencias y autos dictados por el Tribunal de lo Contencioso-administrativo desde su creación en 13 de Septiembre de 1888, hasta el 15 de Julio de 1896. Se publica por acuerdo del referido Tribunal, y en cumplimiento de lo ordenado en el número 11 del art. 67 del Reglamento de 22 de Junio de 1894. Edición oficial.—Un vol., de 639 páginas, precio, 12 pesetas en Madrid y provincias.

DIEZ ENRIQUEZ.—(V. Leyrel, autores extranjeros.)

DOMADO.—El positivismo en la ciencia jurídica y social italiana.—Un vol., 5 ptas.

—Problemas de derecho penal.—1 vol. encuad., 7 pts.

EGUIZABA.—Apuntes para una historia de la legislación española sobre Imprenta.—1 vol. encuadernado, 6 pts.

ESCRIBANO.—(Véase Miranda.)

ESTASÉN.—Instituciones de Derecho mercantil.—7 tomos, 45 pts.

—Formularios mercantiles. Apéndice.—1 vol., 8 pts.

—Repertorio de la jurisprudencia mercantil.—2 vols., 7,50 y 6 pts.

—Tratado de las suspensiones de pagos y de las quiebras.—Un vol., 7 pesetas.

—Los Accidentes del Trabajo y el seguro de accidentes.—Un vol. 8 ptas.

FABIE.—Disertaciones jurídicas sobre el desarrollo histórico del derecho.—1 vol. encuad., 7 pts.

FERNANDEZ Y GONZALEZ.—Instituciones jurídicas de los hebreos españoles.—Tomo I, encuadernado, 7 ps.

GONZALEZ CEDRÓN.—Cuentas provinciales de la Hacienda Pública.—2 pts.

—Nociones generales de Contabilidad pública.—Un vol., 12 pesetas.

—Contestación al Programa de oficiales de 4.ª clase de la Hacienda pública (2 cuadernos), 8 ptas.

HINOJOSA.—Historia del derecho romano —Tomes 1.º y 2.º encuadernado. 14 pts.  
 JOVE Y BRABO.—Los foros.—Estudio histórico y doctrinal, bibliográfico y crítico de los foros en Galicia y Asturias.—1 vol. encuad., 7 pts.  
 LASERNA.—Ley hipotecaria, comentada y concordada.—Tomo 1, 13,75 pts.  
 —Diccionario y Formularios. 1 vol., 21,25 pesetas.  
 —Colección de algunos dictámenes emitidos por los Fiscales D. Manuel Seijas Lozano, D. Pedro Gómez de la Serna, D. Antonio Forzo y otros.—2 vols., 2 pts.  
 LORENZO.—Tratado de capellanías colativas.—1 vol., 2,50 pts.  
 LOPEZ SANCHEZ.—Elementos de derecho internacional público.—2 vols., 20 pts.  
 MACANAZ.—Regalías de los Señores Reyes de Aragón.—1 vol. encuad., 7 pts.  
 MALUQUER.—Derecho consular español.—Un vol., 15 pesetas.  
 —Derecho consular español.—Apéndice 1909 y 1901; 2,50 pesetas.  
 —Legislación comercial extranjera en el año 1899. Un vol., 1 pta.  
 MANRESA.—Comentarios al Código civil español.—8 tomos, 85 pts.  
 —Repertorio doctrinal y legal de la Jurisprudencia civil española.—(1883 á 1901).—4 tomos, 31,50 pts.  
 —Jurisdicción contencioso-administrativa.—Un tomo, 3 pts.  
 —Comentarios á la ley de Enjuiciamiento civil.—6 tomos, 65 pesetas en Madrid, y 69 en provincias.  
 MARTIN NAVARRO.—(V. Benech, autores extranjeros.)  
 MAS Y MONZO.—Ley hipotecaria reformada, anotada y concordada.—1 vol., 9 pts.  
 —Patronato eclesiástico de los Reyes de España.—1 vol., 2,50 pts.  
 MELCHOR Y LAMANETTE.—Estudio histórico sobre la penalidad en los pueblos antiguos y modernos.—1 vol., 2 pts.  
 MIRANDA.—Vademécum del cazador.—Un vol., 3 pesetas.  
 MORELL.—Legislación hipotecaria de Ultramar.—Un vol., 4 pts.  
 —Estudios sobre el Código civil.—Mejoras Bienes reservables.—Usufructo del conyuge viudo.—Un vol., 4 pts.  
 NANDIN.—Estudios sobre la pena de muerte.—1 vol., 2 pts.  
 NAVARRO AMANDI.—Estudios sobre procedimiento electoral.—1 vol., 7 pts.  
 NEIRA.—Estudios hipotecarios.—Un volumen, 3 pts.  
 ORTIZ ARCE.—Contestación al Programa de Oficiales de 5.ª clase de la Hacienda pública.—Un vol., 3 pts.  
 PACHECO.—Comentarios a la ley del Jurado.—Un vol., 13 pts.  
 PANTOJA.—Repertorio de la Jurisprudencia administrativa española.—17,50 pts.  
 —Repertorio de la Jurisprudencia criminal de España.—7,50 pts.  
 —Tres apéndices.—9,50 pts.  
 PENICHER Y LUGO.—Comentarios á la tutela.—Un vol., 5,50 pesetas.  
 PIDAL.—Lecciones sobre la Historia del Gobierno y legislación de España.—Un vol., 7 pts.  
 POSADA.—Principios de derecho político.—1 vol. encuad., 7 pts.  
 —Instituciones pontificas de los pueblos hispano-americanos.—Ed. de 1900; 3 pts.  
 PULIDO.—Locos delincuentes.—1 vol., 2 pts.

RAMOS.—Legislación hipotecaria en forma de sinopsis.—Un tomo, 7,50 pts.  
 —Capacidad de los menores para contratar obligarse.—2 tomos, 8 pts. (agotado el 1.º).  
 —De las sucesiones.—Tratado teórico-práctico.—2 tomos, 10 pts.  
 —El crédito agrícola.—2 tomos 6 pts.  
 REUS.—Manual de desamortización civil y eclesiástica.—1 vol. y apéndice, 6,50 pts.  
 —Código civil español anotado y concordado.—1 vol., 5 pts.  
 —Contestación al programa para el ejercicio teórico de oposición a las plazas de aspirantes á la Judicatura.—3 vols., 30 pts.  
 —Código penal reformado.—1 vol., 2,50 pts.  
 —Código de Comercio de 1885, comentado y concordado con el anterior y los extranjeros.—2 vols. Cada uno, 10 pts.  
 —Ley de Enjuiciamiento civil de 3 de Febrero de 1881, concordada y anotada con gran extensión, según la doctrina de los autores y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, con todos los Formularios.—6 vols. en 4.ª de 500 á 700 páginas. Cada uno, 10 pts.  
 —Ley de Enjuiciamiento criminal de 14 de Septiembre de 1882, concordada y anotada extensamente con arreglo á la doctrina de los autores, la práctica de los Tribunales y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, con todos los Formularios.—2 vols. de 600 á 700 pags. Cada uno 10 pts.  
 —Estudios sobre Filosofía de la Creación.—Tomo 1, 6 pts.  
 —Teoría orgánica del Estado.—6 pts.  
 REPERTORIO por orden cronológico y alfabético de las disposiciones legales y de las consultas contestadas por la Dirección de la REVISTA DE LEGISLACIÓN, comprendidas en los tomos 105 á 117 de Boletín que corresponden á los años 1898 á 1902 ambos inclusive.—1 vol., 7 pts.  
 RUIZ Y RODRIGUEZ.—Tratado general de procedimientos criminales.—2 tomos, 20 pts.  
 —Compilación reformada en materia de Enjuiciamiento criminal.—4 pts.  
 SANCHEZ OCAÑA.—Código manual del Jurado.—1 vol., 1 pta.  
 —Legislación orgánica de Tribunales. Apéndice á las leyes de 13 de Septiembre de 1870 y 14 de Octubre de 1882.—Un vol., 2,50 pts.  
 SANTAREN.—Ley de disenso paterno respecto á los matrimonios de los menores de edad.—1 vol., 2 pts.  
 SANTAMARIA.—La contratación ante los Registradores de la propiedad.—Un tomo, 2,50 pts.  
 SALILLAS.—La vida penal en España.—Un vol., 5 pts.  
 SILVELA Y LORING.—Manual de Práctica forense.—Un vol., 10 pts.  
 TRAPAGA.—Plazos y terminos de los procedimientos civil y criminal, y tablas alfabéticas de las faltas que castigan el Código penal y ley de Caza vigentes.—1 vol., 1,50 pts.  
 UCELAY.—El foro y su elocuencia en Francia.—4 vol. encuadernado, 7 pts.  
 VARIOS.—Contestaciones al programa de oposiciones á Registros de la propiedad.—25 cuadernos, 40 pts.  
 —Reglamento para la Escuela de reforma de Santa Rita.—Un vol., 50 cé. ts.  
 —Estatutos para el régimen de los Colegios de Abogados del Reino.—Un vol., 2 pesetas.

BEMMELEN.—Nociones fundamentales del derecho civil.—Ed. de 1901; un vol., 5 pts.  
 BENECH.—Estudios sobre los clásicos latinos, aplicados al derecho civil romano.—Un vol., 3 pts.  
 BONNIER.—Tratado teórico-práctico de las pruebas en derecho civil y penal, 3.ª edición española.—2 vols., 15 pts.  
 BRUSA.—Prolegomenos de Derecho penal.—Un vol., 7 pts.  
 CAMPOGRANDE.—Los derechos sobre la persona propia.—Un folleto, 1 pta.  
 CHIRONI.—La culpa en el derecho civil moderno.—Culpa contractual.—Un tomo, 10 pesetas.  
 CHATELAIN.—El contrato del trabajo.—Un vol., 2 pts.  
 COGLIOLO.—La evolución del derecho privado.—1 vol., 4 pts.  
 ELLERO.—De la certidumbre en los juicios criminales ó tratado de la prueba en materia penal.—2.ª edición española. 1 vol., 5 pts.  
 FIORE.—De la irretroactividad de las leyes y de su interpretación.—Un vol., 8 pts.  
 —Tratado de derecho penal internacional y de la extradición.—8 pts.  
 —La personalidad jurídica de los entes morales y del Estado en el interior y en el extranjero.—Precio, 1 pta.  
 —El contrabando de guerra.—1 vol., 1 pta.  
 —El derecho internacional codificado, traducido de la 3.ª edición italiana, corregida y aumentada.—Ed. de 1901; un vol., 10 pesetas.  
 GENY.—Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo.—Un vol., 10 pesetas.  
 HERRING.—Teoría de la posesión (1.ª parte).—Un vol., 4 pts.  
 —La voluntad en la posesión (2.ª parte).—1 vol., 6 pesetas.  
 LAMBERT.—La tradición romana sobre la

sucesión de formas en el testamento ante la Historia comparada.—Un vol., 2 ptas.  
 LESSONA.—Tratado de la prueba en materia civil. Confesión é interrogatorio. Juramento, prueba escrita, testifical y pericial.—Lleva un prólogo de D. José María Manresa.—4 vols., 32 pts.  
 —Génesis histórica del art. 737 del Código civil español.—Un folleto en 4.ª.—Precio, 1,50 pts.  
 Los deberes sociales del derecho procesal civil.—1,50 pts.  
 LEVET.—Las más famosas sentencias del buen ju z francés Magnaud.—Un vol., 3,50 ptas.  
 MORARA.—La cosa juzgada penal y la acción civil.—1 folleto, 1 pta.  
 —La conmutación de las penas.—2,50 pts.  
 MANCINI.—Proyecto de Código penal italiano, traducido por D. V. Komero Girón.—1 vol., 2,50 pts.  
 MITTERMAIER.—Tratado de la prueba en materia criminal (5.ª edic. española).—Un vol., 6 pts.  
 NITTI.—El socialismo católico; traducido de la 3.ª edic. ital.—1 vol., 6 pts.  
 ORTOLAN.—La penalidad del infierno de Dante.—1 vol., 1 pta.  
 PESSINA.—Elementos de Derecho penal.—Un vol., 9 pts.  
 PUJIA.—El delito de lesiones.—Un vol., 2 pesetas.  
 PUGLIESE.—El Epiléptico ante el Derecho civil y penal.—Un vol., 3 pesetas.  
 RAMELLA.—Tratado de la correspondencia civil y mercantil.—Un vol., 8 pts.  
 —Además se ha publicado un Apéndice á esta obra. (V. Benito y Endara. Autores españoles).  
 RUBEN DE COUDEA.—Compendio de lecciones escritas de Derecho romano.—1 vol., 10 pts.  
 SERRATRICE.—(V. Pujia).

NOTA.—Los pedidos de las obras que comprende este Catálogo se harán enviando previamente su importe al Sr. Administrador de la REVISTA DE LEGISLACIÓN, Cádiz, 3, segundo izquierda.

## CÓDIGO DE COMERCIO DE 1885 VIGENTE EN ESPAÑA

COMENTADO Y CONCORDADO CON EL ANTERIOR

Y LOS EXTRANJEROS

por la Redacción de la

REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Consta esta obra de dos tomos.—Precio: 20 ptas.

OBRAS NUEVAS RECOMENDABLES

TRATADO  
DE LAS  
CUESTIONES PREJUDICIALES Y PREVIAS

EN EL  
PROCEDIMIENTO PENAL

POR

D. ENRIQUE AGUILERA DE PAZ,

Juez de primera instancia.

CON UN PRÓLOGO DE

D. JOSÉ MARÍA MANRESA,

Director de la *Revista general de Legislación*.

Un volumen de XXIII-478 páginas.—Precio: 8 pesetas en Madrid y 8,50 en provincias.—Hijos de Reus, Editores, Cañizares, 3, segundo izquierda, Madrid.

La importancia que en el procedimiento penal tienen las cuestiones prejudiciales y previas; la deficiencia que en nuestra legislación se observa en cuanto á la ordenada reglamentación de las mismas; la diversidad de criterios determinada por tal motivo en la inteligencia de las disposiciones que las regulan y la falta de una obra española que estudiase con la amplitud debida tan interesante y compleja materia, aconsejaban desde hace tiempo la publicación de un Tratado general de dichas cuestiones que viniera á poner término á las dudas y dificultades que en la práctica de los Tribunales surgían con frecuencia en esta parte del enjuiciamiento criminal.

Ese es el fin á que obedece el libro que anunciamos, en el que con elevado sentido jurídico, con vastísimo conocimiento de la materia, con amplio estudio de las diversas legislaciones extranjeras y con competencia suma, se precisa, conforme á los buenos principios procesales, el recto sentido de los preceptos vigentes y se da la solución jurídica conveniente á cada uno de los múltiples problemas que suscita la aplicación de los mismos, constituyendo el Tratado más completo y acabado, según dice el ilustre autor del prólogo que le precede.

La circunstancia de ser ésta la primera obra publicada en

España sobre dicha materia, aumenta su interés, siendo de gran importancia y utilidad para los que se dedican al ejercicio de la abogacía, como para los que desempeñan la misión augusta de la administración de justicia.

LEY

DE

ENJUICIAMIENTO CIVIL

de 3 de Febrero de 1884, concordada y anotada con gran extensión, según la doctrina de los autores y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, con Formularios, por la Redacción de la Revista general de Legislación y Jurisprudencia, bajo la dirección de D. EMILIO REUS.

La obra consta de seis tomos de 500 á 700 páginas, y se halla de venta al precio cada tomo de 10 pesetas en Madrid y 11 en provincias.

LEY

DE

ENJUICIAMIENTO CRIMINAL<sup>®</sup>

de 16 de Septiembre de 1882, vigente en España, concordada y anotada extensamente, con arreglo á la doctrina de los autores, la práctica de los Tribunales y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, con todos los Formularios, por la Redacción de la Revista general de Legislación y Jurisprudencia, bajo la dirección de D. EMILIO REUS.

La obra consta de dos tomos de 600 á 700 páginas, y se halla de venta al precio de 10 pesetas cada tomo en Madrid y 11 en provincias.

# LOS ACCIDENTES DEL TRABAJO

Y EL

## SEGURO DE ACCIDENTES

POR

D. PEDRO ESTASÉN

Esta obra consta de un volumen de 600 páginas, y se halla de venta al precio de 8 pesetas en Madrid y 8,50 en provincias. - Hijos de Reus, Editores, Cañizares, 3, 2.º izquierda, Madrid.

La obra mencionada se ha publicado en la BIBLIOTECA JURÍDICA DE AUTORES ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS, que dirige el eminente jurista D. Gumersindo de Azcárate. Encierra notoria utilidad y es la más completa de las publicadas hasta el día por aparecer en ella compilado, obedeciendo á un plan científico, todo cuanto se refiere á los accidentes del trabajo y al seguro de accidentes.

Se halla dividida en tres libros: el primero trata de los accidentes del trabajo, estudiándose en él la naturaleza del mismo, el contrato de trabajo, el trabajo de las mujeres y los niños, la instrucción del obrero, el descanso semanal y las reformas relativas al contrato del trabajo.

En el libro segundo se estudian los riesgos y accidentes del trabajo, tratándose del accidente en sí y desde el punto de vista de la responsabilidad del patrono, de la fuerza mayor.

Finalmente, en el libro tercero, bajo el epígrafe «El seguro de accidentes», se trata del seguro en general y del seguro de accidente industrial. A este libro siguen cuatro apéndices: el primero comprende las disposiciones vigentes sobre reformas sociales, contrato de trabajo, accidentes del mismo y seguro de accidentes; en el segundo se insertan los formularios relativos á la aplicación de la ley y reglamentos sobre accidentes del trabajo y seguro de accidentes; el tercero lo compone una nota acerca de las tarifas ó tipos de primas del seguro de accidentes, y el cuarto trata de los seguros de accidentes colectivos, individuales y varios y de las pólizas mixtas, sindicales, patronales y otros. Lo expuesto es suficiente para que se comprenda lo valioso del servicio prestado con la publicación de este libro por el distinguido escritor jurídico Sr. Estasén á los Abogados industriales y á cuantos tienen necesidad de estudiar materia tan importante.



