

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 resultas 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).

Unico, 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 responda 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; Caillemer, *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 βλάβης δίκη.

(2) Ihering, mon. cit.; Voigt, *XII Tafeln* (Leipz., 1883), II, § 131 y sig.; Kruger, *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. altnorvegisch. 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. 18 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.; Saleilles, *Essai d'une th. gén. de l'obl. d'après le proc. de Cod. civ. germ.* (II^o éd., 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. 12 y sig.; 115 y sig.

(2) Cód. civ., art. 1.035.

(3) Cód. civ., art. 1.037.

(4) V. la nota 4.^o 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 infiere 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 (*extracontractual, 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 (*cuasi 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 ἀνδραπόδων* 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 βλάβης δίκη 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 βλάβης δίκη 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 βλάβης δίκη 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 βλάβης δίκη 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 βλάβης δίκη 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 sarcitendis» 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*.