

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 Tali6n, 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 «tali6». 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 innovaci6n 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; Sch6ll, 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 Legislacionen* (Berlín, 1872), p. 118; Sell, ob. y lug. cit.; Castellari, mon. cit.; Voigt, ob. cit., I, 724; 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 disposici6n 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 *membrum 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 relaci6n 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 locuci6n *membrum RUPERE*, donde el *rupit* no tiene el valor genérico de *damnum dare*, sino el especial de lesi6n grave, pareciendo absurdo que la ley castigase con el tali6n el más pequeño daño (3). Y aun cuando se quiera referir el *rupit* del pasaje declarativo ahora examinado al *rupit* de las XII Tablas (*membrum 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 lesi6n.

Esto sentado, no parece que la lecci6n del pasaje declarativo sea *rupitias*, sino *rupit*. Del *rupere*, en general,

(1) Gayo, lug. cit.; Gelio, XX, I.

(2) Que estas dos figuras estuvieran contenidas en el concepto general de injuria, parece inducci6n 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 *membrum ruptio* y del *osis fractio*, incluso en caso de imprudencia, prueba que, en general, el daño era, de por sí, raz6n 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 *usserit* (3).

(1) Sell, ob. cit., § 2.

(2) Cons. Bruns-Mommsen-Gradenwitz, ob. cit., t. VIII, en n.; 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: «*si rupitias faxit vel alienum sercum, quadrupedemve pecudem occeslit noxiam sarcito*».

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

(2) Cons. y cfr. 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* (*rupitia?*), 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 alia 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 faxit 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. 585, 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 cavetur*», 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 §§ 16, 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.*, I, 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; Castellari, 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.

Compréndese, 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 aquélla. 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), 1, 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., I, 930); pero sobre el efecto de un criterio seguro para distinguir, v. Savigny, *Sist.*, cit., V, § 217, y Keller, *Pandek.*, cit., § 356. Distingue, ampliando mucho la extensión de la *a. in fact.*, 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 fact.* una acción no penal distinta de la aquiliana. Sobre la *a. in factum accomodata 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 Aquilia, 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 sí 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, tóvose también como ofensa á 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 á 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 á un modo particular de injuria lesivo de la persona en vía directa, inmediata. El trabajo de la jurisprudencia redújose así á referir á este modo especial las ofensas hechas á relaciones jurídicas determinadas que, por razones técnicas, escapaban á 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 á 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, *Labeo*, 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 á 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 á la persona; y toda vez que obligaba al ofensor á 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 á la persona ó á 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 *a. 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. polit. 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.º; 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.