

*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.

traria 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 el 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 Durantón, 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., 1, 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 acree-

(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. I, § 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.