

ción) (1), no deduzcan el resultado de que también aquí la buena fe se refiere á la sola ausencia del dolo.

Se podría decir entonces que la imposibilidad de la adquisición, es forma de responsabilidad impuesta sobre el comportamiento doloso; y no se podría incluir en el dolo la culpa, sin exagerar ilícitamente la responsabilidad ordenada, y que es responsabilidad existente sólo en confrontación con el ordenamiento legal, en el sentido de que solamente puede invocar un derecho el que está en la condición de conducta requerida para poderlo ejercer.

Á la objeción hecha, se puede responder de dos modos: uno de los cuales sería el observar que se quiso excluir de la buena fe el caso de ignorancia, derivada de culpa grave, no de otra culpa; y de ahí, la necesidad de la indicación hecha, y que el concepto limitado de la buena fe en el caso especial tendría su razón de ser en la pérdida de la propiedad ó daño del dueño de los materiales, cuando no los pueda reparar sin destruir el edificio. En efecto: se ha dicho que la disposición se refiere á aquel poseedor de buena fe que, según las excepciones pensadas por la ley, no pueda hacer suyos los materiales, según la regla de que la posesión de muebles vale por título; y si para ellos la buena fe del poseedor no veda al propietario de los muebles el reivindicarlos, aquí, en cambio, no puede hacerlo por razón de la accesión recurrida, y tiene que conformarse á recibir el valor. Se entiende que la consideración no existe más que cuando el propietario de los materiales pueda retirarlos sin destruir la obra ejecutada; pero entonces se entra en una excepción á la manera de producirse la accesión.

109. La ley de procedimientos civiles pone las normas sobre la responsabilidad civil de la autoridad judicial y del Ministerio fiscal, y la declara, sobre todo, cuando en el ejercicio de sus propias funciones se le pueda imputar el dolo, fraude ú omisión.

(1) V. la n. precedente.

La ley concede acción por el dolo; no hay cuestión sobre la culpa aquiliana, sino de verdadero delito. Sin embargo, ¿se podrá extender el significado de la disposición también á los hechos ilícitos cometidos por los funcionarios antes dichos con el concurso de culpa grave? La doctrina y la jurisprudencia enseñan casi generalmente la negación (1); observando que admitida la responsabilidad por culpa grave, sería desde luego imposible separar ésta de la leve (2), y que se daría lugar á infinitos procesos contra los magistrados, siempre mal vistos por las partes castigadas (3). Pero se ha opinado, por el contrario, que debería extenderse la responsabilidad del magistrado también á la culpa grave, siendo razonamiento extraño aquel que quiere irresponsable el juez que se reconozca inepto para desempeñar el alto cargo que ejerce, y porque en el grado mismo de la culpa se tendría ya garantía suficiente contra los peligros de injustos procedimientos (4), á cuya reflexión se añade, aunque no bien (5), que la culpa grave está equiparada al dolo.

La ley romana, y es necesario recordarlo para no creer que da apoyo á los conceptos acogidos en la ley patria, de-

(1) Cód. proc. civ., art. 783.

(2) Cfr. Scialoja, Pisanelli, Mancini, *Coment. al Cod. pr. civ.* (2.^a ed.), VI, 1.216; Borsari, *Comment. al Cod. di pr. civ.* (Turin, 1869), en el v II, art. 783; Ricci, *Coment. al Cod. di pr. civ.* (3.^a ed.), III, p. 353; Mattiolo, *Element di dir. giur. civ.* (4.^a ed.), p. 816, v. IV; Gargiulo, *Coment. al Cod. di pr. civ.* (2.^a ed.), art. 783; Curzeri, *Coment. al Cod. di pr. civ.* (2.^a ed.), art. 783; Bonasi, *Della responsab. civ. e pen. dei Min. e degli altri uffic. pubbl.*, cit. n. 159; Giorgi, ob. cit., IV, 205; Cas. fr., 6 Julio 1858 (*D. P.*, 1858, 1, 279), y sent. en n.; Cas. Roma, 27 Febrero 1878 (*Ley*, 1878, 1, 661).

(3) Giorgi, l. cit.

(4) Laurent, l. cit.

(5) Merlin, *Rép. cit.*, v. *Prise à partie*, § 11; Chauveau s. Carré, *Les lois de la procéd. civ. et commerc.* (ed. Dutruc, Par., 1880-85), art. 505, p. 1.805; Poncet, *Des jugements*, n. 598. (Par., 1822).

ducía la responsabilidad aun para la culpa grave (1); pero no parece que se deba pensar de la misma manera, según el derecho moderno. Es verdad, en efecto, que dicha responsabilidad se determina por medio de relación contractual; ahora bien: cuando se admitiese tener dicho origen por dolo ó culpa grave, se tendría aquí otra limitación respecto al grado de la culpa, que solamente cuando fuese lata constituiría excepcionalmente cuasidelito. La excepción no existe, y mal se sostiene la doctrina antes enunciada: si la ley ha restringido al delito el elemento subjetivo de la responsabilidad, no se puede sin contradicción añadir la figura del cuasidelito y limitar después la culpa sólo á la grave.

Con arreglo al criterio puesto como base de la construcción aquí observada, la ley solamente tiene poder para introducir sus definiciones en la entidad atribuída á la culpa, como elemento del cuasidelito, de donde puede deducirse que no basta para constituirlo la culpa leve, y ni siquiera la grave; y si en la especie no consideró la culpa grave como término bastante para dar origen á la responsabilidad por casi delito, y quiso que la responsabilidad pudiese solamente tener lugar por dolo (delito), al decir que en esta locución está también incluída la culpa grave, se añade á la ley que se sustituye la voluntad del intérprete á la estimación que de un modo soberano está reservada al legislador. Si de orden público es el principio en que se informa el concepto de la culpa aquiliana, como aquel que toca la esencia del derecho, la ley sola puede decir cuándo y en qué medida sea conveniente á dicha necesidad el aducir disminución al grado normal de la culpa, y aun el suprimir del todo la responsabilidad ó razón de ella.

La dificultad viene resuelta así, en conformidad con los

(1) Cons. Gayo, IV, 52; *pr. I. de obl. quae q. ex. del. nasc.* (IV, 5); l. 40, D. *de jud.* (V, 1); D. *de extr. cogn.* (I, 13); Windscheid, ob. cit., § 470; Arndts-Serafini ob. cit., § 338. Cfr. Pisanelli, ob. y l. cit.

principios acogidos. Al dolo se le da un significado (delito) que no puede confundirse con la culpa (cuasidelito), y el haberlo indicado como límite de la responsabilidad civil del magistrado excluye del modo más seguro la negligencia, por muy grave que sea. Y no importa que la culpa lata esté equiparada al dolo (1); ya se ha dicho en varias ocasiones que del estar algunas veces igualados los efectos, como sucede en materia de culpa contractual, se equivocaría el que quisiera deducir por analogía sobre la respectiva entidad jurídica: el dolo manifiesta siempre la mala voluntad; la culpa, aun siendo gravísima, sólo el defecto de diligencia (2). Ahora bien: se comprende el valor de tal paridad en la culpa contractual, al construir la graduación que ha de fijarse en los casos en que la ley haya limitado la responsabilidad á una culpa menor de la que ordinariamente ocurre, y se determinen los efectos, y así podría también entenderse en materia de culpa equiviliana, si la ley hubiese hablado de la culpa menor que la leve; pero donde esté indicado expresamente el límite de la responsabilidad, es contrario á la buena interpretación el incluir en el dolo también la culpa lata.

110. Que fijada la responsabilidad por razón solamente de dolo, no sea de necesidad, aun comprendida la culpa grave, se puede demostrar con ejemplos sacados de la ley. El propietario (3) que construye en terreno propio con materiales ajenos, responde de los daños si ha obrado con dolo, ó también con culpa grave; ahora bien: si se hubiera previsto sobre la primera de estas dos figuras, como ha sucedido en la ley francesa, y cuando se hiciera consistir la buena fe en el hecho de ausencia de dolo, sin mirar á la

(1) Chironi, *Colpa contratt.*, cit., p. 284 y sig.; l. 1, § 1, D. *si mentor fals, dix.* (XI, 6); l. 226, D. *de V. S.* (L, 16).

(2) Cfr. l. 22, § 3, D. *ad S. C. Treb.* (XXXVI, 1); l. 8, § 3, D. *de prec.* (XLIII, 26); l. 1, § 2, D. *si is q. test., lib.* (XLVI, 4); «... culpa dolo proxima, dolum repraesentat.»

(3) V. la n. precedente.

conducta del individuo respecto á su estado de ignorancia de la responsabilidad por culpa grave, no se hubiera podido hablar, no obstante el concepto «*c. lata dolo æquiparatur*». Y se podría, de acuerdo con la ley, decir que, queriendo ésta, tal responsabilidad, tiene necesidad de disponer expresamente: de ahí la razón de la modificación introducida en el ordenamiento francés acerca de la accesión de cosa mueble ó inmueble hecha por el propietario de esta última, con la regla seguida sobre los elementos de la mala fe y de la culpa grave, indicados de modo expreso como dos fuentes de responsabilidad. Y volviendo ahora á la responsabilidad de los magistrados, no parece que en la disposición que la gobierna haya una excepción á la regla general acerca del grado de la culpa que concurre á constituir el cuasidelito; parece, en cambio, que de cuasidelito no deban responder, aunque sí del delito á ellos imputable y cometido con su carácter oficial (1).

No es motivo para la disposición la imposibilidad del discernir netamente la culpa grave de la leve, y el peligro de infinidad de litigios contra los magistrados; es, en cambio, la necesidad de conservar íntegro el prestigio de la magistratura, que bajaría bastante en el concepto de todos los que tienen que invocar y soportar sus decisiones, si en ellos se considerase posible el peligro de errores por causa de culpa grave (2). Cuyo criterio es verdad que no tiene valor

(1) Cfr. á este propósito Cas. fr 27 Junio 1881 (*J. du P.*, 1883, 1, 712), y 9 Enero 1882 (*J. du P.*, 1884, 1, 665).

(2) Se entiende el alto significado de las palabras que Platón pone en boca de Sócrates en el *Critone*, XI, cuando dice que «el orden y la existencia de la ciudad se rige bajo «la eficacia y la validez de las sentencias pronunciadas por sus magistrados»; sin aprobar ni combatir la afirmación de Bonghi (proemio á la traducción del *Critone*, VII), para quien este concepto es poco eficaz, no puede desconocerse que en la pura teoría es el que practica la democracia moderna, y claro es que la teoría sostenida en el texto sobre la responsabilidad de los magistrados viene á coincidir con el pensamiento nobilísimo del filósofo griego.

decisivo; ciertamente sería de desear que el magistrado respondiera, no sólo de la culpa grave, sino de cualquier culpa que se le pudiera imputar, siendo tal la altura de su ministerio, que mal se le podría perdonar la más pequeña negligencia. No es con disposiciones de privilegio, que pueden conducir á la responsabilidad por impericia, condenable especialmente en el juez, llamado como está á decidir cuestiones delicadísimas y gravísimas, sino extendiendo á todo empleado público el principio que atribuye la responsabilidad de daños causados culpablemente, como se afirman mejor las instituciones. La obligación de resarcir, como es garantía segura á la inviolabilidad del derecho, da también seguridad de que en el cumplimiento del empleo público el funcionario pone todo el celo necesario; la liberación de dicha responsabilidad es tutela injusta para los funcionarios incapaces ó negligentes, y no contribuye á la dignidad ni al decoro de la autoridad judicial (1).

111. Ni á esta disposición hace obstáculo la ley que, considerando la nulidad de un acto ocurrido por culpa del oficial que lo haya ejecutado (2), ordena, no sólo el mínimo y el máximo de la pena pecuniaria que se puede aplicar, sino también el resarcimiento del daño á favor de las partes ofendidas: cuya disposición debe ser aplicada á las personas de las cuales la ley habla (3) expresamente, y no al Juez. Una verdadera excepción se tiene en el caso en que por culpa del Juez sea declarada nula en todo ó en parte la prueba testimonial ejecutada en su presencia, debiendo el Juez abonar los gastos del acto renovado; aquí ya no se está en la hipótesis de la responsabilidad por dolo, sino por

(1) Cfr. la ley del Imperio austro-húngaro de 12 de Julio de 1872 (*Colección de leyes* (Innsbruck, Librería Wagneriana), XIII, p. 23).

(2) Cód. proc. civ., art. 89.

(3) El canciller, el ujier y el Procurador. Cód. proc. civ., art. 60. Cons. sobre la materia (Merlin, *Répert.*, v° *nullité*, § 5; Chauveau s. Carré, ob. cit., sobre el art. 249; Cuzzi, ob. cit., sobre el art. 5.º; Gargiulo, ob. cit., sobre el art. 59.

cualquier negligencia que haya inducido á la nulidad de la prueba; pero responderá además de los gastos, de los daños é intereses. Y el ujier, Escribano ó Procurador, por culpa de los cuales fuese anulada la prueba, estarán también ellos obligados á resarcimiento de daños.

Si la responsabilidad de estos funcionarios se equiparase á la que corresponde al Juez según la regla general, parecería injusta la diversidad de criterio seguido por la ley. El Escribano y el ujier (no hablando del Procurador, obligado por mandato á resarcimiento de daños á favor de su representado) deben responder de cualquier culpa que sea causa de la nulidad de los actos que han ejecutado, mientras para el Juez se ha hecho, por regla general, una distinción entre culpa y dolo. La irresponsabilidad por causa de impericia no es opinión sostenible; pero donde fuese posible jurídicamente serían, en verdad, más acreedores á excusa aquellos funcionarios contra los cuales grava, en cambio, toda la severidad del legislador.

En la especie que se ha dicho contiene una excepción á la norma general descrita la responsabilidad del Juez, idéntica en la causa á la responsabilidad del ujier, del Escribano y del Procurador; es también idéntica en los efectos. De éstos y del génesis de la disposición que los enuncia se hablará en su lugar (1); ahora bien: conviene solamente notar que, si bien está sensiblemente restringida en sus consecuencias la responsabilidad del Juez por la nulidad de la prueba testimonial que haya verificado, existe como medio de excepción, aun por razón de culpa levísima.

112. Otro punto que es necesario aclarar, y que demuestra las contradicciones en que se incurre cuando se desconocen los principios, es aquel que concierne á la responsabilidad del que haya temerariamente provocado un litigio. La cuestión tendría un lugar más adaptado en el

(1) V. el cap. XIX

estudio acerca de las causas que excluyen la injuria; esto es, en el examen del acto ejecutado *iure*, conexiéndose al criterio que determina el valor de la excepción que se defiende; pero no está fuera de lugar el discutir ahora, á fin de averiguar si la teoría recogida más favorablemente por la jurisprudencia concuerda con las decisiones dadas en otros casos que, sin embargo, entran en los conceptos generales, como la responsabilidad por anulamiento de secuestro y por la ejecución dada á sentencia dictada en segundo grado y después anulada.

La ley de procedimientos ordena que «la parte desatendida sea condenada á las costas del juicio, y que si el litigio sostenido fuese temerario, pueda también ser condenada al resarcimiento de daños» (1). El orden lógico del tratado veda se haga ahora indagación alguna sobre el criterio encaminado á establecer cuándo el litigante obra *iure*, y cuándo *iniure* (2): por el momento, basta recordar este ordenamiento de la ley que considera la acción injuriosa, solamente cuando el litigio haya sido temerariamente iniciado ó sostenido. ¿Cuál es, pues, el significado de las palabras «litigio temerario»? El concepto de la temeridad ¿se deducirá como si fuese simple y fácil aplicación de la regla general referente á la culpa aquiliana, ó envolverá en cambio una limitación á su justa latitud?

Es en la última opinión donde la doctrina y la jurisprudencia italiana no concuerdan, siguiendo la teoría más favorablemente acogida según la ley francesa: de modo que sobre ésta es necesario detener la atención, para que de la confrontación se vea mejor qué decisión se deba acoger para el derecho patrio.

Para la doctrina y la jurisprudencia francesa la cuestión es causa de grave disidencia. La mayor parte de los

(1) Cód. proc. civ., art. 370. V. el Cód. proc. civ. fr., art. 130.

(2) V. el cap. XVIII. Causas que excluyen la culpa ó limitan sus efectos.

fallos y sentencias (1) y de los doctores (2) opinan que en el hecho de obrar para promover el juicio es culpa apta á dar causa de condena al resarcimiento, solamente cuando haya sido llevada con mala fe (dolo), ó con error tan grave que pueda equipararse al dolo. En resumen, la responsabilidad del litigante temerario se comprendería en la regla acerca del delito y cuasidelito; la ley de procedimiento determina solamente la condena de la parte obligada á las costas, y así la aplicación de la ley civil deberá concretarse exclusivamente al concurso de una ó de otra de las dos maneras de conducta antes mencionadas (dolo: c. grave).

Contra cuya teoría se observa por otras decisiones (3) y por otros escritores (4) que la ley de procedimiento regula sólo la cuestión de los gastos y no da norma á la otra por los daños é intereses: así que las cuestiones relativas á dicha materia se deberán decidir con arreglo al derecho común, que no da limitación alguna respecto á los daños causados por razón de litigio. Que cada uno tenga derecho de entablar un litigio no se niega; pero cuando se ejerce tal

(1) Cas. fr. *Ch. civ.*, 3 Mayo 1836 (*J. du P. chr.*); 11 Enero 1837 (*J. du P.*, 1837, 1, 497); 22 Agosto 1839 (*J. du P.*, 1840, 1, 240); 13 Julio 1841 (*J. du P.*, 1843, 2, 425); 24 Mayo 1842 (*J. du P.*, 1842, 616); 13 Julio 1852 (*J. du P.*, 1853, 2, 177); 11 Noviembre 1861 (*J. du P.*, 1863, 544); 13 Enero 1873 (*J. du P.*, 1873, 148); 20 Marzo 1878 (*J. du P.*, 1878, 1063); 17 Diciembre 1878 (*J. du P.*, 1879, 119); 26 Enero 1881 (*J. du P.*, 1881, 1, 777); 28 Diciembre 1881 (*J. du P.*, 1882, 1, 760); 14 Agosto 1882 (*J. du P.*, 1883, 1, 353); 28 Mayo 1884 (*J. du P.*, 1885, 1, 133). V. también la sent. cit. en la n. sig.

(2) Chauveau et Carré, ob. cit., 9, 544 *quat.*; Dutruc, *Supplément aux Lois de la P. C.* de Carré et Chauveau, en ed. cit., I, v. *Domages-intérêts*, n. 2.

(3) Cas. fr. *Ch. requet.*, 24 Julio 1882 (*J. du P.*, 1885, 1, 906), y especialmente 27 Mayo 1884 (*J. du P.*, 1885, 1, 508), y 25 Mayo 1884 (*J. du P.*, 1885, 1, 135).

(4) Laurent, ob. cit., XX, 412; Leppelletier, Rapp. en la causa fallada por la sent. 27 Mayo cit. (*J. du P.*, l. cit. en la nota).

derecho de un modo no correcto, violando el derecho que tienen los demás de no ser molestados injustamente con litigios, mejor que ejercicio de un derecho se puede decir injuria. Por lo mismo, si quien injustamente sostiene un litigio ha sido llevado á sostenerlo por simple, por mínima imprudencia, incurre siempre en culpa, y se le debe aplicar la ley civil, que obliga al resarcimiento al autor de daño causado culpablemente.

Ciertamente, según la disposición de la ley francesa, donde se ha hablado solamente de los gastos que deben imponerse á la parte desestimada, esta última opinión parece preferible, aunque sea seguida por pocos jurisconsultos; de importancia grande, es verdad, teniendo en cuenta la autoridad de donde emanan (1). La norma fijada no hace alusión alguna á los daños é intereses, y ni tampoco habla de los casos en que además las costas deben ponerse á cargo de la parte condenada; de ahí, el convencimiento de que la regla fijada por la ley civil deba tener todo su vigor. Se tendrá, por lo tanto, bajo ese punto de vista injuria, y, por consiguiente, obligación de resarcir, cada vez que se trate de litigio sostenido injustamente, sin distinguir si haya ocurrido por dolo ó culpa, aunque sea ésta levísima.

113. La jurisprudencia italiana (2) y la doctrina (3) sacan de la francesa la decisión antes criticada y no acogida. Y, justamente, la ley de procedimiento civil hace especial

(1) Al conflicto entre las dos Cámaras alude Leppelletier, l. cit.

(2) Cas. Turin, 9 Septiembre 1882 (*J. du P.*, 11, 49); Ap. Messina, 23 Enero 1879 (*Legge*, XIX, 2, 362); Ap. Perugia, 12 Enero 1888 (*Legge*, XX, 1, 131); Ap. Trani, 10 Mayo 1881 (*Riv. giur. di Trani*, 1882, 213); Ap. Venecia, 12 Julio 1882 (*Tem. veneta*, 1882, 419); consúltese también Ap. Macerata, 25 Julio 1881 (*Riv. giur. di Bol.*, 1881, 214).

(3) Cuzzi, ob. cit. sobre el art. 370; Gargiulo, ob. cit. sobre el art. 370; Mattei, ob. cit. sobre el art. 370; Mattiolo, ob. cit., IV, núms. 134-135.

mención de los daños, determinando en qué caso la parte condenada, además de las costas, deberá también responder de los daños é intereses. Así que la injuria existirá, como fuente de responsabilidad, solamente si el litigio ha sido sostenido temerariamente.

Pero ¿cuándo se dirá que la ley se sostiene temerariamente? Se invoca para declarar la duda un concepto sacado de la doctrina romana: se considera litigante temerario el que sabe que no obra rectamente, el que está impulsado á sostener la controversia por la mala voluntad de vejar al adversario, y confía, por lo mismo, más que en la justicia de su causa, en el error ó en la iniquidad del Juez (1). El que no litiga honradamente (2), *Vimprobus litigator* (3), sería, en consecuencia, litigante temerario (4), principio acogido en el derecho medioeval (5); la mala fe ó el error que se deriva de la culpa grave darían con esto el criterio de la temeridad al sostener un litigio.

Cuyo significado, aceptado como muy correcto, se debe considerar, en las relaciones de la ley civil con la de procedimientos, que, aunque la disposición contenida en esta última aplique el principio general contenido en la otra, sin embargo, lo hace solamente en un caso determinado, que es el litigio temerario; así que la ley de procedimientos introduce una limitación en la regla sobre la responsabilidad por culpa, una vez que, solamente cuando el litigio injusto se haya sostenido con dolo ó culpa grave, habrá la obligación del resarcimiento; pero el cuasidelito estará

(1) Gaio, IV, 178.

(2) Gaio, IV, 182.

(3) § 1, *I. de poena tem. lit.* (IV, 16).

(4) V. l. 78, *D. de Leg. et Fid.*, 11 (XXXI); l. 1, § 3, *D. ad S. C. Turp.* (XLVIII, 16).

(5) Domat, ob. cit., III, t. V., § 2, n. 14. Cita la ordenanza de 1539 de Francisco I, en la cual *calomnie* se toma en el sentido expuesto.

constituido únicamente en el caso de culpa grave, no bastando para esto ni la leve ni la levisima (1).

Se objetará que aquí la excepción no está escrita en la ley, y se enseña por ella un resultado contrario al principio puesto en la construcción antes hecha de la responsabilidad por hecho ilícito; esto es, que no sea admisible excepción alguna á la regla general cuando no se enuncie en térmi-

(1) Cfr. Cas. Turin, 17 Julio 1885 (*Foro it.*, X, 1, 873); en ella se afirma que, revocada la sentencia declaratoria de la quiebra, se considere al autor como responsable de los daños derivados de la culpa grave, á tenor de los arts. 1.151 y 1.152 del Cód. civ., y no por el art. 370 del Cód. penal, que estima no ser aplicable, debiéndose distinguir el resarcimiento de los daños á causa de la temeridad de la *litis*, cuya razón de ser está en el derecho común, como consecuencia del cuasidelito. Mas cabe preguntar si la temeridad sólo no constituye el cuasidelito en el caso de la culpa grave, y por ende si el actor que debe responder en el caso de culpa grave, no pueda decirse de él que obra temerariamente. El concepto desarrollado por el Tribunal en la sentencia que comentamos incluye después un error; porque si el demandante debe responder en razón á lo estatuido por los arts. 1.151 y 1.152 del Cód. civ., ¿cómo se justifica la responsabilidad exigida después? Estando á los principios, aparece como evidente que la reserva de la acción de daños, en el caso de desestimación del recurso (Cód. civ., art. 541), tendría lugar sólo en el caso de *litis* temeraria. Lo contrario afirma la casación de Florencia, 31 de Julio 1884 (*Filangieri*, 1885, 1, 188), observando que en el caso del art. 541, el resarcimiento es consecuencia necesaria, porque la ley no ha reputado necesario que se haga un examen preventivo de la culpa. Exageración es esto; porque el criterio general seguido por el legislador demuestra, no sólo la necesidad de la culpa en el caso de resarcimiento por daños de la *litis*, y porque en el caso de la revocación del recurso la ley tenía una razón para ser menos severa, cual es la de que, en virtud del precepto legal, el recurso no suspende la revocación. V., además, Cas. fr. 16 Junio 1896 (*J. du P.*, 1897, 1, 317), según la cual, la responsabilidad por daños, si no supone siempre la mala fe, supone, desde luego, *ligereza* en la acción. Véase también la sent. del Trib. fed. suizo, 15 Diciembre 1900 (*J. du P.*, 1902, 3, 8), para el caso en el cual un atento examen del hecho hubiera mostrado la insuficiencia de la pretensión. V. Cas. Romá, 5 Noviembre 1901 (*Legge*, 1902, 1, 73).

nos manifiestos. Objeción infundada, como se verá por quien considere que si bien aquí la ley no habla de culpa grave, como en los otros casos indicados, sin embargo hace referencia implícitamente, restringiendo la obligación de daños é intereses en la sola hipótesis de litigio temerario: el significado de cuyo término, indica de qué grado de culpa se trata; de modo que la excepción aparece de manera que no deja duda (1). La versión antes acogida es referencia hecha casi mecánicamente al antiguo significado del *improbus litigator*, contribuyendo mucho el razonamiento ético jurídico: si á cualquiera es lícito el ejercer el derecho que tiene, y más todavía el que tiene de recurrir (según la opinión de justicia que tenga) al Juez para que lo declare, la medida de la ley es como prohibición de acto de emulación. Esto es, es un límite que la ley pone respecto al ejercicio del derecho, y se comprende entonces el buen sentido del modo de arreglar la diferencia entre dos posiciones jurídicas encontradas.

114. Expuestas así sobre la materia las ideas fundamentales, se puede penetrar con seguridad en el examen de las cuestiones que con ella estrechamente se conexionan. Se presentan, ante todo, tres cuestiones fundamentales en materia de secuestro; y una ha sido ya enunciada al determinar la necesidad de la culpa en el secuestrador, contra el cual ha sido pedida la declaración de responsabilidad (2).

La ley de procedimientos, ordenando el secuestro conservativo, dispone que si el acreedor no ejecuta las formalidades ordenadas por el juicio de confirmación (3), el secuestro no tiene efecto, salvo al deudor el derecho al resarcimiento del daño (4); y que si el secuestro ha sido revocado por falta de causa, se pueda condenar al secuestrador á una

(1) Cons. Cas. Turin, 5 Mayo 1885 (*Legge*, 1885, 2, 442).

(2) V. el § precedente.

(3) Cód. proc. civ., arts. 931 y 932.

(4) Cód. proc. civ., art. 933.

multa extensible á mil *liras*, además del resarcimiento de daños (1). Ahora bien; se pregunta: *a*) si anulado el secuestro por incumplimiento de formalidad, el acreedor deba ser declarado, según la disposición enunciada, responsable de los daños, y sea permitido al Juez entablar pesquisa alguna sobre su buena fe, esto es, sobre la existencia de la culpa; *b*) si otro tanto deberá decirse en el caso de anulamiento por defecto de otras formalidades esenciales, de las cuales la ley de procedimientos no se ha ocupado expresamente, y especialmente cuando el anulamiento ha sido motivado por incompetencia del magistrado que haya acordado la providencia; *c*) si igualmente deberá decidirse en la hipótesis de secuestro revocado por falta de causa.

En cuanto á la primera cuestión, se observa por algún escritor, que el Juez deberá absolutamente imponer, en virtud de la declaración de anulamiento, también la condena por daños, que es consecuencia imprescindible; de lo que se añade que se podría deducir una razón nueva del modo especial que se sigue al formular la ley la disposición, pues no deja latitud ninguna al Juez, mientras el sistema contrario parece haya sido observado para el caso de revocación (el secuestrador puede ser, etc.). En cuanto á la segunda, se observa que, si bien es verdad falta una disposición al caso, sin embargo, siendo igual la razón para decidir en ambos casos, se podría adoptar la solución propuesta para la primera, fundándose en la hipótesis del daño injustamente inferido, y, por lo mismo, de la responsabilidad impuesta por el derecho común como principio general. Y en cuanto á la tercera, finalmente, se afirma tener el Juez plena latitud para decidir si en la acción del secuestrador existe ó no la presencia de la culpa, y dictar, en consecuencia, la condena ó la absolución respecto á los daños é intereses (2).

(1) Cód. proc. civ., art. 935.

(2) Gianzana, *Del sequestro*, n 266 y 267.

Otros autores opinan que no hay en los tres casos motivo alguno que aconseje el alejarse del precepto legal aplicado acerca de la responsabilidad por el daño inferido injustamente, porque en tal caso la obligación de responsabilidad deriva de la existencia de la culpa; así que el Juez deberá indagar en las tres hipótesis descritas, no sólo si existe el daño, sino también analizar la responsabilidad civil del secuestrador, esto es, examinar si ha obrado con buena ó mala fe.

Estas teorías, que se diferencian solamente en la resolución de las dos primeras cuestiones, parten todas del concepto de que en las disposiciones de la ley de procedimientos se observa simplemente la aplicación especial de la norma contenida en la ley civil, referente á la culpa aquiliana (1).

115. Ahora bien: no parece, por cuanto se puedan acoger en parte los resultados adonde llegan, que éstos se desarrollen sobre principios exactos. Se ha dicho que las disposiciones de la ley de procedimientos contienen la simple aplicación del principio impuesto por la ley civil sobre la responsabilidad por la injuria causada culpablemente, y es verdad; pero el ensalzar así la teoría sin precisar la influencia que para modificar la justa latitud de este principio ejercita la ley de procedimientos, debería conducir á conceptos bien diversos de los obtenidos.

Efectivamente, la segunda teoría para las tres cuestiones, y la primera solamente para la tercera, enseñan la irresponsabilidad del secuestrador cuando su mala fe esté ciertamente excluída; y dicha afirmación responde más al criterio sobre el cual se apoya el ordenamiento legal de la

(1) Mattiolo, ob. cit., V, n. 1.015 y siguientes; Cuzzi, ob. cit. sobre los arts. 933 y 935; Gargiulo, ob. cit. sobre los arts. 933 y 935. Cas. Turín, 30 Junio 1885 (*Giurispr. Tor.*, 1885, pág. 637 y sentencia citada en la nota); Cas. Roma, 15 Enero 1879 (*Legge*, XIX, 1, 265); Cas. Nápoles, 17 Julio 1884 (*Legge*, XXV, 1, 122). V. además, Cas. Turín, 2 Junio 1885 (*Giur.*, 1885, pág. 452).

culpa aquiliana. Porque diciendo que la ley de procedimientos se ha referido aquí sin restricciones á este principio general, cualquier restricción por la cual se la quiera limitar está desprovista de buen fundamento, y es necesario afirmar que cualquier grado de culpa, y no la sola mala fe, inducen la obligación al resarcimiento; la buena fe (en su sentido estricto, de conducta opuesta al dolo) no es motivo válido que pueda excluir la acción por el daño injusto inferido con culpa (1); así que la consecuencia á la cual se llega no está en relación con el criterio de donde se deduce.

Respecto á la primera cuestión, ambas teorías no distinguen claramente la culpa de la prueba de la culpa; no parece, por lo tanto, exacta la disposición que, imponiendo al Juez la condena por el mero hecho del anulamiento, ve en la ley de procedimientos así entendida una idea especial no contenida en la norma de derecho común sobre la responsabilidad; ni parece más exacta la otra opinión que, si justamente afirma la correlación de las dos disposiciones del Código de procedimientos y de la ley civil, no cree, sin embargo, esté obligado el Juez á condenar por los daños sin el concurso de la mala fé. Según cuya doctrina, la ley aplicaría, es verdad, el criterio puesto por el derecho común, pero en el caso especial del anulamiento pondría sin más *in re ipsa* la prueba de la culpa; si el acreedor no observa la norma establecida para iniciar el juicio de confirmación, determina el anulamiento por su mismo hecho, ó mejor por su omisión al observar una expresa disposición de la ley. Y se infiere no tener el artículo otro alcance fuera de éste, que está en perfecta armonía con el ordenamiento de la ley civil; y siendo además la aplicación, al Juez no le sería vedado el conocer hechos de los cuales pueda resultar la no

(1) V. el cap. XVIII, sobre las causas eliminadoras de la culpa, ó limitativas de sus efectos. Cons. Cas. Turín, 24 Enero 1884 (*Foro it.*, IX, 1, 226).