

mereció una regla especial, en ésta se contiene de necesidad la derogación de la regla recordada.

Motivo de esto es sólo la diversidad entre la ley italiana y la francesa, de donde se tomó la disposición que se examina. El reglamento francés distingue entre el examen anulado por culpa del Juez y la culpa del Procurador ó del alguacil en la nulidad; en el primer caso ordena la renovación del examen á costa del Juez, y en el otro declara la nulidad del examen; pero aplicando la norma general sobre responsabilidad, declara obligada por los daños á la persona á quien sea imputable. Cierto que á tal distinción le falta enteramente motivo que la justifique, porque de la nulidad del examen debería deducirse una misma consecuencia, cualquiera que fuese el funcionario que hubiera dado causa, y se debería siempre imponer la renovación del acto y la obligación de resarcir el daño. ¿Por qué colocar al Juez en una posición especial? Considerando el interés de las partes, es idéntico, proceda la nulidad de culpa del Juez ó del Procurador; si además se considera la nulidad en sí, el carácter que tiene y los efectos que produce son siempre los mismos.

La ley italiana ordena de un modo general la repetición del examen en todos los casos descritos, obligando á sufragar los gastos á quien causara la nulidad; pero de las dos soluciones, á saber, la repetición ó la compensación del daño, la segunda correspondería mejor al concepto de la injuria y de la consiguiente responsabilidad. La persona á quien perjudica la nulidad, ó sea el hecho ilícito, tiene derecho al resarcimiento del daño padecido; pero la ley pensó y ordenó otro modo de resarcir distinto del general de la *indemnización*, refiriéndose precisamente al interés procesal de la parte ofendida en tener la *prueba* deducida y hecha, y tal como se hizo; valuó, pues, el daño con relación á la causa, y quiso eliminarlo obligando al autor á volver las cosas á su primitivo estado, á sus expensas.

Se podría objetar á esta forma especial de «reparación»

de la injuria, que no parece correcta en el caso de nulidad ocasionada por el Procurador, el cual representa á la parte litigante, y si el representado debe responder del hecho del representante como de hecho propio, imputará á sí mismo las consecuencias de la nulidad; ejercite la acción de resarcimiento contra su Procurador negligente ó incapaz, pero no vulnere el derecho que se deriva de la nulidad para la otra parte. Si á esto se respondiera que la ley francesa se separa de la regla general en cuestión de reparación, por indulgencia hacia el Magistrado que procedió al examen, y que la ley italiana quiso extender el mismo beneficio al Procurador, al Escribano y al alguacil, ¿convendría decir que el menor rigor respecto á estas personas tiene su causa en la condición particular hecha al Juez por la ley francesa, y que se quiso extender un «privilegio» no justificado? No lo parece; se ha observado que la ley, según fija los términos de existencia del *derecho* en cuanto por el mismo se puede producir una pretensión y una acción jurídica, puede muy bien determinar qué *reparación* se deba en el caso de injuria, ejercitando con ello la función social que le corresponde. Según se demostró, su provisión especial es justa, como también aun cuando se refiera á la *culpa contractual* que surge en las relaciones entre el *Procurador* y la *parte representada*.

¿Se volverá á la regla general cuando el examen no se pueda repetir? No siempre. La ley dispone que si no se puede volver á examinar alguno de los testigos oídos, la autoridad judicial tendrá en cuenta el examen practicado (1), atendiendo con ello al caso de imposibilidad de repetición del examen de *alguno* de los testigos, que es la hipótesis que se presenta como más probable. Si fuera imposible la repetición por completo del examen, parece que no se debe volver á la regla general, declarando la responsabilidad del Juez ó del funcionario á quien sea imputable la nulidad, y

(1) Cód. de proc. civ., art. 249 cit.

que se deba seguir siempre la norma especial establecida por la ley. Se puede pensar que vale el argumento de analogía, porque es idéntica la razón de decidir en el caso que sólo *algún* examen se anule y en el que se anulen todos, á saber: el interés de no agravar la condición de la persona que causó la nulidad, salvando al mismo tiempo los intereses de la parte á quien la nulidad perjudicó. No contradeciría á esta equitativa solución considerar que este es un modo *especial* de regular la «reparación», y que no es posible extenderlo más allá de los términos en que está contenido; términos que no resultan de las *palabras*, sino más bien de la *razón* cierta, verdadera de la ley.

428. Se podrían recordar otras providencias contenidas en leyes de pública administración para dar ejemplo del *id. q. interest* según le determina la ley; pero lo dicho da bastante fuerza al concepto general establecido, á saber: que el principio general que induce la medida del resarcimiento, en cuanto á los términos de la cuantía del daño *directa y ciertamente* causado por el hecho ilícito, concuerda con el concepto de que la ley puede muy bien establecer en algunos casos preceptos particulares sobre el *modo de la reparación*, considerándolo, cosa que está en su poder, como el mejor acto para impedir el daño producido en aquellas ciertas y especiales contingencias.

§ 2.

De la liquidación por vía de decisión del Juez.

SUMARIO: 429. Principio general: el Juez no puede estimar la culpa para deducir de la misma el criterio de valoración del daño. — 430. Excepción. — 431. De la relación de causalidad entre la injuria y el daño. — 432. Puede elegir entre una suma determinada ó una renta. Aumento ó disminución de la indemnización. La ley sobre responsabilidad de los patronos. — 433. Si el Juez puede establecer una liquidación provisional, y cuándo. Cuestiones: teoría.

434. El aumento ó disminución de la renta no obsta á la relación de causalidad entre el daño y la injuria. — 435. Si declarada á cargo del que intente una reparación dada, se puede ordenar indemnización á simple título conminatorio. *Quid* si éste implica indemnización por el retraso.

429. En una materia en que la autoridad del Juez tiene mucha libertad para ejercerse, no se deben nunca olvidar los conceptos generales que, constituyendo la razón de la institución, son al mismo tiempo límite al poder del Magistrado, que debe reconocerlos y aplicarlos á la especialidad del caso sometido á su juicio. Importa tener presente de los mismos lo concerniente al grado de culpa no contractual; porque hay, en efecto, con relación al mismo una doctrina muy en contraste con la ley, la cual, acogiendo la enseñanza del derecho común (1), ordenó que cuando se causara daño culposamente, cualquiera que fuese el grado de la culpa, debe el culpable repararle. Ahora bien: como ya se observó en otro lugar (2), hay quien enseña que debe valuar el grado de la culpa para deducir la no responsabilidad por la culpa levisima, mientras que, con razón, la generalidad de los doctores afirma lo contrario; pero mientras que forman rectamente el principio, añaden que el Juez tiene por su propio cargo autoridad para valuar el grado de la culpa, de donde se infiere la «medida del resarcimiento» (3), ya que toda pena debe hallarse en proporción con la gravedad del hecho. Cuya teoría, si bien parece aconsejada por laudable sentimiento de equidad, no está conforme con la ley y no debe ser acogida.

Y esto no tanto por vía de la consideración hecha, á saber: el contraste irreductible entre la parte de la doctrina en que se enseña la obligación de responder por cualquier

(1) V. el cap. I y cap. II.

(2) V. la n. ant.

(3) V. LAURENT, ob. cit., XX, 530; cons. STROOSS, rel. cit., en *Zeitschr. f. d. schweiz. Rechts*, 1886, p. 593; v. HUGUENY, mon. cit.

culpa (exceptuando algunos especiales y determinados casos), y que quiere conferir al Juez el poder de evaluar siempre el grado de la culpa á fin de medir la extensión del resarcimiento, afirmando, pues, con esta última lo que se niega en la otra. De mayor importancia es la observación siguiente. La responsabilidad tiende á la reparación del daño injustamente causado; ahora bien: si la *injuria* existe siempre cuando concurre la culpa, y si el grado de levísima que en ésta existe mide su intensidad, sin alterar su esencia, es cierto, y la ley lo afirma, que la culpa levísima impone la obligación del resarcimiento del mismo modo que le impondría la grave, excepción hecha de los casos particularísimos en que por vía de excepción afirmada por la ley se establece una diferencia en el grado. Pero por lo común, cualquiera que éste sea, idéntica es la obligación del resarcimiento é idéntica la medida en que se debe efectuarlo; la *injuria*, ¿no existe quizá igualmente, sea la ofensa ocasionada con dolo, ó con culpa grave ó aun levísima? El daño, ¿no fué causado ilícitamente de igual modo? La naturaleza misma de la culpa extracontractual, ó mejor, de la *culpa* en general, declara ya que el grado no puede influir en la extensión del resarcimiento.

Se opone, es verdad, un argumento informado en gran equidad. Pero ¿puede ésta modificar los efectos de los preceptos legislativos, como si fuese institución superior á la ley? Negar á la equidad tal prevalencia, si bien se pueda tomarle como instrumento de interpretación, no es cosa que necesite mucha discusión (1); se dice que toda pena debe proporcionarse á la gravedad del hecho por justo principio de razón punitiva; pero en la materia de que se trata, esto puede valer únicamente como expresión de un sentido de equidad; ¿dónde está, en efecto, la figura propia de *pena* en la responsabilidad por *injuria* no contractual?

(1) Cons. la mon. de SCIALOJA, *Il diritto positivo e l'equità* (Camerino, 1880).

Afirmarla sería negar del todo la evolución histórica de la institución. Que en la *L. Aquilia* concurriese el carácter de penalidad; que por lo mismo no se hiciera consideración sólo del valor de la cosa tal cual era al ocurrir el hecho ilícito que causó deterioro ó destrucción, y sirviese de criterio de medida el mayor valor habido en el último año ó mes anteriores al hecho, es cierto; pero la acción que deriva de delito ó cuasidelito civil ha perdido desde entonces este su carácter originario; no quiere decir que no quede nada del mismo en la concepción actual, porque la ley, al declarar la responsabilidad por toda culpa, ha impreso en ella el sello de la razón pública, que reaparece en la imposibilidad de eliminar la culpa por medio de acuerdo anterior al hecho, y en la reparación del daño «moral» propiamente dicho; existe, pues, *pena*; pero reducida á la función indemnizadora, no la «*pena*» en el sentido específico que la distingue. Precisamente por esta discriminación entre el hecho ilícito civil y el penal, por tal individualización clara de la *pena*, nada dice el nombre de *delito* ó *cuasidelito* que ha quedado; es indiscutible que es delito la *injuria* con voluntad depravada de ofender; cuasidelito, la *injuria* cometida por culpa, y la responsabilidad se restringe sólo á la reparación económica. Si de los hechos ilícitos penales se responde también civilmente, ni altera ni mengua el concepto expuesto; el fenómeno se explica entonces por la separación entre la acción penal civil y la que se refiere sólo al resarcimiento; la entidad de la *injuria* es lo que determina la obligación con la sociedad ofendida (*pena*) y la obligación hacia el particular lesionado (*reparación*).

Esto sentado, es obvio concluir que mal se le consiente al Juez el poder de conocer del grado de la culpa para proporcionarle con la medida de la indemnización. Para acoger tal doctrina sería necesaria una disposición de ley ó la fijación genérica del grado de culpa de que se debe responder. Es lo que hacen algunas legislaciones extranjeras, no la italiana; parecerá demasiado rígida su disposición, pero

es conforme á la idea de «derecho» y á la razón de la «injuria» (1).

430. La única excepción que parecería compatible con el criterio de la ley se tendría en los casos en que esta misma, inducida por especiales consideraciones, limite la responsabilidad á un grado determinado de culpa; el Juez deberá entonces investigar si en el hecho sometido á su fallo concurre el elemento subjetivo en la forma que el precepto legislativo entiende para el uso especial, á fin de decidir si existe hecho ilícito. Pero el buen observador notará que ésta no es excepción en el sentido de que el Juez tenga poder de conocer del grado de la culpa y de medir el daño en proporción al mismo; el Juez tiene sólo la obligación de examinar si en el hecho existe el grado determinado de culpa que está previsto, y esto no significa que pueda valorar conforme á tal grado de extensión del daño, que siempre y de igual modo es debido. La excepción, por tanto, se refiere al grado de la culpa, no al poder del Juez en mantener el resarcimiento (2).

431. Otra limitación encuentra el poder del Magistrado en las reglas generales sobre indemnización, porque no puede ordenar la reparación de un daño que no sea consecuencia directa del hecho injuriosamente culposo, aunque dentro de estos límites su libertad de apreciación es grande. Reconocer si existe daño y cuál sea su entidad, es oficio abandonado enteramente á su sabio criterio (3); y en esto la cuestión es aquí casi siempre de hecho; no se dice *siem-*

(1) Sobre la prestación del daño efectivo y del lucro cesante (dolo ó negligencia evidente) y sólo del daño causado (culpa leve ó levisima), v. la n. 2 del n. 429. Cód. civ. austr., art. 1.323, 1.324, 1.331, 1.332; Ley fed. suiza de las oblig., art. 51, que da al juez un poder latísimo de estimación de la culpa para la medida de la indemnización. SCHNEIDER y FICK, ob. cit., art. 51.

(2) No es excepción de esta enseñanza la regla sobre compensación de la culpa. V. el cap. XVIII.

(3) BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, ob. cit., III, 1.870.

*pre*, porque si son impugnadas las apreciaciones del Juez del pleito respecto al *hecho*, puede surgir cuestión de derecho al decidir si el hecho determinado tiene en sí los elementos jurídicos necesarios para constituir efectivamente la *injuria* (1).

432. Esta libertad del Juez se manifiesta también al ordenar el modo de prestar la reparación. Que si se puede obtener la restitución de la cosa á que se ocasionó el daño, sea preferible imponer este medio de reparación á la obligación de entregar su valor al damnificado; que en el caso de deterioro causado en la cosa, el Juez pueda imponer al autor del daño la obligación de restaurarla, salvo, si no la cumple, la facultad del damnificado de poder ejecutar las reparaciones directamente á expensas del damnificante (2); son todas doctrinas propuestas y correctas, siempre que no se afirme que el Juez esté «obligado» á ordenar tales modos de reparación. Si la ley impone esto (3), no habría razón para promover dificultad ninguna; pero ella se remite por completo á la prudencia del Juez. El cual, cuando la cosa sólo estuviese deteriorada de forma que no pudiera servir al uso para que estaba destinada, podrá ordenar la *id q. interest* sobre la estimación; y si el deterioro fuese ligero, podrá unir á la restitución de la cosa la condena al pago del menor valor ó á las reparaciones que deban hacerse, con los demás daños que fueron consecuencia *directa* de la injuria.

(1) Cas. fr., 22 Dic. 1897 (DALL., *Pér.*, 1899, 1, 85).

(2) Resolución cierta, AUBRY y RAU, ob. cit., IV, § cit.; DEMO-LOMBE, ob. cit., VIII, 690; LAROMBIÈRE, ob. cit., s. art. 1.382-83, n. 27; Cód. civ. alemán, § 848; y v. PLANCK, ob. cit., sobre este §. Justo es, por tanto, poder ordenar la restitución de la cosa mal tenida contra el derecho del ofendido; pero si el autor de la injuria hubiese hecho gastos necesarios, ó útiles, el reembolso que le sea debido se regulará según las normas generales en materia de posesión. Así dispone expresamente el Cód. civ. alem., § 850.

(3) Cód. civ. austr., art. 1.123 pr.; Cód. civ. de Méjico, art. 1.583, 1.584.

Si el daño recayese sobre la persona, no cambian, como se ha observado, los elementos esenciales que determinan la resarcibilidad; aparte de lo que se ha dicho del daño moral, que huye á toda valuación material exacta; aparte el poder del Juez de ordenar los modos de reparación que más idóneos le parezcan á reintegrar el estado de la persona ofendida en su decoro (1), del daño *verdaderamente* resarcible por causa de lesión corporal ó psíquica, el Juez puede establecer la reparación en una suma pagadera como capital, ó bien en una renta pagadera por años, ó en períodos más cortos, según determine. De estas dos formas de liquidación, la segunda da tal vez mayor utilidad al damnificado, pero también menor garantía, puesto que puede ocurrir que, incluso por mala administración y *ex profeso*, el deudor caiga, andando el tiempo, en la imposibilidad de pagar la renta debida. Precisamente para evitar este peligro, en los reglamentos acerca de la responsabilidad de los patronos por accidentes de trabajo se ha preferido al sistema de la renta el pago de un capital fijado conforme al accidente. De esto mismo se puede traer otro argumento de demostración de cuanto se ha dicho, á saber: que por regla general, corresponde á la libre facultad del Magistrado el modo de prestar la indemnización.

Así es que la decisión del Juez de que el resarcimiento se preste en forma de *renta*, no se puede, en abstracto, contradecir seriamente; pero aparte la necesidad de que el derecho del damnificado se asegure contra los cambios posibles de fortuna del obligado, deberá el Magistrado mantenerse dentro de las condiciones que hagan que el asignar una renta no parezca insuficiente observancia de la razón del ofendido. Si el daño es cierto y fijo en su continuidad, parece obvio que no puede atenderse á su resarcimiento con la forma de la renta; el damnificado tiene desde luego

(1) Como la orden de publicación de la sentencia. V. BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, ob. cit., III, n. 2.889.

derecho al capital que representa la disminución patrimonial sufrida por la injuria; si, por el contrario, el daño fuese cierto, pero temporal, ó se pudiera dudar de su continuidad permanente, la asignación de la renta sería conveniente.

Pero á fin de evitar el peligro advertido, en todo caso se debe pensar de rodear la obligación de las garantías que puedan asegurar mejor su cumplimiento; no sería incorrecta la decisión que ordenara el pago de la renta en un título de la Deuda pública, cuya propiedad tendría el deudor, perteneciendo el usufructo, aunque temporal, al ofendido, cual resarcimiento.

432 bis. Se podrá establecer una renta vitalicia ó temporal (1), según la gravedad del daño; en este último caso, ó se le atribuye al mismo damnificado, y entonces la determinación incluye más bien una condición propia que un término, como acontecería si se dijera debida la renta hasta cuando el impedimento durare, siendo incierto ante todo, si cesará; ó se trata de otras personas á quienes la injuria haya causado daño estimable, y el término respecto á las mismas puede establecerse de un modo cierto (hasta una determinada edad), ó bien incluyendo condición (matrimonio). Combinando después los principios generales ya expuestos con los establecidos ahora, resulta que la asignación de una renta vitalicia condicionada no impediría

(1) BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, ob. cit., III, 2.877; LAROMBIÈRE, ob. cit., sobre el art. 1.382-83, n. 27; SOURDAT, ob. cit., I, 132 bis. Sobre el poder del Juez de establecer la indemnización, más bien que en una suma capital en una renta vitalicia, v. Ap. Nápoles, 16 Marzo 1900 (*Dir. e Giur.*, 1901, 927); Conf. Ap. Bolonia, 14 Febrero 1902 (*Temi*, 1902, 407), que afirma el derecho del damnificado por un accidente del tranvía á pretender que sea el resarcimiento liquidado en una suma total y no bajo la forma de indemnización diaria. Ciertamente, el Juez debe procurar que el derecho del ofendido al resarcimiento no esté puesto en peligro, y las precauciones expuestas en el texto parecen suficientes á compaginar el justo interés del lesionado con el poder del Magistrado.

que, cuando la gravedad del daño disminuya ó desaparezca, el Juez pueda volver sobre su decisión y quitar ó disminuir la obligación, ó disminuirla, declararla temporal, si es cierta la posibilidad de la cesación completa del perjuicio; como también el haberse ordenado el pago de una renta temporal no impide que la agravación de sus consecuencias dañosas ó la pérdida de esperanzas de eliminación de la causa del daño, aumenten la suma fijada y declaren la renta vitalicia.

En todo caso, el Juez, aun siendo libre para determinar la entidad y carácter de la renta, debe procurar con el mayor cuidado que los derechos respectivos de las partes no sufran lesión, especialmente si la renta asignada es temporal; la mala determinación del tiempo puede inducir agravio indebido al deudor ó pérdida al acreedor, ó cuando menos dar causa á nuevos litigios.

Ninguna dificultad puede ser obstáculo á que, fijada la indemnización en una suma cierta, determinada, el Juez, para mayor cautela del acreedor, ordene su prestación sobre un título de renta á su nombre.

433. Si la *determinación* del daño no se pudiere hacer con la celeridad que en materia de indemnización se desea justamente, ¿podrá el Juez consentir durante el juicio un anticipo provisional al damnificado? Cuando no haya duda alguna sobre la *existencia* del daño en su relación de causalidad con el hecho ilícito, y sólo sea *incierto la cantidad*, y de modo especial si el perito hubiese establecido un término á cuyo vencimiento creyese fijar con seguridad la entidad del perjuicio, ¿podrá el Juez asignar una suma por vía provisoria hasta que se tengan los elementos bastantes para resolver de modo definitivo dentro del término que se indique en la resolución? A las dos cuestiones se debe responder de modo distinto; ambas tienen especial relación con la hipótesis de daño causado á la persona; y la segunda, además, difiere de la anteriormente propuesta sobre la posibilidad de modificar la asignación de renta á título de

resarcimiento, porque en ella no se habla nada de renta, y la reserva de la liquidación definitiva, especialmente si hay un término expresamente fijado por el Juez, está expresamente contenida en la providencia.

De las dos dificultades, la primera no puede tener solución afirmativa. Es verdad que poniendo á contribución todos los recursos del procedimiento puede el demandado dilatarle, con el fin de inducir á la otra parte á abandonar la acción, ó aceptar una transacción que le convenga; es verdad que mientras se desenvuelve el juicio puede el damnificado venir á condiciones miserables; pero el Juez no puede, sin una disposición expresa de la ley, consentir asignaciones provisionales durante el juicio. Hasta que no se hayan discutido las pruebas acerca de la existencia de la culpa y no se dé sentencia, no existen acreedor ni deudor ciertos; si el demandado paga la asignación fijada y después es absuelto de la demanda, puede encontrarse sin garantías de restitución. La ley da de un modo expreso á la autoridad judicial, en caso de demanda de separación conyugal (1), la facultad de dictar las medidas que parezcan necesarias para los cónyuges y la prole, y, por tanto, la asignación provisional de alimentos; la relación entre las personas que sean parte en el juicio, y que tienen deber de prestar alimentos, y la necesidad de atender al interés de los hijos, indujo al legislador á tal medida. Así también ocurre en materia de accidentes del trabajo, salvo la repetibilidad (2); la razón social de la medida, la necesidad de socorro á quien se gana la vida con su trabajo, aconsejan justamente la favorable medida acogida.

Pero si á la primera de las dos cuestiones propuestas se responde negativamente, porque, si la ley no dispone de otro modo, no se puede desnaturalizar la esencia del juicio con la facultad al Juez de consentir asignaciones proviso-

(1) Cód. de proc. civ., art. 808.

(2) Texto único, 31 Enero 1904, art. 11.