

## § II.—UN HECHO ILICITO.

401. El hecho debe ser ilícito, por esto es que se llama *delito ó cuasidelito*. Se entiende por hecho ilícito todo lo que no se tiene el derecho de hacer. Los hechos lícitos no dan lugar á una acción de daños y perjuicios; aquel que hace lo que tiene el derecho de hacer, no causa daño, en este sentido, que no está obligado á repararlo. Tal es el principio. Queda por saber cuándo un hecho es ilícito y cuándo es lícito.

Núm. 1. *¿Cuándo es ilícito el hecho?*

402. Que los hechos castigados por una ley penal sean hechos ilícitos, esto no necesita decirse; toda infracción es, pues, un delito civil, siempre que de él resulte un daño (números 384-385). Hay un hecho que realmente constituye un delito criminal, pero que la ley no considera como tal: es el hecho de los herederos ó de la viuda que retienen ó distraen las cosas de una sucesión ó de una comunidad; el Código dispone que los culpables queden decaídos de la facultad de renunciar á la sucesión y que no pueden pretender ninguna parte en los objetos divertidos ó escondidos (artículos 792 y 1,460). Hemos explicado esta disposición en el título *De las Sucesiones* (t. IX, núms. 334 y siguientes), y volveremos á tratarla en el título *Del Contrato de Matrimonio*. El art. 792 no dice que los herederos estén obligados á daños y perjuicios, pero no necesitaba decirlo, es seguro que la detención y la mala versión, sean delitos civiles que caen bajo la aplicación del art. 1,382. La Corte de Casación ha aplicado este principio á un hecho particularmente odioso: Dos hermanos habían expoliado á su hermana por la sucesión paterna, mal versando en su perjuicio créditos hereditarios. No sabemos por qué la Corte califica este hecho de *cuasidelito*; si hay un delito bien caracterizado, es la mala

versión; la sentencia dice muy bien "la detención ó la mala versión implican la idea de dolo y fraude y, por consiguiente, la de que los hechos que los constituyen han sido cometidos concientemente y de mala fe." Luego son delitos. (1)

403. Hay hechos más odiosos porque son más graves, esto es la violación sistemática de la ley, la rebeldía contra el legislador; es decir, contra la soberanía nacional. La Corte de Casación asienta en principio que la negativa ilegal de ejecutar un simple reglamento administrativo, constituye un delito, en el sentido del art. 1,382, (2) y la cosa es evidente. No es necesario decir que el primer deber de los ciudadanos es obedecer á la ley, y que la desobediencia á la ley destruye la base del orden social. ¡Sin embargo, la gente de iglesia, obispos, canónigos, han dado en Bélgica este funesto ejemplo, predicando y practicando la rebeldía contra la ley! Importa hacer constar los hechos para la instrucción de las generaciones futuras.

La ley del 19 de Diciembre de 1864, confía la administración de las fundaciones de becas de gracia, así como su colocación á comisiones provinciales. Esta ley fué provocada por los escandalosos abusos de que se hicieron culpables los antiguos administradores que eran gentes de iglesia. Un decreto real (de 7 de Mayo de 1865, art. 36), promulgado en ejecución de la ley, ordenó á los administradores, entregar á las secretarías de las comisiones, todos los títulos y documentos de que eran depositarios y que concernían á las funciones que habían desempeñado. La gente de iglesia se negó á obedecer á la ley. Citarémos la contestación de uno de ellos, que da idea de la rebeldía clerical. "Siendo legítimos administradores de la fundación, esto bastaba para que creyeran no poder tomar parte directa ó indirecta á la ejecución de la ley de 19 de Diciembre de 1864, que conside-

1 Denegada, 14 de Diciembre de 1859. (Daloz, 1860, 1, 291.)

2 Denegada, 24 de Febrero de 1845 (Daloz, 1845, 1, 193.)

raban como atentatoria al derecho de propiedad y á los principios de la más sagrada justicia." Fué necesario que la Corte de Bruselas recordase á los legistas de iglesia que "todo ciudadano debe obedecer á la ley, que á nadie pertenece substraerse á su acción y contestar su fuerza obligatoria bajo el punto de vista de las opiniones personales que pueden serle contrarias." Esta resistencia á la ley, dice la Corte, no tiene otra causa que una oposición sistemática que nada justifica. La consecuencia es que aquellos que rehusan ejecutar la ley y la violan, deben personalmente responder de su desobediencia, la sentencia las condenó á daños y perjuicios de 400 francos, sin perjuicio de las multas venideras. (1)

Vamos á oír á un obispo y un canónigo; tiene alto el verbo, como conviene á los sucesores de los apóstoles. ¿Qué contestan á la acción que una comisión provincial estuvo obligada á promover contra ellos? La califican de "medida puramente agresiva y vejatoria." La Corte de Bruselas nos dirá quién era culpable de *agresión* y de *vejaciones*. Un decreto real había entregado á la comisión provincial del Hainaut, la gestión de los bienes de una fundación administrada por el obispo de Tournai y un canónigo. La comisión les notificó el decreto, y el colegio de los burgomaestros hizo una nueva ratificación al administrador de la beca de gracia; la tercera cita les previno que iban á ser perseguidos judicialmente. En fin, fué intentada la promoción. Esto se llama en el lenguaje de los legistas de iglesia, una medida de *agresión*, como quien dice, un acto de bandolerismo, y recordar á un obispo y á un canónigo que deben ejecutar la ley, es una medida *vejatoria*.

¿Cómo calificar la conducta de los defensores? Estaban en demora por espiración del plazo que la ley fijaba para el cumplimiento de sus obligaciones; puesto en demora por una

1 Bruselas, 7 de Agosto de 1866 (*Pasicrisia*, 1866, 2, 308).

acción judicial desde el 30 de Noviembre de 1865, hasta el 7 de Julio de 1866, guardaron un silencio absoluto, "faltando á la vez á un deber y á las conveniencias las más sencillas." Estos son los términos de la sentencia. Y ésta nos dice todo lo que significaba este silencio: los obispos no se atreven todavía á decir frente á la justicia hasta dónde llegan las pretensiones de la Iglesia; pero la doctrina ultramontana no es insecretaria para nadie; la hemos expuesto en otro lugar. (1) La Iglesia está fuera de la ley y más arriba que la ley; obedece cuando le place. Hé aquí, en substancia, el derecho católico. La Corte de Bruselas se conforma con decir que la conducta del obispo y del canónigo, poco conciliable con sus deberes y su posición, acusan en ellos la resolución premeditada de resistir á la ley, resolución que el obispo había claramente manifestado en una memoria impresa. Parece que las gentes de iglesia tienen un derecho suyo, como tienen una moral y una conciencia especial. El canónigo era contador, pretendía que sus existencias en numérico fueran de 4 francos 5 céntimos: que vengan á cobrarlos á mi casa, dijo. La Corte se tomó la molestia de contestarle que no es un simple deudor frente á su acreedor, que es un contador, depositario de fondos públicos, obligado á dar cuenta y obligado á liberarse en manos de su sucesor.

No es para enseñar el derecho á la gente de iglesia por lo que contestamos la decisión de la Corte. Se han encargado ellos mismos de probar que la violenta oposición que han hecho los obispos á la ley, solo era una arma de guerra; su objeto es la dominación; han vuelto á conquistar la mayoría, sus elegidos están en la Sala; sin duda su primer acto ha sido abatir la ley que *viola la propiedad*. De ninguna manera, éstos ejecutan la ley contra la que se habían rebelado. Casi es esto una escena de comedia, pero una comedia que mucho cuesta al país. Se predica la rebeldía contra

1 Véase mi *Estudio acerca de la Iglesia y el Estado en Bélgica*.

la ley, se destruye el respeto que se le debe y ¿qué sucede con la sociedad cuando ha perdido el culto del derecho, y que no le queda otra religión que la de los milagros y de las peregrinaciones? La caída del régimen de Napoleón responde á nuestra cuestión.

Una palabra aún acerca de los daños y perjuicios. La Corte de Bruselas, después de haber demostrado que la resistencia obstinada de los obispos y del canónigo, era el efecto de un sistema de oposición concertada á la ley; los condenó á entregar en el mes los documentos de que eran depositarios, bajo pena de multa de 5 francos por cada día de retardo. (1) Nos parece que los daños y perjuicios no estaban muy en relación con la gravedad del hecho; pero la sentencia quedará como un testimonio y como una mancha de las pretensiones ultramontanas.

404. Toda lesión de un derecho es un delito en el sentido del art. 1,382. (2) El principio es seguro, pero la aplicación tiene sus dificultades. Se necesita, ante todo, que haya un derecho, y los derechos, como las obligaciones, no nacen sino de la ley ó de las convenciones; es, pues, necesario que un derecho legal ó convencional esté lesado; entonces hay delito ó cuasidelito, pues el objeto del art. 1,382 es precisamente resguardar los derechos de los hombres en la sociedad civil, acordándoles una acción de daños y perjuicios contra los que los lesan.

Pero hay que cuidarse de creer que la *lesión* consiste en el daño que resulta de un hecho; el daño solo es uno de los elementos del hecho perjudicial; por sí solo no basta, es menester que un *derecho* esté *lesado*. La dificultad se ha presentado en el caso siguiente: Una sociedad industrial prohibió á sus operarios provisionarse en casa de tal comerciante; éste intentó una acción por daños y perjuicios contra el direc-

1 Bruselas, 20 de Enero de 1868 (*Pasicrisia*, 1868, 2, 113).

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 746, y nota 4.

tor. Su demanda fué desechada; en efecto, el director no atacaba un derecho legal ó convencional del demandante; por otro lado, tenía el derecho para imponer tal condición que juzgaba conveniente á sus operarios, á reserva que éstos no la aceptasen; de manera que el derecho de *nadie* resultaba lesado. El demandante pretendía que la sociedad había hecho esta prohibición para vengarse de él, porque había impedido el establecimiento de nuevos hornos de *cokes*. La Corte de Lieja insiste en este punto y dice que la intención de vengarse no está probada. (1) Creemos que aunque este hecho fuese probado, la prohibición no hubiera constituido un delito ni un cuasidelito; vengarse es un hecho que condena la moral, pero en derecho, esto no es el móvil del autor del hecho perjudicial, lo que decide si hay ó no delito; es menester que el hecho sea ilícito, es decir, que exista un derecho lesado; después de esto, se puede discutir si la lesión ha sido hecha por maldad ó no.

405. Desde que existe un derecho, toda traba llevada al ejercicio de este derecho, debe ser considerada como un delito, cuando ha habido intención de maldad, y como un cuasidelito cuando no hubo intención de dañar. El padre de un hijo natural da su poder para reconocerlo; después revoca este poder bajo la influencia de denuncias mentirosas de su hermano. Fué resuelto que éste estaba obligado á reparar el daño que había causado al hijo natural, impidiendo su reconocimiento. (2) Esta es la aplicación del principio que acabamos de establecer. El daño causado era incontestable. ¿Había lesión? El hijo natural tiene seguramente el derecho al reconocimiento; la ley le da acción contra su madre; si no se la da contra su padre, esto no impide que el hijo tenga un derecho; si este derecho está lesado, hay hecho ilícito; luego, delito ó cuasidelito. Se objetaría en vano que pone

1 Lieja, 14 de Enero de 1856 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 110).

2 Bourges, 6 de Junio de 1860 (*Dalloz*, 1861, 2, 9).

trabas al reconocimiento del hijo que ejerce también un derecho y aun cumple un deber de familia, suponiendo que esté de buena fe y que aquel que usa de un derecho no perjudique malamente á una persona. Esto no es exacto; diremos más adelante que no está permitido usar de un derecho, lesando el derecho de un tercero.

406. El derecho de testar es un atributo de la propiedad. Aquel que pone trabas á este derecho impidiendo á una persona tomar sus últimas disposiciones que tenía intención de tomar, lesa un derecho, en perjuicio de aquel á quien hubiera aprovechado la liberalidad; éste tiene, pues, el derecho de reclamar daños y perjuicios. Así mismo, aquel que destruye un testamento por dolo ó por imprudencia comete un delito ó un cuasidelito. Transladamos á lo que fué dicho en el título *De los Testamentos*.

El derecho de los herederos *ab intestato* es aun más sagrado que el de los herederos testamentarios, puesto que lo tienen de Dios, como dicen nuestras antiguas costumbres. Si, pues, los parientes lejanos se apoderan de una herencia en perjuicio de los parientes cercanos, les impiden el ejercicio de un derecho, y por consiguiente, están obligados á los daños y perjuicios que resulten de su delito. Ha sido sentenciado que la reparación consiste en la restitución de los valores hereditarios en naturaleza y á defecto de ellos, en daños y perjuicios equivalentes. (1) Esto no es exacto: la obligación de restituir es una consecuencia de la acción de petición de herencia. Además de la restitución, puede haber lugar á daños y perjuicios si hubo delito ó cuasidelito. Además, como lo decidió la Corte de Nimes, si hay un hecho perjudicial en el sentido del art. 1,382, las condenas pueden ser pronunciadas solidariamente, según la jurisprudencia aceptada.

407. La propiedad es un derecho. Según los términos

1 Nimes, 7 de Marzo de 1853 (Daloz, 1854, 2, 250).

del art. 544, el propietario tiene el derecho de gozar y disponer del modo más absoluto. ¿La lesión de este derecho constituye un delito? La afirmativa no es dudosa, pero la dificultad está en saber cuándo hay lesión del derecho de propiedad. No basta que haya daño causado á un propietario por su colindante; aquel que causó el daño puede responder que ha usado de un derecho, y que no es responsable del daño que resulte del ejercicio de un derecho. Para que haya delito ó cuasidelito, es necesario, además del daño, que el derecho de propiedad haya sido lesado, y se entiende aquí por derecho de propiedad todo derecho acordado por la ley ó establecido por una convención. Hemos establecido el principio en otro lugar; (1) vamos á aplicarlo á trabajos públicos ejecutados por el Estado, la provincia ó el municipio ó por un concesionario; los principios son los mismos cualquiera que sea el que ejecute los trabajos, pues éstos se hacen siempre por interés público, y es el conflicto del interés general con los derechos de los individuos el que levanta serias dificultades.

*Núm. 2. ¿Hay delito ó cuasidelito cuando el autor de un hecho dañoso ha usado de un derecho?*

408. Hay un antiguo adagio que parece decir que aquel que causa un daño usando de un derecho no está obligado á repararlo. Si se toma esta máxima en un sentido absoluto, resulta falsa. Hemos dicho en otro lugar que el propietario que usa de un derecho y causa un daño, debe repararlo si ha lesado el derecho de un tercero. El Estado que ejecuta trabajos de utilidad pública, ejerce un derecho y cumple con un deber; sin embargo, como lo diremos más adelante, debe reparar el daño que causa cuando, usando de su de-

1 Véase el tomo VI de mis *Principios*, págs. 211 y siguientes, números 136-155.

recho, lesa el derecho ajeno. ¿Qué significa, pues, el adagio y cuándo recibe su aplicación? Supone que el hecho dañoso no ha lesado el derecho de aquel que resiente el daño. ¿Aquel que lo causó debe repararlo? No, si causó el daño en uso de su derecho. Sí, si no tenía el derecho de hacer lo que hizo; hay un delito ó un cuasidelito en este caso por el solo hecho de haberse causado un daño sin derecho. El adagio que aquel que usa de su derecho no perjudica á nadie quiere, pues, decir que el solo hecho de un daño causado no arrastra la obligación de repararlo; hay que ver si el autor del hecho perjudicial usó de un derecho sin lesar el derecho ajeno; en este caso, no hay delito ni cuasidelito; luego no puede haber obligación de reparar el daño.

409. El principio tal como acabamos de formularlo, está admitido por todos, solo que se enuncia de ordinario en términos demasiado absolutos. Aquel que usa de su derecho no comete ninguna falta, se dice; si resulta de ello algún daño ajeno, esto es una desgracia que el autor del hecho no está obligado á reparar, y que aun está como si no lo hubiera causado. Hé aquí lo que dice Toullier, y se encuentra la misma explicación en todos los autores. (1) Nada es más exacto, siempre que se subentienda que aquel que causó un daño usando de su derecho no lese ningún derecho. Los ejemplos que se citan de costumbre no tienen otro sentido.

Al hacer un pozo en mi fundo, seco los veneros que alimentaban el pozo de mi vecino. Esto es un perjuicio que mi vecino reciente por mi hecho. ¿Estoy obligado á repararlo? No, dice Toullier, porque solo usé de mi derecho, *sin cometer ninguna falta*. Estas últimas palabras implican la restricción con la que debe entenderse el principio. No cometo ninguna falta porque leso el derecho de mi vecino; no tenía derecho á las aguas de estos veneros, éstos perte-

1 Toullier, t. VI, l. 1, pág. 92, núm. 119.

necen al dueño del fundo en que brotan, el propietario inferior no tiene derecho á ellas sino en virtud de una convención; si no hay ningún derecho convencional y si no tiene derechos adquiridos por prescripción, puedo, como dueño del venero, usar de ella y aun absorberla. Estoy sin culpa al hacerlo así, porque solo hago lo que tenía el derecho de hacer, sin atacar el derecho de mi vecino.

Lo mismo sucede si al labrar la tierra corto las raíces de los árboles del jardín vecino que esta operación hace secar. La ley dice, en efecto, que si las raíces de un árbol se extienden en la heredad del vecino, éste tiene el derecho de cortarlas (art. 672); si usando de este derecho, el árbol perece, ¿leso el derecho del propietario? No, porque éste viola la ley, por el hecho de que su árbol extiende sus raíces en el fundo del vecino; y no puede prevalecerse de la violación de la ley para reclamar daños y perjuicios.

410. Domat, al asestar el principio de que buscamos la verdadera significación, le da esta restricción que aquel que hace lo que tiene el derecho de hacer, está obligado á daños y perjuicios que de ello resultan, si solo ha obrado para perjudicar á los demás sin ninguna utilidad para él; en este caso, dice, esto sería una malicia que no debe sufrir la equidad. Hemos reproducido esta restricción en el título *De la Propiedad* (t. VI, núm. 140). Se deduce esta consecuencia, formulada en el Código prusiano, que aquel que entre varias maneras de ejercer su derecho, escogió la que pudiera ser perjudicial, debe una indemnización por el daño causado. (1) Unos fabricantes embarcaron unos productos consignados á una casa rival, pretendiendo que eran imitación de los suyos; luego se quejaron de contrahacimiento ante los tribunales correccionales. Los reos fueron absueltos por motivo que los productos incriminados eran enteramente distintos de los de los quejantes. De esto, una acción por daños

1 Sourdat, *De la responsabilidad*, t. I, pág. 443, núm. 439.

y perjuicios contra éstos; la demanda fué acogida porque los demandantes, después de haber embargado los productos pretendidos contrahechos, habiáanse quejado ante los tribunales correccionales con un objeto de maldad y acción. Recurso de casación. Se dijo en apoyo del recurso que los demandantes tenían derecho de llevar su acción ante el Tribunal Correccional; condenándolos á daños y perjuicios, la Corte había, pues, violado la máxima *Nemo dominum facit qui suo jure utitur*. La Corte de Casación pronunció una sentencia de denegada, por razón que el juez del hecho había decidido que las promociones eran malquerientes y vejatorias. (1)

411. Se sigue de esto que debe distinguirse entre el uso y el abuso de un derecho. Abusar de un derecho no es usar de él. Bien se dice que el propietario tiene el derecho de usar y abusar, esto es verdad, en tanto que el abuso no perjudica sino al propietario, pero si abusó de su derecho con objeto de dañar, es responsable del daño que causa, pues la ley concede derechos á los hombres porque les son necesarios para su vida física, intelectual y moral, y no les concede derechos para satisfacer sus malas pasiones. Luego el abuso del derecho no es ya un derecho.

La defensa propia es el más natural de los derechos, y la ley la consagra disponiendo que la defensa propia excluye todo crimen y delito. ¿Debe concluirse con la Corte de Casación que la defensa propia excluye igualmente toda culpa y que, por consiguiente, aquel que la hizo necesaria por su apresión no puede reclamar daños y perjuicios? (2) La decisión es demasiado absoluta. De que no hay delito criminal, no puede concluirse que en ningún caso no haya daño causado y cuasidelito. El juez puede, pues, decidir según las circunstancias de la causa, que aquel que se defen-

1 Denegada, 2 de Diciembre de 1861 (Daloz, 1862, 1, 171).

2 Casación, Sección Criminal, 1.º de Agosto de 1835 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 101, 1.º) Compárese Renhes, 25 de Abril de 1836 (*ibid.*, núm. 102, 2.º).

dió contra una agresión injusta, es sin embargo, responsable como autor de un hecho perjudicial. Así sucede con aquel que da la muerte en duelo, aunque esté resuelto por el jurado que el hecho tuvo lugar en la necesidad actual de legítima defensa, el Tribunal Civil puede conceder daños y perjuicios á los herederos del que fué matado, aunque hubiese sido el agresor. Solo que el juez tendrá en cuenta la agresión y todas las circunstancias de la causa, para proporcionar los daños y perjuicios á la gravedad de la culpa. Así, la Corte de Lieja decidió que por razón de las faltas del agresor que fué matado en duelo, no había lugar á condenar á aquel que le había matado, sino á costas por todos daños y perjuicios. (1)

412. Promover en justicia, ya sea demandando, ya sea defendiéndose, es sin duda un derecho sagrado. El ejercicio de este derecho puede causar un daño: ¿el demandante ó el demandado están obligados á repararlo? No puede aplicarse á los procesos lo que hemos dicho de la lesión de un derecho. Aquel que intenta una acción en justicia y que sucumbe no lesa el derecho del demandado, aunque éste obtenga en la causa, pues este derecho era dudoso; luego no hay derecho lesado. Lo mismo pasa con el demandado que sucumbe. Pero no basta que ningún derecho esté lesado para que el autor del hecho perjudicial esté al abrigo de una acción por daños y perjuicios, es necesario además que haya usado de su derecho de buena fe sin ninguna mala intención. Luego el litigante podrá ser condenado á daños y perjuicios si abusa de su derecho. Una ordenanza de Francisco I de 1539, mandaba que en toda materia se adjudicasen daños y perjuicios proporcionales á la *temeridad* de la acción de aquel que sucumbía. Nuestras leyes ya no contienen disposiciones contra

1 Lieja, 5 de Mayo de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, 2, 115). Compárese Corte de assises, del Aveyron, 13 de Noviembre de 1835 (Daloz, en la palabra *Instrucción criminal*, núm. 227, 1.º).

los *temerarios* litigantes; éstos quedan, pues, bajo el imperio del derecho común; es decir, que se les aplica el art. 1,382.

La jurisprudencia parece limitar la responsabilidad del litigante temerario al caso en que éste es de mala fe. Se lee en una sentencia de la Corte de Casación que si, según los términos del art. 1,382, todo hecho del hombre que causa un daño ajeno, obliga á aquel por cuya culpa ha sucedido, á repararlo; el art. 130 del Código de Procedimientos somete en general á las costas á la parte que sucumbe en una contestación judicial. ¿Quiere esto decir que el art. 130 derogue al art. 1,382? Esto sería mal argumentar. El art. 130 no se ocupa de los daños y perjuicios, y solo es mediante un argumento *á contrario* como se podría deducir que la ley limita los daños y perjuicios á las costas del proceso; pero esta argumentación haría decir á la ley otra cosa de lo que dice: decir que la parte que sucumba debe soportar las costas, no es decir que no pueda ser condenada á daños y perjuicios. La Corte de Casación misma ha resuelto que no obstante el art. 130, la parte que sucumbe puede, sin ninguna duda, ser sentenciada á daños y perjuicios hácia aquel que gana el proceso, si promovió por espíritu de chicana ó con una mira vejatoria, pero que la *buena ó mala fe* de los litigantes queda sometida á la apreciación soberana de los jueces de la causa. (1) ¿En virtud de qué texto ó de qué principio la Corte de Casación limita la responsabilidad del litigante temerario á aquel que litiga de *mala fe*? No es el art. 130 el que lo dice; aunque la parte que sucumbe hubiera sido de buena fe, no por eso debiera menos pagar los gastos, lo que prueba que la distinción es falsa. ¿Será en el art. 1,382 donde se funda la Corte de Casación? Nó, pues esta disposición no habla ni de la buena ni de la mala fe, solo exige la culpa;

1 Denegada. 13 de Julio de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 240). En el mismo sentido Bastia, 24 de Abril de 1840 (Dalloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 213).

cuando ésta es un dolo, hay delito; cuando es una negligencia ó una imprudencia, hay cuasidélito. La regla general es, pues, que la responsabilidad puede existir sin que haya mala fe. En definitiva, la Corte de Casación establece un principio que no está escrito en la ley.

¿Es siquiera un principio? Hemos dicho que la jurisprudencia *parece* exigir la mala fe para que el litigante sea responsable. A decir verdad, no tiene principio seguro. Una sentencia más reciente de la Corte de Casación, se conforma con una simple imprudencia cuando se trata de la ejecución de una sentencia ejecutoria por provisión no obstante la apelación. La parte que obtuvo una sentencia que ejecuta de buena fe es más favorable que el litigante de temerario; tiene derecho incontestable para perseguir la ejecución de la sentencia; esta sentencia tiene provisoriamente autoridad de cosa juzgada y, sin embargo, lo Corte decide que la parte solo usa de este derecho á sus riesgos y á su cargo, en caso de infirmación, de reparar el perjuicio que la ejecución provisoria ha podido causar. Sería contrario á la equidad, dice la Corte, que el apelante cuya resistencia está en definitiva fundada, debiera soportar el perjuicio de una ejecución que su adversario tuvo la *imprudencia* de promover, antes de haber adquirido su derecho; importa poco que la ejecución no haya sido declarada de mala fe y con intención de dañar, basta que haya arrastrado un perjuicio para que su autor esté obligado á repararlo según los términos de los principios generales del derecho, que hacen á cada cual responsable de sus hechos y ven una *culpa imputable* en una sencilla *imprudencia*. (1)

Tal es, en nuestro concepto, el verdadero principio: esto es el derecho común, y éste debe recibir su aplicación en todos los casos, á no ser que la ley lo derogue. Una sentencia reciente de la Corte de Casación aplicó este principio con

1 Denegada, 24 de Abril de 1864 (Dalloz, 1864, 1, 303).

mucho rigor. Se trataba de un embargo precautorio; la Corte de Tolosa había condenado al demandante á daños y perjuicios por el único motivo de que el embargo practicado por él había sido declarado mal fundado, sin que constara que hubiera mala fe, ni siquiera que hubiera cometido una falta. Recurso de casación por falsa aplicación del art. 1,382, y del art. 131 del Código de Procedimientos. La Corte pronunció una sentencia de denegada, por motivo de que el embargante no era acreedor en el momento en que practicó el embargo. Esto basta para que haya culpa; indebidamente practicado, el embargo impidió al acreedor de percibir los fondos que le eran debidos, y así le perjudicó. (1)

413. Hay una numerosa jurisprudencia acerca de la cuestión que acabamos de discutir. Las cortes de Bélgica exigen, para que haya lugar á condenar por daños y perjuicios al litigante temerario, que haya litigado de mala fe, con espíritu de vejación ó con intención de perjudicar; cuando hay buena fe, no aplica el art. 1,382. (2) Esto es decidir que el hecho perjudicial debe constituir un delito para dar lugar á daños y perjuicios en materia de procesos temerarios, y que el cuasidélito no obliga al litigante á reparar el daño que ha causado por su ligereza y su imprudencia. Buscamos en vano el motivo de esta excepción; por el solo hecho de ser una excepción, no pertenece á los tribunales el hacerlo, pues esto es hacer la ley; en realidad, los tribunales hacen la ley cuando exigen la mala fe para que haya hecho perjudicial, y en nuestro concepto, hacen mal. En todos estos debates se oye repetir la máxima que aquel que litiga usa de su derecho y que aquel que ejercita un derecho no daña

1 Denegada, 17 de Marzo de 1873 [Dalloz, 1874, 1, 33].

2 Bruselas, 25 de Octubre de 1843 (*Pasicrisia*, 1844, 2, 228); 26 de Enero de 1863 (*Pasicrisia*, 1863, 2, 209); 19 de Febrero de 1869 (*Pasicrisia*, 1869, 2, 231). Gante, 13 de Agosto de 1844 (*Pasicrisia*, 1844, 2, 248). Lieja, 12 de Marzo de 1859 (*Pasicrisia*, 1860, 2, 239); 22 de Mayo de 1869 (*Pasicrisia*, 1871, 2, 90); 26 de Junio de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 316).

á nadie. Esto es olvidar que el litigante temerario tiene un adversario; hay dos derechos en conflicto; el derecho del litigante temerario, no es, pues, un derecho absoluto, lo debe ejercer de manera á no abusar de él en perjuicio de la parte adversa; no se tiene derecho á perturbar el descanso y causar un perjuicio litigante temerariamente; si lo hace uno, no se usa ya de un derecho, se abusa de él, y el abuso de un derecho cae bajo la aplicación del art. 1,382, aunque aquel que abuse sea de buena fe. Todo hecho del hombre, según los términos del art. 1,382, que causa un daño ageno, obliga á aquel por cuya culpa ha sucedido á repararlo; esta disposición, dice la Corte, es general y puede, según las circunstancias, hallar su aplicación al perjuicio causado por una acción temerariamente promovida. (1)

La jurisprudencia francesa es bastante indecisa, lo que se comprende por la influencia inevitable del hecho en la cuestión de responsabilidad. Hay un punto acerca del cual las sentencias están unánimes. Cuando una parte provoca contestaciones con objeto vejatorio sin tener en ellas un interés legítimo, solo para atormentar á su adversario, hay delito, y todo delito da lugar á reparación. (2) Con mayor razón hay lugar á aplicar el art. 1,382 cuando una parte es culpable de dolo y fraude. (3) Tal sería el caso de una venta hecha en fraude de los acreedores. (4) Un proceso más odioso todavía es aquel que promueven los herederos cuando heridos en sus intereses, atacan las últimas voluntades del difunto, alegando una captación imaginaria; el Tribunal que ordena la supresión en los escritos notificados, de los hechos difamatorios y calumnias hechas por los demandantes pue-

1 Bruselas, 2 de Agosto de 1837 (*Pasicrisia*, 1837, 2, 202).

2 Denegada, 3 de Mayo de 1836, 4 de Enero de 1837, 13 de Julio de 1841, 17 de Junio de 1841 [Dalloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 112, 4°, 5°, 6°, 7° y 8°].

3 Metz, 26 de Julio de 1866 [Dalloz, 1866, 2, 229].

4 Metz, 18 de Noviembre de 1868 [Dalloz, 1869, 2, 229].

de y debe condenar á aquellos á daños y perjuicios; en semejantes circunstancias, dice muy bien la Corte, lejos de valuar los daños y perjuicios con indulgencia, el deber del juez es apreciarlos rigurosamente. (1)

No debe inducirse de esto que los tribunales no conceden daños y perjuicios sino cuando hay fraude ó dolo, ó cuando menos mala fe. Estos deciden según las circunstancias. Una convención consta en acta privada; una de las partes pretende que la otra ha violado y promueve en justicia, lo que obliga al registro del acta; el promovente sucumbe. La Corte lo condena á soportar los gastos de registro, sin hacer constar su espíritu de vejación ni mala fe alguna; había culpa ó cuasidelito en el sentido lato del art. 1,382, decisión tan justa como equitativa y que prueba que no se haría bien en exigir la mala fe como condición del hecho perjudiciable en materia de proceso. (2) Una acción posesoria ha sido declarada no fundada, después de largos procedimientos y una sentencia de casación. En el recurso, el Tribunal de Alby condenó al demandante á daños y perjuicios. Nuevo recurso de casación fundado en que la sentencia atacada no hacía constar que hubiera habido mala fe, ni siquiera culpa. La Corte pronunció una sentencia de denegada, bastante conforme con nuestra opinión. "Sí, dice la sentencia, la nueva legislación no reprodujo las disposiciones del antiguo derecho que castigaba con pena pecuniaria á los litigantes temerarios; es, sin embargo, seguro en jurisprudencia que aquel que intenta una acción *injusta, mal fundada ó sin interés* para él, puede ser condenado á daños y perjuicios en virtud de los arts. 1,382-1383, si esta acción ha causado al demandado un perjuicio del que pertenece al juez del hecho comprobar la realidad y apreciar su importancia." (3) Es

1 Gante, 3 de Agosto de 1865 (*Pasicrisia*, 1865, 2, 383).

2 Paris, 11 de Julio de 1867 (Dalloz, 1867, 2, 176).

3 Denegada, 18 de Mayo de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 334).

igualmente seguro que una acción puede ser *injusta, mal fundada y sin interés*, aunque el demandado sea de buena fe; luego una simple imprudencia ó un cuasidelito, basta. Esta es la verdadera doctrina.

414. La jurisprudencia es más rigurosa para el litigante que ocurre á vías de ejecución, aunque promueva en los límites de su derecho. Aquel que ejecuta una sentencia por defecto ejerce ciertamente un derecho; sin embargo, la Corte ha decidido que la puesta en ejecución de la sentencia por defecto atacable por oposición constituye una facultad cuyo uso tiene lugar á riesgo de la parte á quien la ley permite usar de ella. Esta parte puede promover entonces en virtud de un título cuya validez está subordinada á la condición que no será formada oposición ó que la oposición formada se desechará. De esto concluye la Corte que la parte es responsable del daño que causa por sus actos de ejecución, sin exigir que lo haga con mala fe. Este es el principio del art. 1,382. (1)

Igual jurisprudencia en materia de embargos. Cuando el embargo es doloso, (2) frustratorio, (3) exagerado, (4) la culpa es evidente y así mismo, cuando el embargante promueve por espíritu de vejación. (5) Pero la Corte de Casación no exige que el embargo constituya un delito; basta que éste se reconozca como mal fundado; (6) lo que es muy compatible con la buena fe. La buena ó mala fe no debe ser tomada en consideración sino para decidir si hubo delito ó cuasidelito: puede resultar de esto una diferencia en la cuo-

1 Denegada, 3 de Febrero de 1863 (Dalloz, 1863, 1, 163).

2 Denegada, 12 de Febrero de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 275).

3 Denegada, Sala Civil, 16 de Febrero de 1858 [Dalloz, 1858, 1, 128].

4 Aix, 24 de Agosto de 1870 [Dalloz 1871, 2, 226].

5 Denegada, 28 de Agosto de 1821 (Dalloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 112, 3°).

6 Burdeos, 11 de Abril de 1834 (Dalloz, en la palabra *Costas*, número 128).

tidad de los daños y perjuicios, pero la buena fe no impide que haya hecho perjudiciable en el sentido del art. 1,382; es siempre al principio general al que debe uno atenerse. (1)

415. El uso del derecho de propiedad da lugar á frecuentes contestaciones. Hemos establecido en otro lugar el límite en que para el derecho de propiedad, no lesa el derecho ajeno; no es responsable del daño que causa, pero no puede usar de su derecho de manera que perjudique el derecho de los demás propietarios; el derecho del uno limita necesariamente el derecho del otro. (2) La jurisprudencia no formula el principio con esta precisión; pero en nuestra materia, más que en cualquiera otra, la precisión es necesaria, pues todo depende del hecho que puede ser perjudiciable sin constituir, sin embargo, un cuasidélito. Un propietario constituye un depósito destinado á recibir aguas fangosas, las que después de mezcladas con aguas de riego, salían por un caño á lo largo de una propiedad vecina. A menudo un olor nauseabundo salía del deponte y se esparcía en las inmediaciones, y penetraba hasta el interior de las habitaciones vecinas. La Corte de Casación que conocía del recurso contra la sentencia de la Corte de Aix, la que había aplicado el art. 1,382, asienta en principio que "cualquiera que sean los derechos de propiedad, no pueden autorizar al propietario á hacer de ellos un uso nocivo á la propiedad de los demás." Esto es demasiado absoluto: No es exacto decir que todo hecho por el que un propietario que usa de su derecho, perjudica á su vecino, comprometa su responsabilidad; es menester además que haya lesión del derecho de aquel á quien es causado el daño. Este era el caso, en la especie, y la Corte de Casación lo prueba muy bien: "Aquel que establece en su terreno sin las necesarias precauciones para evitar los inconvenientes,

1 Denegada. 18 de Julio de 1811 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 112, 2º).

2 Véase el t. VI de mis *Principios*, págs. 211-244, núms. 136-155.

materias esparciendo mal olor, propaga en la propiedad ajena exhalaciones y miasmas que en ciertos casos solo pueden afectar el olfato, en ciertos pueden perjudicar las cosechas ó la salud." Y, todo hombre tiene derecho al buen aire puro, condición de la vida, también tiene derecho al buen aire para las plantaciones; luego es atacar un derecho, el esparcir malos olores nocivos. En vano el recurso invocaba el derecho del propietario, el interés de la agricultura; el derecho de propiedad debe conciliarse con el igual derecho del propietario vecino, y el derecho es más fuerte que el interés de la agricultura. Hay, además, medios de conciliar el interés general con el derecho de los vecinos, esto es tomar las necesarias precauciones para que el uso del derecho del uno no perjudique al derecho de los demás. (1)

Una sentencia de la Corte de Bruselas aplica el principio á la infiltración de aguas nocivas y la formula con precisión. Aguas procedentes de la fabricación de jabón penetraron en el pozo de un propietario vecino y volvieron el agua impropia para los usos ordinarios de la vida. Acción por daños y perjuicios. El demandado contestó que solo había usado de su derecho de propiedad. Si, dijo la Corte, pero el ejercicio del derecho de uno, nunca puede impedir el derecho de los demás. El demandado objetaba también que el pozo de su vecino estaba ahondado en un mal terreno y mal construido, y que lo habían abierto posteriormente al establecimiento de la jabonería. Poco importa, dijo la Corte; el propietario está en su derecho en hacer un pozo en su terreno; á aquel que esparce aguas insalubres en la vecindad, toca garantizar á sus vecinos. (2) Esto nos parece demasiado absoluto. Si el propietario de la jabonería debe tener en cuenta el derecho de sus vecinos, el propietario del pozo

1 Denegada. Sala Civil, 8 de Junio de 1857 (Daloz, 1857, 1, 293).

2 Bruselas, 5 de Julio de 1854 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 83). Compárese Bruselas, 10 de Mayo de 1851 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 46).

está también obligado. Se deben conciliar los varios derechos y no sacrificar el uno al otro.

416. La Corte de Bruselas ha consagrado esta restricción en el caso siguiente. Un propietario construye primero en un terreno, pero construye mal sin tener en cuenta la naturaleza del suelo. Los vicios de la construcción se hacen notar en el momento en que nuevas construcciones se levantan en el vecindario. ¿Quién debe soportar las consecuencias de la construcción viciosa? El propietario cuya casa está cuarteada pretende que la nueva casa es la causa del daño, que toca al constructor tomar las precauciones necesarias para no perjudicar á sus vecinos. La Corte no admitió esta pretensión: dijo muy bien, que aquel que construye mal por su hecho, no puede imponer á sus vecinos una especie de servidumbre, ó para decir mejor, de obligación que consistiría en poner á su cargo los trabajos y gastos hechos, necesarios por las construcciones viciosas hechas por él. No se puede precisamente reprochar una falta al propietario que construyó mal; usó de su derecho, pero hace mal uso de este derecho, y á él toca naturalmente sufrir las consecuencias. (1) Ni siquiera puede decirse que el propietario sufra un perjuicio por las nuevas construcciones, pues éstas solo son la acusación para poner en relieve los vicios de sus propias construcciones. El vicio es quien es la verdadera causa del daño; y este vicio es el hecho del propietario; lo que es decisivo.

417. El Código hace mal en decir que el propietario debe gozar y disponer de su casa de la *manera más absoluta*; el art. 545 agrega una restricción que destruye el pretendido principio del derecho absoluto. No hay derechos absolutos. La vida común impone sacrificios recíprocos. De esto las obligaciones resultando de la vecindad; hemos ex-

1 Bruselas, 4 de Junio de 1856 y 15 de Noviembre de 1862 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 378, y 1863, 2, 356, dos sentencias).

puesto en otro lugar el principio y la aplicación que se hace de ellas á la industria (t. VII, núms. 144-153); volveremos á tratarlas más adelante.

Núm 3. *El principio del art. 1,382, ¿se aplica al Estado?*

#### I. *Del poder legislativo.*

418 Se asienta de ordinario como principio que el Estado no es responsable como poder público. "Los hechos cumplidos por el Estado, ya sea que se refieran á disposiciones legislativas, ó á medidas de gobierno y de administración tomadas en interés general de orden y seguridad pública, no da nunca, en favor de los individuos que se pretenden perjudicados por ellos, motivo á una acción por indemnización ó reparación civil." (1) Esto es demasiado absoluto. Por la palabra *Estado* se entiende ordinariamente el gobierno; es decir, el poder ejecutivo. La palabra se toma también en un sentido más general, como el conjunto de los poderes que proceden de la nación. Según nuestra constitución, la nación es la soberana, pero no ejerce directamente la soberanía; la nación es soberana en este sentido que todos los poderes proceden de ella; estos poderes son el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial. Cuando, pues, se pregunta si el Estado es responsable, debe verse si los diversos poderes lo son.

La soberanía es por la naturaleza irresponsable; la nación no es seguramente responsable aunque los poderes procedan de ella. ¿Sucede lo mismo con los poderes mediante los que ejerce su soberanía? El poder legislativo es responsable. Obediencia es debida á la ley, aunque perjudicase derechos individuales. La responsabilidad se traduce en una acción judicial; y no se concibe que los tribunales conozcan de una acción por daños y perjuicios contra el legislador,

1 Larombière, t. V, pág. 691, núm. 10 (Ed. B., t. III, pág. 422).