

tercer capítulo de la ley Aquilia (1) realmente excluían el *no hacer*, é incluían la necesidad de una acción de que derivase *injuria*, indicando, ante todo, diversas formas, en las cuales la acción ilícita podía manifestarse (por ejemplo, *usserit, fregerit*), y estableciendo luego un término general que comprendía á todas (*ruperit*). Pero aquí hay que repetir la observación relativa á la extensión que hubo la ley Aquilia. En efecto: admitido el concepto de la responsabilidad nacida de la *injuria*, como era necesidad lógica deducir (ampliando los límites en que artificialmente la ley restringía el principio que en sí tiene la extensión correspondiente al concepto del *derecho*) que todo derecho debía tener defensa, se debía argumentar que todo modo de producir la lesión injuriosa debía también constituir *injuria*. De este modo, si la acción concedida por la ley (*a. directa*) nacía de los *hechos* positivos indicados en la misma, de las omisiones injuriosas debía nacer la *actio utilis*.

Tal es el interés de la distinción respecto á las fuentes. Sus límites (omisión injuriosa) demuestran que sólo infundadamente se afirma que en el movimiento integrativo de su constante arreglo, la jurisprudencia desarrollada alrededor de la ley Aquilia negase á ésta toda virtud en el caso de omisión, estableciendo que la injuria en materia no contractual sólo podía darse con un hecho positivo (*factum contra ius*) (2). De nada vale decir que el desarrollo del principio legal debía atribuir á la omisión carácter injurioso siempre que la precediera ó acompañara un hecho *positivo*; porque si éste era *ilícito*, ya la omisión estaba comprendida, y si *lícito*, su omisión culposa era injuria de por sí. Mucho menos valdría alegar que constituye culpa contractual la violación del deber existente, porque no todo deber impuesto induce una relación de obligación.

(1) V. el cap. I, § 1.

(2) V. el cap. I, § 1; Dernburg, *Pand.*, II, § 131; Pernice, ob. cit., p. 164 y sig.

28. En el derecho moderno se manifiesta una opinión enteramente contraria á la indicada, y se enseña que el que, pudiendo impedir á otros la ejecución de daño injusto, dejase de hacerlo, debe ser responsable ante el perjudicado (1). Esta opinión ha quedado aislada, con razón (2), pues contraría demasiado al carácter de ilegitimidad que debe acompañar á la violación. De aquí que la teoría generalmente acogida (3) enseñe que sólo se debe responder de las omisiones cuando no pudieran tenerse *jurídicamente*, por estar obligado á *hacer* el omitente. La jurisprudencia anterior á la codificación (4) había dado la misma enseñanza, exacta rigurosamente, en virtud de las consideraciones hechas (5), si bien no diera con la evidencia necesaria la razón de distinguir *hecho* de *omisión*.

Para demostrarlo, basta reflexionar cómo lo que se quiere indicar, cual carácter especial del *no hecho*, á saber: el haber dado lugar contrariamente á una obligación *jurídica* de hacer (siempre, se entiende, en materia no contractual), es aplicación de los principios y debe existir, no sólo en la *omisión*, sino también en el *hecho*, porque la ley, que puede imponer la abstención de hacer, puede también ordenar que se haga (6). Sentada así la responsabilidad nacida de la violación del derecho ajeno *c. ius*, se entiende que ocurre cuando el *hecho* se comete con *injuria* contra la ley,

(1) Toullier, ob. cit., XI, 117.

(2) Proudhon, ob. cit., III, 1.489-90; Larombière, ob. cit., artículo 1.382-83, n. 6, 7; Sourdat, ob. cit., I, 442; Marcadé, ob. cit., artículo 1.382-83, n. 11; Aubry y Rau, ob. cit., § 444; Demolombe, ob. cit., VIII, 479; Laurent, ob. cit., XX, 388; Colmet de Santerre, ob. cit., V, 164 *bis* 11; Huc, ob. cit., VII, 404; Tissier, en *J. du P.*, 1895, 1, 273, n.; Giorgi, ob. cit., V, 151; Ricci, ob. cit., VI, 85.

(3) Véase los autores citados en la nota anterior.

(4) Loysel, ob. cit., VI, t. I, n. 5; Domat, *Les lois civiles*, II, t. VIII, s. IV, n. 8; «..... que *quelque devoir* les engageait». Nótese la latitud de la expresión *quelque devoir*.

(5) Cons. Binding, d. *Noomen*, cit., II, p. 206 y sig.

(6) Cons. Listz, en mon. cit.

que obliga á no hacer; y por omisión, cuando el que no hizo estaba obligado á hacer *juridicamente*. Por la naturaleza misma de la omisión, en este único caso puede darse la violación injusta del derecho, la *injuria*, fuente de la responsabilidad.

De aquí se desprende que asignar este carácter especial á la omisión porque dé materia de delito ó cuasi delito, no sirve seguramente para avalorar la distinción propuesta, como no vale insistir en el carácter de *jurídica* atribuído á la obligación de hacer incumplida. Recordando los principios, basta atenerse al concepto de *injuria*. La necesidad de un derecho al cual se cause violación, indica ya cuál sea la obligación del omitente.

La distinción entre la culpa contractual y la extracontractual, establecida como principio en que reposa la teoría de la culpa y de la responsabilidad, determina suficientemente el carácter de esta obligación, cuyo incumplimiento da lugar á delito y cuasi delito, siendo preciso que este punto fundamental sea determinado con exactitud, á fin de impedir que se haga argumento de la *preexistencia de la obligación* para confundir después las dos especies de culpa, ó bien que, para impedir tal confusión, se afirme que la *omisión* jamás puede causar culpa extracontractual. Se podría designar el carácter de esta obligación siguiendo un método eliminativo y diciendo que la omisión constitutiva de ilicitud con figura de delito ó cuasi delito es la relativa á una obligación no dependiente de relaciones de obligación entre las partes. No importa que haya casos en que la ley impone la obligación cuyo incumplimiento se regula con las reglas relativas á la culpa contractual, porque en ellos el razonamiento de analogía pone bien de relieve la figura de la relación contractual (*de obligación*) á que se refieren (1).

(1) No siempre la jurisprudencia, á pesar de acoger el concepto de la *omisión culposa*, considerada según las ideas expuestas, esqui-

29. En esto está toda la importancia que en el derecho

va el peligro de confundir las dos figuras de culpa, cayendo con esto en la teoría según la cual donde quiera hay omisión surge la *c. contractual*. En materia de contrato de transporte, se ha fallado que no es responsable el conductor por el daño ó destrucción de las mercancías que se le consignaron, si por naturaleza eran fácilmente incendiables y el comitente no le advirtió de este peligro, impidiéndole, por tanto, exigir y hacer guardar los cuidados necesarios. (Cas. francesa, 8 Marzo 1883, in *Journal du Palais*, 1885, 1, 659; 4 Julio 1894, id., 1895, I, 287.) Indudablemente, la decisión es exacta, porque las reglas en cuanto á la diligencia en la celebración de los contratos (*dil. y c. in contrahendo*), imponen al que expide una mercancía advertir al conductor de las circunstancias que aumentan el riesgo; pero la culpa es *contractual*. Se objetará á esta sentencia que la *dil. in contrahendo*, no refiriéndose á la ejecución del contrato, no debe ser regulada con las reglas de este último; pero las consideraciones expuestas en cuanto á la *c. in contrahendo*, imponen afirmar que es contractual la relación relativa á la constitución del contrato; y, ciertamente, aun criticando por confusión de dos figuras distintas las sentencias referidas, se debe reconocer que se ha hecho bien la aplicación de la *c. in omittendo* á la responsabilidad que incumbe al expedidor ante *terceros* perjudicados. Porque, si bien á primera vista parece que ante estos últimos el hecho ilícito sea *positivo*, se debe observar que el daño que han recibido procede de defecto de las precauciones que el conductor hubiera tomado de saber la verdadera cualidad de las mercancías; defecto ocasionado por *omisión* de la declaración á que estaba obligado el expedidor.

Verdad que á veces sucede que el *no hecho* insuficiente para dar causa á responsabilidad extracontractual, puede, por la condición especial del sujeto á que se refiere, poner á cargo suyo la necesidad de un modo particular de diligencia y, por consiguiente, de responsabilidad. Así, los administradores de una sociedad que tuvieran conocimiento de irregularidades cometidas por el director, no cometerían *no hecho* (reticencia) ilícito dejando de ponerlo en conocimiento del Consejo de administración; pero por ese estado de cosas quedarían obligados á una vigilancia especial (Cas. francesa, 9 de Julio de 1888, *J. du P.*, 1888, 1, 894). Se puede objetar, ante todo, á esta sentencia, que esta responsabilidad siempre sería contractual y no derivada de cuasi delito, y, además, que mal se entiende esa no responsabilidad de la reticencia, que en sustancia se cambia res-

moderno puede atribuirse á la distinción hecha, porque la confusión entre las dos especies de culpa puede originarse del error sobre el carácter de la obligación á que se refiere el *no hacer*. Tanto es así, que se ha enseñado la falta de idoneidad de la omisión para determinar el cuasi delito, por no poderse concebir el deber jurídico de hacer sino cuando voluntariamente se hubiese asumido (1). Ahora bien: la ley impone estas obligaciones, y cuando el Magistrado, en cuestiones no relativas á contratos ó á otras relaciones que por analogía se pueden referir á ellas, juzga imponiendo una obligación *de hacer*, el *no hacer* puede muy bien constituir materia de cuasi delito (2).

ponsabilidad por la obligación de una especial diligencia. No, los hechos de que tienen conocimiento, ó son tales que dejen suponer justamente que con la ordinaria vigilancia no se puede cometer irregularidad en daño de los bienes, y entonces no hay *reticencia* injusta, ó son tales que requieren un aumento de diligencia, de vigilancia, y entonces este *exceso* de obligación no se explica sin la ilicitud del no hecho, que no es no contractual, sino derivado de *dil. ó c. in contrahendo*, que es la razón de lo que en la sentencia se llama impropia «necesidad de una vigilancia especial»

(1) V. el cap. I, § 1, y los autores citados en las notas.

(2) Cons. Cas. francesa, 11 Noviembre 1891 (*J. du P.*, 1892, 1, 91); 19 Abril 1893 (*id.*, 1893, 1, 381); 24 Abril 1894 (*id.*, 1894, 1, 300); 4 Febrero 1895 (*id.*, 1895, 1, 356); en las que, con justicia, se pone á cargo de una sociedad ferroviaria la responsabilidad por haber omitido las mayores precauciones para impedir daños á las personas en los pasos á nivel cuando la concesión la dispensase de poner vallas ó colocar guardas. V. también Apelación París, 7 Agosto 1876 y 13 Febrero 1877 (*J. du P.*, 1878, 497); Tribunal de Blois, 30 Julio 1878; Ap. Orleans, 26 Diciembre 1879 (*J. du P.*, 1879, 451) y las requisitorias de Flouest, *id.*, p. 455; 23 Noviembre 1882 (*J. du P.*, 1884, 1, 742); Apelación de Argel, 19 Diciembre 1892 (*id.*, 1894, 2, 300) y 7 Mayo 1894 (*id.*, *lug. cit.*).

§ III

C) Injuria.

SUMARIO: 30. Hecho ú omisión en relación con el derecho ajeno. — 31. El porqué de este último elemento. — 31 bis. Referencia. — 31 triplicado. Continuación.

30. El hecho ó la omisión se consideran como materia de delito ó cuasi delito sólo en cuanto contienen lesión de derecho ajeno, ó, mejor, que constituyan su base y objetividad. Si del hecho ó de la omisión no se deriva tal ofensa, nada tiene en sí de *injuriosa*, y, por consiguiente, no hay el cuasi delito, que es uno de los modos en que se manifiesta la injuria en el derecho positivo.

Inútil es insistir más en este concepto, en que se repite el principio fundamental de la materia, que es una de las obligaciones nacidas de hecho ilícito, y que la ley regula como garantía necesaria para la existencia del derecho, prohibiendo violarla. Con todo, si el *hecho* (ó el *no hecho*) no es *c. ius*, la injuria que informa la institución no existe, y no puede haber obligación de responder. De aquí los dos datos para constituir el cuasi delito: *a*) la violación del derecho ajeno; *b*) la culpa (y el dolo en el delito). Respecto del primero, ya se ha dicho que la protección de la ley se extiende á todo derecho. La investigación inicial en cuanto á la responsabilidad por cuasi delito (y, en general, por hecho ilícito) es, pues, si se ha ofendido ó no un derecho, observando, por la limitación misma del tema (culpa extracontractual), que no ha de tratarse de incumplimiento de obligación, si bien en esto haya injuria; porque aunque el derecho nacido de obligación puede, al ser violado por persona no obligada á cumplirla, dar lugar á cuasi delito, la obligación, y, por tanto, las relaciones nacidas de ella ó con ella relacionadas (incumplimiento, culpa contractual), es ley sólo entre las partes.

La ofensa al derecho ajeno, por consiguiente, necesita manifestarse en un hecho ú omisión realizado sin derecho, en lo que precisamente está la ofensa (*q. non iure factum est, hoc est contra ius*) (1). La ley positiva es en este punto suficientemente explícita: «todo hecho del hombre que produce daño á otros, obliga á aquel por *culpa* del cual ocurrió á resarcir el daño» (2), prescripción en la cual se contienen dos conceptos diversos: uno, el hecho acaecido por *culpa*; otro, la obligación de resarcir el daño derivado; de los cuales, el primero contiene el elemento necesario al delito y al cuasi delito, *facere ó non facere contra ius* (3); porque en la voz *culpa*, no obstante la necesidad de no confundir las dos expresiones, se comprende la injuria (4), sin lo que es inútil decir el significado especial asignado á la culpa (injuria subjetiva).

31. Se dice «derecho ajeno», porque, y esto es evidente, si lo que se lesiona es un derecho del agente, *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* (5). Se puede poner de relieve esta idea del derecho ajeno claramente contenida en el concepto de injuria, observando que no puede darse responsabilidad por daño causado á las cosas cuyo dominio sea posible obtener por medio de la ocupación. Puede surgir alguna dificultad en la aplicación, pero no en cuanto á la posición del principio, sino respecto

(1) L. 5, § 1, D. *de l. Aq.* (IX, 2). No es preciso distinguir según que se considere al agente (*agere sine iure*) ó al ofendido (*contra ius*), refiriendo el primer caso, más que á la injuria, á la imputabilidad. La ofensa es injuriosa cuando se comete *contra ius*, y se entiende que sólo en relación con tal término está la posición del ofensor (agente *sine iure*). No es posible obrar *iure contra ius*. V. Exner, en *Kritik Vierteljahrsahr.*, XI, p. 313.

(2) Cód. civ., art. 1.151 cit. V., por otra parte, Giorgi, ob. cit., V, 138.

(3) V. cap. I, § 3 y el cap. II, *Generalidades*.

(4) L. 203, D. *de R. I.* (L. 17).

(5) Cons. Grucher, *The Roman Law of damage to property* (Oxford, 1886), p. 214 y sig. Pernice, *Labeo cit.*, II, p. 231.

á la comprobación de la existencia del derecho ajeno, al que se subordina la posibilidad del cuasi delito (1).

31 bis. Al decir que la ofensa al derecho ajeno (*non iure, i. e. contra ius*) es el primer elemento del cuasi delito, se fija el concepto opuesto para el caso en que, lejos de la acción sin derecho, se haya ejercitado el derecho propio. ¿Qué extensión deberá darse á este «ejercicio»? ¿Se deberá entender del modo más absoluto, más lato, de manera que toda acción ú omisión que se puedan referir al ejercicio del derecho (cualquiera que sea el ánimo del agente, exista ó no una relación de necesidad ó de utilidad entre el acto y el sujeto agente) no deban dar materia á cuasi delito? Ó, por el contrario, ¿se deberá restringir esta libertad con consideraciones y límites inspirados en el «abuso del ejercicio del derecho propio»?

La cuestión, que es bastante grave (2), queda indicada; pero su discusión tendrá lugar más oportuno en otra parte del trabajo. Si es verdad que la determinación de cuando se obra *iure* sirve, por necesaria correlación, para esclarecer mejor el *facere contra ius*, todavía lo es más que el obrar *iure* se presenta como causa de exclusión del cuasi delito; de modo que será más correcto dejar para el estudio de las causas exclusivas de responsabilidad la solución de la dificultad notada. Aquí, para explicar uno de los conceptos fundamentales del cuasi delito (y del delito), bastará decir que á causa de la injuria que manifiesta, no puede existir sin un acto ú omisión que constituya violación de un derecho.

31 trip. Queda, pues, como uno de los principios que entran á formar el concepto de responsabilidad, que no hay ofensa constitutiva de *injuria* objetiva sin *lesión del derecho ajeno*. Entiéndase bien: no simple *daño*, sino *injuria*, hecho ú omisión *contra ius*, sin que importe observar ahora, según ya se ha indicado, qué especiales razones jurídico-sociales

(1) V. el cap. IV, § 1, y el XVIII, § 1.

(2) V. Charmont, in *R. tr. de D. C.*, 1902, f. 1.

puedan inducir *responsabilidad* (impropia) cuando, no sólo no hay *culpa* (injuria subjetiva), sino que tampoco *injuria subjetiva*, ó ninguna forma de injuria, y sí sólo peligro de ella, porque el obligado está entonces tenido, no á responder, sino á *garantizar*.

Con todo, consistiendo la injuria en la ofensa del derecho, sería preciso investigar cuándo el derecho sufre lesión y cómo debe ser demostrada la existencia del derecho ofendido. La ley no establece sobre este punto ningún concepto general, ni siquiera distingue unos derechos de otros, para no dar lugar á inútiles dificultades. Baste decir que el hecho tiene cualidad de ilícito, y que la injuria objetiva existe cuando un derecho queda ofendido, sin que importe que este derecho sea de los que afectan á la *personalidad* (vida, libertad, honor) ó á la clase que, con mayor amplitud que ésta, comprende todo derecho absoluto, en el sentido de que incumbe á todos el deber general y negativo de no ofender, ó, por último, á los que son simplemente relativos ó de obligación (1). Tampoco importa que la ley, expresa ó particularmente, no reconozca ó proteja ninguno de estos derechos *absolutos*, y no significa nada que la ley italiana carezca de la disposición que tienen otras leyes (2) cuando dicen que es injuria el acto realizado contra una obligación impuesta por consideraciones de moral pública. La ley civil, en efecto, las reconoce en varios lugares (3), y no podría suceder de otro modo sin que el legislador, en contra del destino del Estado y de su poder sumo, trastornase los sentimientos de moralidad que sirven de base á la existencia de la sociedad y la dan el carácter de nación.

La distinción entre la razón de estos varios derechos puede influir, ciertamente, en la investigación y determi-

(1) Cons. Meischeider, en la mon. cit. en *Bekker-Beitrage*, L. III, p. 36 y sig.; Gierke, in *Zeitschr.*, XIII, 250.

(2) Cód. civ. alemán, § 823.

(3) Cód. civ., Disp. prel., art. 12.

nación de la conducta del agente respecto á sus actos, porque si se trata de un derecho absoluto, la culpa en el descuido de las consecuencias de su acción ó inacción fácilmente puede indagarse y apreciarse. Pero esto nada añade á las consideraciones expuestas y al concepto formado. Cualquiera que sea la naturaleza del derecho ofendido, su lesión constituye hecho ilícito, injuria objetiva, injuria que maliciosamente origina el delito y culposamente el cuasi delito.