

537 bis. Es preciso recordar (1) que no se da compensación por la culpa del ofendido concurriendo el dolo del injuriante, en razón á la diversa naturaleza jurídica de estos modos de conducta. En el caso de culpa grave, si bien dicese de ella que está—por razón de voluntad presunta—equiparada al dolo en el caso de culpa contractual, su naturaleza específica actúa de otra manera distinta (2) en materia de culpa no contractual. Pero si esto no, cabe afirmar que el dolo de una parte elimina el dolo de la otra, porque sería injusto agravar con la mala conducta conscientemente observada por el ofendido las consecuencias del dolo ajeno; la conducta del injuriante y del injuriado son igualmente reprobables.

Repítese aquí cuanto hemos tenido ocasión de notar, esto es, que en cada una de estas posiciones jurídicas ha de examinarse siempre la capacidad (imputabilidad) de dolo ó de culpa por parte del ofendido perjudicado; su responsabilidad, con relación al agente tercero, estriba para él en el peligro ó riesgo en que se puso, determinándose así si tiene capacidad para *asumirla*. Por otra parte, no quiere decirse con esto que la incapacidad para el dolo ó la culpa en el ofendido que con sus propios actos agravó el daño, dé motivo á mayores responsabilidades del tercero que lo produjo; significase solamente que al valorar su participación deberá tenerse en cuenta hasta qué punto, dentro de las circunstancias del hecho, podía ó debía conocer la incapacidad del ofendido que concurrió al propio perjuicio. Este conocimiento ó estas negligencias son términos perfectamente mensurables que pueden eliminar ó reducir la eficacia del concurso en el hecho que, perjudicial para sí mismo, ha tenido el perjudicado y ofendido.

(1) V. CHIRONI, *Culpa contratt.*, cap. XIII, § 4.

(2) L. 7, § 1, D., *de suspect. tut.* (XXVI, 10); L. 1, § 2, D., *mand.* (XVII, 1); L. 8, § 3, D., *de prec.* (XLIII, 26); L. 22, § 3, D., *ad S. C. Trebell.* (XXXVI, 1).

537 trip. La seducción mediante las artes del lenocinio ó la promesa de matrimonio induce la responsabilidad del injuriante que con engaño ó merced, ó cualesquiera otros medios, indujo á una persona á satisfacer sus malos deseos, ofendiendo así la razón jurídica de la personalidad (1), con ofensa también de la moral pública, sin que valga argüir en contra la prohibición de las investigaciones de la paternidad (2), por ser distinta en absoluto la naturaleza y objeto de este juicio. Sin embargo, aun en este caso puede darse la compensación (3), pero no del dolo del seductor con la culpa de la persona seducida, aun cuando sea grave, sino del dolo de una parte con el dolo de la otra. El conocimiento en la persona seducida del fin á que tendían los actos del seductor, y el hecho de prestarse á su realización, cuando debía y podía haberse sustraído á ella, determina el consentimiento de su voluntad en el hecho sufrido.

537 cuad. Otras aplicaciones de la teoría podrían ser deducidas de materia tan vasta como es la de los accidentes del trabajo. Si el obrero hubiera estado negligente en la observancia y cumplimiento de las instrucciones que se le dieron, y simultáneamente la dirección del patrono ó del jefe de taller es inhábil, por dolo ó culpa, el Juez podrá, valorando los hechos, decidir hasta qué punto puede darse la compensación en la conducta de uno y de otro. Esta aplicación es para el derecho común y no para los casos comprendidos en la legislación especial sobre aquella materia.

(1) Cas. Turín, 6 Diciembre 1902 (*Giur. Tor.*, 1903, 577); Ap. Milán, 15 Julio 1903 (*Mon. trib.*, 1903, 994); Ap. Venecia, 31 Julio 1903 (*Tem. Ven.*, 1903, 749); Trib. civ. Sassari, 21 Marzo 1903 (*Foro Sardo*, 1903, 79); Cas. fr., 23 Abril 1901 (*J. du P.*, 1902, 1, 128); Ap. Nimes, 18 Marzo 1901 (*id.*, 1902, 2, 206). Cód. civ. germ., § 825; v. PLANCK, ob. cit., sobre este §.

(2) Cons. GABBA, en *Foro it.*, 1881, I, 628; 1903, I, 1.050.

(3) Cons. LAURENT, ob. cit., IV, 90; AUBRY y RAU, ob. cit., § 569; DEMOLOMBE, ob. cit., VIII, 514; SOURDAT, ob. cit., II, 662.

e) Caso fortuito, fuerza mayor; estado de necesidad.

SUMARIO: 538. Razón de ser de estos medios: sus efectos, sea cualquiera la distinción que quiera hacerse, son idénticos en el caso fortuito y en la fuerza mayor. Estado de necesidad. — 539-540. De los daños de guerra. Teoría profesada comúnmente sobre este punto. Crítica. — 541. Teoría propuesta. — 542. Si el poseedor tenía derecho á matar los animales ajenos que perjudican el fundo. 542 bis. De la culpa procedente en este caso. — 543. De la violencia ejercida sobre el agente.

538. La responsabilidad, según su íntimo fundamento jurídico, deriva del concurso que en el hecho injurioso tengan la inteligencia y la libertad del agente; con relación á la primera se condiciona el dolo, y con relación á la segunda, la voluntad; si la culpa falta cuando no hay capacidad de diligencia, y, por tanto, posibilidad jurídica de proveer, ó aun habiéndola, cuando el agente la ejerció á guisa de hombre diligentísimo, atenorándose á las normas con que el común de los hombres hubieran procedido en idénticas circunstancias personales y de lugar y de tiempo, es evidente que en ambas hipótesis no hay conducta ilícita, desapareciendo con la injuria subjetiva la responsabilidad (1). En ambos casos — deficiencia intelectual (2) ó deficiencia excusable de previsión, — el resultado es el mismo, faltando en el primero una acción previsorá por vicio intelectual, y en el segundo por acaecer el hecho en circunstancias tales que no pudo prever la prudencia humana más diligente. A este último fenómeno es al que particu-

(1) V. el vol. I, cap. III. V. L. 5, § 3; L. 7 pr. y § 8; L. 30, § 45; L. 29, § 3; L. 39, D., *ad L. Aq.* (IX, 2).

(2) V. la n. preced. V. también THIRY, *ob. cit.*, III, 204; PLANIOL, *ob. cit.*, II, 916; y de un modo especial LABBÉ, *De la démence au point de vue de la responsabilité et de l'imputabilité en matière civile*, en la *Revue critique de lég. et de jur.*, XXXVII (1870), páginas 109 y sigts. V. Cód. civ. austriaco, § 1.903; Cód. civ. germ., § 826; Cód. fed. suizo de las oblig., § 50, 57.

larmente se refieren el caso fortuito ó la fuerza mayor; puede también ser el hecho de aquellos que son susceptibles de ser previstos, y aun serlo, mas por su naturaleza ó por el tiempo y lugar en que sucede, ó por las circunstancias que le acompañen, no poderse evitar ó resistir; en estas hipótesis, la culpa (en sentido lato) falta también, siendo en todos ellos la falta de libertad para la acción la causa determinante de la irresponsabilidad.

Es el mismo caso, refiriéndolo á su noción positiva, el estado del agente por el cual éste (sin que con relación á la causa y al modo de realización del hecho pueda acusársele de ninguna negligencia) se condujo de suerte que normalmente (esto es, como la generalidad de los hombres, en situación semejante, se hubieran conducido) no podía ni debía obrar de otra manera. Esta amplia fórmula del comportamiento normal de la persona con relación á determinada condición de las cosas, compendia en su economía el caso fortuito y la fuerza mayor, y aun podría también comprender el caso al que más arriba (1) hemos llamado estado de necesidad, aun cuando éste se refiera más propiamente á la falta de toda libertad para querer. Por todas estas razones, las tres figuras se compendian en la misma noción, y por ésta emplea indiferentemente las dos primeras locuciones caso fortuito y fuerza mayor (2). Se pensó en distinguirlos refiriendo el caso fortuito á los hechos comunes (*quod nullum humanum consilium providere potest*) y la fuerza mayor (*vis cui resisti non potest*) á los accidentes de la naturaleza ó á los hechos violentos de un tercero y por cuyos actos no se está obligado (3); pero el motivo de la distinción, restrin-

(1) V. el § preced. en su principio.

(2) V. CHIRONI, *Culpa contractual*, cap. últ.

(3) L. 15, § 2, D., *loc.* (XIX, 2); L. 2, § 7, D., *de adm. rer. ad. civ.* (L. 8); Cons. EXNER, *Der Begriff d. höheren Gewalt* (Viena, 1883), p. 8 y sigts. Cons. también la mon. de KAFNER, *Ueber den Begriff der höheren Gewalt en Deutsch. Transp.* (Zurich, 1886), y COVIELLO, *Il caso fortuito*, Lanciano, 1892.

gido á la causa del suceso, es demasiado mecánico y no cierto tampoco frente á los efectos liberadores de ambas figuras, y, claro es, siendo uno el resultado y una la causa de la irresponsabilidad, con razón adopta la ley indiferentemente ambos términos, que de distinguirse de alguna manera, lo serían considerando el modo que con relación al hecho pueda y deba desenvolverse la *previsión* y la *evitación* (esto es: posibilidad de *prever* ó de *evitar*). La razón es obvia; la conducta normal de la persona puede y debe actuarse de suerte que prevea un acontecimiento, si lo estima probable ó solamente posible, á fin de excusarlo; esta previsión debe tener también los caracteres de la normalidad de la conducta, y que, con relación á la simple *posibilidad* de un hecho, da al agente mayor latitud y menores obligaciones que las que incumben en el caso de *probabilidad*, por ser mayor el peligro que contiene. Claro es que siempre han de tenerse en cuenta las circunstancias de tiempo y de lugar, á fin de apreciar con exacta justicia la conducta observada. A esta distinción podría también referirse aquella que se basa (1) en las causas intrínsecas ó *internas* que radican en el modo de las personas ó de las cosas de las cuales proviene el hecho, y la fuerza mayor en las causas externas; en este concepto, la medida de la previsión podría fundamentar la separación de las dos figuras. Mas en esta doctrina no se observa que, teniendo en cuenta las condiciones de la persona con relación á cierta cosa ó á cierta persona, la obligación de prever — consecuencia de la previsión — elimina siempre el valor liberatorio del *caso*; y así, tanto en ésta como en la propuesta anteriormente, falta la influencia de la *evitabilidad*.

Porque se puede y aun se debe, según la conducta normal, prever un hecho, y se puede, sin ilicitud en la conducta, no tener los medios precisos para evitarlo. Estable-

(1) V. EXNER, mon. cit.

cido esto, y reputando al *caso fortuito* y á la *fuerza mayor* como modalidades de un idéntico principio, diferenciándose por la *previsión* referida á la posibilidad ó á la probabilidad del suceso, y reduciendo también á este concepto la distinción legal (en materia contractual) entre casos *ordinarios* y *extraordinarios* (1), tendremos como concepto y nota diferencial más adecuada, la de que habrá *fuerza mayor* cuantas veces, acaecido el suceso previsto, no pueda la persona que en él se encuentre, obrando jurídica y normalmente, evitarlo ó prevenirlo, ó, aun en el caso de haber puesto los medios que en idénticas circunstancias de lugar y de tiempo hubieran puesto la generalidad de las personas, no haya podido evitarlo (2). Esta hipótesis se convierte en el *estado de necesidad*, cuando el agente no pueda *normalmente*, en las circunstancias en que se encuentra, obrar sobre las cosas ó las personas de manera distinta á la que obra (3), apareciendo aquí el contenido íntegro de tal estado, en el cual puede obrar el agente, no sólo en beneficio propio (como sucede en el caso de legítima defensa), sino también en defensa y beneficio del propio perjudicado ó de un tercero si se da justamente esa intervención (4). En suma: lo que sustancialmente caracteriza este estado es la falta de toda libertad de elección en la conducta, sin que

(1) Cód. civ., art. 1.621.

(2) Ap. Rouen, 8 Agosto 1900 (*J. du P.*, 1904, 4, 42); Ap. Poitiers, 12 Enero 1903 (*id.*)

(3) V. el § prec. en su principio. Cons. sobre la materia la mon. de TUHR, *Ueb. d. Nothstand i. Civilrechts*, Heidelb., 1888; la mon. de COVIELLO, en *Filangieri*, XXIII, f. 1.; Cód. civ. del Japón, § 721. Para el derecho común, v. STRIKIUS, ob. cit., V, disp. IV, pág. 102 y sigts.; y consúltese después la mon. de CHIRONI, *Lo Stato di necessità*, Turin, 1905; y la de BRUNETTI (*Filangieri*, 1903, 481). V. Cód. civ. germ., § 904 combinado con el 228; v. PLANCK, ob. cit. sobre este §.

(4) Consúltese sobre esto C. CHIRONI, monografía citada en la nota precedente.

quepa achacar por ello culpa ninguna al agente. Así el médico que llamado con urgencia, sin que pudiera prever la clase de enfermedad, provee á fin de salvar al enfermo del peligro inminente con instrumentos quirúrgicos que improvisa, obra en estado de necesidad; no así si se le hubiera avisado de la especie de la dolencia y hubiera olvidado el instrumental necesario (1), acreciendo la importancia y gravedad del olvido si en la dolencia de que se trate estuviera reputado como un especialista. Por lo demás, cualquiera que sea el valor de la distinción comúnmente adoptada ó de la propuesta, la ley ha fundido en un solo concepto las figuras de fuerza mayor, caso fortuito y estado de necesidad, acontecimientos que normalmente no son susceptibles de previsión, ó que, siéndolo normalmente, tampoco pueden evitarse, y esta normalidad del obrar según las circunstancias en las que el agente actúa, eliminan toda ilicitud de su conducta.

538 bis. La irresponsabilidad inherente al caso fortuito, á la fuerza mayor ó al estado de necesidad, deja, no obstante, á cargo de quien produjo el daño el deber de resarcir en razón del enriquecimiento ilícito derivado del hecho ilícito, obligación de cuya causa y extensión hemos hablado anteriormente (2). Muy interesantes son á este propósito las aplicaciones para el caso de daños causados por la guerra.

539. ¿Producen acción para el resarcimiento los daños ocasionados en la guerra, no por el enemigo, sino por el Estado, en razón á los fines de la defensa nacional y en perjuicio de los ciudadanos? Este es el problema sobre el cual vamos á discurrir, no sólo para completar la doctrina relativa á la responsabilidad del Estado (3) en el caso for-

(1) Ap. París, 4 Marzo 1898 (*J. du P.*, 1899, 2, 90).

(2) V. el § precedente en su principio.

(3) Cons. sobre esta materia la notable discusión hecha por Rocco (mon. cit., *La riparaz. alle vittime degli errori giudiz.*) en los nn. 19

tuito, fuerza mayor ó estado de necesidad, sino también para demostrar la teoría propuesta sobre el concurso de la irresponsabilidad con la prohibición del enriquecimiento ilícito.

La doctrina aceptada con mayor aquiescencia formula claramente la respuesta, afirmando que el Estado no viene obligado por los daños que sean consecuencia directa é inmediata de la fuerza mayor; de igual suerte — dice — que todo deudor se encuentra liberado de sus obligaciones si acredita que obró ó que dejó de obrar, no por falta de diligencia ó por mala voluntad, sino por consecuencia de caso fortuito ó de fuerza mayor, así también el Estado, que en caso de guerra produjo daño á sus propios súbditos, no estará tampoco obligado si prueba debidamente su acción y la imposibilidad de evitar el acontecimiento que origina el daño (1). Más elocuente: se afirma la responsabilidad del Estado cuando, según las normas generales, no se prueba el caso fortuito ó la fuerza mayor. La teoría se limita á establecer el principio, estudiando después cuándo el daño de guerra constituye fuerza mayor, y para llegar á tal resultado argumenta con la distinción (2) de «daños cometidos libremente y por vía de precaución, y daños ocasionados por una necesidad inevitable», sosteniendo que los

y sigts., refiriéndose especialmente á las consideraciones y teoría propuesta por ORLANDO, mon. cit., *Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civ. a proposito della responsabilità indir. dello Stato y Princi. di dir. amm.* (Florenca, 1892), nn. 634 y sigts.

(1) Cons. WATTEL, *Dr. d. gens* (París, 1863), l. III, § 232; LAURENT, ob. cit., XX, 459 y sigts.; FERAUD-GIRAUD, *Recours à raison des dommages causés par la guerre* (París, 1881, nn. 64 y sigts.; GABBA, en *Foro it.*, 1881, 1, 264); MOGLIAZZA, *Del risarcimento dei danni di guerra*, mon.; FIORE en *France judiciaire*, 1886, pág. 194; GIORGI, ob. cit., 377; Cas. Turin, 6 Julio 1877 (*Foro it.*, II, 1, 998); Cas. Florenca, 21 Julio 1878 (*Foro it.*, III, 715); V. Cód. civ. austriaco, § 1.044.

(2) WATTEL, ob. cit., l. cit.

daños producidos en la actuación del combate, en la refriega flagrante, son producidos por fuerza mayor, porque están estrechamente ligados á los movimientos de ofensa y de defensa encaminados á atacar ó rechazar al enemigo combatiente. En cambio, los daños producidos — aun después de la declaración de guerra y de la apertura de las hostilidades — á título de precaución contra la invasión de las fuerzas enemigas, no derivan de fuerza mayor (ó estado de necesidad), estando obligado el Estado á resarcirlos; ni importa para el caso que las obras militares de las cuales se deriva el daño para el particular se relacionen ó subordinen á un plan general de defensa, constituyendo parte de la ejecución del mismo, en razón á que la fuerza mayor ó estado de necesidad existe solamente cuando las obras ejecutadas estén determinadas por la acción, por la lucha guerrera de un modo inmediato y directo (1).

Aplicaciones de esta doctrina son las decisiones relativas á las obras de defensa construídas por un ejército á la vista del enemigo para impedir la invasión del territorio nacional, excluyendo, claro es, las que se hicieran al actuarse un hecho de armas cualquiera; la presencia del enemigo á cuyo avance quieran oponerse las obras, basta para que el daño deba considerarse como producido durante la acción militar, y de aquí la existencia de la fuerza mayor; excusando la responsabilidad, por ventura, ¿no ha sido el ataque ó la persecución por el enemigo quien las hizo necesarias? (2).

Así también es aplicación, y quizás expresión más exacta de la teoría, la distinción entre el daño producido mientras la lucha bélica tiene lugar, de aquel otro que se produce antes ó después de su actuación de un modo inmediato, estando presente el enemigo (3). También podrán repu-

(1) V. el n. anterior.

(2) V. el n. anterior.

(3) V. el n. precedente.

tarse como efectuadas bajo el imperio de la fuerza mayor las obras ejecutadas con el fin de asegurar la retirada y protegerla contra la persecución del enemigo; ciertamente, los daños sobrevenidos por tal causa son daños de guerra.

540. Fundamento de la teoría es, por consiguiente, el principio de que es daño de guerra el cometido por motivos de inmediata conexión con la lucha militar, ora durante su actuación, bien antes ó inmediatamente después de la misma y en presencia del enemigo. Justifícase con el argumento de la fuerza mayor, que, de no ser así, no podría invocarse, ni produciría el consiguiente efecto de liberar las responsabilidades contraídas si el daño se hubiera hecho libremente y sólo á título de precaución para la realización de un plan estratégico, siquiera el ocasionado por tales circunstancias deba también repararse porque se ejecuta en interés público (1).

Esta doctrina constituye la opinión más general, pero el serlo no evita la crítica y una crítica eficaz. Establécese el principio de que los daños de guerra no son resarcibles sólo cuando los motiva la fuerza mayor; pero siendo esto así, deberían determinarse las circunstancias posibles dentro de las cuales el hecho puede presentarse, así como también dentro de qué límites existe la fuerza mayor; querer indicarlo de un modo general, abstracción hecha de las singularidades de cada caso y de la órbita dentro de la cual se desenvuelve el concepto de la fuerza mayor, es violentar de mala manera el concepto mismo cuyo desenvolvimiento se pretende, así como el de su fuerza liberatoria. Ciertamente que se fijan los elementos merced á cuyo concurso existe la fuerza mayor, pero no se regulan con una concepción jurídica cuestiones de hecho que por su propia naturaleza pueden presentarse de varias maneras; de otra suerte es posible que acaecieran circunstancias dentro de las cuales el concepto de la fuerza mayor, como el derecho enseña, debiera

(1) V. GIORGI, ob. cit., V, 380.

eliminarse por no concurrir tan exacta y adecuadamente al caso como fuera menester, y también es fácil que pudiera darse el hecho opuesto. Peligro real: hay decisiones (1) en las cuales la distinción antes apuntada se mantiene como razón directriz de toda la argumentación para deducir la existencia de la fuerza mayor, si bien en realidad falta en el hecho la posibilidad de aplicar la distinción. Vence el enemigo una batalla campal, y la autoridad militar del país, previendo acaso sus intenciones de tomar una ciudad, pone á ésta en estado de sostener ó resistir un largo asedio, causando con esto daño á los intereses privados; ¿habrá en este caso, según la teoría expuesta, un hecho de fuerza mayor? ¿Dónde se encuentra en esta hipótesis la actualidad del combate? ¿Dónde la presencia del enemigo? No puede negarse la justicia de la decisión; su debilidad consiste en haberse referido á una distinción con la cual no se conforman los hechos.

Por otra parte, ¿cómo sería posible una rigurosa conformidad sin alterar sustancialmente el concepto de fuerza mayor? Cuando declarada la guerra la autoridad militar sugiere y el Gobierno ordena poner en estado de buena defensa las fortalezas y puntos estratégicos, construir obras adecuadas para oponerse al avance del enemigo, caso de no poder evitarse su invasión, los daños que con tal motivo se ocasionen, ¿podrán estimarse como producidos libremente, ó se realizan constriñendo á ello el peligro que amenaza? (2) Si en la incertidumbre de los acontecimientos se ejecuta un plan combinado de defensa general del territorio, robusteciendo las fortalezas existentes, levantando otros

(1) Así, Cons. de Estado fr., 23 Marzo 1873 (*DALLOZ, Rép.*, 1874, III, 12); 13 Febrero 1874 (*DALLOZ, Pér.*, 1874, III, 46); 1.º Mayo 1874 (*D.*, p. 1874, III, 45).

(2) Cons. PESCATORE en n. a Cas. Turin, 8 Enero 1876 (*Ann. di Giur.*, 1876, 2, 139); Cas. Turin, 28 Diciembre 1880 (*Monit. trib. di Milano*, 1881, 184); Cas. Roma, 9 Marzo 1885 (*Foro it.*, 1885, 1, 530).

baluartes, ¿los daños producidos no habrán de estimarse como propios del estado de guerra? ¿No serán reputados como hechos de fuerza mayor impuestos por la necesidad de vencer en la lucha y en caso de grave derrota levantar aquellos fuertes que, cerrando el camino á la invasión enemiga, den tiempo para que avancen los ejércitos ó se reconstituyan otros á su abrigo para la defensa del país? Declarada la guerra, la incertidumbre del éxito obliga á estas providencias, que por las circunstancias deben considerarse como de fuerza mayor. Ni siquiera estimamos justa la limitación establecida en alguna sentencia (1), en virtud de la que los daños de guerra son solamente los producidos por la ejecución de obras de defensa en aquellos lugares á los cuales se extiende la acción militar, porque ¿qué seguridad puede tenerse del rumbo que el enemigo tomará después de una primera victoria por él obtenida ó de la derrota que se le causa, ó siquiera de la extensión que la lucha alcanzará? Ciertamente no se debe esperar á conocer su pensamiento por los hechos que ejecute ó por la dirección que emprenda hacia una localidad para comenzar entonces las obras de defensa, porque muy bien pudiera ocurrir que faltara el tiempo para realizarlas.

No basta con lo dicho. Así, la doctrina contrastada, si de un lado no se adapta para excluir los daños ocasionados por las obras militares, como acontecimientos de fuerza mayor ó de estado de necesidad, afirma, y añade después, que los daños así producidos son siempre resarcibles, aun cuando no tengan relación directa é inmediata con el hecho de armas, porque han sido ejecutados en beneficio de todos. Ahora bien: ¿podrá negarse que en beneficio de la colectividad se hicieron tales obras y se causaron tales daños? Y siendo esto así, ¿no serán también resarcibles? Sugiérese por algunos tratadistas la doctrina de que los da-

(1) Cas. Roma, 17 Febrero 1880 (*Monit. trib. di Milano*, 1880, 195).

ños aludidos puedan compensarse merced á una ley especial (1); mas ¿quien no advierte en semejante opinión atenuada grandemente la transcendencia de la doctrina principal á la cual se refiere?

541. La resolución ó conclusión más correcta de la discusión puede obtenerse armonizando en ella los elementos más aceptables de las dos teorías. La primera, al establecer la distinción descrita y criticada, admitiendo la compensación en un caso (daño ocasionado en la actuación de la lucha) é invocando una ley para regularlo en el otro, satisface un sentimiento de justicia que no puede desconocerse; y en desconocerlo está precisamente el defecto de la segunda teoría acogida por la mayor extensión, de la que es susceptible al establecer que los daños ocasionados por las obras de defensa construídas en el territorio nacional, una vez declarada la guerra, deben estimarse como producidos por la fuerza mayor ó por el estado de necesidad. Ahora bien: siendo cierto que allá donde se produzca el estado de necesidad nada importa que los daños se produzcan durante la actuación de la lucha, lógico y justo será inferir la consideración á la entidad de tal estado que las *obras impuestas por la necesidad suprema de la defensa nacional* deben ser *normalmente* pensadas y ejecutadas (considerando también la condición especial del *tiempo* y del lugar donde se ejecutan y la posición de quien las realiza). Quiérese decir con esto que deben responder á una justa presunción del peligro posible para la seguridad del lugar ó del territorio frente á la posible acción del enemigo. Y, sin embargo, aun en el caso de un estado de necesidad evidente, conviene considerar, como en cualquier tiempo que los daños hubieran sobrevenido, actuárase ó no la lucha y tengan ó no una relación inmediata ó directa con la acción militar, el perjudicado tiene siempre un evidente derecho á ser resarcido por quien reportó alguna utilidad del per-

(1) V. FIORE, mon. cit., n. 3 en f.; GIORGI, ob. cit., V, 380.

juicio que se le causa, principio aplicable al país entero porque las obras de defensa han sido hechas en el interés de la nación y no de la sola región, á la cual de un modo más especial afecta el beneficio de la defensa. También tiene aplicación para los casos antes aludidos, y en los límites que se han descrito, el principio del enriquecimiento ilícito (1).

Parécenos que la resolución propuesta debe también tener eficacia para el caso de que la guerra termine con el vencimiento ó la derrota, por no ser menos cierto que los daños se produjeron en beneficio de todos, deduciéndose de esto que desde el momento en que sucedan nace á favor del perjudicado el derecho á impedir el enriquecimiento ajeno causado por los daños á él ocasionados, y como éstos los produce el Estado, en interés común, contra el Estado podrá ejercitar válidamente su acción. Mas ahora bien, el principio mismo donde la obligación descansa está en el enriquecimiento, y, claro es, allí donde éste falte no existirá la obligación; será necesario, por tanto, que de algún modo, y con relación por lo menos á alguna localidad ó región, se pruebe que los daños han sido beneficiosos y útiles, en cuanto detuvieron los movimientos del enemigo y sirvieron para atenuar los efectos de los que realizara ó de las victorias que obtuviera.

241 bis. No es daño de fuerza mayor el producido por las operaciones que un Estado realice para reprimir una sublevación; los revoltosos obran contra el derecho, y los habitantes de la región dentro de la cual la revuelta se actúa deben soportar las consecuencias de la acción del Estado para restablecer el orden interno; sálvase desde luego

(1) Consideraciones muy atendibles sobre esta materia pueden verse en C. G. WINCKLERS, *Rechtl. Abhandl. von Kriegsschäden* (Leipz., 1762), II, 1, pág. 300 y sigts.; y especialmente WEBER, *Ueber die Repartition der Kriegsschäden* (Würzb., 1798), § 10 (*D., rhod. Gesetz*) y sigts., pág. 25 y sigts.