

el derecho de los perjudicados contra los autores y copartícipes en el motín (1).

542. Dicho queda en uno de los párrafos anteriores que el poseedor de un fundo no puede dar muerte á los animales ajenos que en él penetraran, á no ser que sólo merced á ese medio pudiera defender su propiedad (2). Si pudiendo lícitamente matarlos no lo hace, y con peligro ó con trabajo acierta á enseñorearse de los mismos, por estos hechos y por los gastos de custodia tendrá con todo derecho una acción privilegiada para su crédito y para la retención.

542 bis. La eficacia del caso fortuito, de la fuerza mayor y del estado de necesidad como medios liberatorios de la responsabilidad, cesa cuando tales hechos son determinados por el dolo ó por la culpa del agente, como ya tuvimos ocasión de ver (3). El hecho ilícito se relaciona entonces con la conducta jurídicamente anormal, y no será, por tanto, válida la excepción liberatoria, toda vez que aparecerá inutilizada por el dolo ó por la culpa precedente; de tal estado ilícito arrancará la existencia directa de la injuria, aun cuando parezca derivada del caso fortuito ó de la fuerza mayor. Entiéndase que la conexión ahora descrita entre el acontecimiento que parece casual y la conducta ilícita precedente, es un término esencial del razonamiento que acaba de hacerse; de otra suerte, el caso recobraría toda su virtud liberatoria.

542 trip. Variadísimas son las aplicaciones posibles de este concepto; así compréndese en él la responsabilidad del patrono por no haber cumplido todas las disposiciones de

(1) Cons. la cit. mon. de BRUSA, *Responsabilité des États à raison des dommages soufferts par des étrangers en cas d'émeutes ou de guerre civile*. Relación presentada al Instituto de Derecho Internacional y publicada en el *Anuario del Instituto de Derecho Internacional*, 1898, par. 1898, pág. 96 y sigts.

(2) Cons. ley fed. suiza de las oblig., art. 66.

(3) V. el § pres., b.; V. L. 203, D., de R. I. (ley 17), la otra ley ya citada y los autores aludidos.

los reglamentos preventivos aplicables á su industria; la de las Empresas ferroviarias que hubieran descuidado poner las convenientes barreras en los pasos á nivel de la vía en su cruce con los demás caminos ó las obras necesarias para la seguridad del tránsito (1), ó bien no hubiera protegido el camino de los incendios que pueden producir la salida de chispas de la locomotora (2). La razón es aquí idéntica á la que determina la responsabilidad de quien por negligencia hubiera ocasionado el incendio de cosas propias, comunicado después á las ajenas. La culpa no se presume en favor del vecino, que es quien debe probarla, sino que bastará la prueba de que el incendio no se debe á un caso fortuito.

542 cuad. En sustancia, el comportamiento ilícito por acción ú omisión que preceda á un hecho que á no ser por este comportamiento no hubiera sucedido y de sobrevenir se estimaría fundadamente como hecho casual ó producido por la fuerza mayor ó por el estado de necesidad, determinaría la responsabilidad por el hecho producido, y la determina en cuanto la conducta anormal es la causa; más todavía: aun sin ella existiría la imputabilidad; en su virtud, convendrá en alguna ocasión medir aquélla según la mayor ó menor extensión de esta relación de causalidad.

543. Caso ciertísimo de fuerza mayor es la coacción que obliga al agente á cometer la ofensa; con relación al mismo lo es aquella fuerza á la cual no puede resistir y no concurre en el hecho ninguna circunstancia que le garantice la libertad en el obrar; esta coacción injusta debe ser de tal naturaleza que, obrando sobre una persona sensata, la infundiera un racional temor de un mal ó desgracia grave para

(1) Cas. fr., 31 Octubre 1898 (*J. du P.*, 1899, I, 414). Consúltese sobre esta materia y la que sigue, CARPENTIER y MAURY, *Tr. de los Caminos de hierro*, París, 1894, II, 4.298 y sigts.

(2) V. la n. precedente en f. Cons. (decisión dada en materia penal), Cas. fr., 13 Junio 1895 (*J. du P.*, 1896, I, 26).

si ó para sus bienes (1), ó bien con relación á los de su cónyuge, ascendientes ó descendientes (2), teniendo en cuenta, claro es, las condiciones relativas al sexo, edad y demás circunstancias que concurren en la persona. La falta de libertad para obrar exime de responsabilidad.

A este concepto se quiere reducir la cuestión de la responsabilidad por los actos ilícitos cometidos por un empleado ó funcionario obedeciendo á las órdenes recibidas de la autoridad superior. No cabe duda al decidir que el funcionario que recibe órdenes de una autoridad á la cual no está sometido debe rehusar su ejecución, y, si así no lo hiciera, es responsable de los daños ocasionados por la ejecución del hecho ilícito que se le ordenó (3). Por el contrario, si la orden se dió por autoridad competente; si sustancialmente lleva aparejada su ilicitud, piensan algunos que ni la fuerza mayor ni el estado de necesidad no eliminan la responsabilidad del empleado, obligado á dimitir antes que á obedecer (4). Piensan otros que á favor del funcionario existe una presunción de buena fe que le salva de toda responsabilidad, dejando á salvo para el ofendido el derecho á la prueba contraria (5).

Estas doctrinas llevan implícito un defecto fundamental que le es común, cual es la investigación de un principio especial para actos que entran en el ámbito de los que se establecieron para explicar la doctrina general de la impu-

(1) Cons. Cód. civ., art. 1.112. V. la nota siguiente.

(2) Cons. Cód. civ., art. 1.113; Cód. fr., art. 1.113; Cód. civ. austriaco, art. 870; Cód. civ. alemán, § 123; L. federal suiza de las obligac., art. 27; Cód. civ. portugués, art. 666; Cód. civ. español, art. 1.267; Cód. civ. de Chile, art. 1.456; Cód. civ. de la Rep. Arg., art. 936 y sigts.; Cód. civ. de Méjico, art. 1.416; Cód. civ. del Uruguay, art. 1.233 y sigts.; Cód. civ. de Guatemala, art. 1.412 y sigts.; Cód. civ. del Japón, art. 96.

(3) V. GIORGI, ob. cit., V, 148, pág. 189.

(4) BONASI, ob. cit., p. 214.

(5) LAURENT, ob. cit., XX, 447; GIORGI, ob. y ed. cit.

tabilidad, relacionándola con la libertad de obrar. Ciertamente es que el empleado, al recibir órdenes de una autoridad á la cual legalmente no está sometido, debe rehusar su ejecución; las órdenes de policía, como declaración de la voluntad general asumida por la autoridad, ora arranquen de un precepto legal, ora dimanen de aquellos conceptos supremos encaminados á mantener y proteger el buen estado social, sufren una excepción, en cuanto deben ser obedecidas por todos como necesidad impuesta por la convivencia social y fundamento además de toda ley; mas si la autoridad que da una orden de esta clase une á la importancia de la orden que da una amenaza; si por edad ó por naturaleza, ó por condiciones de familia, el empleado fuese débil y su temor se aumentara por la carencia de bienes de fortuna con que atender á sus necesidades y á las de su familia; si todo ello se confirmara, cosa no difícil ciertamente, y si por ventura no hubiera quizás *ley ninguna que regulara la condición del empleado, protegiéndole contra todo abuso de autoridad*, ¿no podrá decirse que obró aquél movido de fuerza mayor ó bajo el peso de una violencia insuperable para él, en suma, en estado de necesidad?

Son tanto más necesarias estas reservas en la segunda de las hipótesis descritas, toda vez que precisa tener muy en cuenta, no sólo la distancia jerárquica existente entre quien ordena y quien está llamado á obedecer (y para ello se le requiere), entre superior é inferior, sino también las condiciones especiales del empleado, porque decir de él que deba dimitir antes que obedecer, es pretender del empleado una cosa superior á la que puede realizar; presumir después su buena fe, y esto de un modo general, es opinión que no nos parece aceptable, tanto más cuanto que implica una presunción no acogida en ninguna parte de la ley; antes bien, más aceptable sería la contraria, por ser lógico suponer que el empleado no debe ignorar de ningún modo y en ninguna de sus partes los reglamentos ó disposiciones á cuya aplicación concurre. Mejor es, por lo tanto, dejar en

este caso que rijan con toda su influencia los principios generales, y así, en el caso de una orden dada por funcionario que no tuviese derecho á darla, se deberán examinar con la mayor severidad los argumentos invocados para probar ó sostener la coacción y medir su eficacia con relación al derecho que el empleado tuviera para no prestar su acatamiento á ella; en el caso de orden manifiestamente ilegal dada por el superior directo, se deberá considerar el grado de subordinación debida por el empleado, sus circunstancias especiales, y hasta la misma forma con que la orden fué dada; con estos elementos podrá deducirse si hubo ó no coacción, estableciéndose en su virtud el estado de necesidad en que pudo encontrarse el empleado. Esta variable apreciación corresponde á la necesidad de valorar bien la conducta del agente, según sus circunstancias especiales, con el fin de ver si la generalidad de los hombres, en idénticas circunstancias, hubieran obrado de igual manera ó de otra distinta.

543 bis. El mandatario ¿podrá eximirse de la responsabilidad que nace del hecho ilícito pretextando la orden recibida? Respóndese negativamente (1), y la decisión es demasiado absoluta; cierto que el simple encargo ó comisión conferida no contiene *coacción*, siendo, por tanto, el mandatario libre de aceptarla ó no aceptarla; mas conviene añadir que aquélla puede coexistir con el encargo, y en tal supuesto, cuando sea verdadera con la concurrencia de todos los elementos que la integran, puede inducir el estado de necesidad.

543 trip. Por los conceptos expuestos aparece señalada todavía con mayor precisión la diferencia ya señalada entre el estado de necesidad y el estado en el cual una persona conscientemente ocasiona daño por razón de *legítima defensa*.

Existirá el estado de necesidad cuando el hecho volun-

(1) LAURENT, ob. cit., XX, 447.

tario ejecutado por el agente en su defensa personal ó de sus bienes á fin de sustraerse ó sustraerlos de un peligro inminente, ó también cuando se trate de bienes ajenos, implique el cumplimiento de un deber jurídico ó la obligación moral de la defensa (1) El estado de necesidad que la fuerza mayor supone despoja al acto del agente de la libertad de elegir y de querer que aquel debió de tener para realizarlo, quita la imputabilidad y elimina la responsabilidad; en la legítima defensa, y en general en la reacción natural en quien se encuentra amenazado de un presunto peligro, el acto se ejecuta con pleno derecho, al cumplirlo rechaza la amenaza de una ofensa justamente tenida *reobrando* contra ella. El *abuso del derecho* existirá en este caso si la reacción se exagera, por lo cual deberán considerarse también las circunstancias en las cuales obró el agente. En el estado de necesidad, el agente debe proporcionar al valor de los bienes que defiende aquellos que con sus actos daña; claro es que en este, como en los casos anteriores, deberán tenerse en cuenta (para establecer la normalidad de la conducta con tal juicio comparativo) las circunstancias especiales dentro de las cuales efectuó el agente sus actos.

f) Hecho de tercero.

SUMARIO: 544. — Su significado. — Carencia de denominación. — Daño ocasionado en el trabajo.

544. El hecho de tercero como medio de liberación significa en la culpa extracontractual (en la que tiene su cuatificación menor campo que en la contractual) que la injuria en sus elementos subjetivos es producida por el hecho de un tercero contra el cual debe dirigir su acción el ofendido. Por tanto, si ejerciendo coacción se ha constreñido á una determinada persona á la comisión del hecho ilícito, en la

(1) La distinción hállase muy bien precisada en el Cód. del Japón, art. 720.

materialidad de su ejecución concurre, como hemos dicho en el párrafo precedente, la fuerza mayor (1); y si se exceptúa que es otro el autor de la ofensa, niégase el haber tomado parte en la injuria.

Del concepto tan repetido de que sin culpa no há lugar á la exigencia de responsabilidad, deriva el de que cada uno responde de sus propios hechos y no de los cometidos por un tercero fuera de los casos taxativamente marcados por la ley (2) y sobre los cuales hemos discurrido ampliamente (3) al tratar de la excepción, según la cual existe obligación por el hecho ilícito ajeno cuando, dada la condición de la persona responsable con relación al autor material del hecho, debe reputarse éste como propio de aquélla (*mandato, representación*), ó bien cuando la culpa precedente del sujeto responsable dió motivo á la ejecución del hecho ilícito por el agente material del mismo (culpa *in vigilando* presumida alguna vez por la ley).

544 bis. A esta culpa *in vigilando*, entendida en el más amplio sentido de la palabra, refiérese toda conducta que no responda ó no se adapte á *lo que una persona en sus relaciones con otra ó con las cosas observa para que las personas ó las cosas con las cuales se relacionan no sufran ofensa*.

Vigilancia, por tanto, equivale á gobierno ó dirección á cargo de determinada persona; son aplicaciones de este principio, aparte de la construcción ya elaborada sobre la responsabilidad y la garantía debida por el daño ocasionado á personas ó cosas, la responsabilidad del Estado por el daño producido por los particulares á los extranjeros en caso de motines ó de guerras civiles que turben el país; es el país mismo, es la colectividad quien al acoger al extranjero le brinda el pacífico desenvolvimiento de sus actividades y la defensa contra todo aquello que pueda turbarla;

- (1) V. los números precedentes.
(2) Cód. civ., art. 1.153 y sigts.
(3) V. los capítulos VI al XIII.

protección ésta que es obligación (como regla de derecho), no de una facción ó partido político, sino del país entero (1).

g) Voluntad del agraviado.

SUMARIO: 545. — Valor y extensión de este medio.

545. Es evidente la no existencia de la injuria cuando el hecho se comete con el voluntario consentimiento del ofendido. A esto aludíamos al hablar en términos generales de la conducta anormal del ofendido en relación al hecho que le agravia. *Volenti non fit injuria*; faltaría la lesión ilícita del derecho, porque el injuriado mismo la consiente ó la quiera; faltaría también el concepto mismo de la lesión, siendo él el autor del propio daño (2). Si cada uno debe soportar las consecuencias de sus propios actos, justo es que sufra los efectos del daño que voluntariamente se produce al consentir su ejecución.

Esta voluntad puede manifestarse, ó con el hecho de buscar deliberadamente el daño, y no rehuirlo ni reaccionar contra él. Así sucede en materia de accidentes del trabajo cuando el obrero se los produce voluntariamente, ó también cuando se faculta á una persona para realizar los actos que ocasionan el daño.

Podría en este sentido formularse una objeción, induciéndola de todo cuanto se dijo sobre la invalidez del pacto relativo á la no responsabilidad; pero examinándolas bien, hay entre las dos figuras diversidad grande, porque en esta última el autor del hecho ilícito es siempre el agente de cuya responsabilidad se trata, mientras que en el caso en cuestión el autor del hecho en puridad es el menos agra-

(1) V. la nota 1 de la pág. 572.

(2) Infírese de aquí que en este sentido puede entenderse el principio como idéntico al ya formulado sobre la culpa del ofendido. V. el pres. § c. V. POLLOCK, ob. cit., pág. 160 y sigts.; BEVEN, ob. cit., pág. 764 y sigts.

viado. En la primera hay una conducta ilícita del agente, quedando sólo á discutir la validez ó la ineficacia de la cláusula de la no responsabilidad; en el supuesto actual no há lugar á la injuria subjetiva del agente.

La autorización para realizar actos por los cuales del hecho del agente resulte daño, y prometer al mismo tiempo la irresponsabilidad, no puede equipararse á querer la ofensa; es otro también el contenido de los dos casos: aquí el daño es posible, acaso probable, pero no cierto, y puede suceder que, observándose por el agente una mayor diligencia, lo evite; además, la voluntad de quien puede sufrir la ofensa manifiéstase de un modo clarísimo en el sentido de no desear sufrirla; si la injuria sobreviene, no por caso fortuito, sino por la conducta ilícita, existirá á cargo del agente la responsabilidad consiguiente, siquiera haya que examinar después si ésta se elimina por la promesa otorgada. Tal es el caso del médico ó del cirujano al cual un enfermo ó su familia, consciente de la gravedad de su dolencia, faculta para ensayar un remedio ó una operación peligrosa ó de éxito dudoso, bien *per se* ó por las circunstancias del enfermo ó del lugar en que se hace (1); tal es el caso del arquitecto que se compromete á reparar un edificio en ruina, ó del artífice á quien se da encargo para componer un objeto y que en la reparación puede sufrir mayores deterioros; del Abogado á quien se encomienda la defensa de una causa cuyas dificultades hubiera puesto de relieve. Por el contrario, en la hipótesis sobre la cual discutimos ahora, el daño es cierto y ha sido querido por el agraviado, y desde el momento inicial nada hay que pueda imputarse al agente como hecho ilícito: él es solamente el ejecutor material de un acto que es ejercicio de un derecho del declarante.

(1) Cons. Ap. Lieja, 30 Julio 1890 (*J. du P.*, 1895, 2, 237), que decide la responsabilidad por una operación ejecutada en un menor sin el consentimiento de los padres.

Se puede, por tanto, sostener la falta de responsabilidad, porque jamás existieron los elementos necesarios para producirla. Pero esto tiene un límite que está en la ley, en el orden público ó en las buenas costumbres; porque si la declaración tuviese por objeto cosas que aquéllas prohíben, la autorización para ofender no exime de responsabilidad á quien se convirtió en ejecutor material de la ofensa ó á quien nada hace para impedir que el agraviado la sufra si á ello estaba obligado. Si el obrero dispensara al patrono de suministrarle los aparatos de seguridad; si renunciara á tener un puente de construcción más sólido ó menos peligroso, exponiéndose voluntariamente al riesgo, ¿podrá el patrono excepcionar el pacto tácito *volenti non fit injuria*? No; el daño á la persona no se puede comprender entre los objetos á los cuales puede válidamente referirse la voluntad en estas materias, y esto es así por motivos de orden público (1). Así en el duelo la voluntad común de inferirse daño *con ciertas reglas* no evita la responsabilidad que puede estimarse agraviada para la provocación injusta (2). Así el mandato de suicidio (homicidio-suicidio) no es un hecho liberador de responsabilidad.

545 bis. Pero la voluntad del agraviado debe ser libre y desenvolverse con pleno conocimiento de las consecuencias del hecho, con la íntegra disposición de todas sus facultades y de sus cosas. Por esto, quien hubiera influido en la voluntad ajena para determinarla al suicidio es responsable, y responde también del hecho ilícito quien hubiera inducido á una mujer á abandonarse á sus malas pasiones. También en estos casos debe medirse el grado de sugestión ejer-

(1) Cons. FERRI, *L'omicidio suicidio*, mon. (2.ª ed.); v. KESSLER, *Die Einwilligung d. Urletsen in ihrer strafrechtl. Bedeut.* (Wien, 1884), y sobre este trabajo ROEDENBECK en el *Gerichtssaal*, XXXVII, 2, p. 124; y la recens. en *Zeitschr.*, v. GRÜNUT, 1885, 2, p. 564.

(2) Cons. LAROMBIÈRE, ob. cit., art. 1.382 83; n. 31; SOURDAT, ob. cit., I, 188 bis; AUBRY y RAU, ob. cit., § 445, t. y n. 1; DEMOLOMBE, ob. cit., VIII, 512 y sigts.

cida, considerando con este motivo, como antes dijimos, la edad, condición moral de la mujer, así como la conducta que en el hecho y circunstancias preparatorias del mismo observó la persona seducida; aun cuando sea menor, habrá de tenerse en cuenta todo esto.

h) Prescripción.

SUMARIO: 546. Término.

546. Como toda obligación se extingue por vía de la prescripción, así también la obligación de resarcir el daño ocasionado por el hecho ilícito se extingue con el decurso del término ordinario fijado por la ley, que es el de treinta años (1), y de diez solamente cuando los hechos ilícitos se refieran ó produzcan afectando á obligaciones mercantiles (2), y lo tienen ora cuando se realicen por un comerciante ó contra un comerciante, afectando á esta condición, de suerte que jurídicamente no pueden existir sin que necesariamente se refiera á tal estado del agente; debe tenerse en cuenta que la prescripción no se desenvuelve contra la sentencia, sino que debe volverse al término ordi-

(1) Cód. civ., art. 2.135; Cód. fr., art. 2.262. Establecen un término adaptado para este caso, la ley fed. suiza de las oblig., art. 69 (diez años ó un año si la parte lesionada tiene conocimiento del daño ó de la persona que lo produce, exceptuando los casos de hechos punibles, para los cuales la prescripción de la acción penal exijan las leyes cantonales un término mayor). El Cód. civ. germ., § 852 (tres años en el caso ya previsto por la ley fed. suiza cit., de otro modo treinta años); el Cód. del Japón, art. 724, contiene la misma disposición, sólo que los términos son más largos, veinte años. El Cód. civ. austriaco, art. 1.489 (tres años); Cód. civ. de Guatemala, art. 668; Cód. civ. de la Rep. Arg., art. 4.097; Cód. civ. de Méjico, art. 1.204, 8.º; Cód. civ. portugués, art. 539, 6.º; Cód. civ. de Chile, art. 2.332 (cuatro años); cfr. Cód. civ. del Uruguay, art. 1.293.

(2) Cód. com., art. 917; para los ocasionados por el choque de buques el término es de un año. Cód. de Com., art. 923.

nario de los treinta años (1). Discútese si por derivarse de un hecho ilícito la acción penal ó la civil, la prescripción de esta última no debe tener igual término que la primera; mas á esto cabe oponer la diferente naturaleza de ambas acciones, y, por tanto, que la ley civil ó la comercial, según los casos, sea la que debe regular la acción civil. La legislación vigente está conforme con esta doctrina (2).

i) Renuncia á la acción.

SUMARIO: 547. Fundamento de este medio. Distinción.

547. Consecuencia de la facultad de obrar que el derecho implica, la de renunciar, entra en el poder que el dominio jurídico entraña para su titular. Y al decir esto, claro es, aludimos á aquellos límites dentro de los cuales puede ejercitarse ampliamente la potestad de cada uno con relación á su derecho estricto. Síguese de aquí la notoria invalidez de una renuncia que ofendiera al derecho ajeno ó simplemente las normas reguladoras del interés y del orden público, como sería la que el obrero hiciera de las leyes protectoras contra los accidentes del trabajo (3).

Por esto, la voluntad del sujeto puede válidamente manifestarse en la declaración de renuncia á la acción de responsabilidad y al resarcimiento que de ella se sigue, derivada del hecho ilícito cometido en su daño, ó bien, declarada la responsabilidad, renunciando al resarcimiento. Sin hablar por ahora de esta especie de remisión de deuda,

(1) V. CHIRONI y ABELLO, ob. cit., § 1, pág. 721.

(2) Cód. pen., art. 102. V. la doctrina francesa sobre los artículos 2-3, 637-640 del Cód. pr. pen., afirmando el mismo principio que el art. 149 del Cód. pen. cit., MERLIN, *Répert. cit.*, v.º *prescript.*, § 3, § 4; DURANTON, ob. cit., XIII, 707, y XXI, 102; TOULLIER, ob. cit., XI, 292; SOURDAT, ob. cit., 378, 379; LAROMBIÈRE, ob. cit., art. 1.382-83, n. 48; COLMET DE SANTERRE, ob. cit., V, 364 *bis*, VI; AUBRY y RAU, ob. cit., pág. 445; DEMOLOMBE, ob. cit., VIII, 697-709.

(3) De esto nos ocuparemos en seguida.