

necesario es recordar que se halla regida por los principios generales, y preciso rememorar también la validez de la renuncia de la acción cuando tiene lugar posteriormente á la realización del hecho, excepción hecha de aquellos casos en los que pudiera implicar una renuncia para el interés público ó una violación de las leyes referentes al orden público (1). Cometido ó realizado el hecho, nace la obligación, es evidente el derecho de las partes á convenir la liquidación del daño, teniendo también en cuenta el dolo y el grado mayor ó menor en la culpa del agente, y siendo esto así, también lo es la validez de la remisión total de su derecho realizado por el agraviado, siempre que tenga capacidad para ello; materia de la renuncia es en este supuesto solamente la cuestión del daño, sin que pueda extenderse á otras cuestiones (2).

§ 2

Excepciones inexactas de la irresponsabilidad.

SUMARIO: 548. Excepciones aparentes. Excepciones no ciertas de la buena fe. — 550. El pacto anterior al hecho ilícito.

548. De un medio que sólo en apariencia determina la irresponsabilidad hay ocasión de hablar, estudiando la acción instituída por el asegurador del agraviado y de la promesa contra el asegurador del causante del daño; en realidad, ella se refiere al primero de estos dos casos, y la significación que tiene hállase implícita en la teoría antes dis-

(1) V. el § 550.

(2) AUBRY y RAU, ob. cit., § 445 en f.; LAURENT, ob. cit., XX, 545. L'HÉLIE, ob. cit., II, § 116, criticando la teoría impugnadora de la transmisibilidad de la acción al heredero para pedir la reparación del daño moral no intentada por el difunto, la acepta sólo para los delitos que se promuevan á instancia de parte solamente; pues en esta hipótesis, el no haberla ejercitado el difunto valdría tanto como suponer que había perdonado. Presunción errónea. V. el cap. XVII.

cutida y aceptada, relativa á las pretensiones del agraviado que, habiendo obtenido de su asegurador un valor que incluya la integridad ó una parte del resarcimiento que le corresponda, quisiera después ejercitar contra el injuriante el derecho al resarcimiento por el daño que le ocasionó.

Podría observarse en esta hipótesis lo que ya tuvimos ocasión de exponer, afirmando ser otra la causa del crédito que el agraviado tiene contra el asegurador, diferente de su derecho contra el autor de la injuria; la primera tiene su fundamento en la transferencia del riesgo, y la segunda en el mismo hecho ilícito; nace la una del contrato, nace la otra en la injuria, pareciendo por todo esto que pueda el agraviado acumular las dos acciones y exigir del asegurador y de la persona responsable el cumplimiento de las respectivas obligaciones. Mas forzoso es declararlo: la resolución está bastante mal fundada, ora se quiera argumentar por la naturaleza del seguro ó por la doctrina general que regula el resarcimiento; el seguro produce como efecto la transferencia del riesgo, y por ende de las consecuencias (importa poco para la naturaleza de la relación que el seguro sea de la parte ó de la integridad) del hecho ilícito temido, realizado el cual, adquiere el derecho del asegurado su plena eficacia jurídica. En cuanto al resarcimiento, como ya tuvimos ocasión de hacer notar, no puede ser fuente de lucro para el agraviado, limitándose su finalidad á reponer el patrimonio al estado económico que tenía anterior al hecho ilícito. Ahora bien: si al perjudicado se le concedieran *siempre* las dos acciones, habría lugar seguramente á ese lucro por el daño padecido, obteniendo mayor suma que la que realmente pudiera corresponderle por el resarcimiento.

Pero negada por este motivo la acción contra el responsable, *dentro*, claro es, *de los límites entre el valor obtenido con el seguro y la cuantía del resarcimiento debido*, ¿no aparecerá el autor del daño liberado de su obligación de resarcir en todo ó en parte, según sea la cantidad pagada por el asegurador? Hemos respondido ya negativamente al decir

que semejante estado constituye una liberación aparente de la responsabilidad. El responsable no deberá el todo ó la parte de la indemnización al agraviado, quien en razón del daño y por título de indemnización recibió del asegurador ó todo el resarcimiento ó la parte del mismo á que respondía el seguro; pero en cambio resultaba obligado con relación al asegurador al cual se han transferido los derechos del asegurado-agraviado (1). De aquí que sólo cuando el valor del seguro no comprenda la íntegra compensación, conservará el perjudicado acción para el resto.

¿Se pregunta si habrá derecho después al reembolso de las primas pagadas? Parece que el derecho con relación al injuriante está limitado á exigir sólo el resarcimiento, y esto en todo ó en parte lo obtiene con el seguro; las primas pagadas no representan el objeto de una prestación nacida como consecuencia de la injuria, sino uno de los aspectos de la relación contractual estipulada entre él y el asegurador; esas primas, aun cuando el daño no hubiera acaecido, se hubieran pagado del mismo modo; por consiguiente, la disminución del patrimonio que ellas representan es independiente por completo del hecho ilícito.

Consideraciones graves son ciertamente las apuntadas; pero todas palidecen frente al hecho de que, acogiéndolas, el agraviado tendría en definitiva menor resarcimiento del que le corresponde y que debe obtener en su integridad. La cuestión no se refiere tanto á la relación entre la prima y la injuria, la cual ciertamente no es la causa directa que determina la prestación, como sucede entre el *resarcimiento debido* y el *valor del seguro*; el agraviado no debe lucrar por el resarcimiento; pero el injuriante á su vez tampoco puede haberlo por el seguro que el agraviado hubiere contratado.

549. De las causas que desde luego pueden reputarse como ineficaces para la irresponsabilidad, siquiera puedan tener alguna influencia en su declaración, á condición de

(1) V. el cap. XVII.

no exagerarla ni en su contenido ni en su extensión, una de ellas es *la buena fe*, que es modo eficazísimo para la liberación en relación á la culpa exclusivamente, y representa ó es figura de quien, observando una conducta normal, ó ignoró ó se equivocó. El agente ha creído obrar con derecho, ha entendido que no lastimaba derecho de nadie, y, siendo esto así, ¿por qué en tesis general esta *buena fe* no ha de ser causa de irresponsabilidad? Ciertamente que no debe exagerarse al hablar de la irresponsabilidad por aquellos errores que son natural secuela de la flaqueza humana (1), porque entonces se argumentaría así á favor de quien obró con culpa grave, estado bien distinto del dolo, y, sin embargo, en materia de culpa contractual, ora por la ley, ora por la voluntad de las partes, están equiparados en sus efectos. Sólo puede reputarse que obra de buena fe quien, observando aquella diligencia que en el caso concreto era debida en un orden jurídico completamente normal, ignorara ó no se diera plena cuenta de la entidad de su propio derecho ó del ajeno, ó también de las consecuencias de sus propios actos, tomados como ejercicio lícito de un poder ó facultad jurídica; con decir que el ofendido tiene derecho á no sufrir lesión por el error ajeno y que cada uno debe precaverse contra los errores causantes de daño, confúndese la verdadera responsabilidad con la garantía.

En los párrafos anteriores hemos hablado de algunas aplicaciones de estos conceptos, como el caso del médico que sigue los procedimientos de una escuela determinada y que no han sido condenados por la experiencia ni abandonados por el uso corriente; del Abogado que sigue una interpretación bastante discutida en la doctrina y en la jurisprudencia, pudiendo decirse lo mismo respecto á los demás profesionales en cuanto al modo de conducirse en la prestación de sus servicios; puede decirse que obran de buena

(1) V. á propósito los cap. I y II.

fe si con tal expresión quiere significarse que no incurren en culpa (1).

550. Otra causa, que tampoco es en realidad verdadero motivo de liberación, es el pacto de irresponsabilidad anterior á la comisión del hecho ilícito. La resolución no ofrece dificultad, y tuvimos ya ocasión de demostrarlo (2). Pero la razón de la teoría no está en desechar el pacto por contener la inmunidad para cometer la injuria, aunque claro está que semejante estipulación es contraria al orden y á la moral pública. Admitir en favor de una persona la inmuni-

(1) V. el pres. § b), c). Como no incurre en culpa (aparte, se entiende, de lo dicho respecto al *derecho de crítica* ya descrito, y que representase la acción *jure* y no la acción *sin culpa*) el corresponsal de un periódico (y en consecuencia el *director* y el *impresor*) que *sin mala intención refiere el sentir de la opinión pública sobre un caso concreto, habida cuenta de las circunstancias en que se dice cometido, así como también respecto á la persona á quien se indica como agente*. El periódico no hace más que describir el estado de la opinión pública, y precisamente ese estado es lo que objetivamente puede ser descrito en el diario. Mas puede suceder que sobreviniere después la culpa si el director ó el propietario y hasta el editor tuvieron por su parte conciencia del error en que hubiera incurrido el corresponsal, ó bien por sus condiciones personales estuvieran capacitados para dudar. Cons. sobre esta materia la mon. de NASI, *La responsab. civ. del tipografo*, Turin, 1901; Ap. Macerata, 16 Febrero 1905 (*Giur. it.*, 1905, I, 2, 240). V. también sobre error no excusable ocurrido en la publicación de un protesto á causa de la equivocación en la noticia dada por el funcionario público; Ap. Milán, 27 Marzo 1900 (*Mon. Trib.*, 1900, 410). Sobre el *exceso* en el *derecho de crítica* (¿qué otra cosa es la opinión pública sino la crítica social?) y el derecho á la *narración*, cuyos dos elementos integran la posición jurídica del periódico, v. Trib. Turin, 5 Mayo 1903 (en *Riv. univ.*, 1903, 372), y por el modo absolutamente equivocado de considerar el *animus narrandi* como forma de la acción difamatoria, v. Ap. Nápoles, 4 Marzo 1904 (*Giur. it.*, 1905, I, 2, 80); y en la nota las importantísimas consideraciones de FADDA sobre la libertad de la prensa.

(2) Cfr. LABBÉ en *J. du P.*, 1885, I, págs. 1.009 y 1.243, y en *R. Critique*, 1885, pág. 445.

dad para la ofensa que pueda cometer, tanto vale como facilitarla un salvoconducto para que las cometa; es favorecer el dolo, bien de un modo expreso, bien ocultándolo bajo las apariencias de la culpa, si el pacto concierne á ésta en sentido estricto; ahora bien: aquella norma jurídica que rigurosamente reprime la injuria no puede consentir que privadamente y por una convención cualquiera se encarezcan ó se deroguen las normas generales. Una vez cometida la injuria, el derecho del ofendido resuélvese en el resarcimiento y puede como quiera usar de su derecho; pero hasta tanto, queda en todo su vigor el principio general.

En la culpa contractual domina el principio opuesto, con la limitación del dolo por razón al orden y á la moral pública, y en relación á la culpa grave, por respetos á la voluntad presunta y á la ley. Los pactos pueden referirse, y de hecho se refieren, á la diligencia sobre la ejecución de las obligaciones, y acerca de ello es evidente el derecho de las partes á pactar válidamente (1).

Aparentemente hay aquí una contradicción entre admitir como medio de liberación la voluntad del ofendido y negar tal carácter al pacto de irresponsabilidad; el contraste cesa cuando se considera que la voluntad del ofendido exime de la responsabilidad para el solo hecho de que quede á cargo del agente; el hecho es para el ofendido, y, por consiguiente, él es quien debe sufrir las consecuencias. Negar la irresponsabilidad, se añade, valdría tanto como restringir las facultades ó poder que al titular de un derecho le corresponde como tal. Pregúntase también si será lícito el pacto cuando pudiendo una de las partes disponer del derecho no se ofenda con él ni la moral pública ni las leyes. Es evidente la licitud de esta estipulación, pero nada tiene que ver con el supuesto planteado ahora; en el pacto á que nos venimos refiriendo se da como realizada la injuria, mientras que la hipótesis de la estipulación anterior á

(1) V. á este propósito el cap. I, § 1, y las referencias en la nota.

la inmunidad es realmente contraria al orden público. En el caso del *volenti non fit injuria* es el lesionado quien á sí mismo se ofende, si es que puede llamarse ofendido al perjudicado por hechos propios; en la hipótesis del pacto es el ofendido quien invita á otro á la comisión de la injuria, asegurándole la irresponsabilidad; ¿puede prometer tales seguridades cuando la ley prohíbe la injuria (1).

§ 3

De la irresponsabilidad y del principio que prohíbe el ilícito enriquecimiento.

SUMARIO: 551. Referencia. Aplicaciones; daños producidos por el enemigo.

Hemos observado ya cómo la irresponsabilidad puede darse con la prohibición del enriquecimiento ilícito, en razón á su distinta naturaleza y á los diversos fines de ambas instituciones. Quien no ha cometido injuria no tendrá responsabilidad; pero si lucró alguna ventaja del hecho, justo es que en los límites ya descritos quede obligado con quien sufrió el perjuicio.

De este concepto hemos hecho ya algunas aplicaciones, especialmente para los daños de guerra producidos por las autoridades del país al cual pertenece el perjudicado (2). Volviendo ahora, siquiera sea brevemente, sobre esta materia, conviene distinguir los daños producidos por el Estado de los ocasionados por el enemigo. Quien habitando en el país invadido hubiera sufrido durante la invasión daños producidos por el enemigo invasor, ¿tendrá derecho á una compensación del Gobierno de su país *donde* legiti-

(1) La hipótesis planteada es distinta de la relativa á la responsabilidad coordinada con el contrato. Así, si el doméstico al valerse de los animales suministrados por el patrono para ejecutar sus funciones produce daño, la culpa es contractual. V. el n. 379 en f., t. y n.

(2) V. el § 541.

mamente reside? Según los principios acogidos, es fácil cosa advertir que no concurre en este supuesto la figura de la responsabilidad, porque hecho ilícito de la autoridad contra la cual se dirige la acción, realmente no lo hay; bien podría, por consiguiente, rechazarla el Gobierno, apoyándose en ser el hecho obra de un tercero. Pero si la pretensión tuviera por causa el enriquecimiento ilícito, contendría examinar si del daño sufrido otros convecinos obtuvieron alguna ventaja.

Con relación á este supuesto, si la cuestión versa sobre daños sobrevénidos durante la lucha, es difícil poder juzgar los producidos por el enemigo para defenderse ú ofender como hechos de los cuales pueda decir la persona que los ha sufrido que han evitado un daño á la colectividad (1), la cual no debe injustamente obtener ventajas de esto. En el caso de contribuciones impuestas á los habitantes de los lugares ocupados, ú otras requisiciones (2), quien hubiera pagado de más ó quien hubiera prestado el servicio pedido, tiene acción contra sus conciudadanos, pudiendo demandar á la autoridad que los representa, que á su vez puede prorratear la suma entre los diversos miembros que deben el reembolso (3). No vale objetar que por tratarse de requisiciones quien la prestó lo hizo individualmente, y debe, por tanto, sufrir las consecuencias del daño como un efecto del caso; la prestación viene pedida y hecha por el individuo; como parte de la colectividad, no implica una obligación personal y sí un servicio realizado como miembro, y, por consiguiente, si á virtud de esa prestación se libraron de hacerlo, claro es que vendrán obligados al resarcimiento. Es un daño soportado en el interés de la colectividad, que no puede lucrarse sin ofensa; por esto la administración

(1) Cons. FERAUD-GIRAUD, mon. cit., nn. 53 y 54.

(2) Cons. FERAUD-GIRAUD, mon. cit., nn. 70 y sigte.

(3) V. la nota precedente.

deberá resarcirle, salvo la repartición proporcional entre los interesados (1).

(1) La prestación impuesta por la autoridad legítima á provincias sublevadas y vueltas luego, terminada la insurrección, á su obediencia, ¿serán verdaderos daños? Así se afirma, y no es dudoso, según el concepto antes expuesto, que si el Gobierno no impuso una cuota diversa para cada una ó algunas de las provincias sublevadas, la prestación debe ser dividida en partes iguales; y si se ordenase la proporción en la cual cada una de las provincias debió contribuir, la que hubiera pagado de más tiene derecho á repetir contra la que hubiera pagado de menos. Cons. Cas. Turin, 23 Abril 1885 (*Foro it.*, 1885, 1, 543); Ap. Turin, 17 Julio 1886 (*Monit. dei Trib. de Milán*, 1887, n. 1); FUSINATO, *Risp. ad alcune note critiche contro la sentenza della C. di Torino 22 aprile 1885*; GABBA en *Foro it.*, 1885, I, pág. 544 y sigts. Conf. VIDARI en *Monit. dei Trib. cit.*, 1885, n. 49.

SECCIÓN QUINTA

DE LA PRUEBA

CAPÍTULO XIX

Prueba de la culpa y de los medios de eliminación ó limitación de la responsabilidad.

GENERALIDAD

SUMARIO: 552. Principios generales. Á quién incumbe la carga de la prueba. Distribución de la materia.

552. Al revés de lo que sucede por el hecho ilícito contractual (1), la injuria no contractual debe ser probada por quien la alega; con relación al contrato, la parte tiene que demostrar haber cumplido sus obligaciones, ejecutándolas con la diligencia fijada según la materia constitutiva de aquéllas. Por el contrario, quien en virtud de delito ó cuasidelito tiene derecho á una indemnización, debe demostrar su existencia probando el concurso de todos aquellos elementos que integran aquella obligación. Por esto, quien se crea *injurado*, tiene el deber de probar el fundamento de su acción, esto es, de aquellos elementos antes aludidos integradores de la injuria objetiva y subjetiva; y la persona demandada que opusiera una excepción encaminada á invalidar la eficacia de la pretensión, debe demostrar su fundamento. Los principios sobre la prueba no se apartan aquí de los que con carácter general formulan las leyes.

(1) V. el cap. I, § 1.