

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

TEORIA DEL HECHO ILICITO

Tesis que
para obtener el título
de Licenciado en Derecho presenta

JESÚS HERNÁNDEZ TORRES

MEXICO, D. F.

1968



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

CONTENIDO

Prólogo.	5
Antecedentes históricos.	7
Teoría Clásica.	15
Aportación de Henri y León Mazeaud y André Tunc.	19
Crítica de la Teoría Clásica.	25
Teoría Unitaria de la responsabilidad civil.	29
Fundamento de Teoría General del Derecho.	30
Hecho Ilícito.	32
Indemnización.	33
Elementos del Hecho Ilícito.	39
Conducta.	39
Antijuridicidad.	43
Tipicidad.	53
Culpabilidad.	53
Imputabilidad.	71
Daño.	72
Relación entre la conducta y el daño.	76
Sanción.	80
Concepto de Hecho Ilícito.	82
Conclusiones.	83

PROLOGO

Dentro de la evolución del Derecho, los principios que rigen la responsabilidad civil han tenido que abandonar el proceso normal de desarrollo y adelantarse en su desenvolvimiento para marchar de acuerdo con las necesidades que impone el increíble progreso de la ciencia y la complejidad creciente de las relaciones sociales.

El avance de la técnica, lleva consigo el aumento de los riesgos para todas las personas, la mayoría de los accidentes que se producen en cualquier parte son consecuencia de ello; para comprender la magnitud del problema, piénsese por ejemplo, en la gran cantidad de daños que a diario se causan con motivo del transporte mecanizado, o los incontables accidentes que sufren los trabajadores en el desempeño de sus labores. Por otra parte, el número de relaciones contractuales es cada vez más grande, debido a las exigencias de la vida moderna, y consecuentemente, los incumplimientos a las obligaciones contractuales se presentan con mayor frecuencia.

En fin, no existe actividad humana que no implique el riesgo de lesionar a los demás, ya sea en su persona o en su patrimonio. Y todo daño sufrido por una persona diversa del agente, plantea un problema de responsabilidad civil.

A pesar de su importancia y amplitud, no se ha logrado sistematizar adecuadamente el estudio de la responsabilidad civil, de ahí que haya diferentes y aún contradictorios criterios que pretenden resolver la problemática que se presenta; prueba de ello, es la división de la materia en dos grandes campos: contractual y delictual, que ha conducido a soluciones carentes de fundamento técnico-jurídico, en virtud de que una misma conducta podría tener consecuencias en los dos ámbitos de la responsabilidad, y entonces, no se sabe con precisión, cual es la solución correcta del problema, en atención a las diferentes reglas que existen en cada

esfera, respecto de la competencia del juez, la prescripción, la solidaridad, la validez de los convenios que limitan la responsabilidad, etc.

Nosotros pensamos que tal división no existe o no debe existir, como trataremos de demostrarlo en este trabajo, elaborando al efecto una teoría del hecho ilícito, que pretende explicarlo técnicamente, probando que éste es igual dentro de uno y otro de los supuestos campos de la responsabilidad.

Por último, quiero patentizar mi eterno agradecimiento al señor Licenciado Salvador Rocha Díaz, quien, desde la época en que fui su alumno en la clase de Obligaciones, supo despertar en mi una gran inquietud por el estudio de este tema, e hizo posible la elaboración de este trabajo, por su dirección, y en especial por sus ideas que son la base de esta tesis.

ANTECEDENTES HISTORICOS

La convivencia humana, dentro de la sociedad primitiva, exigía para subsistir, formas rudimentarias de organización, debido al escasísimo número de relaciones de carácter económico que se daban entre sus miembros; por ello, es posible, que en el más antiguo Derecho de los pueblos, del cual no tenemos datos precisos, se conociera únicamente la responsabilidad penal o criminal, en virtud de que, todo aquel que violaba una norma, en el más amplio sentido, debía sufrir una sanción, pero una sanción que tenía estrictamente el carácter de un castigo, de una represión.

"El antiguo derecho chino conocía 200 variedades de homicidios, 300 variedades de heridas y de robos, 500 variedades de atentados contra las costumbres, 1000 variedades de fraudes, y mil otros variados delitos. Toda violación de los ritos establecidos era punible.

El derecho persa refiere todo el derecho privado a dos nociones: los contratos y los ultrajes. Y toda violación de un contrato es por sí misma un ultraje, que lleva consigo multas de 1800 a 6000 istirs que debe pagar el deudor, y tormentos infernales durante trescientos a mil años para el deudor y sus parientes hasta el noveno grado."¹

ROMA. Desde la fundación de Roma, según el pensamiento de Paul Ourliac y J. de Malafosse,² se conoció la distinción entre delito público y delito privado, el primero con las características fundamentales que tiene en la actualidad, es decir, una contravención que afecta solamente el interés de la sociedad, como la traición y el sacrilegio; el segundo entendido como todo daño causado en la persona o en el patrimonio de otro.

En este último caso, cuando el culpable y la víctima pertenecían a la misma familia, el jefe de ella era el encargado de administrar justicia, teniendo

¹ RENÉ DEKKERS, *El Derecho Privado de los Pueblos*. p. 429. Traducción de Francisco Javier Osset, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

² PAUL OURLIAC et J. de MALAFOSSE, *Histoire du Droit Privé*. P. 360. Presses Universitaires de France, Paris.

do inclusive derecho de vida o de muerte sobre las personas que se encontraban bajo su patria potestad; si la víctima y el culpable pertenecían a diferentes familias, se aplicaba entonces, con todo rigor, la ley del Talió, así, si el daño era causado en la persona de la víctima el responsable debería soportar el mismo tratamiento, pero si el daño recaía en los bienes del afectado, entonces la venganza se confunde con la reparación, aunque sigue teniendo el carácter de pena.

Posteriormente, la venganza privada pudo evitarse mediante un convenio celebrado entre las familias respectivas o entre la víctima y el culpable (de ahí la misma raíz entre paz y pacto). Estas composiciones con el tiempo se generalizan, y cuando la autoridad pública es suficientemente fuerte, interviene para establecerlas con el carácter de obligatorias, fijando una tasa para cada caso en particular.

Es conveniente aclarar en este momento, que la evolución antes mencionada, "no es ni general ni radical, (palabras textuales de los autores Ourliac y Malafosse³ no tiene el rigor de un ciclo. En la Ley de las XII Tablas, la pena del Talió coexiste con la composición voluntaria. En la época clásica, e igualmente en Derecho Bizantino, la venganza privada, está autorizada en ciertos casos de *flagrante delicto*, y ella sólo será detenida por el pago de una composición libremente apreciada por la víctima. A la inversa, desde la época de las XII Tablas, el Estado sanciona directamente ciertos crímenes contra los particulares, tales como el homicidio."

Lo anterior explica el por qué en Derecho Romano nunca se llegó a establecer un principio general de responsabilidad, o sea, un texto legal que comprendiera la obligación de reparar cualquier daño causado injustamente, pues el legislador tenía como objetivo el poner fin a la venganza privada y por tanto consideró uno por uno de los casos que en su concepto existía la obligación de indemnizar, a pesar de las múltiples extensiones que de los mismos se fueron realizando, como sucedió con la Lex Aquilia que a continuación se estudiará.

Indudablemente, la reglamentación más general que en materia de responsabilidad creó el Derecho Romano, es la Lex Aquilia, que se componía de tres capítulos.⁴

³ PAUL OURLIAC et J. de MALAFOSSE, *ob. cit.*, p. 362.

⁴ GUILLERMO FLORIS MARGADANT S., *El Derecho Privado Romano*, p. 424, Editorial Esfinge, S. A., México.

El primero se trataba de la muerte dada a los esclavos o animales ajenos; el segundo, del fraude cometido por el adstipulator, al perdonar una deuda al sujeto pasivo de la obligación correal; y el tercero del daño causado en propiedades ajenas, con consecuencias similares a las previstas por el primer capítulo.

En los casos referentes al primer capítulo, la indemnización consistía en el valor más alto que el esclavo o el animal hubieran tenido en el último año; o el valor más alto que la cosa hubiera tenido en los últimos treinta días, tratándose de casos previstos por el capítulo tercero. Es interesante, notar, que la indemnización seguía conservando estrictamente el carácter de pena, ya que la misma podía ser muy superior al daño causado, por ejemplo, en el supuesto de que el esclavo muerto, hubiese contraído una enfermedad incurable en los últimos doce meses.⁵

Debido a la valiosa intervención de los pretores, la Ley Aquilia sufre, poco a poco, las siguientes extensiones durante la época clásica:

- a) Se admite la posibilidad de que el daño sea consecuencia de una omisión, y no únicamente de un acto positivo como lo era en el principio;
- b) Se acepta que el daño pueda ser causado sin contacto físico del culpable sobre la víctima, por ejemplo, cuando se mataba a un esclavo ajeno de un susto, sin tocarlo.
- c) La acción incluye también a los perjuicios, o "lucrum cessans".
- d) Se crea la obligación de reparar aunque el objeto que salió del patrimonio de la víctima, por culpa del agente, no haya sufrido ningún daño en sí mismo (permitir que esclavos ajenos se escapen).

La acción de daños y perjuicios no sólo correspondía al propietario del objeto en cuestión, sino a toda una serie de interesados: poseedor de buena fe, acreedor prendario, usufructuario, enfiteuta, etc.

Con el objeto de tener una idea cabal de cómo funcionó el concepto de culpa en el Derecho Romano, transcribimos íntegro el siguiente párrafo de los Mazeaud y Tunc:⁶ "En el sistema general del Derecho Romano, ¿cuál fue el lugar reservado a la culpa? Para concederle acción a la víctima, ¿había

⁵ GUILLERMO FLORIS MARGADANT S., *ob. cit.*, pp. 425-426.

⁶ MAZEAUD HENRY y LEÓN y ANDRÉ TUNC, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, Tomo primero volumen 1, p. 42, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires.

que preocuparse de la cuestión de determinar si el autor del daño había obrado bien o mal? Dada la manera que el legislador enfocó el problema, tal cuestión no podía ser sino accesoria para él. En efecto, quiso ponerle un término a los conflictos suscitados por el ejercicio de la venganza, imponiendo una compensación. Ahora bien, esos conflictos surgen casi siempre cualquiera que haya sido la conducta del autor del daño; es más que probable, en efecto, que en una civilización primitiva como la de la antigua Roma, la víctima se atuviera al hecho brutal del daño que sufría, y no analizara el por qué del perjuicio que se le había ocasionado. El legislador hizo como aquella: se detuvo mucho más en la constancia del perjuicio causado que en el de la culpa cometida; declaró que tal daño llevaba consigo el pago de tal composición. Sin embargo, se comprendió bastante pronto que no cabría vengarse de ciertas personas faltas de razón: los niños y los locos. Así se iba a introducir un primer embrión de la idea de culpa. A medida que todos los tiempos de la venganza privada retroceden en el pasado, se olvida la causa verdadera de la impunidad de que gozan el niño y el loco; se busca una nueva, y se encuentra: si no son responsables de sus actos es porque no han obrado mal (la noción del bien y del mal no existe para ellos), es porque no han incurrido en culpa. Por eso se ve que algunas de las disposiciones un poco generales del Derecho Romano, en materia de responsabilidad, le hacen algún lugar a esta noción nueva. *Sin embargo, la Ley Aquilia no exige todavía la culpa del autor del daño: se precisa tan sólo que exista damnum injuria datum, o sea, un daño causado sin que la ley autorice a cometerlo; por ejemplo, un homicidio cometido sin haber sido agredido.*"

En materia contractual sucede lo mismo, el concepto de culpa permanece casi absolutamente ignorado, pues el Derecho Clásico se preocupaba únicamente de precisar el contenido de las obligaciones del deudor, tratando siempre de darle la seguridad necesaria a aquella de las partes que se hallaba más expuesta ya fuera por la ineptitud propia o por la astucia ajena. Se consideró que ciertos contratos determinaban exactamente la obligación del deudor, y en estos casos, se aplicaba pura y simplemente el contrato, es decir, bastaba cualquier incumplimiento para comprometer la responsabilidad del deudor, sin apreciar para nada la conducta del mismo; solamente el caso fortuito permitía a quien incumplía, librarse de la responsabilidad, y esto, porque se estimaba que dicho incumplimiento no era obra del deudor. En los demás convenios, cuando la obligación del deudor no se determinaba de una manera exacta, no se prometía un hecho preciso o un resultado determinado, se pensaba que había una doble obligación a cargo del deudor, consistente en: por una parte, abstenerse de dolo y mala fe; y por la otra,

no permanecer en la inacción, dar pruebas de diligencia. A esto se reduce la noción de culpa contractual en el Derecho Romano Clásico.

Un aspecto muy digno de tomarse en cuenta, del sistema romano, es la casi nula distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad delictual. Como ya se dijo anteriormente, siempre se consideró a la indemnización como una pena, que normalmente era superior al perjuicio causado: obligación de pagar el precio más alto que hubiera tenido el esclavo muerto, en los últimos doce meses; o la cosa afectada en los últimos treinta días (responsabilidad delictual); y la obligación de pagar normalmente el doble, en acciones derivadas del depósito, comodato y prenda, y aún la stipulatio poena, unida al contrato, que no es otra cosa, inclusive en los tiempos actuales, que la supervivencia de la composición voluntaria (responsabilidad contractual).

La distinción, que en Derecho Romano se llegó a concebir sobre estos dos ámbitos de la responsabilidad civil, se basó en una circunstancia accesoría: la Lex Aquilia reprimía únicamente —por lo menos al principio— los daños resultantes de hechos positivos, en consecuencia y como normalmente se incumple un contrato, mediante una conducta omisiva, una abstención, resultaba imposible concederle a la víctima la acción derivada de tal ley, se le concedía una acción derivada directamente del contrato. Así la distinción tal y como la conocemos en la actualidad, no existió en Derecho Romano.

EDAD MEDIA. El papel tan importante que juegan los Glosadores y Postglosadores en la evolución del Derecho, es generalmente desestimado. Con frecuencia, la mayoría de los investigadores, salta de la época romana al antiguo Derecho francés, pretendiendo ignorar la verdadera fuente de nuestro sistema jurídico "romanista", que se encuentra en las glosas de la llamada segunda vida del Derecho Romano.

En efecto, Roma nunca tuvo un sistema de Derecho basado en principios generales; el espíritu de los romanos era esencialmente pragmático, buscaba siempre soluciones a casos concretos; la labor del Pretor consistía precisamente en eso: cuando un ciudadano romano tenía algún problema que no podía arreglar conforme al derecho civil, por virtud de su exagerado rigorismo, recurría al Pretor, quien, si lo consideraba justo, le otorgaba la acción correspondiente. Pero la determinación del Pretor, era de aplicación concreta; en otro caso parecido, que después se le presentase, podía dar una solución contraria, si así lo estimaba conveniente.

Toca a los monjes de la Edad Media, destacando entre ellos, Bartolo de Saxoferrato y Baldo, elaborar un sistema legal basado en principios generales. Utilizando un método inductivo, tomaron las soluciones que los pretores romanos habían dictado para cada caso en particular, y de ellas, extrajeron reglas generales.

En relación con nuestra materia, realizaron un amplio estudio sobre la noción de culpa, llegando a la conclusión que ésta es un elemento de la responsabilidad civil, mismo que funciona de manera distinta en las dos esferas de la responsabilidad civil: contractual y delictual.

Dentro de la esfera contractual, distinguieron tres clases de culpa: grave, leve y levísima. En cambio, en la esfera delictual, cualquier tipo de culpa era suficiente para comprometer la responsabilidad del agente, creando el principio de *In lege Aquilia et levissima culpa venit*.

Lo anterior los llevó a sostener que la culpa contractual era distinta de la culpa delictual, originando con ello la distinción que subsiste hasta nuestros días, consistente en afirmar que es diferente para el derecho, y por supuesto con consecuencias también diferentes, el incumplir un contrato y el cometer un hecho ilícito.

Dada la opinión que sobre la culpa sostendremos en esta tesis, consideramos prudente no ahondar más en la noción de la culpa medieval.

FRANCIA. Podemos asegurar, que la concepción y evolución de la responsabilidad civil en el primitivo Derecho francés, sigue en lo esencial, los mismos lineamientos que en Derecho Romano: en un principio la venganza privada, luego las composiciones voluntarias, que posteriormente devienen obligatorias.

Lo que sí es necesario destacar, en el desenvolvimiento histórico del Derecho de este pueblo, es el hecho de haberse adelantado a los romanos en dos aspectos muy interesantes: uno, distinguir la responsabilidad civil de la responsabilidad penal; y otro, formular un principio general en materia de hechos ilícitos.

En efecto, mucho antes de que así ocurriera en el Derecho Romano, los franceses consideraron a la reparación del daño, ya no como una venganza de la víctima en contra de aquél que de alguna manera la hubiera afectado en su persona o en su patrimonio; el volver las cosas al estado que guardaban antes de cometido el hecho ilícito, no tenía el carácter de una pena

como sucedía en el caso de que se hubiese cometido un delito; importaba indemnizar a la víctima y no, castigar al culpable. Una cosa era la acción concedida a la víctima para obtener el pago de los daños y perjuicios, y otra el derecho de la autoridad pública para perseguir y castigar a los delincuentes.

Es probable que, el haber distinguido con más o menos claridad, entre la sanción como castigo, y la necesidad de resarcir a la víctima de un daño producido, haya conducido a los franceses a establecer un principio general de responsabilidad civil, es decir, prever la reparación de un daño cualquiera, causado con una culpa cualquiera. Así, Domat⁷ puede decir que: "Todas las pérdidas y todos los daños que puedan ocurrir por el hecho de alguna persona, sea imprudencia, ligereza, ignorancia de lo que debe hacerse u otras culpas semejantes, por leves que pudieran ser, deben ser reparadas por aquel que ha dado lugar a ellas por imprudencia u otra culpa. Porque ha ocasionado un menoscabo, aun cuando no hubiera tenido la intención de dañar. Así, el que, jugando imprudentemente al mallo, en lugar donde podía haber peligro para los transeúntes, hiere a alguno, estará obligado por el mal que ha causado."

En cuanto a la noción de culpa, los Mazeaud y Tunc⁸ atribuyen a los antiguos franceses el mérito de haber precisado la necesidad de la culpa en la responsabilidad civil, llegando a distinguir tres clases de ella en el campo de la esfera contractual; culpa lata que se asimilaba al dolo, culpa leve y levísima. Pothier⁹ las define de la siguiente manera: "La culpa lata es aquella que 'consiste en no poner en el asunto ajeno el cuidado que las personas menos cuidadosas y más estúpidas no dejan de poner en sus propios asuntos'; la culpa levis corresponde 'al cuidado ordinario que las personas prudentes ponen en sus asuntos'; la culpa levissima, consiste en no poner el cuidado que las personas más atentas ponen en sus asuntos."

Con las deficiones anteriores de las tres clases de culpa, los autores citados, pretenden demostrar que, en el antiguo Derecho francés la culpa se apreciaba in abstracto, en virtud de que las mismas suponen la comparación de la conducta del culpable, con la de cada uno de los tipos imaginarios comprendidos en cada definición.

En materia delictual, no aplican las tres clases de culpa que reservaban

⁷ HENRY y LEÓN MAZEAUD y ANDRÉ TUNC, *ob. cit.*, Tomo primero volumen 1, p. 52.

⁸ HENRY y LEÓN MAZEAUD y ANDRÉ TUNC, *ob. cit.*, Tomo primero volumen 1, p. 54.

⁹ HENRY y LEÓN MAZEAUD y ANDRÉ TUNC, *ob. cit.*, Tomo primero volumen 1, p. 56.

sólo a la responsabilidad contractual, aplicado el principio de que cualquier culpa es suficiente para comprometer la responsabilidad del que ha cometido un delito o un cuasidelito, que diferenciaban por la intención de causar un daño en el primer caso, o el causarlo por imprudencia o negligencia en el segundo; adoptando la máxima, atribuída comúnmente a los romanos, de "in lege Aquilia et levissima culpa venit".

No estamos de acuerdo con los autores citados, en tanto afirman que los antiguos franceses precisaron la necesidad de la culpa dentro de la responsabilidad civil, llegando a distinguir tres clases de ella, en la esfera contractual. Fueron los Glosadores y Postglosadores de la Edad Media, quienes crearon el principio de la exigencia de la culpa, distinguiendo la culpa delictual de la culpa contractual.

TEORIA CLASICA

La posición tradicional o teoría clásica divide la responsabilidad civil en dos grandes campos: de un lado la responsabilidad civil que nace del incumplimiento de una obligación contractual, y de otro, aquella que es consecuencia de haber realizado un hecho ilícito; distinción, que es el resultado de pensar que quien incumple una obligación contractual, no comete un hecho ilícito; es decir, la teoría clásica considera que las consecuencias del incumplimiento de la obligación contractual, son una consecuencia directa de la misma, y que el hecho ilícito, da nacimiento a una obligación y es fuente de las mismas. Sitúa la responsabilidad civil contractual en el ámbito de los efectos de las obligaciones, y la responsabilidad civil extracontractual en el ámbito de las fuentes de las obligaciones.

Aunque la tesis clásica nunca ha confrontado la responsabilidad civil contractual y delictual, analizando con precisión las diferencias existentes entre las dos esferas, de sus ideas se pueden obtener las siguientes distinciones:

A. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL:

- a) Supone una relación previa entre los sujetos;
- b) Nace del incumplimiento de un contrato;
- c) El concepto de culpa es distinto;
- d) Se presenta la mora;
- e) Es posible obtener el cumplimiento específico de la obligación.

B. RESPONSABILIDAD DELICTUAL:

- a) No existe una relación previa entre los sujetos;
- b) Nace del hecho ilícito;
- c) El concepto de culpa es distinto;
- d) No se presenta la mora;
- e) Deben repararse siempre los daños y perjuicios.

Explicamos una por una estas supuestas distinciones, en los mismos términos de la teoría que las sustenta.

- a) Se afirma que al incumplirse una obligación derivada de un contrato, existe previamente una relación jurídica entre la víctima y el culpable; relación que hacen consistir en el vínculo de derecho que los une, con el carácter de acreedor y deudor respectivamente, es decir, de una parte la facultad de exigir una determinada prestación, y de la otra, el deber de cumplirla.

Por el contrario, en el hecho ilícito, no existe previamente un vínculo o relación jurídica, entre la víctima y el culpable, sino que éste se forma precisamente a raíz del hecho ilícito, atribuyendo entonces la calidad de acreedor y deudor en favor de la víctima y el culpable respectivamente.

- b) Incumplir una obligación contractual no constituye un hecho ilícito, el deber de reparar los daños y perjuicios, a cargo del deudor incumplido, es sencillamente una consecuencia del contrato mismo; en cambio, la única fuente de la responsabilidad delictual es el ilícito civil.
- c) La noción de culpa es distinta en los dos campos de la responsabilidad civil; en la esfera contractual, la culpa admite grados: según se trate de un contrato celebrado en el exclusivo interés del acreedor, como sucede en el depósito caso en el cual, el deudor solamente responde de los daños y perjuicios, si ha obrado con culpa lata o grave; de un contrato celebrado en interés de las dos partes, por ejemplo compraventa, en este caso, el deudor que ha incumplido responde si ha obrado con culpa leve; o de un contrato celebrado en exclusivo interés del deudor, como lo es el comodato, en el cual, el deudor que incumple responde inclusive de culpa levísima.

Por el contrario, en la responsabilidad originada por el hecho ilícito, es suficiente cualquier tipo de culpa por leve que sea, para comprometer al autor del daño.

- d) Los partidarios de esta teoría sostienen que, la mora o cumplimiento tardío de la obligación, únicamente se presenta en la responsabilidad contractual, en atención a que sólo es posible lograr el cumplimiento específico en las obligaciones contractuales.
- e) Como consecuencia de lo apuntado en el inciso anterior, se afirma,

que al realizarse un hecho ilícito, éste da lugar exclusivamente a reparar los daños y perjuicios ocasionados, y nunca se podría dar el cumplimiento específico de la obligación, como puede suceder en algunos casos de responsabilidad contractual.

Lo anterior los conduce a sostener que existen dos clases de indemnización:

- 1) compensatoria;
- 2) moratoria.

La indemnización compensatoria, es aquella que se presenta cuando hay un incumplimiento definitivo de la obligación, y consiste en resarcir a la víctima o acreedor de los daños y perjuicios que haya sufrido con motivo del incumplimiento.

La indemnización moratoria, es la que se presenta cuando existe un cumplimiento tardío de la obligación, es decir, no se cumplió la obligación en el tiempo debido, y consiste precisamente en cubrir los daños y perjuicios que se hayan ocasionado al acreedor, con motivo del cumplimiento extemporáneo. De ahí que se diga, que sólo la indemnización moratoria puede acumularse al cumplimiento forzado de la obligación.

APORTACION DE HENRI Y LEON MAZEAUD Y ANDRE TUNC

Estos autores han aportado, en el estudio del Derecho Privado, algunas de las ideas más importantes que tienden a unificar la responsabilidad civil, que a continuación exponemos:

- a) Colocan los dos tipos de responsabilidad, contractual y delictual, tanto en el ámbito de las fuentes de las obligaciones, como en el de los efectos de las mismas.
- b) Afirman que el incumplir un contrato es un hecho ilícito.
- c) La noción de culpa es la misma en ambas esferas de la responsabilidad civil, y consecuentemente, la carga de la prueba funciona de igual manera.
- d) Solamente existen diferencias accesorias entre la responsabilidad contractual y la delictual.

a) En relación con el primer punto, dicen: ¹⁰ "El estudio de la responsabilidad contractual no depende del exclusivo problema del efecto de la obligación; como tampoco depende el de la responsabilidad delictual de la exclusiva cuestión de las fuentes de obligaciones. Uno y otro se relacionan a la vez con la teoría de las fuentes de las obligaciones y con la de los efectos de las obligaciones.

Se demuestra sin esfuerzo en lo que concierne a la responsabilidad delictual. Estudiar este tema tan sólo desde el punto de vista de las fuentes de las obligaciones es no ver sino un lado de la cuestión; ahora bien, importa distinguir dos problemas. Una persona causa a otra un daño; ¿en qué condiciones va a formarse entre ellas un vínculo de derecho, en qué casos se convertirá la víctima en acreedora del causante del perjuicio? Es la cuestión de los elementos constitutivos de la responsabilidad delictual. Su examen depende de la esfera de las fuentes de la obligación; ya que se trata del nacimiento de una obligación. Pero, una vez que se ha comprobado la formación

¹⁰ HENRY y LEÓN MAZEAUD y ANDRÉ TUNC, *ob. cit.*, Tomo primero volumen 1, p. 116.

de ese vínculo de derecho, no está dicho todo: falta concretar el efecto: se sabe que hay un acreedor y un deudor; pero, ¿a qué está obligado el deudor y cómo puede constreñirlo el acreedor? Se trata aquí de puntualizar el efecto de la obligación. Racionalmente este segundo problema no debe ser estudiado como accesorio del primero, con ocasión de las disquisiciones consagradas a las fuentes de la obligación, sino cuando se trate del efecto de la obligación."

La teoría clásica pretende ver en la responsabilidad contractual, solamente un aspecto de la cuestión: el del efecto de las obligaciones; en virtud de que la víctima y el autor del perjuicio estaban ya unidos jurídicamente por el vínculo de la obligación, mucho antes que el daño se produjera; puesto que, precisamente el incumplimiento del contrato ocasiona el daño y plantea el problema de la responsabilidad; y en la responsabilidad delictual, el nacimiento de la obligación, o sea, la creación del vínculo jurídico que va a unir a la víctima con el causante del daño. En relación con este punto, los Mazeaud y Tunc manifiestan: "Tal oposición es ciertamente injustificada. Para negarle a la responsabilidad contractual un carácter creador, se considera que, por existir ya una obligación, no hay ya nada que crear. Pero se olvida señalar que esa obligación preexistente, surgida del contrato, es idéntica a la que podría nacer de la responsabilidad. Ahora bien, ¿cuál es la obligación creada por el contrato? Cumplir ese contrato. No se trata de ella cuando entran en juego los principios de la responsabilidad contractual: una de las partes se niega a cumplir la obligación puesta a su cargo por el contrato o la cumple mal; por ese hecho, la otra parte sufre un daño. Nace entonces una obligación nueva que sustituye a la obligación preexistente, ya sea en su totalidad o en parte: la obligación de reparar el perjuicio causado por el incumplimiento o por el mal cumplimiento del contrato. Si el contrato es una fuente de obligación, el incumplimiento del contrato, o sea la responsabilidad contractual es, por lo tanto, otra. Cuando se celebra un contrato, nace una primera obligación: para cada una de las partes, la de cumplir la prestación prometida. Cuando esa obligación no se cumple o se cumple mal, cuando existe incumplimiento total o parcial del contrato, se forma un nuevo vínculo de derecho: la obligación para el deudor, para el autor del daño, de reparar el perjuicio sufrido. Y esas dos obligaciones sucesivas son, al menos teóricamente muy distintas una de la otra, incluso si la una es la consecuencia de la otra y no puede concebirse sin la primera; porque, si la primera surge de la voluntad común de las partes, la otra existe fuera de ellas: pese a él, el que no cumple se convierte en deudor de una cantidad por daños y perjuicios y el importe de los mismos será determinado según reglas legales."

b) En contra de la posición tradicional que se ha mantenido en la idea de que, incumplir un contrato no es un hecho ilícito; por considerar que la reparación de los daños y perjuicios que se originen con dicho incumplimiento, es una consecuencia o efecto de la obligación que dejó de cumplirse, los autores en cuestión, han llegado a la conclusión de que no cumplir la obligación contractual, constituye un hecho ilícito, de igual manera que causar un daño a otra persona con una conducta culpable; en consecuencia, la obligación de reparar los daños y perjuicios, producidos con incumplimiento del contrato, nace del hecho ilícito consistente en no cumplir dicho contrato y de ninguna manera es una consecuencia o efecto de la obligación violada.

c) Con el objeto de poder apreciar con toda exactitud la idea sostenida por los Mazeaud,¹¹ en relación con la culpa, transcribimos a continuación la parte respectiva: "Se ha pretendido sin embargo, que diferencian (la responsabilidad contractual de la delictual) sobre dos puntos cuya importancia práctica es de primer plano: la noción de la culpa, y la carga de la prueba.

Quando se estudie la culpa entre los requisitos de la responsabilidad civil, se definirán la culpa delictual y cuasidelictual y la culpa contractual. Se comprobará entonces la unidad de la noción de culpa, negada por algunos autores del antiguo derecho francés, que edificaron la teoría de las tres culpas contractuales: lata, leve y levísima, por estar exigida una u otra de ellas según los casos; mientras que, en materia delictual y cuasidelictual, basta con la culpa leve para comprometer siempre la responsabilidad de su autor (in lege Aquilia et levissima culpa venit). Tesis inexacta: la culpa del médico en los cuidados que presta a un cliente se aprecia de la misma manera que la culpa del médico que cuida a un enfermo en ausencia de todo contrato; ahora bien, la primera es contractual, y cuasidelictual la segunda.

Sin llegar hasta desconocer esa unidad de la noción de culpa, casi todos los autores del siglo XIX y de comienzos del siglo XX creyeron en una diferencia entre las responsabilidades delictual y contractual en cuanto a la carga de la prueba: la víctima que invocara la responsabilidad delictual o cuasidelictual debería probar por lo menos una imprudencia o negligencia del autor del daño; la que alegara la responsabilidad contractual sería dispensada de ella, y al autor del daño le incumbiría demostrar que el incumplimiento de su obligación proviene de una causa que le es ajena (culpa de la víctima o caso de fuerza mayor). Si esa tesis fuera exacta, el interés práctico de la

¹¹ HENRY, LEÓN y JEAN MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte segunda volumen 11, p. 33, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

distinción entre ambos órdenes de responsabilidades sería considerable; porque con frecuencia es difícil para la víctima probar una culpa del autor del daño, y casi siempre resulta imposible a este último establecer una causa ajena; cuando se aplicaran las reglas delictuales, la víctima tendría suma dificultad, pues, para ganar su causa; mientras que triunfaría casi con seguridad si su acción estuviera sometida a las reglas de responsabilidad contractual.

Pero ese sistema es radicalmente falso. El médico se encuentra, en cuanto a la carga de la prueba, en la misma situación, haya curado a su cliente o a un tercero: en ambos casos, el enfermo debe probar una imprudencia o negligencia del médico. En materia de responsabilidad contractual, como en materia de responsabilidad delictual, la carga de la prueba pesa unas veces sobre la víctima, y otras veces sobre el autor del daño. Así pues, la explicación de esa diferencia no se encuentra en la naturaleza, contractual o delictual, de la responsabilidad. Es sabido que depende de que esa obligación incumplida (contractual o delictual) es unas veces una simple obligación de prudencia y diligencia (o de medios) —entonces, el deudor no falta a su obligación, y su responsabilidad no queda empeñada, más que si comete una imprudencia o una negligencia, que debe establecer, por lo tanto, la víctima—; y otras veces una obligación determinada o de resultado; —entonces la obligación está incumplida por el solo hecho de que no se haya alcanzado el resultado previsto, y el autor del daño no puede librarse de la responsabilidad más que demostrando que ese incumplimiento se debe a una causa que le es ajena.

El error en que han incurrido esos autores se explica. Durante mucho tiempo, las obligaciones delictuales y cuasidelictuales no eran sino obligaciones generales de prudencia y diligencia; tan sólo cuando la jurisprudencia “descubrió” el artículo 1384, párrafo 1o., del código civil, se vio que aparecían obligaciones determinadas en el ámbito delictual. A la inversa, en materia de responsabilidad contractual, se encontraban sobre todo obligaciones determinadas; allí donde la jurisprudencia admite hoy día la existencia de obligaciones contractuales de prudencia y diligencia (por ejemplo, en lo concerniente al médico), se consideraba que se trataba no de responsabilidad contractual, sino de responsabilidad delictual. Así se vieron conducidos a oponer, inexactamente, responsabilidad delictual y contractual en cuanto a la carga de la prueba.”

d) A pesar de reconocer que, tanto la responsabilidad contractual como la delictual, están sometidas a los mismos principios fundamentales, consideran sin embargo estos autores, que entre una y otra existen diferencias acce-

sorias que hacen a la víctima de un hecho ilícito, inclinarse, en algunos casos por las reglas de la responsabilidad delictual, o bien, en otros por las reglas de la responsabilidad contractual.

Las diferencias accesorias que señalan son:

1. En cuanto a la competencia del juez que debe conocer del asunto. En materia contractual siempre sería el del domicilio del demandado; no así, en materia delictual, que sería competente, en algunas ocasiones, el juez del lugar donde se haya cometido el hecho ilícito, que bien puede ser diferente al del domicilio del autor del daño.
2. En la responsabilidad delictual, en el supuesto de que fuesen varios los autores del hecho ilícito, habría una solidaridad pasiva entre ellos, de tal manera que la víctima podría exigir la reparación del daño, a cualquiera de los coautores, y evitar así, los problemas que le ocasionaría la insolvencia de alguno; situación que no se presenta en la responsabilidad contractual, en la cual, para que haya solidaridad pasiva, se requiere convenio expreso.
3. Dentro del campo de la responsabilidad contractual es posible celebrar válidamente, convenios que suprimen o disminuyen el monto de los daños y perjuicios que pudieran resultar a cargo del culpable incumplidor, es decir, se puede precuantificar la suma de los daños y los perjuicios que un determinado incumplimiento causaría. En cambio, en el ámbito de la responsabilidad delictual, no sería válido un convenio en ese sentido.
4. La acción que tiene la víctima de un hecho ilícito, consistente en la violación de una obligación contractual, prescribe en un plazo diferente al de la acción de la víctima de un hecho ilícito, a quien se le hubiese causado un daño con una conducta culpable.

A pesar de la importancia que tiene las ideas aportadas por estos autores, que indudablemente significaron grandes avances en el camino de la unificación de las responsabilidades contractual y delictual, nunca llegaron a sostener en forma integral esta unidad, como expresamente lo manifiestan: ¹² "¿Quiere decir eso que sea preciso criticar la distinción clásica? ¿Debe sumarse uno al punto de vista de aquellos que han sostenido que la responsa-

¹² HENRY y LEÓN MAZEAUD y ANDRÉ TUNC, *ob. cit.*, Tomo primero volumen 1, p. 114.

bilidad civil era una sola, que las reglas que rigen la responsabilidad delictual eran idénticas a los principios que se aplicaban a la responsabilidad contractual? De ninguna manera. Tendremos en varias ocasiones que poner de relieve las diferencias entre los dos órdenes de responsabilidad civil. Pero esas diferencias no son fundamentales: no atañen a los principios rectores; de ahí que pensemos que cabe agrupar, dentro de un plan único, todos los problemas planteados en una y otra esfera."

CRITICA A LA TEORIA CLASICA

La posición tradicional, al colocar la responsabilidad civil contractual en el ámbito de los efectos de las obligaciones, y la responsabilidad delictual en la esfera de las fuentes de las mismas, afirmando que incumplir un contrato no constituye un ilícito civil, incurre en su error fundamental.

Confunde la sanción con el deber jurídico que violado daría lugar a ella; en efecto, como más adelante lo veremos con detenimiento, el deber de indemnizar a la víctima de los daños y perjuicios ocasionados, ya sea por no cumplir una obligación derivada de un contrato, o bien por contravenir otro deber jurídico cualquiera, es conforme a la Teoría General del Derecho, la sanción respectiva. De ahí que en ningún caso podamos situar a la responsabilidad civil en el campo de las fuentes de las obligaciones; ni siquiera, la problemática relativa, se puede referir a ambas esferas (fuentes y efectos de las obligaciones) como lo pretenden los Mazeaud.

En cuanto a las supuestas diferencias entre las dos esferas de la responsabilidad, se puede decir lo siguiente:

a) La relación jurídica que hay entre el deudor y el acreedor de una obligación contractual, existe igualmente entre la víctima y el autor del hecho ilícito; en el primer caso el vínculo de derecho, es la facultad que tiene el acreedor de exigir del deudor una determinada prestación, quien tiene el deber jurídico de cumplirla, aquí el sujeto activo y pasivo de la obligación están concretamente determinados; en el otro supuesto, el vínculo jurídico pre-existente está integrado por el deber jurídico que tiene el autor del hecho ilícito, de no causar un daño con una conducta antijurídica, y el correlativo derecho de la víctima, de no ser afectada en su persona o en sus bienes por los demás. La Teoría General del Derecho nos enseña que no existe ningún derecho que no tenga su correlativo deber, ni sería posible imaginarlo siquiera. Solamente que en algunos casos, el sujeto pasivo está integrado por todas las personas, excepción hecha del titular del derecho.

Para comprender mejor esta relación jurídica basta pensar en cualquier

derecho real y analizar el vínculo existente entre el titular y todos los demás, como sujetos pasivos, que tienen la obligación de respetarlo.

En conclusión, el deber jurídico es un presupuesto del obrar antijurídico, cuya violación constituye precisamente el hecho ilícito, y ese deber implica un vínculo de derecho preexistente, entre la víctima y el autor del hecho ilícito, tanto en materia delictual como en la contractual.

b) Al exponer nuestra tesis sobre la unidad de la responsabilidad civil, trataremos de demostrar que únicamente el hecho ilícito es la fuente de la responsabilidad civil; siendo irrelevante que el deber jurídico violado esté contenido en un contrato o directamente en la ley. En consecuencia resulta carente de fundamento la pretendida distinción de la teoría clásica, en el sentido de que la responsabilidad civil contractual, nace del incumplimiento de un contrato, y la responsabilidad civil delictual, nace del hecho ilícito.

Y aún más absurda nos parece la posición clásica, si consideramos que el deber de reparar los daños y perjuicios, no es otra cosa que la sanción prevista en la norma violada para el caso de incumplimiento. ¿Sería posible aplicar una sanción cualquiera, si no hubiese un obrar ilícito? De ninguna manera. La aplicación de toda sanción supone el incumplimiento del deber que la originó.

c) En relación con la forma diferente de operar la culpa, en la esfera contractual y delictual, sostenida por la teoría tradicional, nos remitimos a la crítica hecha por los Mazeaud, reservándonos nuestra opinión sobre la exigencia o no de este posible requisito del hecho ilícito, para cuando se haga el estudio de la culpa, en el capítulo de elementos del hecho ilícito.

d) Afirma la teoría clásica que la mora se presenta exclusivamente en el campo de la responsabilidad contractual, y no en el de la delictual, es decir, el cumplimiento tardío de la obligación sólo se puede dar en las obligaciones contractuales; nada más fuera de la realidad que esto, según lo veremos más adelante, de acuerdo con una técnica jurídica depurada, el cumplimiento extemporáneo de la obligación es imposible, en virtud de que ésta se extingue por su cumplimiento, o por su incumplimiento, precisamente en el momento en que debió cumplirse. Si posteriormente la víctima obtiene la prestación que fue objeto de la obligación incumplida, no quiere decir que ésta se esté cumpliendo tardíamente, ya que la oportunidad de cumplirla pasó, lo que sucede es que estamos en presencia de una reparación en especie.

En todo caso, si no se acepta la tesis sobre la imposibilidad de cumplir

tardíamente una obligación, aún así, seguiría fallando la posición tradicional, ya que habría multitud de obligaciones contenidas directamente en la ley, que podrían cumplirse extemporáneamente, como lo serían la obligación que tiene el tutor de caucionar su manejo y de rendir cuentas, o más simple, la obligación del deudor alimentista.

e) Pretender sostener que el cumplimiento específico de la obligación sólo es posible dentro de la esfera contractual, y que en el campo de la responsabilidad delictual solamente existe la posibilidad de cubrir daños y perjuicios a la víctima, es ignorar el funcionamiento y finalidad de la indemnización. Independientemente de la crítica que podría hacerse a los términos "cumplimiento específico de la obligación"; ya que no se trataría de un cumplimiento sino de la ejecución forzada de la prestación, como parte de la indemnización debida a la víctima, y suponiendo que la tesis tradicional se refiera a la reparación en especie, ésta podría darse igualmente en materia delictual, por ejemplo, en el caso del deudor alimentista incumplidor a quien se le podría forzar a pagar las cantidades omitidas.

Además, el reparar en especie, es, como ya se dijo, una forma de resarcir los daños y perjuicios. En consecuencia, la indemnización es la misma y funciona de manera igual en la materia delictual y en la contractual.

TEORIA UNITARIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La moderna teoría de la responsabilidad civil, que en poco tiempo va logrando imponerse a la concepción tradicional o dualista, debido a que representa un análisis más profundo, concienzudo y sistemático de los principios que rigen esta materia, sostiene que la responsabilidad civil es única, atendiendo a su fuente y a su contenido: el hecho ilícito, consistente en la violación de un deber jurídico, es siempre y exclusivamente la fuente que genera el deber de cubrir los daños y perjuicios a la víctima del mismo; independientemente de que ese deber jurídico se derive de un contrato, de una declaración unilateral de voluntad, de un cuasicontrato o directamente de la ley. La consecuencia de la violación del deber jurídico, en todos los casos, será el deber de indemnizar a la víctima de los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado con el incumplimiento de dicho deber.

Nos sumamos a esta teoría, y a continuación ofrecemos nuestra tesis sobre la unidad de la responsabilidad civil, aclarando antes el significado que le daremos a algunos términos:

DEBER JURIDICO: Necesidad impuesta por el derecho, de realizar una determinada conducta.

OBLIGACION: Deber jurídico primario de contenido patrimonial de derecho privado.

HECHO ILICITO: (en materia civil). Conducta que viola un deber jurídico y que causa un daño a otro. Usaremos indistintamente los términos hecho ilícito e ilícito civil.

CONDUCTA: Obrar humano que puede consistir en una acción o en una omisión.

SANCION: Deber jurídico secundario consistente en la consecuencia prevista por la norma para el caso de incumplimiento.

INDEMNIZACION: Sanción específica al incumplimiento de un deber jurídico en materia civil; su contenido es el resarcimiento de daños y perjuicios.

FUNDAMENTOS DE TEORIA GENERAL DEL DERECHO

Deber Jurídico y Sanción.—Atendiendo a los más elementales principios de Teoría General del Derecho, a toda violación de un deber jurídico, corresponde una sanción; no existe una sola norma de Derecho, en ningún sistema jurídico, que no prevea una sanción para el caso que dicha norma sea incumplida. La sanción forma parte integrante de la norma jurídica, al lado de la conducta prescrita por la misma. Así, es posible afirmar que existen dos clases de deberes: uno que contiene la conducta ordenada por el Derecho, al que podemos llamar primario; y otro, que es el que contiene la sanción, y se hace exigible en el momento de incumplir el deber primario, a este último deber suele llamársele secundario.

Eduardo García Máynez, en relación con este tema expresa lo siguiente: ¹³ "La sanción puede ser definida como consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado. Como toda consecuencia de derecho, la sanción encuéntrase condicionada por la realización de un supuesto. Tal supuesto tiene carácter secundario, ya que consiste en la inobservancia de un deber establecido por una norma a cargo del sujeto sancionado. La obligación cuyo incumplimiento representa el supuesto jurídico de la sanción, deriva a su vez de otro supuesto, al que lógicamente corresponde el calificativo de primario. Si las obligaciones que éste condiciona son cumplidas, el secundario no se realiza y, consecuentemente, la sanción no puede imponerse. Así como hablamos de supuestos primarios y secundarios, podemos hablar también de deberes jurídicos primarios y secundarios. El deber cuya inobservancia determina la existencia de la obligación oficial de sancionar, tiene, naturalmente, carácter primario. La sanción es, en cambio, consecuencia secundaria."

"... Por regla general, las sanciones se traducen, relativamente al sujeto a quien se sanciona, en deberes que, a consecuencia de la violación, le son impuestos. En esta hipótesis, el incumplimiento de un deber jurídico engendra, a cargo del incumplido, un nuevo deber, constitutivo de la sanción. La inobservancia de un deber contractual, verbigracia, puede producir, a cargo

¹³ EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al Estudio del Derecho*, p. 295, Editorial Porrúa, S. A., México.

del sujeto de ese deber, la obligación de pagar los daños y perjuicios derivados de su actitud antijurídica."

Conviene aclarar más, la distinción entre los dos tipos de deberes mencionados. El primer deber contiene la conducta ordenada por la norma, es decir, el obrar del hombre que el Derecho considera indispensable para el armonioso desenvolvimiento de las relaciones sociales. Este primer deber, dada su naturaleza, es susceptible de ser violado, y no es coercible de ninguna manera, en otras palabras, no es posible obtener el cumplimiento del mismo por medio de la fuerza; simplemente su violación tiene como consecuencia la aplicación de la sanción respectiva; y esta sanción, constituye el deber secundario. El contenido del deber secundario o sanción es muy diferente, en las distintas ramas del Derecho, y aún dentro de una misma materia puede variar, por ejemplo, en la responsabilidad civil, a veces es posible obtener la reparación en especie, y en otras solamente por equivalente; o como lo expresa el maestro García Máynez: "La conducta impuesta a quien se sanciona puede coincidir materialmente con el proceder prescrito por la regla violada. Esto significa que la sanción (consecuencia jurídica secundaria), y el deber cuyo incumplimiento le da origen (consecuencia jurídica primaria), se confunden. Aún cuando tengan igual contenido, no es difícil distinguirlos, porque son obligaciones que nacen de preceptos diferentes. Supongamos que un individuo se ha obligado, en virtud de una compraventa, a entregar al comprador la cosa vendida. Si no cumple con su obligación, puede acontecer que el otro contratante demande el cumplimiento y obtenga del juez un fallo favorable. En tal hipótesis, tendrá el juzgador que condenar al demandado a que entregue la cosa, es decir, a que haga aquello que debía hacer y no hizo. Sólo que la obligación impuesta por el juez (constitutiva de la sanción), no deriva directamente del contrato sino del fallo judicial. Además, es posible invocar éste como título ejecutivo, de tal modo que si el demandado no cumple con la sentencia dentro del término concedido, cabe constreñirlo a que lo haga. O, expresado en otra forma: la sanción impuesta en el fallo es el antecedente inmediato del acto de coerción, cosa que no sucede con el deber jurídico primario".

En conclusión, con el deber jurídico secundario, sucede exactamente lo contrario de lo que pasa con el deber jurídico primario; en virtud de que nunca puede ser violado, y es posible obtener el cumplimiento forzado del mismo, es esencialmente coercible. Y lógicamente no podría ser de otra manera, ya que si este deber jurídico secundario pudiese ser incumplido, obviamente, de acuerdo con la técnica jurídica, a ese incumplimiento tendría que

aplicársele una sanción, que se traduciría en un nuevo deber, y así se formarían una cadena interminable de deberes violados y nuevos deberes por violación de los anteriores.

Lo anteriormente afirmado, nos lleva necesariamente a concluir que, el deber jurídico primario se extingue, bien por su cumplimiento, o por su incumplimiento. En el primer caso el sujeto obligado realiza la conducta ordenada en la norma; en el segundo, incumple su deber, y este incumplimiento origina la aplicación de la sanción determinada por la norma, es decir, el incumplimiento del deber jurídico primario es el supuesto de aplicación del deber jurídico secundario; con el incumplimiento se extingue el deber jurídico primario y nace el deber jurídico secundario, cuyo contenido es la sanción que corresponde a la violación del primer deber. Ilustremos lo afirmado con un ejemplo: A tiene la obligación de entregar a B la suma de mil pesos el día quince de octubre; al vencerse la obligación de A, pueden ocurrir dos cosas: A paga a B la cantidad que le debe, en los términos en que está comprometido, caso en el cual, la obligación se extingue por cumplimiento; o puede suceder que A no cumpla con la obligación de entregar a B la suma que le adeuda; en este supuesto, la obligación se extingue igualmente, pero ahora, por el incumplimiento de A, originando con ello, que la sanción prevista por la norma se aplique a A, que en éste ejemplo sería, el deber de reparar a B los daños y perjuicios ocasionados con el incumplimiento.

Fuente y Contenido de la Responsabilidad Civil.—Para que pueda ser aplicada una sanción, es requisito indispensable la violación de un deber jurídico; y toda violación de un deber jurídico tiene como consecuencia la aplicación de una sanción. De esto se desprende, que la indemnización —deber de reparar daños y perjuicios— siempre es originada por la violación de un deber jurídico; de tal manera que el hecho ilícito, es la única fuente de la responsabilidad civil, ya que esta no es otra cosa, que la sanción prevista por la norma. Resultando, por tanto, carente de técnica la división de la responsabilidad civil en contractual y extracontractual, en virtud de que, tanto en una como en la otra, la fuente y contenido son iguales: hecho ilícito e indemnización.

HECHO ILICITO

Podemos definir al hecho ilícito en materia civil, como toda conducta que viola un deber jurídico y causa un daño a otro. Así, incumplir una obligación

derivada de un contrato, constituye un hecho ilícito, de igual forma que producir un daño a un tercero, sin tener derecho a causarlo.

La teoría clásica, injustificadamente, considera que dejar de cumplir una obligación contractual, no es un hecho ilícito, y que el deber de reparar los daños y perjuicios ocasionados con el incumplimiento, es solamente una consecuencia del mismo contrato. Resulta imposible, desde el punto de vista de la teoría clásica, fundar técnicamente el deber de indemnizar a la víctima como una mera consecuencia del contrato, sobre todo si consideramos que tal indemnización, es precisamente la sanción a la violación de un deber; luego, no es posible pensar que existe una sanción —deber de reparar daños y perjuicios— sin haberse dado un ilícito civil que la origine.

El carácter antijurídico del incumplimiento de un contrato, se puede fundar desde el punto de vista legal, en el artículo 1797 de nuestro Código Civil, que dice: "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". Luego, es claro, que si alguno no cumple con alguna obligación contractual, mínimamente está violando el deber contenido en este artículo.

En relación con la explicación de nuestra definición y el análisis de sus elementos, nos la reservamos para el capítulo siguiente, por ahora sólo queremos dejar asentado, que el hecho ilícito o violación de un deber jurídico, es la única fuente de la responsabilidad civil, tanto en la esfera contractual como en la delictual.

INDEMNIZACION

Si la fuente de la responsabilidad civil es, invariablemente, el ilícito civil o incumplimiento de un deber jurídico, la indemnización será siempre la consecuencia o sanción prevista en la norma violada; y, en nuestra materia, esta sanción será en todos los casos, el deber de reparar los daños y perjuicios producidos con el hecho ilícito.

La naturaleza de sanción, que reviste el deber de resarcir los daños y perjuicios, a cargo del infractor de la norma, se desprende fácilmente de la simple lectura de los artículos 1910, 1915, 2104 y 2107 de nuestro Código Civil, que en lo conducente dicen:

Artículo 1910: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres causa daño a otro, está obligado a repararlo.....";

Artículo 1915: "La reparación del daño debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él, y cuando ello sea imposible, en el pago de daños y perjuicios.....";

Artículo 2104: "El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejara de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios.....";

Artículo 2107: "La responsabilidad de que se trata en este título, además de importar la devolución de la cosa o su precio, o la de entrambos, en su caso, importará la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios".

Algunos autores definen a la indemnización, como "la restitución de las cosas al estado que guardaban antes de cometerse el hecho ilícito, y cuando ello no es posible, el pago de los daños y perjuicios ocasionados". Esta definición nos parece inadecuada, por cuanto a que, pretende distinguir dos tipos de indemnización o dos formas distintas de indemnizar: una sería restablecer las cosas al estado que guardaban antes de producirse la conducta anti-jurídica; y la otra, el simple pago de los daños y perjuicios ocasionados con el obrar ilícito. En primer lugar, es necesario decir que estrictamente es imposible, en todos los casos, restituir las cosas al estado que guardaban antes del hecho ilícito, ya que no existe poder humano bastante para hacer desaparecer, en forma absoluta un daño producido, es decir, acomodar las cosas de la misma manera que lo estarían, si no se hubiese ocasionado el daño. Posiblemente, el único caso que se ha dado en la historia, de una restitución de las cosas al estado que guardaban antes de realizarse el daño, es el milagro citado en Los Evangelios, cuando Jesús, tomando la oreja que Pedro había cortado a Malco, la colocó nuevamente en su lugar, haciendo desaparecer totalmente el daño que se le había causado al soldado.

El contenido real de la indemnización, es siempre la reparación de los daños y perjuicios producidos. Quien pretende restablecer las cosas al estado en que se encontraban antes del hecho ilícito, no hace otra cosa que resarcir los daños y perjuicios ocasionados a la víctima.

Lo que sí es necesario reconocer, es que existen formas diferentes de reparar los daños y perjuicios: es posible indemnizar a la víctima, dándole una suma de dinero que le cubra la totalidad de los daños y perjuicios: re-

paración por equivalente; o, indemnizarla, realizando en su favor la prestación que fue objeto de la obligación incumplida, y cubriéndole en dinero los demás daños y perjuicios: reparación en especie. Pero esta ejecución extemporánea de la prestación debida anteriormente, no significa, de ninguna manera, el cumplimiento tardío de la obligación o cumplimiento forzado de la misma, sino el resarcimiento del daño directo.

Como ya lo dijimos anteriormente, la obligación se agota con el cumplimiento o con el incumplimiento de la misma, precisamente, en el momento en que se cumplió o debió cumplirse; por lo tanto, resulta absurdo hablar del cumplimiento tardío de las obligaciones, así como también, es indebido hablar del cumplimiento específico de la obligación. En consecuencia, la pretendida división de la indemnización, en moratoria y compensatoria, atendiendo a que en la primera existe un incumplimiento no definitivo de la obligación, y en la segunda, el incumplimiento es definitivo, carece de fundamento.

Esta confusión de la tesis tradicional, nace del error fundamental de sostener que las obligaciones pueden cumplirse extemporáneamente, situación que carece de fundamento, en virtud de que, como ya lo hemos dicho varias veces, el incumplimiento de todo deber es siempre definitivo.

Otros autores dividen la indemnización en perfecta e imperfecta: la primera sería aquella cuya reparación de daños y perjuicios se obtiene mediante la realización de la prestación que la víctima no recibió, debido al incumplimiento, más daños y perjuicios; y la segunda, sería aquella cuya reparación se hace por equivalente, entregando a la víctima una cantidad de dinero por el total de los daños y perjuicios. Los Mazeaud afirman: ¹⁵ "Para reparar el perjuicio sufrido por la víctima, pueden emplearse dos procedimientos: la reparación en especie y la reparación por un equivalente.

La reparación en especie consiste en la reposición de las cosas en el estado en que se encontraban; la misma borra el daño; hace que éste desaparezca. Por ejemplo, un propietario ha construido sobre el tejado de su casa una supuesta chimenea, para molestar a su vecino; la demolición de la chimenea constituye una reparación en especie. Este es el modo más perfecto de reparación.

Por eso, la víctima no puede rechazar la reparación en especie cuando se le ofrece por el responsable y exigir, en su lugar, el pago de una indem-

¹⁵ HENRY, LEÓN y JEAN MAZEAUD, *ob. cit.*, p. 395.

nización; el responsable cumple íntegramente con su obligación de reparar cuando repone las cosas en el estado en que estaban; con la excepción, claro está, del perjuicio que se haya podido sufrir hasta esa reposición en igual estado; la supuesta chimenea, hasta su demolición, ha dejado en la umbría la casa del vecino, que hasta entonces ha padecido por causa de aquélla, y la reposición en el estado anterior no resarce ese perjuicio ya consumado.

Además, casi siempre como el daño sufrido por la víctima no puede ser borrado, resulta imposible la reparación en especie; hay que contentarse entonces con una reparación con un equivalente.

La reparación con un equivalente consiste en hacer que ingrese en el patrimonio de la víctima un valor igual a aquél de que ha sido privada; no se trata ya de borrar el perjuicio, sino de compensarlo.

El equivalente suele consistir en una suma de dinero, en una indemnización: los daños y perjuicios."

Esta distinción entre indemnización perfecta e imperfecta, atendiendo a que, pueda o no lograrse la reparación en especie, carece de importancia, en virtud de que dicha reparación en especie, no es más que una forma de resarcir los daños y perjuicios; forma que no siempre será la más conveniente para la víctima, pues habrá ocasiones en que ésta prefiera que se le indemnice por equivalente.

Además, en contra del pensamiento de los Mazeaud, pensamos que la víctima tiene derecho a elegir la forma de indemnización. En efecto, nos parece justo, que quien debe ser indemnizado, pueda elegir el sistema, ya que sólo él sabe de qué manera se le repararía mejor el daño que sufrió: en algunas ocasiones puede convenirle la reparación en especie, en otras, la reparación por equivalente. Tal solución, la encontramos fundada en nuestro derecho positivo, en los artículos 1949 y 2012 del Código Civil:

Artículo 1949: "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber obtenido por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible."

Artículo 2012: "El acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra, aún cuando sea de mayor valor."

En conclusión, la indemnización, contenido de la responsabilidad civil, es exactamente igual ya sea consecuencia de haber incumplido una obligación contractual (lo que sería responsabilidad contractual en la teoría clásica), o de haber violado otro deber jurídico cualquiera (responsabilidad delictual, dentro de la teoría clásica); en ambos casos, se puede presentar o no, la reparación en especie.

ELEMENTOS DEL HECHO ILICITO

Al exponer nuestra tesis sobre la unidad de la responsabilidad civil, afirmamos, que su fuente es el hecho ilícito. Por lo tanto, es necesario, hacer un análisis de cada uno de los posibles elementos que puedan formar parte del ilícito civil, para concluir, en cada caso, si son o no elementos del mismo.

ADVERTENCIA: El estudio del hecho ilícito es de suma importancia, si consideramos que ello nos permitirá precisar cuáles son sus elementos, y sobre todo, sabremos si el ilícito civil es igual en la responsabilidad contractual y en la delictual, rebatiendo con esto la tesis clásica que así afirma lo contencioso. Por ello, conscientes de los magníficos resultados que ha dado, dentro de la teoría del delito, utilizaremos el método seguido por el Dr. Celestino Porte Petit, que consideramos el más adecuado por su rigor lógico y sistemático, consistente en tomar apriorísticamente los elementos señalados por los diversos autores, analizarlos, y después resolver sobre la naturaleza de cada uno. Aprovechando además, sus ideas, en tanto sean aplicables a nuestra materia.

Los posibles elementos del hecho ilícito son:

1. Conducta.
2. Antijuridicidad.
3. Tipicidad.
4. Culpabilidad.
5. Imputabilidad.
6. Daño.
7. Relación entre la conducta y el daño.
8. Sanción.

C O N D U C T A

El Derecho, tiene como finalidad fundamental, regir la conducta del hombre, encausándola en una determinada dirección que permita el mejor des-

envolvimiento de las relaciones sociales. De esto se infiere, que las normas de Derecho, se refieren exclusivamente al obrar humano, es decir, los supuestos de las normas jurídicas, cuya realización determina la aplicación de las consecuencias de Derecho, son invariablemente actos del hombre; por ello, es posible afirmar, que todo ilícito implica una actividad humana.

En ningún caso, podemos siquiera imaginar que sea posible atribuir consecuencias jurídicas —como lo es el deber de indemnizar a quien se le ha causado un daño— a una persona cuya conducta nada tuvo que ver con el daño inferido, ni aún en aquellos supuestos que aparentemente serían la excepción a este principio y que son: la llamada responsabilidad por el hecho ajeno, o por el hecho de las cosas; ya que en estos casos, lo que hay es un incumplimiento del deber que todos tenemos de custodiar a determinadas personas, y de vigilar que nuestras cosas no causen daños a los demás; y un deber, solamente se puede incumplir, haciendo lo que está prohibido, o bien, dejando de hacer lo que está ordenado, y este hacer o dejar de hacer, constituye la conducta.

Inexplicablemente, la mayoría de los autores de la materia —aún los más destacados— no incluyen en sus obras, el estudio de la conducta, elemento material del hecho ilícito. Algunos, lo mencionan sin poner de manifiesto la importancia que tiene. Salvat,¹⁶ confundiendo la conducta con la antijuridicidad, afirma lo siguiente: "De la definición propuesta (de hecho ilícito, ya mencionada) deben destacarse los dos elementos que integran esta figura específica: elemento material u objetivo, que se traduce en la violación de una regla de derecho o norma jurídica, y el elemento subjetivo, moral o psicológico, concretado en la intención de causar daño, o en un proceder culpable o negligente"; más adelante, parece acercarse un poco más a la noción de conducta, cuando manifiesta: "Preciso es convenir que con arreglo a nuestro ordenamiento jurídico civil, el acto ilícito es una entidad en la que concurren como elementos determinantes de su existencia el quebrantamiento de una norma jurídica o regla de derecho y una conducta moralmente censurable o reprobable de parte del sujeto. Esto último lo dice elocuentemente la nota al artículo 900: 'El elemento fundamental de todo acto, es la voluntad del que lo ejecuta. Es por esto que el hecho de un insensato o de una persona que no tiene discernimiento y libertad en sus actos, no es considerado en el derecho como un acto, sino como un acontecimiento fortuito'.

¹⁶ RAYMUNDO M. SALVAT, *Treatado de Derecho Civil Argentino, actualización de Arturo Acuña Anzorena*, volumen IV, p. 15, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires.

En oposición a tan categórico concepto se enseña que la alteración del orden jurídico, producida por un sujeto desprovisto de voluntad, puede ser 'causa determinante, a su vez de la reacción individual o social contra el transgresor' y su acto 'reprimido por la autoridad o por un tercero y justificar el contrataque del amenazado, consecuencias que bastan para reconocer la ilicitud'.

La legítima reacción del ofendido o amenazado no es suficiente para tener por ilícito el acto cumplido, v.gr., por un demente. El arañazo del gato o la dentellada del perro, confieren igual derecho, y sin embargo, no podría decirse, sin alterar principios fundamentales, que medió por parte de éstos la comisión de actos ilícitos".

En nuestro medio, Gutiérrez y González, sí menciona la conducta como elemento de la responsabilidad por hechos ilícitos.¹⁷

La exigencia de la conducta, en el ilícito civil, la podemos fundar dogmáticamente en el artículo 1910 del Código Civil, que textualmente dice: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cauce un daño a otro está obligado a repararlo..."; a contrario sensu, nunca se está en ese deber si no se ha obrado.

Formas de la Conducta

Habiendo concluido, que la conducta u obrar del hombre constituye un elemento del ilícito en general, y en consecuencia, del ilícito civil, a continuación, veremos las formas en que puede presentarse: acción y omisión; según se trate de un hacer o actividad positiva, o de un no hacer o inactividad.

Elementos de la acción:

1. Una actividad o hacer;
2. Una voluntad o querer la actividad.

Elementos de la omisión:

1. Una abstención o inactividad;
2. Una voluntad o querer la inactividad, o un simple olvido.

Así, la acción es una actividad o hacer voluntario, lo que significa, que la voluntad del individuo se encuentra precisamente encaminada a desarrollar

¹⁷ ERNESTO GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, *Derecho de las Obligaciones*, p. 405, Editorial Cajica, Puebla.

esa actividad, igualmente en la omisión, la voluntad está dirigida a permanecer en la abstención, aunque en éste último caso, puede ser que no exista la voluntad de abstenerse, como lo sería en el supuesto de que se incumpliera con la obligación de hacer, por un simple olvido.

Aspecto negativo de la conducta

Una vez hecha la exposición de la conducta, elemento material del hecho ilícito, conviene analizar a continuación el aspecto negativo de la misma, o sea, aquellas hipótesis en las cuales, a pesar de haberse producido un daño a consecuencia de una actividad o de una inactividad, no llega a integrarse la conducta por faltarle uno de sus elementos: la voluntad; o mejor aún, aquellos casos en que la voluntad del agente es precisamente no realizar la actividad o abstención, que sin embargo realiza, debido a una fuerza irresistible.

Los autores en materia penal, coinciden en reconocer dos supuestos inequívocos de ausencia de conducta: la vis absoluta y la fuerza mayor, únicos que trataremos, dada la índole de este trabajo, sin considerar los casos dudosos, como los movimientos reflejos, actos instintivos, hipnosis, etc.

En realidad, estas dos hipótesis de ausencia de conducta pueden agruparse en una sola, atendiendo a que, en ambos casos, existe una fuerza física irresistible, que conduce a una persona a producir un resultado dañoso, violando un deber jurídico; y se diferencian, únicamente por su origen, ya que en la vis absoluta, la fuerza física proviene del hombre, y en la fuerza mayor proviene de la naturaleza.

De acuerdo con lo anterior, los elementos de este aspecto negativo de la conducta son:

1. Una fuerza física;
2. Humana, en el supuesto de la vis absoluta, y de la naturaleza, tratándose de fuerza mayor;
3. Irresistible.

Es necesario, hacer hincapié en la característica de irresistibilidad que debe tener la fuerza física, ya que si el obligado a hacer lo contrario, pudiese resistirla, no estaríamos en presencia del aspecto negativo de la conducta; en todo caso, podría tratarse del aspecto negativo de otro elemento del hecho ilícito, de los que más adelante se estudiarán.

En conclusión, la conducta es un elemento del hecho ilícito, cuya exigencia nos parece de una claridad tan incuestionable, que estimamos casi innecesario, mencionar que funciona de manera idéntica, tanto en su aspecto positivo como en su aspecto negativo, lo mismo en el campo de la responsabilidad civil contractual y delictual.

A N T I J U R I D I C I D A D

A pesar de ser este elemento del hecho ilícito, uno de los más importantes y más fácilmente comprobables, desde el punto de vista lógico, los autores de la materia no le han dedicado el estudio debido, y, en algunos casos, no lo incluyen como elemento. Nosotros pensamos que si lo es, sobre todo, si consideramos que el deber de reparar daños y perjuicios constituye una sanción, que implica un obrar antijurídico.

Cabe citar, en este momento, las siguientes palabras de Biagio Petrocelli: ¹⁸ "Un hecho se dice antijurídico o jurídicamente ilícito, cuando es contrario al derecho. Este calificativo de contrariedad al derecho se llama antijuridicidad o ilicitud jurídica y expresa precisamente la relación de contradicción entre el hecho y el derecho. Por ahora, nos servimos del término hecho en sentido amplio; sin embargo, veremos en seguida que lo que propiamente debe decirse en contraste con el derecho es la acción, es decir, la manifestación de voluntad humana. En cuanto al derecho, el otro término de la relación de contradicción, intentamos referirnos al derecho en sentido objetivo, al derecho como norma, al derecho como manifestación de la voluntad del ordenamiento jurídico".

En algunos casos, la idea de la antijuridicidad se mantiene latente en el pensamiento de los autores en materia civil, llegándola a confundir, lamentablemente, con la culpa. Así lo hacen los Mazeaud y Tunc, cuando dicen: ¹⁹ "en ciertas situaciones, el problema de la existencia de la culpa se resuelve inmediatamente: en todas aquellas en las que pesaba sobre el demandado una obligación precisa. Cuando un precepto legal ordena cumplir tal o cual acto, el que no obedece incurre en culpa, a menos que pueda alegar un caso de fuerza mayor; lo cual es del todo excepcional en la esfera de la responsabilidad cuasidelictual por hecho personal; *no ajustarse a la ley es cometer un error de conducta cierto*". Estos autores, claramente identifican la culpa

¹⁸ BIAGIO PETROCELLI, *La Antijuridicidad*, p. 11, Traducción de José L. Pérez Hernández, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

¹⁹ HENRY y LEÓN MAZEAUD y ANDRÉ TUNC, *ob. cit.*, Tomo primero volumen 11, p. 67.

con la antijuridicidad, tomando en cuenta que definen la culpa como "un error de conducta"; la fuerza mayor a que aluden, sería en todo caso el aspecto negativo de la conducta o bien de la propia antijuridicidad.

Más aún, los mismos autores sostienen que: "al imponer reglas de conducta, el derecho de la responsabilidad permite y protege recíprocamente, la actividad que se desenvuelve en el interior de esas reglas contra toda violación de tales reglas, sea cual sea el estado espiritual de la persona que las infringe". Agregando más adelante: "Por tanto, hay que alabar a la Corte de Casación por haber afirmado sin equívoco 'que una abstención puede ser culposa cuando constituye el incumplimiento de una obligación de obrar' ".²⁰

En ocasiones, abiertamente se identifica la antijuridicidad con la culpa: ejemplos, la definición clásica, de culpa: "un hecho ilícito, imputable a su autor",²¹ y la conocida definición de Planiol²² que dice, "la culpa es una falta contra una obligación preexistente".

Con más precisión, Raymundo M. Salvat, al abordar este tema, después de ofrecer su definición de hecho ilícito, en la que hace resaltar la idea de conducta antijurídica (acto humano voluntario en razón del cual se infringe una regla de derecho o norma jurídica, sea deliberadamente, sea por culpa o negligencia y que, de producir un daño, obliga a su autor a repararlo),²³ expresa, en relación con las características del mismo: "Que el acto sea expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía. Las primeras son leyes propiamente dichas, nacionales o provinciales; las segundas son las ordenanzas municipales; los terceros, los edictos y reglamentos dictados por la autoridad policial. Podemos decir, en síntesis, que se requiere la existencia de una ley que prohíba el acto, tomada la palabra ley en el concepto amplio de regla social obligatoria, establecida por la autoridad pública, cualquiera sea la clase o categoría de ella".

Sin embargo, es lamentable que Salvat, no trate este aspecto del hecho ilícito, como un elemento del mismo, ya que, en el capítulo de elementos considera como tales: la imputabilidad, capacidad, culpabilidad y responsabilidad.

²⁰ HENRY y LEÓN MAZEAUD y ANDRÉ TUNC, *ob. cit.*, Tomo primero volumen 11, pp. 106 y 219.

²¹ HENRY, LEÓN y JEAN MAZEAUD, *ob. cit.*, p. 110.

²² HENRY y LEÓN MAZEAUD y ANDRÉ TUNC, *ob. cit.*, Tomo primero volumen 11, p. 48.

²³ RAYMUNDO M. SALVAT, *ob. cit.*, pp. 15 y siguientes.

La necesidad de este elemento, desde el punto de vista doctrinario, es indiscutible, nos queda por ver si es posible demostrar su exigencia desde el punto de vista dógmatico. El artículo 1910 del Código Civil, hace alusión expresa a esta característica del hecho ilícito, al establecer textualmente que: "El que obrando *ilícitamente* o *contra las buenas costumbres* cause daño a otro, está obligado a repararlo. . .". Como se ve, la ley claramente indica la necesidad de que el presunto responsable de un daño causado haya obrado contra el Derecho, pues, a contrario sensu, alguien que obrando lícitamente y conforme a las buenas costumbres, causare un daño, no estaría obligado a repararlo.

Por lo que hace a la parte del mencionado artículo, que se refiere "a las buenas costumbres", es simplemente una remisión de la ley a la costumbre, estableciéndola como obligatoria; de igual forma, como en otros muchos casos de la legislación mexicana; en consecuencia, la costumbre pasa a formar parte integrante del Derecho.

¿Significa realmente la llamada responsabilidad objetiva, contenida en el artículo 1913, * una excepción al principio de que únicamente la conducta antijurídica puede producir el deber de reparar el daño causado? Obviamente no, pensar que así lo fuese, significaría, además de una interpretación literal del artículo indicado, incoherente con el resto del ordenamiento, desprender principios doctrinarios de los errores de una redacción deficiente. En efecto, la responsabilidad objetiva no es otra cosa que la consecuencia de violar una obligación de resultado, cuyo contenido es no causar daño a los demás, con los aparatos, mecanismos o substancias utilizados; obligación que el Derecho pone a cargo de las personas que los utilicen, y que es violada en cuanto se produce un daño a un tercero. En conclusión, invariablemente que existe el deber de indemnizar, es a consecuencia de haberse violado un deber jurídico. A mayor abundamiento, el capítulo V del Código Civil, referente a la materia que nos ocupa, se titula "De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos".

Si la antijuridicidad es, en esencia, la violación de un deber jurídico, resulta obvio, que para que haya tal violación, debe existir previamente el

* Artículo 1913: "Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollan, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

deber jurídico. En otras palabras, la norma de Derecho es un presupuesto necesario para la existencia del hecho ilícito; si una determinada conducta del hombre no está prevista por el Derecho, encauzándola en un cierto sentido, el realizarla o no realizarla, es jurídicamente irrelevante.

Por ello, es conveniente realizar un breve estudio sobre las diferentes clases de obligaciones y deberes jurídicos que pueden pesar sobre una persona. La primera y más importante clasificación de los deberes jurídicos, es aquella que se hace atendiendo al contenido de los mismos: en obligaciones de resultado o determinadas, por una parte; y obligaciones de prudencia y diligencia o de medios, por la otra.

Obligaciones o deberes determinados o de resultado

En algunas ocasiones, los deberes que pesan sobre una persona la constriñen a realizar u obtener un determinado resultado, sin tomar en cuenta para nada, los medios que dicha persona pueda utilizar o dejar de utilizar; lo que importa para el Derecho, en estos casos, es que el resultado se produzca, se pueden mencionar como ejemplos la obligación que asume un contratista, en un contrato de obra a precio alzado, de entregar la construcción convenida en el plazo estipulado; o la de un carpintero que se obliga con su cliente, a manufacturarle una mesa, en un plazo de cinco días. Si el contratista, no entrega la obra terminada el día fijado en el contrato, incumple su obligación, así haya obrado con la mayor prudencia y diligencia posibles, y, por el contrario, habrá cumplido su obligación, si a pesar de haberse portado imprudente y negligentemente, termina la obra en el tiempo señalado; piénsese en el primer caso, en una persona que, con toda anticipación hizo sus pedidos de materiales, inclusive a dos o tres casas diferentes, previendo que una de ellas pudiera fallarle, y que, por motivos especiales, no le surte los materiales necesarios a tiempo, (habrá incumplido su obligación), en consecuencia estará obligado a reparar daños y perjuicios al acreedor, aunque se haya comportado con excesiva prudencia; y en el segundo caso, en un contratista que habiendo dejado transcurrir el tiempo razonable, a última hora obtiene con toda rapidez los materiales, y que, por algunas circunstancias imprevistas, que le son favorables, logra concluir a tiempo la obra, (habrá cumplido su obligación, y nadie podrá negar que su conducta fue imprudente y negligente).

Obligaciones o deberes de prudencia y diligencia o de medios

Existe otro tipo de deberes, en los cuales el obligado no se compromete a obtener un determinado resultado, sino simplemente, a poner los medios necesarios para obtenerlo; así por ejemplo, el médico que realiza una intervención quirúrgica delicada, no se obliga a devolver la salud del enfermo, sino, a poner los medios necesarios para lograrlo, operando de acuerdo con la técnica apropiada; igualmente el abogado que patrocina a una parte dentro de un procedimiento judicial, no se obliga a obtener del juez la sentencia favorable, pero sí está obligado a poner los medios necesarios para lograrlo promoviendo oportunamente y haciendo valer los recursos que procedan, etc. En este tipo de deberes, el obligado habrá cumplido su deber, si empleó los medios necesarios para que el resultado deseado se produzca, independientemente de que dicho resultado se produzca o no.

Importancia de la clasificación

La importancia de esta clasificación radica fundamentalmente en la problemática que presenta la carga de la prueba: en las obligaciones determinadas o de resultado, el obligado debe probar que el resultado se produjo, o en su caso, que éste no se logró por causa de fuerza mayor; en cambio, en los de prudencia y diligencia o de medios, toca a la víctima demostrar que el obligado no se condujo con la prudencia y diligencia debidas. En las obligaciones de resultado, el papel de la víctima es sumamente cómodo, en razón de que, sólo necesitará acreditar la existencia de la obligación a cargo del demandado y manifestar, que la misma fue incumplida; no así, en las obligaciones de prudencia y diligencia, en las cuales, deberá demostrar además de lo anterior, que el demandado obró imprudente o negligentemente, es decir, que no cumplió con su deber.

Otro aspecto importante de esta clasificación, es que resulta igualmente aplicable a las dos supuestas esferas de la responsabilidad civil, la contractual y la delictual; es decir, el deber jurídico —presupuesto del hecho ilícito— puede ser tanto de resultado como de medios, en uno u otro de los campos, en que la teoría clásica divide la responsabilidad civil. Como ejemplos en materia contractual, tenemos los mencionados en líneas anteriores al tratar de las distintas clases de deberes; en materia delictual, como ejemplo de obligación de prudencia y diligencia, se puede mencionar la que tiene el gestor, de obrar con toda la diligencia que emplea en sus negocios propios: artículo 1897 del Código Civil: "El gestor debe desempeñar su cargo con

toda la diligencia que emplea en sus negocios propios, e indemnizará los daños y perjuicios que por su culpa o negligencia se irroguen al dueño de los bienes o negocios que gestione". Y dentro de la esfera delictual, como obligación de resultado, la contenida en el artículo 1913 de nuestro Código, consistente en el deber que tiene cualquier persona que haga uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismas, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, de no causar daño a nadie, con dichos elementos.

En fin, la antijuridicidad, entendida como violación de un deber jurídico, es un elemento del hecho ilícito, y uno de los elementos más importantes ya que nos permitirá resolver fácilmente —como se verá más adelante— un número considerable de problemas en los cuales nunca se ha obtenido una solución satisfactoria analizándolos a la luz de la idea de culpa, como sucede por ejemplo, con el ejercicio abusivo de un derecho, y la llamada "responsabilidad por hecho ajeno", y "por hecho de las cosas". Y además, funciona de igual forma tanto en el campo de la responsabilidad contractual como en el de la extracontractual.

Más aún, decir que la culpa consiste en una desviación de la conducta que el derecho considera como necesaria para la convivencia social del hombre, y que esta conducta necesaria es la que observa un hombre cuidadoso, equivale a decir que el derecho establece como obligatoria para todos, esa conducta, y cualquier alejamiento de la misma constituirá una violación a ese deber.

Aspecto negativo de la antijuridicidad

Al tratar el aspecto negativo de este elemento, de ninguna manera nos referimos a aquellas conductas que visiblemente han permanecido en el cauce del Derecho, sin violar ninguna norma; sino a las situaciones complejas en las que existe un obrar que aparentemente es antijurídico, pero que en realidad se ajusta a lo establecido por el Derecho, es decir, situaciones que están amparadas por causas de licitud.

Opiniones de los autores

Los Mazeaud y Tunc,²⁴ tratan como ausencia de culpa la Legítima De-

²⁴ HENRY y LEÓN MAZEAUD y ANDRÉ TUNC, *ob. cit.*, Tomo primero volumen 11, p. 130.

fensa, Estado de Necesidad, Urgencia, Mandato Legal u Orden de un Superior, Error y Dolo; agrupándolos bajo la denominación genérica de Hechos Justificativos. Cabe agregar, que ellos los consideran aspectos negativos de la culpa, debido a que como ya se dijo, confunden en el fondo la culpa con la antijuridicidad; pero en realidad se trata de causas de licitud o de justificación —aspectos negativos de la antijuridicidad— y que funcionan en la materia civil, casi en igual forma que en la materia penal.

En relación con esto, los autores antes mencionados dicen: "Una actitud normalmente culpable puede encontrarse justificada así en diversas series de hipótesis. En primer lugar, cabe que el agente haya sido forzado a esa actitud hasta el punto de que no se le pueda censurar. Tal es el caso del que obra bajo la amenaza del revólver, ya sea el de un malhechor o, en tiempo de guerra, el de un enemigo o de un grupo "terrorista". Es igualmente clásico el caso del verdugo, del militar que mata al enemigo, del agente de policía o del ujfer que se entregan a vías de hecho para que se respeten el orden público o la fórmula ejecutiva; la del bombero, que no siempre puede respetar las propiedades vecinas de aquella por la que actúa. Cabe, por otra parte, que el agente haya dado, por el contrario, pruebas de iniciativa. Es el caso del salvador, del que hemos puesto antes un ejemplo. Es también el caso del cirujano, que en interés del paciente, atenta contra su integridad corporal; el de los padres, cuando infligen una "corrección" a su hijo. Es asimismo el caso de todos aquellos que, "con la finalidad de servir a la causa de la liberación de Francia", realizaron actos que, en período normal, habrían constituido culpas, con frecuencia penadas por los textos legales represivos. Es también el caso del que obra en estado de legítima defensa".

Más adelante, en otro párrafo agregan: "En efecto, es un hecho real que una persona puede encontrarse situada frente a deberes contradictorios; a veces, ante deberes enunciados expresamente por un texto legal, y en ocasiones incluso ante deberes sancionados por la ley penal. Desde luego se encuentra ante un conflicto de deberes el que acude en defensa de otro; puesto que las necesidades de esa defensa le obligaron quizás a matar al agresor; o también al salvador, si le es preciso, para intervenir, atentar al menos contra la propiedad ajena. Ante un conflicto de deberes se hallan desde luego el cirujano, el militar, el bombero, el que cumple, bajo una ocupación enemiga, actos "de resistencia" que atentan contra la persona o la propiedad de sus conciudadanos".

En esta otra ocasión, y no está por demás insistir, se nota nuevamente, la confusión de la culpa con la antijuridicidad, en los juristas citados; al hablar de conflictos de deberes, y de la necesidad en el agente, de decidirse por el cumplimiento del deber jerárquicamente más importante; elección que normalmente se hace atendiendo al valor de los bienes jurídicamente protegidos, como se puede apreciar en el párrafo que a continuación se transcribe textual: "A la luz de las consideraciones que preceden, sobre el fundamento de la responsabilidad y la definición de culpa, ¿qué solución conviene darle a esta hipótesis del conflicto de deberes? Parece indiscutible que el agente debe obedecer el deber más importante. De ello debe deducirse en primer lugar, que no incurre en culpa al obedecer ese deber; o, en otros términos, que la obediencia a ese deber legitima la violación del deber menor. Recíprocamente se estaría tentado de decir que el agente incurre en culpa si no se decide a favor del deber más importante".

Salvat, al no considerar la antijuridicidad como un elemento del ilícito civil, analiza la legítima defensa, el estado de necesidad, así como algunos de los casos en los cuales el autor de una conducta ilícita, que ha causado un daño, no es responsable en virtud de no existir imputabilidad en el causante. Así, después de estudiar como aspectos negativos de la imputabilidad: la minoría de edad, demencia, ebriedad, epilepsia, histeria, sonambulismo e hipnosis, agrega: "Existen otros casos en los cuales la imputabilidad de los perjuicios derivados de un acto ilícito desaparece: 1º Cuando el autor de él lo ha cometido a consecuencia de un caso fortuito, 2º cuando el autor del acto ilícito, obrando en legítima defensa, ha causado un perjuicio al agresor, 3º cuando el autor del acto ilícito se ha encontrado en un 'estado de necesidad' y, al realizarlo, ha perjudicado a un tercero. En la doctrina y jurisprudencia extranjeras estos casos han sido materia, en los últimos años, de largos exámenes y reiteradas resoluciones judiciales".²⁵

Es conveniente, analizar con más detenimiento el aspecto negativo de este elemento, en razón de que, como ya se dijo, ningún autor de la materia lo ha tratado a fondo, y al efecto, tomaremos la sistemática y principios de los autores en materia penal.

Tradicionalmente las causas de licitud se han basado en dos principios: el de la ausencia de interés y del interés preponderante; se dice que existe el principio de la ausencia de interés cuando la víctima rechaza voluntariamente la protección que le brinda el Derecho, dando lugar a lo que se conoce

²⁵ RAYMUNDO M. SALVAT, *ob. cit.*, p. 54.

como el consentimiento expreso o presunto del ofendido. Este primer principio funciona de una manera absoluta en materia civil, lo que no sucede en el campo de lo penal, por la índole de los bienes jurídicamente protegidos, ya que en esta última materia no todos los bienes están a disposición de los particulares, por ejemplo la vida y la salud; nadie puede válidamente dar su consentimiento para que se le prive de la vida o de la salud, en cambio si es posible hacerlo en relación con un bien de contenido patrimonial.

Con fundamento en el segundo principio, el del interés preponderante, funcionan las siguientes causas de licitud:

- a) Legítima defensa;
- b) Estado de necesidad;
- c) Ejercicio de un derecho;
- d) Cumplimiento de un deber;
- e) Impedimento legítimo.

a) *Legítima Defensa*.—Concepto: es el contra-ataque o repulsa necesaria y proporcional a una agresión ilícita, actual o inminente, de la cual resulta un peligro para los bienes propios o ajenos.

Para que la conducta del agente constituya una legítima defensa, deben darse los siguientes requisitos:

1. Que el agredido no haya provocado la agresión dando causa inmediata y suficiente para ella;
2. Que no se haya previsto la agresión, por el agredido y podido evitar fácilmente por otros medios legales;
3. Que en la defensa, se hayan utilizado medios racionalmente proporcionales, en relación con la agresión y el valor de los bienes amenazados;
4. Que el daño que se iba a causar no fuese fácilmente reparable después, por medios legales, o éste sería materialmente de poca importancia comparado con el daño que ha causado la defensa.

Dogmáticamente, esta causa de licitud se puede fundar en el artículo 1910 del Código Civil, en virtud de que interpretándolo contrario sensu, podemos afirmar que, nadie está obligado a reparar un daño que hubiere causado, si no ha obrado ilícitamente.

b) *Estado de Necesidad*.—Concepto: se presenta cuando para salvar un

bien jurídicamente protegido, es necesario lesionar otro bien igualmente amparado por la ley.

Es necesario, hacer notar la importancia que tiene el valor o entidad de los bienes en pugna; cuando el bien sacrificado es de igual entidad que el bien salvado, la conducta realizada sería antijurídica, pero no habría culpabilidad por tratarse de un caso de no exigibilidad de otra conducta; solamente cuando el bien salvado es de mayor entidad, la conducta es lícita; ejemplo: cuando una persona que se está ahogando, por salvar su vida destruye una cuerda ajena.

Los requisitos que debe reunir el estado de necesidad son los siguientes:

1. Que exista un peligro, o sea una probabilidad de daño en una situación que sea inminente o fácilmente verificable, y que este peligro sea real y grave;
2. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial, para eliminar el peligro;
3. Que el agente no tenga el deber legal de sufrir el peligro.

El fundamento legal del estado de necesidad, lo encontramos igualmente en el artículo 1910 del Código Civil interpretado a contrario sensu.

c) *Ejercicio de un Derecho* y d) *Cumplimiento de un deber*.— Estos aspectos negativos de la antijuridicidad, no presentan ningún problema en su análisis, en razón de su claridad lógica, ya que en ambos casos se trata simplemente de ajustarse a lo ordenado por el derecho, sin problemas en cuanto a la apreciación de la conducta; la diferencia entre ellos, es que, en el ejercicio de un derecho el obrar es potestativo para el agente, y en el cumplimiento de un deber, el obrar es obligatorio.

Con más claridad aún, estas causas de licitud se fundamentan en el mencionado artículo 1910.

e) *Impedimento Legítimo*.—Consiste en la imposibilidad de cumplir con algún deber jurídico, por existir fuerza mayor o caso fortuito que lo impidan.

El artículo 2111 de nuestro Código Civil prevé expresamente esta causa de licitud, al establecer que: "Nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa o contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad o cuando la ley se la impone".

TIPICIDAD

La tipicidad es un aspecto que en materia penal reviste mucha importancia, por la necesidad de limitar la aplicación de la pena que importe la privación de la libertad, a los casos especialmente descritos en el Código Penal, expresada en el principio de "nullum crimen sine lege", en otras palabras, para que haya delito, la conducta o hecho del sujeto activo, deberá ajustarse exactamente a lo descrito en algún tipo penal. Pero en materia civil, esta situación desaparece dada la índole de la sanción —consistente siempre en la reparación de los daños y perjuicios— y la fórmula general, contenida en los artículos 1910 y 1913 del Código Civil: de no causar daño con un obrar ilícito. En consecuencia, esta característica del hecho ilícito queda absorbida en la antijuridicidad.

CULPABILIDAD

Indudablemente, una de las cuestiones más estudiadas dentro de la responsabilidad civil, es la culpa. Por ello, encontramos opiniones tan contradictorias; desde considerarla como la noción fundamental sobre la cual descansa toda responsabilidad civil, hasta aquellos que la estiman absolutamente irrelevante. Es necesario, por tanto, presentar la opinión de los autores más destacados y, posteriormente hacer una crítica de cada uno de ellos.

TESIS DE LOS MAZEAUD Y TUNC ²⁶

Estos autores pretenden demostrar la exigencia de la culpa, en la responsabilidad civil, con los tres argumentos que a continuación se explican:

1. La redacción de los artículos 1382 y 1383 del Código Civil Francés.
2. La voluntad de sus redactores.
3. La historia de la Responsabilidad.

1. Los artículos indicados del Código Civil Francés, textualmente dicen lo siguiente:

Artículo 1382. "Todo hecho del hombre que cause a otro un daño, obliga a repararlo a aquel por culpa del cual ha sucedido".

²⁶ HENRY y LEÓN MAZEAUD y ANDRÉ TUNC, *ob. cit.*, Tomo primero volumen 11, p. 29.

Artículo 1383. "Cada cual es responsable del daño que haya causado no sólo por su hecho, sino también por su negligencia o por su imprudencia".

En relación con el artículo 1382, sostienen que de su construcción gramatical, se desprende claramente la necesidad de la culpa, por cuanto que dice que, cuando un hecho causa un daño, el autor de ese hecho es responsable, pero no en todos los casos; sólo es responsable "aquel por culpa del cual ha sucedido". No se podría expresar con más claridad —piensan ellos— que la culpa es un requisito necesario de la responsabilidad civil. En otras palabras, según estos autores, el hecho que el legislador haya usado las palabras "aquel por culpa del cual ha sucedido", quiere decir, que estableció categóricamente la exigencia de la culpa como elemento de la responsabilidad.

Agregan que la palabra "hecho" en el artículo 1383 no puede significar otra cosa que "hecho intencional", en oposición a la culpa cuasidelictual, o sea aquella en la cual no se tenía la intención de causar el daño, sino, que este es consecuencia de un obrar negligente o imprudente. Concluyen que la ley con toda precisión se está refiriendo a las culpas voluntarias e involuntarias; única interpretación posible de estos artículos —según ellos— si se considera que el epígrafe del capítulo respectivo es "De los delitos y de los cuasidelitos".

2. En cuanto a la voluntad de los redactores, afirman que es fácil conocerla, y que de la lectura de sus trabajos preparatorios, se concluye la intención de establecer las dos formas de la culpa: delictual y cuasidelictual, dentro del campo de la responsabilidad civil, o sea, que crearon el doble principio de que: es necesaria una culpa, pero es suficiente una culpa cualquiera.

3. Apoyan sus dos anteriores argumentos, con la afirmación de que en la época en que se redactó el Código Civil Francés, se aceptaba sin discusión la noción de la culpa, en la responsabilidad civil, como ya lo habían dejado claramente establecido DOMAT y POTHIER, autores cuyas ideas determinaron el contenido de los artículos 1382 y 1383, ya mencionados.

Con los argumentos anteriores dan por absolutamente demostrada la necesidad de la culpa; a continuación, y antes de definirla, analizan su fundamento de la siguiente manera: ²⁷

²⁷ HENRY y LEÓN MAZEAUD y ANDRÉ TUNC, *ob. cit.*, Tomo primero volumen 11, pp. 67 y siguientes.

"La culpa consiste necesariamente en un error de conducta. El autor del daño no ha obrado como habría sido preciso obrar, y por eso se encuentra empeñada su responsabilidad. Pero, ¿cuándo existe un error de conducta? Particularmente caracterizado en el caso de delito, ¿en qué casos existe el supuesto cuasidelito?

Antes de intentar precisarlo, se puede recordar que, en ciertas situaciones, el problema de la existencia de la culpa se resuelve inmediatamente: en todas aquellas en las que pesaba sobre el demandado una obligación precisa. Cuando un precepto legal ordena cumplir tal o cual acto, el que no obedece incurre en culpa, a menos que pueda alegar un caso de fuerza mayor; lo cual es del todo excepcional en la esfera de la responsabilidad cuasidelictual por hecho personal; no ajustarse a la ley es cometer un error de conducta cierto.

Pero, casi siempre, la conducta que había de seguirse por el demandado no estaba trazada por anticipado; ningún texto legal la concretaba; la obligación que se le reprocha haber violado es la obligación general de prudencia y de diligencia de los artículos 1382 y 1383 del Código Civil. Entonces, ¿cuándo existe esa transgresión?, ¿cuándo ha faltado el demandado a la prudencia y a la diligencia?, ¿cuándo ha incurrido en una culpa cuasidelictual, en un error de conducta?

Para responder a la cuestión de manera más segura, debe antes preguntarse cuál es el fundamento de la responsabilidad civil delictual o cuasidelictual.

El fundamento de esa responsabilidad no es otro que el del derecho en general; la necesidad de establecer un equilibrio, entre las libertades, iguales y concurrentes de los hombres que viven en sociedad. Si el individuo viviera aislado sería libre para realizar su destino como bien le pareciera, podría utilizar los bienes que deseara, pero como esta forma de vida es imposible, toca al derecho armonizar las relaciones de los hombres en sociedad, creando los derechos y obligaciones de cada uno.

Desde el instante en que no nos comportamos de manera social, incurrimos en culpa. Cabe decir además, de manera más indirecta, pero menos abstracta, por qué procura un plano de referencia: incurrimos en culpa cuando no nos conducimos como los demás, cuando ellos se conducen de una manera social, cuando no nos comportamos como lo hacen los "buenos padres de familia". Se advierte entonces la fluidez de la noción de culpa, y

la imposibilidad, ya sea de establecer un catálogo exhaustivo de los deberes; ya sea, por el contrario, de establecer, en principio, que no se puede perjudicar al prójimo, salvo multiplicando las excepciones. No podemos vivir sin dañar a los demás: no podemos tocar un instrumento de música o escuchar un disco sin exponernos a molestar a nuestros vecinos; no podemos conducir un automóvil sin exponernos a matar a alguien; una fábrica no puede marchar sin exponer también la vida de los que emplea. No obstante, tenemos derecho a oír música o a tocar un instrumento, a trasladarnos en automóvil o a explotar una fábrica... dentro de ciertos límites. La vida resultaría tan imposible si no pudiéramos hacer nada que perjudicara al prójimo o que expusiera a dañarlo, como si todo estuviera permitido. Pero existe un cierto nivel de atentado contra la libertad, de molestia e incluso de riesgo, que podemos inflingirle a nuestro prójimo, porque es la condición misma de nuestra vida en la sociedad moderna y porque nosotros soportamos las mismas molestias y los mismos riesgos por parte del prójimo. Ese nivel, claro está, no se encuentra definido en parte alguna. Es el uso del que lo establece en el seno de cierta sociedad.

Obrar de manera social no es tan sólo no hacerle soportar a los demás sino la molestia y el riesgo que aceptamos que nos hagan soportar, sino también hacerle al prójimo el bien que exigiríamos de él. Por lo tanto, no hay ninguna dificultad de principio en admitir que la abstención es una fuente de responsabilidad al propio tiempo que de la acción, y que el criterio del comportamiento social se aplica a ella. Tan sólo impide un reconocimiento más amplio de la abstención culposa la dificultad, en muchos casos, de concretar quién habría debido obrar; tal vez también la aceptación por demás facilitada de un orden social que no es suficientemente justo.

Al precisar así el fundamento de la responsabilidad, e incluso al proponer que se diga que está incurso en culpa el que no se conduce de una manera social, no queremos, por supuesto, dar una definición jurídica de la culpa. Nos esforzamos por plantear el problema en su terreno; pero es cierto que la definición que anticipamos tiene necesidad de ser puntualizada, de ser elaborada, para convertirse en una guía más directamente utilizable.

Ahora bien, surge ante nosotros una ambigüedad fundamental, que es preciso disipar ante todo. Es posible trazarse dos concepciones muy diferentes del comportamiento no social, o, para reproducir una terminología más corriente, del "error de conducta". Para descubrirlo cabe examinar la conciencia del autor del daño, averiguar si esa conciencia le reprocha su

imprudencia o su negligencia, examinar el acto a través del agente; se aprecia entonces la culpa cuasidelictual *in concreto*. Pero cabe situarse en un punto de vista del todo diferente: comparar la conducta del autor del daño con la de un tipo abstracto, preguntarse como se habría comportado ese tipo abstracto y, de esa comparación, concluir por la existencia o por la ausencia de culpa; entonces se aprecia la culpa cuasidelictual *in abstracto*: se examina el acto en sí mismo, separado del que lo ha cometido. De esas dos concepciones, ¿cuál es la exacta?"

Los Mazeaud y Tunc, rechazan la apreciación de la culpa *in concreto*, por estimar que llegaría a convertirse en una noción puramente subjetiva, ya que habría que sondear el estado espiritual del agente, y además un mismo hecho, considerado objetivamente, podría ser o no motivo de responsabilidad para su autor, según pudiese comprender su imprudencia o negligencia, o no estuviese en esa posibilidad; inclinándose definitivamente por la apreciación *in abstracto* de la culpa cuasidelictual, que es, en opinión de los mismos la forma que permite soluciones más equitativas.

Ahora bien, para estimar la culpa *in abstracto* sería necesario comparar la conducta del agente del daño, con la que hubiera realizado un hombre normalmente cuidadoso, colocado en circunstancias externas idénticas a las en que se dio el hecho ilícito; las circunstancias internas, son irrelevantes para la apreciación de la culpa.

En fin, definen a la culpa cuasidelictual como: ²⁸ "un error de conducta tal, que no lo habría cometido una persona cuidadosa situada en las mismas circunstancias 'externas' que el autor del daño".

Aclarando que esta definición conviene no sólo al caso en que el autor de la culpa estuviera sujeto a la obligación general de prudencia y diligencia, sino también cuando la ley haga que recaiga sobre él una obligación determinada; porque una "persona cuidadosa" cumple evidentemente con las obligaciones precisas que la ley pone a su cargo, salvo circunstancias de fuerza mayor. Es una definición de la que cabe hacer incluso una definición general de la culpa delictual y cuasidelictual; porque una "persona cuidadosa" no obra con la intención de perjudicar".

Crítica a esta tesis.—En relación con el primer argumento, consideramos que de la redacción de los artículos 1382 y 1383 del Código Civil Francés, de ninguna manera se desprende la necesidad de la culpa, ya que las pa-

²⁸ HENRY y LEÓN MAZEAUD y ANDRÉ TUNC, *ob. cit.*, Tomo primero volumen 11, p. 85.

labras "aquel por culpa del cual ha sucedido el daño" agregadas a la primera parte del artículo 1382 que establece de una manera categórica y general "Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo", solamente están indicando quién tiene la obligación de reparar el daño, y el vocablo "culpa" está usado, expresando más bien, una idea de causa, o sea, está indicando que quién tiene la obligación de reparar el daño, es precisamente "aquel que lo ha causado". En todo caso la interpretación gramatical del artículo 1382, es más lógica, en el sentido de que no es requisito la culpabilidad del agente, por cuanto que se refiere a "todo hecho del hombre".

En cuanto al artículo 1383, únicamente tiene la función de aclarar que no es necesaria, en el hecho ilícito, la intención de producir el daño, y en todo caso está creando la obligación para todos, de conducirse con prudencia y diligencia.

Carece de validez el argumento que se refiere a la voluntad del legislador, porque, aun suponiendo que efectivamente esa haya sido la voluntad de los redactores de los artículos 1382 y 1383 del Código Civil Francés, esa supuesta intención, no constituye ninguna base para crear principios de doctrina que pretenden aplicarse en la época actual, maxime si consideramos que tales artículos fueron redactados hace ciento sesenta y cuatro años.

El derecho evoluciona constantemente, en su pretensión de ajustarse a las necesidades sociales del momento; la solución que en un tiempo se dio a una situación determinada, puede con el tiempo —así sucede en muchos casos— devenir inadecuada para resolver problemas de otra época.

La base histórica, en que tratan de fundar la exigencia de la culpa, no tiene ningún valor desde el punto de vista técnico.

En conclusión, los autores no demostraron que la culpa sea un requisito establecido por la ley.

Muy interesantes, nos parecen las ideas de estos autores, en relación con el fundamento filosófico de la responsabilidad civil y de la culpa, basado en la necesidad de regular las relaciones individuales de los hombres que viven en sociedad, armonizando las libertades iguales y concurrentes de los mismos; pero este fundamento, ¿acaso no es la esencia del derecho?, señalar a cada individuo sus derechos y deberes, ¿no es esto el derecho?; obviamente sí. Las normas de la responsabilidad civil, se ocupan de señalar a cada hombre la forma en que tiene que conducirse; prudente y diligentemente,

vigilando las personas que estén bajo su custodia, no causando daños con los aparatos o instrumentos de que se sirve; ¿no significa esto concretar cuáles son los riesgos que cada uno tiene que soportar dentro de la sociedad? Es claro que sí. Ahora bien, si cualquier persona se aparta de lo ordenado por el derecho, no obra de conformidad con las normas jurídicas, es claro que está realizando una conducta antijurídica. Esto viene a confirmar, lo afirmado anteriormente, en el sentido de que los Mazeaud y Tunc, confunden la culpabilidad con la antijuridicidad. Y precisamente, debido a esta confusión, es que los autores se ven en la necesidad de elaborar toda una complejísima teoría de la culpa, investigando si la misma debe ser apreciada *in concreto*, sondeando la mente del autor del daño; o *in abstracto*, comparando la conducta del agente con la de un imaginario hombre cuidadoso; y en este supuesto, ¿cuál sería la conducta de ese hombre cuidadoso?

Nosotros pensamos que es mucho más fácil juzgar la conducta de un hombre, a la luz del Derecho; así podremos saber si su obrar se ha apegado a lo prescrito por las normas jurídicas que le son aplicables, o por el contrario, las ha violado y como consecuencia de ello se le aplicarán las sanciones previstas, como la reparación del daño causado, privación de la libertad, etc.

OPINION DE SALVAT

Expresa textualmente este autor: ²⁰ "El Código Civil al consagrar el principio general que hemos visto, habla de *culpa* o *negligencia* (artículo 1109 C.C. Argentino. Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio'). Esta última palabra nos parece que constituye un pleonasma y que la causa o fuente generadora de la responsabilidad se encuentra siempre en el hecho de la culpa.

Esta palabra, por otra parte, debe ser tomada en el concepto que surge de la definición que el Código Civil nos ha dado de ella: la culpa consiste en la omisión de aquellas diligencias, que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (artículo 512). En consecuencia, para resolver si en un caso dado se ha incurrido o no en culpa, será necesario examinar si se han omitido o no las diligencias, es decir, los cuidados requeridos por la naturaleza del hecho realizado, consideradas estas diligencias con relación a los tres órdenes de

²⁰ RAYMUNDO M. SALVAT, ob. cit., p. 127.

elementos que la ley enuncia: 1o. las personas que han intervenido en ese hecho; 2o. el tiempo en que se ha verificado; 3o. el lugar del mismo. Si estas diligencias o cuidados han sido omitidos, la culpa del autor del hecho existirá. Será siempre, como resultado de lo expuesto y ya lo hemos observado, una cuestión de hecho: omisiones o descuidos que en un caso dado implicarán la culpa del autor, podrán en otro caso no tener la misma gravedad o importancia.

En el campo de la doctrina, la necesidad de la culpa, como base de la responsabilidad, ha sido siempre admitida, con la salvedad de las orientaciones modernas sobre la concepción de la culpa objetiva o del riesgo, pero en cuanto a la noción teórica de la culpa, ha habido discusiones y controversias cuya exposición saldría de los límites de nuestro tratado y que, en presencia de los textos expresos de nuestro código civil, carecerían de un interés inmediato."

Más adelante, después de indicar que existen dos grandes sistemas, en relación con la unidad o pluralidad de la culpa, manifiesta este autor: "En nuestro derecho nos parece que desde el punto de vista teórico, la idea de unidad de culpa tiene que ser aceptada, porque el código ha dado una noción general de ella: la culpa consiste siempre 'en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar'. El Código no hace distinción alguna entre culpa contractual y culpa cuasidelictual: la noción es siempre la misma y es por eso que, al tratar de los cuasidelitos, se ha concretado a exigir la culpa como uno de sus elementos, pero sin darnos una noción especial de ella. Pero desde el punto de vista práctico, existen entre esas dos clases de culpas las siguientes diferencias:

a) *Función de la Culpa.*—La culpa contractual funciona únicamente para determinar si hay o no responsabilidad por esa inexecución de una obligación preexistente, es decir, de la obligación nacida del contrato que media entre las partes. La culpa cuasidelictual funciona como elemento de la existencia del hecho ilícito y, por consiguiente, como causa originaria de la obligación de indemnizar el daño derivado del mismo;

b) *Constitución en Mora.*—Para que la culpa contractual de lugar a la responsabilidad emergente del incumplimiento de la obligación, es necesario, en principio, que el deudor haya sido constituido en mora. En materia de cuasidelitos, la obligación de indemnizar el daño causado por culpa del au-

tor, existe de plano derecho, sin necesidad de interpelación alguna, puesto que, cuando el cuasidelito se produce, el daño queda ya consumado;

c) *Cargo de la Prueba.*—En cuanto a la culpa contractual, el acreedor no necesita probar su existencia: le basta invocar la obligación derivada del contrato y acreditar la existencia de éste; si el deudor pretende que él no es responsable por alguna causa legal, es decir, por haber mediado un caso fortuito o de fuerza mayor, la prueba de éste es a su cargo. En materia de cuasidelitos, el demandante de la indemnización debe probar la existencia de la culpa del autor del hecho, porque ella constituye un elemento de aquél: si la prueba no se produce, la demanda no puede prosperar;

d) *Extensión de la Responsabilidad.*—En la culpa contractual, el deudor responde únicamente de los daños que sean una consecuencia directa e inmediata del incumplimiento de la obligación. En la culpa cuasidelictual, sabemos que la responsabilidad es más extensa y que ella está dominada por el principio de la reparación integral."

Crítica a esta opinión.—Este autor, con base en los artículos 512 y 1109 del Código Civil Argentino, da por probada la necesidad de la culpa, tanto en materia contractual, como en la delictual y cuasidelictual, aceptando la definición legal de la misma, sin preocuparse por fundamentar su posición.

Artículo 512 "La culpa consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar."

Artículo 1109 "Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio."

Lamentablemente, Salvat incurre en un error muy parecido al de los Mazeaud y Tunc, en efecto, leyendo con un poco de cuidado el artículo 512 del Código Civil Argentino, nos damos cuenta que, el legislador argentino estableció el deber jurídico de "cumplir las obligaciones sin omitir aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de las mismas, atendiendo a las circunstancias de las personas, de tiempo y de lugar." En otras palabras, quien no realiza tales diligencias al pretender cumplir una obligación, no está cumpliendo legalmente con esa obligación.

Lo que realmente sucede, es que el artículo mencionado contiene una norma secundaria, es decir, una norma que indica la conducta antijurídica

y la sanción correspondiente; como lo son la mayoría de las normas penales, como ejemplo se puede mencionar la contenida en el artículo 285 del Código Penal nuestro que establece: "Se impondrán de un mes a dos años de prisión y multa de diez a cien pesos al que, sin motivo justificado, sin orden de la autoridad competente y fuera de los casos en que la ley lo permita, se introduzca furtivamente o con engaño o violencia, o sin permiso de la persona autorizada para darlo, a un departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada". Es claro que la conducta ordenada por el derecho en este supuesto, es precisamente no introducirse, bajo las características mencionadas, a un departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada; y si se viola este deber, deberá aplicarse la sanción correspondiente. Así, la conducta ordenada por el Derecho Civil Argentino, es "no causar daño a nadie, omitiendo aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, correspondientes a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar".

Concluyendo, lo que Salvat considera como culpa, no es otra cosa que la antijuridicidad o violación de un deber jurídico.

Definiciones de Culpa de otros Autores.³⁰

DEMOGUE: "Un atentado contra el derecho y el hecho de haber advertido o podido advertir que se atentaba contra el derecho ajeno".

JOSSERAND: "Cometer una culpa delictual es lesionar un derecho sin poder aducir un derecho superior o, al menos, equivalente".

SALVATIER: "La culpa es el incumplimiento de un deber que el agente podía conocer y observar".

PLANIOL: "La culpa es una falta contra una obligación preexistente".

EMMANUEL LEVY: "Culpa es la legítima confianza engañada".

De las definiciones que se transcriben, se desprende una gran imprecisión en relación con la noción de culpa, a pesar de que normalmente se le considera la nota más importante del hecho ilícito, y el fundamento mismo de la responsabilidad civil.

Pero si analizamos con detenimiento estas definiciones, podemos en-

³⁰ HENRY y LEÓN MAZEAUD y ANDRÉ TUNC, *ob. cit.*, Tomo primero volumen 11, p. 46.

contrar una nota característica y permanente en la mayoría: la idea, más o menos clara, de violación de un deber jurídico.

TEORIA DEL RIESGO

Esta teoría merece ser analizada con cuidado, pues representa uno de los intentos más serios, tendientes a destruir la noción de culpa.

Históricamente, es una reacción en favor de las víctimas de accidentes de trabajo. Debido al enorme desarrollo del maquinismo, los accidentes sufridos por los trabajadores en el desempeño de sus labores, se multiplicaban incesantemente; y las víctimas, para obtener una indemnización del daño causado —indemnización que en la mayoría de los casos significaba el único medio de subsistencia— se veían en la necesidad difícil, casi imposible de demostrar la culpa del patrón.

Fue por ello que primero en el campo de la doctrina, y posteriormente en la legislación, se viró hacia una responsabilidad civil sin culpa; cualquier daño que se causara obligaría a su autor a repararlo, independientemente de que se hubiese actuado o no, en una forma negligente o imprudente; no existe, para esta posición, ninguna diferencia entre hechos culposos y hechos no culposos.

Pero los partidarios de esta nueva teoría, pronto se encontraron ante un grave problema: cualquier daño obliga a su autor a repararlo, o existen cierto tipo de daños en los cuales no se está obligado a la reparación, y en este supuesto, ¿cuál sería el criterio para distinguirlos?

En el primer caso, estamos en presencia de la llamada teoría del riesgo integral, tesis puramente negativa; prescinde de la noción de culpa en el ámbito de la responsabilidad civil, sin pretender reemplazarla por algún otro requisito. Pero algunos autores no se detienen ahí, después de destruir la noción de culpa, comprenden que no cualquier daño puede comprometer la responsabilidad de su autor, y así, se ven en la necesidad de encontrar un criterio de distinción. Por razones prácticas, expondremos primero la teoría del riesgo integral, y después, las tesis de aquellos partidarios que sustituyen la culpa por cualquier otro requisito.

Tres son los argumentos fundamentales con los que se trata de demostrar que la culpa es innecesaria para obligar al autor de un daño a indemnizarlo: el primero es de carácter histórico, suponen que el derecho sigue

una evolución fatal, que tendrá que culminar forzosamente en la separación absoluta de la responsabilidad penal de la civil, entre la pena y la reparación. Exigir la culpa en la responsabilidad civil, es recurrir un poco a la idea de castigo, ya que únicamente estaría obligado a la reparación aquel que hubiese obrado mal; no exigir la culpa, es ajustarse a la evolución fatal del Derecho.

Otro argumento consiste, en afirmar que el interés de la sociedad está muy por encima del interés individual, y que, cuando se presenta un conflicto entre estos dos intereses, debe prevalecer, en todo caso, el interés colectivo y sacrificar el interés personal; aplicando estas ideas al problema de la responsabilidad civil, el autor de un daño cualquiera, debe repararlo, porque la sociedad tiene interés en que así sea, no importa que se lesione el interés individual del agente.

Por último, el fundamento más importante de esta tesis, es el que está basado en la equidad: cuando se ha producido un daño, ¿quién debe soportarlo, la víctima o el autor del mismo? No hay duda, quien debe soportarlo es el autor del daño y no la víctima, porque es justo que cada quien padezca las consecuencias de su conducta, y si no hay nada reprochable en la conducta del autor, mucho menos lo habrá en la de la víctima, que ni siquiera tenía a su alcance el evitarlo. En conclusión, independientemente de la culpa o reprochabilidad, cuando se ha causado un daño, siempre debe ser reparado por su autor.

Como ya dijimos anteriormente, no todos los partidarios de esta teoría se limitan a suprimir la culpa, sino que algunos, comprendiendo que no cualquier daño puede comprometer la responsabilidad de su autor, la han sustituido por otros criterios, siendo los más interesantes, el del acto "anormal" y el del "provecho".

Dentro del primer criterio, Durkheim, define el acto normal como ³¹ "como aquel que, para un tipo social dado y considerado en una fase determinada de su desarrollo, se produce en el promedio de las sociedades de esa clase y en la fase correspondiente a su evolución". El autor es responsable de las consecuencias de sus actos, sólo si no ha obrado según las condiciones normales de su época y de su ambiente.

La crítica salta a la vista, ya que bajo el nombre de "acto anormal" se está encubriendo una idea de culpa; no obrar conforme a las condiciones

³¹ HENRY y LEÓN MAZEAUD y ANDRÉ TUNC, *ob. cit.*, Tomo primero volumen 11, p. 8.

normales de su época y de su ambiente, es realizar un acto anormal, equivale a decir, no obrar conforme a las condiciones normales de su época y de su ambiente, es cometer un error de conducta; en consecuencia este criterio para distinguir cuales son los daños que comprometen la responsabilidad del autor, vuelve a establecer la necesidad de la culpa, con otras palabras.

El otro criterio, toma como base para distinguir los hechos dañosos que tienen como consecuencia la responsabilidad de su autor, de aquellos otros, en los cuales la víctima debe soportar el daño; el provecho que pueda derivarse del hecho que ocasionó el daño, en beneficio del autor del mismo; si el hecho dañoso significa para su autor una fuente de riqueza, debe responder en ese caso, de todos los daños causados, independientemente de que exista o no culpa; si no hay tal fuente de riqueza, no habrá tampoco, responsabilidad para el agente. *Ubi emolumentum, ibi onus* (donde el beneficio, allí la carga).

Josserand,³² principal defensor de esta tesis, afirma, "El que crea, el que vigila y el que dirige un organismo cuyo funcionamiento es susceptible de perjudicar a otro, se erige por eso mismo en editor responsable de los daños que ese organismo cause en su camino, hecha abstracción de toda idea de culpa, de toda cuestión de imputabilidad".

A pesar de lo atractivo de esta tesis, es falsa; en efecto, un mismo hecho considerado objetivamente, podría comprometer la responsabilidad de su autor, o podría igualmente dejar a cargo de la víctima el daño producido. Y lo que es más grave aún, una persona que hubiese cumplido, al pie de la letra, todos sus deberes jurídicos, incluyendo los de prudencia y diligencia, estaría en la posibilidad de encontrarse obligado a reparar un daño que se ha producido por imprudencia o negligencia de la víctima, sólo porque el hecho productor del daño, representa una fuente de provecho para el agente.

Además de la crítica anterior, puede agregarse que la tesis del riesgo-provecho, sólo es aplicable a ciertas esferas de la responsabilidad civil, y a un número limitado de responsables; no podría resolver el problema de un hecho dañoso que no significara una fuente de provecho para nadie.

³² HENRY y LEÓN MAZEAUD y ANDRÉ TUNC, *ob. cit.*, Tomo primero volumen 11, p. 10.

NUESTRA POSICION EN RELACION CON LA CULPA

Planteamiento del Problema. La primera cuestión que debe resolverse es ésta: ¿todo daño causado compromete la responsabilidad de su autor?, o ¿solamente ciertas categorías de hechos dañosos, obligan a su agente a indemnizar a la víctima? La respuesta es de sentido común: no cualquier daño compromete la responsabilidad civil de su autor. Pero, ¿cómo saber cuáles?; alrededor de esta segunda cuestión, se han construido todas las teorías de la culpa, es decir, la culpa en sus diferentes concepciones, ha servido de criterio para distinguir, dentro de los hechos dañosos, aquellos que comprometen la responsabilidad de su autor.

Ninguna de las tesis sobre la culpa que existen en la actualidad, resuelve el problema satisfactoriamente, ni siquiera la sostenía por los Mazeaud y Tunc, que consideramos la más elaborada y mejor fundada, a cuya exposición y crítica nos remitimos.

Criterio de Distinción. Como anteriormente lo afirmamos, al exponer nuestra tesis sobre la unidad de la responsabilidad civil, el deber de reparar daños y perjuicios, constituye siempre una sanción; sanción que obviamente supone la existencia de un deber jurídico violado. No puede darse una sanción, deber jurídico secundario, si no se ha incumplido un deber jurídico primario.

Lo anterior nos resuelve plenamente el problema de saber cuáles hechos dañosos comprometen la responsabilidad de su autor: todos aquéllos que impliquen el incumplimiento de un deber jurídico primario. Si ante la presencia de un daño cualquiera, nos preguntamos si el autor del mismo tiene el deber de repararlo, la respuesta dependerá de lo siguiente: si la conducta del agente, que fue causa del daño, es antijurídica; es decir, si el autor violó algún deber jurídico, deberá repararlo; si el agente se ajustó a lo ordenado por el derecho, no violando ninguna norma, no tendrá el deber de reparar el daño causado; en conclusión, la antijuridicidad de la conducta del autor del daño, nos servirá para determinar si existe o no el deber de resarcirlo, sin necesidad de recurrir para nada a la noción de culpa.

Por lo tanto, consideramos que la culpa no es elemento del hecho ilícito; la problemática que los autores pretendían resolver con la idea de culpa, y que, como ya dijimos, consiste en saber cuándo se responde de un daño producido, se resuelve en forma completa y satisfactoria, analizándola bajo la noción de la antijuridicidad.

Conviene mencionar además, que nuestra tesis, sería aplicable igualmente, dentro de la teoría clásica que divide la responsabilidad civil en contractual y extracontractual, funcionando por igual, dentro de una u otra de las supuestas ramas de la responsabilidad.

Aplicación de esta tesis a los problemas especiales de la responsabilidad civil. Es útil, para cerciorarnos del funcionamiento exacto de nuestra teoría, analizar los siguientes casos especiales de la responsabilidad civil, a la luz de los principios que proponemos:

1. Responsabilidad por el hecho ajeno.
2. Responsabilidad objetiva.
3. Abuso de un derecho.
4. Estado de necesidad, con bienes de igual valor.

1. *Responsabilidad por el hecho ajeno.* Como lo afirmamos al tratar de la conducta, no existe en ningún caso, responsabilidad por hecho de otro, o responsabilidad por hecho de las cosas; lo que realmente sucede, es que el derecho establece la obligación para ciertas personas, de vigilar a otras que se encuentren bajo su control: los padres tienen el deber de vigilar la conducta de sus hijos que estén bajo su poder y que habiten con ellos; igual los tutores en relación con los incapacitados que se encuentren bajo su cuidado; los maestros artesanos son responsables de los daños causados por sus operarios, etc.

Ahora bien, si el derecho establece ese deber de vigilancia, es obvio, que la norma que lo contiene, prevee una sanción para el caso de incumplimiento; y esa sanción es precisamente el deber de reparar los daños y perjuicios que haya ocasionado el vigilado, misma que se aplicará independientemente de que exista o no culpa en la conducta de la persona que tenía el deber de cuidado.

2. *Responsabilidad objetiva.* La llamada responsabilidad objetiva o por riesgo creado, es uno de los temas menos explorados del derecho civil; consiste en el deber que tiene una persona que hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por causas análogas, de reparar el daño que cause, aunque no obre ilícitamente (artículo 1913 del Código Civil).

Aparentemente, esta "responsabilidad objetiva" significa una falla a nuestra teoría de la antijuridicidad, por cuanto que, la ley expresamente establece el deber de reparar el daño, *aunque no se haya obrado ilícitamente*. Pero no es así, técnicamente el artículo 1913 de nuestro Código Civil, está creando una obligación de resultado, a cargo de las personas que hacen uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias indicadas, de no causar ningún daño con tales objetos. Obligación que, naturalmente, se incumplirá en el momento de producirse un daño cualquiera, con el uso de los objetos indicados. Por tanto, nuestra tesis, es aplicable también a esta llamada responsabilidad objetiva, y más aún, la explica de una manera técnica; siendo irrelevante el error de redacción, contenido en el artículo 1913 a que nos referimos.

3. *Abuso de un Derecho*. Planiol sostuvo que,³³ desde el punto de vista lógico, no podía existir el abuso de un derecho, ya que este termina donde el abuso comienza; y, no puede haber uso abusivo de un derecho cualquiera, por la razón irrefutable de que un sólo y mismo acto no puede ser, a la vez, conforme al Derecho y contrario al Derecho. Lo que había en todo caso, según la opinión de este autor, no era otra cosa que un acto cumplido sin Derecho.

Josserand, trató de superar la objeción de Planiol, diciendo: "un acto puede ser contrario al derecho en general (al derecho objetivo, a la regla de derecho), o sea, comprometer la responsabilidad, y ser conforme a un derecho subjetivo (derecho de propiedad, derecho de comparecer en juicio). Si no cabe que exista abuso del derecho (objetivo), puede haber abuso de un derecho (subjetivo), o abuso de los derechos. El propietario que ejerce un acto de dueño dentro de los límites de su fundo, obra conforme al derecho de propiedad; sin embargo, es posible que obre contrariamente al derecho objetivo, a la regla de derecho, por ejemplo, cuando su acto tiene el sólo objeto de perjudicar a su vecino.

Los Mazeaud adoptan la posición de Josserand, en cuanto a la posibilidad de ejercitar abusivamente un derecho; agregando que para resolver la cuestión del abuso del derecho, debe recurrirse a las reglas de la culpa, es decir, habrá abuso de un derecho, cuando en su ejercicio, el titular comete un error de conducta, ya sea que haya la intención de causar un daño, o que sólo se ejercite con imprudencia o negligencia.

³³ HENRY, LEÓN Y JEAN MAZEAUD, *ob. cit.*, p. 139.

Nosotros pensamos que Planiol tiene razón, en efecto, una conducta no puede ser lícita e ilícita a la vez; todos los derechos del hombre tienen limitaciones, y una de ellas, es precisamente la de no ejercitarlos de tal manera que su ejercicio no represente ninguna utilidad para su titular, y en cambio, se ocasionan daños a un tercero. Quien ejercita un derecho sin respetar esta limitación, no está obrando conforme al derecho, consecuentemente su conducta es antijurídica, y por ende, responderá de los daños y perjuicios que se causen con tal motivo, sin necesidad de recurrir a la noción de culpa, como pretenden los Mazeaud.

4. *Estado de Necesidad con Bienes de Igual Valor.* Dentro de la materia penal, el estado de necesidad puede dar lugar a una causa de licitud, aspecto negativo de la antijuridicidad, cuando el bien salvado es de mayor entidad que el bien sacrificado; o bien, a una inculpabilidad, aspecto negativo de la culpabilidad, cuando el bien salvado es de igual entidad que el bien sacrificado.

Consideramos que estas ideas son perfectamente aplicables al hecho ilícito civil, en consecuencia, cuando estamos en presencia de un estado de necesidad, en materia civil, con bienes de igual entidad o jerarquía, la responsabilidad del agente está comprometida, en virtud de que se trataría de una inculpabilidad, y como ya lo dejamos debidamente asentado, la culpa no es elemento del hecho ilícito. Solución contraria debe darse cuando los bienes en pugna fuesen de jerarquías desiguales, y que se salvase el de mayor entidad; en este caso, no habría responsabilidad por parte del autor, ya que sería una causa de licitud, aspecto negativo de la antijuridicidad, que sí es elemento del hecho ilícito.

Con las ideas anteriores, se evita la dificultad que encontraron los Mazeaud y Tunc, al tratar lo relativo a los hechos justificativos, donde reconocen que en el estado de necesidad, cuando los bienes son de igual entidad, la responsabilidad del agente está comprometida; pero no dan una explicación satisfactoria, como se puede apreciar con los párrafos que a continuación transcribimos: "Si el valor del bien salvado es inferior al bien sacrificado, es evidente que existe culpa: por ejemplo, un individuo normal no mata voluntariamente a alguien para salvar su fortuna. Si el bien salvado y el bien sacrificado son del mismo orden, la cuestión es más delicada; sin embargo, debe decidirse, también aquí, que hay culpa: un individuo consciente de sus deberes no sacrifica la vida de su prójimo para salvar la suya, como tampoco lesiona los intereses de sus semejantes para que los suyos

queden indemnes. Pero, si el bien sacrificado es de valor muy inferior al del bien salvado, cabe ver en el estado de necesidad una causa de irresponsabilidad", en otra parte afirman: "Si no hay ya conflicto de deberes, existe al menos conflicto entre intereses legítimos. En efecto, tan legítimo es defenderse como cumplir un deber. E incluso resultaría fácil demostrar que en ello existe un deber, al mismo tiempo que un derecho. Sin embargo, las soluciones no deben ser las mismas que en el caso de conflicto de deberes. De una parte, el respeto que se debe a los demás hace que no deban sacrificarse los intereses de ellos para defender los propios, a menos que estas últimas sean claramente superiores".³⁴

³⁴ HENRY Y LEÓN MAZEAUD Y ANDRÉ TUNC, *ob. cit.*, Tomo primero volumen 11, pp. 134 y siguientes.

I M P U T A B I L I D A D

En materia penal, la corriente más generalizada considera a la imputabilidad como la capacidad de querer y entender, o capacidad de culpabilidad, (conjunto de requisitos físicos y psíquicos que determinan la aptitud intelectual y volitiva). Normalmente la imputabilidad se analiza a través de dos datos: el desarrollo y la salud mental; de ahí que se consideren imputables a aquellas personas que han cumplido una determinada edad, y no padecen ningún trastorno mental, transitorio o permanente.

Ya en nuestra materia, Salvat afirma al dar la noción de imputabilidad: "Es necesario que al autor del hecho se le pueda imputar o bien dolo, o bien culpa o negligencia: en el primer caso habrá un delito; en el segundo un cuasidelito. En los principios de nuestro Código Civil, la existencia del acto ilícito no se concibe sin el concurso de uno de estos dos elementos: sin dolo no hay delito; sin culpa, ya se trate de culpa directa o indirecta, real o presumida, según los veremos en el curso de nuestro estudio, tampoco hay cuasidelito; responsabilizar a una persona sin que a ella le sea imputable dolo o culpa, sería lo mismo que condenar, en materia penal, a un inocente. Es esta la doctrina tradicional, la cual salvo modificaciones y diferencias de detalle, nos viene desde el derecho romano: es la teoría subjetiva, así llamada porque el fundamento de la responsabilidad se encuentra en un elemento de carácter esencialmente personal. Pero como veremos más adelante, una nueva idea se viene sosteniendo en los últimos tiempos: la idea de la responsabilidad sin dolo o culpa, basada en el principio del riesgo creado o teoría objetiva.

En principio, los actos ilícitos son siempre imputables, porque ellos se consideran actos voluntarios y en ese carácter dan lugar a la responsabilidad por los perjuicios derivados de su ejecución. Excepcionalmente, hay casos en los cuales los actos ilícitos no son imputables, ni dan lugar a la responsabilidad por los perjuicios derivados de ellos. El Código Civil establece en

este sentido que el demente y el menor de diez años no son responsables de los perjuicios que causaren".³⁵

Pensamos que la imputabilidad no es elemento ni requisito del hecho ilícito, en atención a que ésta es un presupuesto de la culpabilidad; no puede haber culpabilidad sin imputabilidad. Pero si la culpabilidad no es elemento del ilícito civil, menos aún podría serlo un presupuesto de la misma.

En relación con las ideas de Salvat, y con el requisito de validez de los contratos, consistente en la mayoría de edad de los celebrantes, que pudieran significar en cierto modo la necesidad de la imputabilidad, se puede hacer la siguiente crítica: si el hecho ilícito consiste esencialmente en una conducta antijurídica; es claro que para que pueda darse tal conducta antijurídica, debe existir previamente un deber jurídico válido. Viendo la cuestión desde este punto de vista, es obvio que los menores de diez años, en el Derecho Civil Argentino, no están regidos por las normas relativas a la responsabilidad civil, es decir, no son sujetos o destinatarios de tales normas, en consecuencia, la conducta dañosa que pudieran realizar sería irrelevante para el Derecho. Igual sucede, en el caso de los menores de edad que celebran un contrato; no están creando una norma de derecho jurídicamente válida, y la conducta contraria a la misma, no puede ser antijurídica.

Concluyendo, la imputabilidad no es elemento del hecho ilícito, y las cuestiones que se pudieran presentar, aparentemente relacionadas con la imputabilidad, se resuelven a la luz de la antijuridicidad.

En apoyo de lo afirmado, tenemos el artículo 1911 de nuestro Código Civil que textualmente dice: "El incapaz que cause un daño debe repararlo, salvo que la responsabilidad recaiga en las personas de él encargadas, conforme a lo dispuesto en los artículos 1919, 1920, 1921 y 1922". Que indirectamente, confirma también nuestra tesis de la no exigencia de la culpa en la responsabilidad civil.

D A Ñ O

De acuerdo con lo expresado en la parte histórica de esta tesis, la evolución del Derecho, al separarse cada vez más definitivamente la responsabilidad civil de la responsabilidad penal, ha sido motivada, entre otras causas, por la diferente naturaleza de las sanciones respectivas: en materia penal,

³⁵ RAYMUNDO M. SALVAT, *ob. cit.*, pp. 46 y siguientes.

la sanción tiene el carácter de una pena o de una medida de seguridad, de ahí que, en esta materia, el agente sea responsable, aún sin haberse realizado algún daño, basta la intención de cometer un delito, aunada a un principio de ejecución para que la responsabilidad penal se encuentre comprometida. En cambio, la sanción dentro de la responsabilidad civil no tiene el carácter de una pena, no es una represión en contra del autor del daño, está basada, más bien, en la necesidad de distribuir equitativamente la carga de los daños que se generen dentro de la sociedad.

Por ello se comprende fácilmente que en materia civil, el monto de la indemnización se determina por la suma de los daños y perjuicios causados; y en materia penal, la calidad y cantidad de la sanción se determina en función de la gravedad del delito, o bien, de la peligrosidad del delincuente, según la teoría que inspire cada legislación.

En consecuencia, el daño es un elemento del hecho ilícito; si no hay daño no hay responsabilidad civil. En este punto, están de acuerdo la totalidad de los autores.

Concepto de daño.—Daño es toda lesión a la integridad patrimonial o personal de alguien. En el aspecto patrimonial abarca tanto la reducción del patrimonio existente (daño según la terminología de nuestro código civil); como la privación de las utilidades lícitas que se hubieran recibido, de no haberse presentado el ilícito civil (perjuicios de acuerdo con nuestro código).

Artículo 2108 "Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación".

Artículo 2109 "Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación".

Certeza del Daño.—Para que el daño de lugar a la reparación debe ser cierto, es decir, tener la seguridad de su existencia presente o futura; en efecto, no es necesario que se haya producido ya, desde el momento en que se tiene la certeza que el daño se producirá, la víctima tiene el derecho de exigir la indemnización del mismo.

Sin embargo, mientras haya alguna duda acerca de la realización futura del daño, éste no debe repararse: el daño eventual, hipotético no debe ser reparado.

En algunas ocasiones resulta difícil precisar si se trata de un daño cierto

futuro, o de una mera posibilidad, sobre todo en aquellos casos en los cuales se reclama la pérdida de una probabilidad, por ejemplo, cuando el abogado procurador no interpuso en tiempo un recurso, que podría haber motivado la revocación de la sentencia en favor de su cliente; en este supuesto, es obvio que el cliente sufrió un daño, por la pérdida de una probabilidad. De ahí que sea útil distinguir entre la pérdida de una probabilidad, que sí es reparable, y un daño eventual o hipotético, que no es reparable.

Daño Moral.—Se ha discutido mucho, y aún se sigue haciendo en la actualidad, si el daño moral debe ser materia de la responsabilidad civil o no, es decir, si el autor del mismo debe repararlo, o no es posible tal reparación.

Por daño moral se entiende el dolor cierto, sufrido en el ánimo, afecciones o sentimientos de una persona.

Podemos distinguir dos categorías de daños morales: por una parte, aquellas que atentan contra lo que suele llamarse "la parte social del hombre" dañándolo en su honor, en la reputación de que goza dentro de la sociedad; por la otra, los que se refieren a "la parte afectiva del hombre", que lesionan a un individuo en sus afectos, en sus sentimientos, por ejemplo, el dolor que experimenta una persona por la muerte de un ser querido. Los primeros están casi siempre unidos a un daño patrimonial: el desprestigio social de una persona, normalmente tiene como consecuencia la reducción de las posibilidades de celebrar operaciones o mejorar de puesto, que le significarían provechos económicos; en cambio, los segundos casi siempre se presentan sin el menoscabo patrimonial, por ello, son más numerosos los que niegan su posibilidad de indemnización.

Antes de analizar los argumentos de cada una de las tendencias, haremos una breve reseña histórica.

En el antiguo Derecho, en la época de la venganza privada, los atentados contra el honor se reprimían con mayor severidad que los daños materiales. Dentro de sus últimas etapas, el Derecho Romano concedía acción de reparación a los que sufrían en sus afecciones: por el amor que profesaban a su familia, a la cosa pública; o aquellos que eran heridos en sus sentimientos religiosos, en su honor. En fin, en Roma se practicó la reparación del daño moral, sin distinguir la esfera delictual de la contractual.

El antiguo Derecho francés dio un paso atrás, y solamente concedió la

reparación del daño moral, dentro de la esfera delictual, por ejemplo, para reparar el atentado al honor sufrido por un marido, condenaba al cómplice de la mujer adúltera, al pago de una suma de dinero que tenía por objeto indemnizarlo; también sancionaba los ultrajes a los muertos por la violación de sus sepulcros. Pero no se concedía indemnización del daño moral en materia contractual.

En la actualidad, casi todos los países con más o menos rigor, establecen el deber de reparar el daño moral.

Argumentos de los partidarios de la no reparación del daño moral.—

Son dos sus principales argumentos, uno de orden teórico, y otro de orden práctico.

En relación con el argumento teórico, sostienen que la finalidad de la responsabilidad es una: reparar el daño producido. En consecuencia un daño moral nunca podrá ser reparado; el dinero que reciba la víctima no borrará su daño. Se trata de un ámbito donde el dinero carece de importancia: el dolor que sufre un padre por la muerte de su hijo, no se borra con ninguna suma de dinero que pueda recibir.

Dentro del orden práctico, manifiestan que aun cuando se reconociera la posibilidad de reparar un daño moral con el dinero, el juez se encontraría ante la imposibilidad de valorarlo, en virtud de que al dolor y sufrimiento no se les puede atribuir un valor pecuniario.

Tales argumentos no son ciertos, sin dejar de ser muy sugestivos. El fin de la responsabilidad civil, no es hacer desaparecer el daño causado, esto es imposible, como ya lo afirmamos anteriormente; sólo, se pretende, en la medida de lo posible, reparar dicho daño. Incluso el daño material nunca podrá hacerse desaparecer de una manera absoluta con la indemnización; solamente se persigue resarcir a la víctima, buscando una nueva situación, parecida a la que tendría si no hubiese ocurrido el hecho ilícito.

Además, si quien ha sufrido un daño moral recibe una cierta cantidad de dinero, podrá procurarse distracciones y antojos, de tal manera que hagan más llevadero su dolor.

Por lo que respecta al segundo argumento, que lo hacen consistir en la imposibilidad que tendría el juez para atribuir un valor monetario al dolor de la víctima, es también inexacto: efectivamente, la dificultad de valorar tal daño, es generalmente más grande que la que representa para

el juez estimar el valor de un daño material, pero no es imposible. Podríamos pensar en la necesidad de un juzgador, de valorar un daño material, consistente en la destrucción de una obra de arte muy valiosa; en esta hipótesis, la dificultad de apreciar tal pérdida, sería igualmente grande a la que se presenta en el daño moral, sin embargo, a nadie se le ocurriría sostener que el dueño de la obra de arte, no debía ser indemnizado por ese motivo.

Por las razones expuestas, nos unimos a los partidarios de la reparación integral del daño moral, deseando que dentro de poco tiempo, nuestra legislación sea reformada en tal sentido, y abandone su actual sistema de condicionar la reparación del daño moral, a la existencia de un daño material y limitándola a un determinado porcentaje del daño material (artículos 1916 y 2116 del Código Civil).

RELACION ENTRE LA CONDUCTA Y EL DAÑO

Opinión de los Mazeaud.—Por considerarla de mucha importancia, exponemos en primer lugar, la tesis de los Mazeaud, en relación con este tema, afirman dichos autores: ³⁰ "A los requisitos que han sido ya estudiados, un perjuicio y una culpa, se agrega necesariamente un tercer requisito para que exista responsabilidad civil: la culpa del demandado debe ser la causa del daño. Por descontado si la culpa del demandado no ha causado el daño por el que pide reparación la víctima, no cabría exigir la responsabilidad civil del demandado.

La culpa supone el incumplimiento de una obligación, legal o contractual, determinada o de prudencia y diligencia. De tal suerte que, en realidad, son necesarios dos vínculos de causalidad: 1º un vínculo de causalidad entre la actividad del demandado y el incumplimiento de la obligación: ese incumplimiento debe ser un hecho del demandado; 2º un vínculo de causalidad entre el incumplimiento de la obligación y el daño; el perjuicio por el que pide reparación la víctima debe ser la consecuencia del incumplimiento de la obligación que pesaba sobre el demandado.

El vínculo de causalidad entre la actividad del demandado y el incumplimiento de la obligación se presume. Incumbe, pues, al demandado demostrar que no se debe a un hecho suyo el incumplimiento de la obligación a que estaba constreñido, sino que es el resultado de una causa ajena".

³⁰ HENRY, LEÓN Y JEAN MAZEAUD, *ob. cit.*, p. 310.

Las causas ajenas, que el demandado debe probar, para destruir la presunción de existencia del vínculo de causalidad, entre la actividad del demandado y el incumplimiento de la obligación, son tres según estos autores:

1. La fuerza mayor o caso fortuito, consistente en un acontecimiento anónimo, imprevisible e irresistible, que hace desaparecer la responsabilidad del agente.
2. El hecho de un tercero con las mismas características de la fuerza mayor (imprevisibilidad e irresistibilidad), e idénticas consecuencias.
3. La culpa de la víctima, con iguales consecuencias.

El vínculo de causalidad entre el incumplimiento de la obligación y el daño debe ser probado por la víctima.

Crítica.—La terminología usada por los Mazeaud, nos parece poco afortunada. Si la culpa, según la opinión de estos autores, implica una valoración del comportamiento humano, para determinar si existe un error de conducta cierto; un obrar distinto de la forma en que lo haría un hombre cuidadoso y diligente, es claro que no puede ser la causa del daño; ésta hay que buscarla en la conducta del agente, como más adelante lo precisan.

Por otra parte, no se trata de una "relación causal", si por ello se entiende la relación que se da entre causa y efecto, dentro del campo de las ciencias naturales. Es más bien, una especie de condición, sin la cual, no se habría producido el daño; por lo que creemos conveniente eliminar la palabra "causal" en la denominación de esta relación.

En cuanto al fondo del pensamiento, de estos autores, el primer vínculo que señalan: entre la actividad del demandado y el incumplimiento de la obligación, no es otra cosa que la antijuridicidad o violación del deber, No puede haber relación de causalidad entre una conducta y la contravención a una obligación, que prescribe el comportamiento contrario; el incumplimiento no es efecto de la conducta, sino que la actividad es en sí misma antijurídica.

Es probable, que tales confusiones: la de afirmar que la relación de causalidad debe darse entre la culpa y el daño; y la de considerar al incumplimiento como efecto de la actividad del agente, se deban a que estos autores, no incluyan entre los elementos del hecho ilícito: la conducta y la antijuridicidad, como se desprende del análisis que a continuación haremos de cada una de las "causas ajenas" antes mencionadas:

1. Respecto de la "fuerza mayor", debemos considerar dos hipótesis: una, cuando el agente por virtud de una fuerza física irresistible, es compelido a realizar un daño; y otra cuando, debido a un acontecimiento de la naturaleza, el autor del daño se vio en la imposibilidad de cumplir con un deber jurídico. En la primera hipótesis, claramente nos encontramos ante un aspecto negativo de la conducta, por faltarle uno de sus elementos: la voluntad; la segunda hipótesis, se trata de una ausencia típica de la antijuridicidad: el impedimento legítimo (imposibilidad de cumplir con algún deber jurídico, por existir fuerza mayor o caso fortuito que lo impidan).
2. Dentro del concepto de "hecho de un tercero" los Mazeaud incluyen tres hipótesis: las primeras dos son exactamente iguales a las referentes a la fuerza mayor (respecto de las cuales cabe la misma crítica), con la única diferencia, de que en este caso la fuerza física irresistible proviene de humanos, y no de la naturaleza.

Por lo que hace a la tercera hipótesis, se trata simplemente de un estado de necesidad, aspecto negativo de la antijuridicidad; como se puede apreciar con claridad, leyendo el párrafo de los Mazeaud, que a continuación transcribimos:³⁷ "Caso en que el hecho de un tercero es la única causa del daño: imprevisibilidad e irresistibilidad del hecho del tercero. El demandado sostiene que el hecho del tercero es la única causa del daño. El guardián de un automóvil demuestra que un niño, al cruzar súbitamente la calzada, le ha forzado a subir a la acera, donde ha herido a un peatón. Un transportista prueba que un niño, al pasar repentinamente su coche, le ha obligado a frenar tan bruscamente, que ha resultado herido un pasajero".

3. Al referirse a "la culpa de la víctima", expresan textualmente:³⁸ "Entre todas las causas ajenas, la culpa de la víctima aparece como la más apta para liberar al demandado; si el daño del que se queja la víctima es debido a su propia culpa, ésta no puede lamentarse sino de ella misma. Y es la causa ajena que se encuentra con mayor frecuencia; resulta raro que un acontecimiento anónimo intervenga en la realización de un daño, poco frecuente que desempeñe algún papel en el mismo un tercero; mientras que la víctima es necesariamente actora en el mismo".

³⁷ HENRY, LEÓN Y JEAN MAZEAUD, ob. cit., p. 337.

³⁸ HENRY, LEÓN Y JEAN MAZEAUD, ob. cit., p. 340

Creemos, que en este caso, más que de "culpa" de la víctima, se trata de "causa" de la víctima, es decir, no se le está imputando a la víctima, "un error de conducta", sino, más bien, el haber ocasionado con su actividad el daño por el que se queja. Interpretando de esta manera "la culpa de la víctima" el demandado queda efectivamente liberado de la responsabilidad civil, pero no porque no exista "un vínculo de causalidad entre su actividad y el incumplimiento"; la no responsabilidad, se debe a una ausencia de conducta, en virtud de que no existe relación entre la actividad del demandado y el daño producido.

En igual forma, debemos interpretar las expresiones "a menos que demuestren que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima", contenidas en los artículos 1910 y 1913 de nuestro Código Civil, que establecen excepciones a la responsabilidad del autor de un daño.

Se han elaborado varias teorías que pretenden resolver el problema de la relación, entre las más importantes se encuentran: la de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*, la de la causalidad adecuada y la de la condición más eficaz.

La teoría de la equivalencia de las condiciones, sostiene que todos los acontecimientos que han condicionado el daño, son causas del mismo, y por ende, equivalentes; de tal manera que si llegase a faltar cualquiera de ellas, el daño no se hubiera producido.

Otros autores, pensando que no todas las condiciones que concurren a la realización del daño son su causa; afirman que sólo la condición normalmente adecuada para producirlo, es la causa jurídica del daño, y distinguen entre condición y causa, refiriendo este último concepto, a la condición adecuada para producirlo. Si el resultado se aparta de lo común y corriente, no habrá relación de causalidad entre él y la conducta.

La tesis de la causalidad eficiente o condición más eficaz, considera que de todas las condiciones que contribuyen al resultado, debe tenerse como causa, a aquélla que desempeña un papel preponderante en la realización del mismo.

Nuestra opinión.—Indudablemente, es necesario que exista una relación entre la conducta del agente y el daño producido, pero no se trata —volvemos a insistir— de una relación de causalidad; el daño no tiene que ser

el efecto natural de la conducta del autor, resultaría ocioso, pretender encontrar un "vínculo causal" entre una conducta omisiva y el resultado dañoso.

Pensamos que la conducta debe ser una condición sin la cual no se hubiese ocasionado el daño; de tal manera, que si suprimimos in mente la conducta del presunto responsable, el daño no se habría producido.

Ahora bien, tal relación entre la conducta y el daño, indispensable para que exista la responsabilidad civil, no constituye un elemento autónomo del hecho ilícito, en atención a que, la no existencia de este vínculo implicaría en todos los casos, ausencia de conducta y esto resulta obvio, si consideramos que en tales hipótesis, el daño fue consecuencia de actos ajenos al supuesto agente. Consecuentemente, se trata simplemente de un dato que nos permite comprobar la existencia de un elemento del ilícito civil: la conducta.

En nuestro derecho positivo, la exigencia de esta relación se puede fundar en los artículos 1910 y 2110 del Código Civil: el primero, en cuanto dice: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro..."; es lógico que si el daño causado, no es consecuencia del obrar de una persona determinada, ésta no estará en el deber de repararlo; el segundo, más preciso, pero referido únicamente a la esfera contractual, dado el criterio dualista de nuestra Ley, establece: "Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse".

SANCION

El hecho ilícito implica necesariamente una violación a un deber jurídico; y esta violación origina una sanción, cuyo contenido es siempre: el deber de reparar los daños y perjuicios ocasionados. El principio es muy sencillo, sin embargo, la aplicación práctica presenta algunas dificultades que conviene analizar.

Problemática de la Acumulación de Indemnizaciones.—Cuando la víctima ha sido indemnizada por un tercero, ¿cabría demandar nuevamente la reparación al agente? Los Mazeaud piensan que no, como principio general, al efecto manifiestan: ³⁰ "Cuando la víctima es indemnizada, el perjuicio

³⁰ HENRY, LEÓN Y JEAN MAZEAUD, *ob. cit.*, p. 62.

ha desaparecido. Por ello no cabría demandar de nuevo reparación. El principio es simple pero su aplicación origina numerosas dificultades”.

A continuación analizan tres situaciones:

1. Cuando la víctima recibe una suma de su asegurador.
2. Cuando percibe prestaciones de la seguridad social.
3. Cuando una colectividad pública le pasa una pensión.

1. En el primer caso, de conformidad con la Legislación Francesa, el asegurador se subroga, en los derechos de la víctima para reclamar la indemnización (excepto en los seguros de vida, en los cuales la víctima o sus herederos conservan la acción de daños).

2. Cuando la seguridad social ha indemnizado a la víctima, sucede lo mismo: el Legislador francés subroga a las Cajas de Seguridad en los derechos del asegurado social.

3. La solución en la tercera hipótesis es idéntica, sólo que en este caso es por virtud de la Jurisprudencia francesa, la subrogación de los organismos públicos, que otorguen las pensiones en los derechos de la víctima.

Las anteriores soluciones legislativas y jurisprudenciales, han llevado a los Mazeaud a establecer como principio general, que la víctima que ha sido indemnizada no tiene derecho a reclamar la reparación del daño.

No estamos de acuerdo con ellos, pensamos que el principio general es el contrario: la víctima puede reclamar la indemnización al autor del daño, aunque éste haya sido reparado ya por otra persona, salvo cuando la persona que indemnizó el daño, se subrogó en los derechos de la víctima. En efecto, las cantidades que recibe la víctima del asegurador son a consecuencia del contrato de seguro, y para tener derecho a ellas, entregó como contraprestación las primas respectivas; igualmente, las pensiones que recibe de las Cajas de Seguridad Social o de los demás organismos públicos, no son en virtud del hecho ilícito, sino de la ley, o de algún contrato.

Los Mazeaud enfocaron el problema desde un punto de vista erróneo, el deber de reparar el daño, a cargo del autor de un hecho ilícito, no desaparece por las circunstancias de que la víctima haya sido indemnizada por un tercero. Ahora bien, si otra persona se subrogó en los derechos de la víctima, por virtud de la ley o de algún contrato, no significa que el daño haya desaparecido, y el autor del mismo seguirá teniendo el deber de repararlo, sobre todo si consideramos que este deber constituye la sanción al incumplimiento respectivo.

CONCEPTO DE HECHO ILICITO

El estudio realizado del hecho ilícito, nos permite afirmar que sus elementos son: conducta, antijuridicidad y daño; en cambio, no lo son: la tipicidad, la culpabilidad, la imputabilidad ni la relación entre la conducta y el daño.

Con los elementos mencionados, podemos definir al hecho ilícito como *toda conducta antijurídica que causa un daño a otro.*

Esta noción de hecho ilícito, funciona dentro de las dos supuestas esferas de la responsabilidad civil, la contractual y la delictual; lo que nos lleva a sostener que la responsabilidad civil es única, siendo su fuente el hecho ilícito y su contenido la indemnización.

CONCLUSIONES

1. La distinción entre responsabilidad civil y penal, no existió en el Derecho primitivo.

2. El Derecho Romano:

- a) Distinguió los delitos públicos de los delitos privados.
- b) No estableció un principio general de responsabilidad civil.
- c) La Ley Aquilia, inicialmente sancionaba sólo los daños producidos por conductas activas, lo que ocasionó la necesidad de dar al acreedor de una obligación contractual, la acción derivada del contrato, en virtud de que normalmente se incumplen tales obligaciones, asumiendo una conducta pasiva (omitiendo la prestación debida). Este fue el origen de la distinción entre responsabilidad civil delictual y contractual.
- d) No exigió la culpa como requisito de la responsabilidad civil.

3. En la época medieval se establece el principio de la exigencia de la culpa en la responsabilidad civil; distinguiendo la culpa delictual de la culpa contractual. Distinción que subsiste hasta nuestros días.

4. El antiguo Derecho francés recoge y sistematiza las ideas medievales.

5. La teoría clásica, adopta la división de la responsabilidad civil, basada en la noción de culpa, agregando otras distinciones.

6. La responsabilidad civil es única, atendiendo a su fuente y a su contenido.

7. La fuente de la responsabilidad civil, es siempre el hecho ilícito.

8. El contenido de la responsabilidad civil, es invariablemente la sanción consistente en el deber de reparar daños y perjuicios.

9. Los elementos del hecho ilícito son:

- a) Conducta.

b) Antijuridicidad.

c) Daño.

10. La conducta puede ser activa (acción) o pasiva (omisión).

11. Los aspectos negativos de la conducta son:

a) Vis Absoluta.

b) Fuerza Mayor.

12. La antijuridicidad es la violación de un deber jurídico.

13. El deber jurídico válido, es presupuesto del hecho ilícito, y puede contener:

a) Un deber de resultado o determinado.

b) Un deber de medios.

14. Los aspectos negativos de la antijuridicidad son:

a) Legítima Defensa.

b) Estado de Necesidad.

c) Ejercicio de un Derecho.

d) Cumplimiento de un Deber.

e) Impedimento Legítimo.

15. El daño debe ser cierto.

16. El daño moral debe ser reparado.

17. La culpa no es el elemento ni requisito del hecho ilícito.

18. La imputabilidad no es elemento ni requisito del hecho ilícito.

19. La relación entre la conducta y el daño, es un dato que nos permite comprobar la existencia de la conducta.

20. EL HECHO ILICITO ES TODA CONDUCTA ANTIJURIDICA QUE CAUSA UN DAÑO A OTRO.

El día 27 de junio de 1968, se
terminó la impresión de *Teoría
del Hecho Ilícito*, en la EDITORIAL
SYLO, Durango 290, México, D. F.