



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO**



**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLAN**

**“ EL DAÑO MORAL Y SU COMPARACION CON
OTRAS LEGISLACIONES.”**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :
L I C E N C I A D O E N D E R E C H O
P R E S E N T A :
J O S E L U I S C A S T E L L A N O S R O D R I G U E Z

ASESOR . LIC. RAFAEL CHAINE LOPEZ

ACATLAN, EDO. DE MEXICO



2005

1344190

Agradecimientos

A mi amada esposa Sonia, quien a sido sin intención mi faro luminoso que siempre ha iluminado m sendero, de quien he recibido diariamente su amor.

A mis hijos José Luis y Cesar Arturo, quienes me han impulsado con su apoyo y su amor a concluir este trabajo.

Gracias mis amores. Dios los proteja.

A mis padres, Adolfo Castellanos Herrera + y Ma. del Carmen Rodríguez Rodríguez + por sus enseñanzas y sus guías de acuerdo a los patrones de conducta que consideraron convenientes.

“Gracias Papás donde quiera que estén”.

A mis hermanos Guadalupe, Dolores, Jesús, Miguel Ángel, Maria, Salvador, Carmelita y Blanquita, por su apoyo y cariño recibido.

Gracias Hermanos.

A mis asesores de tesis, el licenciado Rafael Chaine López, de quien he recibido toda la disposición y apoyo para la realización de este trabajo.

Gracias licenciado por su amistad y apoyo.

A mi sínodo por su apoyo y disposición.

Gracias Maestros.

Un agradecimiento muy especial para el licenciado Francisco Lozano + que en paz descanse.

Gracias maestro donde te encuentres.

A mis grandes amigos: Andrés de Jesús, Andrés Solares, Leobaldo Gallegos, José de Jesús Aguiñaga y Joaquín Hernández.

Gracias amigos por su amistad y apoyo.

A el gran Arquitecto del Universo, por que gracias a él, ves concluido este trabajo.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: José Luis Castellanos
Robles

FECHA: 19/05/05

FIRMA: P.P.

I N D I C E

Pág.

INTRODUCCIÓN	4.
--------------	----

CAPITULO I

HISTORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1.- Derecho Romano	8.
1.1.- Planteamiento del problema	8.
1.2.- Origen de la responsabilidad civil	8.
1.3.- Aspectos Conceptuales	17.
2.- El "Nexum"	18.
2.1.- Planteamiento del problema	18.
2.2.- Teoría	19.
2.3.- Nexum	30.
3.- Método	30.
3.1.- El planteamiento	31.

3.2.- El método	34.
4.- Origen de Roma y del Nexum	35.
4.1.- Fundación de Roma	35.
4.2.- Origen del Nexum	38.
5.- Concepto del Nexum	41.
5.1.- Fundación de Roma	41.
5.2.- Régimen Jurídico	41.
5.3.- Nexum y sanción	41.
5.4.- La clientela	41.
5.5.- Ámbito personal de aplicación	41.

CAPITULO II

RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO ROMANO:

1.- Derecho Arcaico	43.
2.- La Ley de las XII Tablas	44.

2.1.- Regla General	44.
2.2.- Furmtum	55.
2.3.- Inquiría	45.
2.4.- Incumplimiento de obligaciones	46.
3.- Lex Aquiliae	47.
3.1.- Acción contra el adstipulator	48.
3.2.- Capítulo primero	49.
3.3.- Daño en general	50.
3.4.- Culpa y dolo	51.
3.5.- Daño físico a esclavos y cosas	52.
4.- Iniuria	53.
4.1.- Concepto	53.
5.- Ejercicio de los derechos	55.
5.1.- Límites del derecho	55.
5.2.- El ejercicio de los derechos	58.

6.- Evolución de la responsabilidad civil	58.
6.1.- Primera fase	58.
6.2.- Segunda fase	59.
6.3.- Tercera fase	59.
6.4.- Cuarta fase	59.

CAPITULO III

RESPONSABILIDAD CIVIL

1.- Conceptualización	61.
1.1.- Análisis conceptual	61.
2.- Naturaleza jurídica	63.
2.1.- Planteamiento del problema	63.
2.2.- Aspectos metodológicos	63.
2.3.- Responsabilidad, sanción y obligación	65.
2.4.- Naturaleza jurídica	67.

2.5.- Teoría	68.
3.- Responsabilidad civil y responsabilidad penal	69.
3.1.- Comparación de la responsabilidad civil y penal	69.
3.2.- Responsabilidad civil y penal	71.
4.- Teoría de la culpa y teoría del riesgo creado	72.
4.1.- Teoría de la culpa	72.
4.2.- Teoría del riesgo creado	84.
5.- Concepto de responsabilidad civil	87.
5.1.- Responsabilidad civil	87.

CAPITULO IV

EL DAÑO

1.- El daño	90.
1.1.- Definición	90.
1.2.- Teoría de Atilia Aníbal Alterini	91.

1.3.- Teoría de Henri Capitant	94.
1.4.- Teoría de Planiol y Ripert	96.
1.5.- Teoría de Carbonier	98.
1.6.- Teoría de Ripert y Boulanger	100.
1.7.- Teoría de Enneccerus	103.
1.8.- Teoría de Adriano de Cupis	104.
1.9.- Definición	107.
2.- Elementos del daño	108.
2.1.- La voluntad	108.
2.2.- El interés jurídico	112.
2.3.- Antijuricidad	114.
2.4.- El deber jurídico	116.

CAPITULO V
DAÑO MORAL

1.- Planteamiento del problema	120.
1.1.- En relación al daño	120.
1.2.- La moral	120.
2.- Conceptualización de la moral	124.
2.1.- La moral	124.
2.2.- Contenido de la moral	124.
3.- Conceptualización del daño moral	124.
3.1.- Concepto	124.
3.2.- Equiparación del daño moral con los delitos contra la vida	124.
3.3.- Daño moral y libre voluntad	125.
3.4.- Daño moral y libre valuación	125.
4.- Valuación del daño moral	126.
5.- Bases para la valuación del daño moral:	126.
5.1.- Daño moral causado	126.

5.2.- Nexa entre la conducta del autor y el daño	136.
5.3.- Calificación de la conducta del agente	128.
6.- El "Quantum" de la reparación	129.
7.- Elementos del daño moral	129.
7.1.- La voluntad subjetiva	129.
7.2.- El interés protegido por la norma	129.
7.3.- La antijuricidad	130.
7.4.- El deber jurídico	130.

CAPITULO VI
EL DANO MORAL EN EL DERECHO
POSITIVO MEXICANO

1.- Introducción	132.
2.- Legislación	132.
2.1.- Código Civil de 1870	132.
2.2.- Código Penal de 1871	135.

2.3.- Código Civil 1884	139.
2.4.- Código Penal 1929	140.
2.5.- Código Penal 1931	143.
3.- Primer período del Código Civil de 1928	145.
3.1.- Primer periodo de 1932 a 1982	145.
3.2.- Artículo 143	145.
3.3.- Artículo 2116	146.
3.4.- Artículo 1916	147.
4.- Segundo periodo del Código Civil de 1928	148.
4.1.- Artículo 2116	148.
4.2.- Artículo 1916	150.
5.- Daño moral y la Constitución	156.
5.1.- Las Garantías Individuales	156.
6.- Dogmática del daño moral	158.

7.- Sujeto Pasivo del Daño Moral _____	158.
7.1.- Prescripción _____	159.
8.- Proyecto de reforma al artículo 1916 _____	159.

CAPITULO VII
EL DAÑO MORAL EN DERECHO COMPARADO

1.- Introducción _____	163.
2.- Derecho Francés _____	163.
2.1.- Antiguo Derecho Francés _____	163.
2.2.- Código de Napoleón _____	164.
2.3.- Jurisprudencia y legislación _____	166.
2.4.- Daño moral _____	168.
3.- Derecho Italiano _____	168.
3.1.- Código Civil de 1865 _____	168.
3.2.- Código Penal de 1889 _____	169.

3.3.- Código Civil de 1942	169.
3.4.- Código Penal de 1930	169.
4.- Derecho Alemán	170.
5.- Derecho Suizo	170.
6.- Derecho Argentino	171.
CONCLUSIONES	174.
BIBLIOGRAFÍA	178.
ÍNDICE	183.

PRESENTACIÓN

La presente tesis se encuentra integrada de siete capítulos, en los cuales se desarrollan aspectos importantes de la teoría del daño y de la responsabilidad civil resultante.

El Primer Capítulo trata de las concepciones contradictorias acerca de la responsabilidad civil en el antiguo Derecho Romano, de la falta de una concepción unitaria de su primera forma el Nexum, como sanción por incumplimiento de un deber, así como del origen de Roma y del Nexum.

En el Capítulo Segundo se analiza la evolución de la responsabilidad civil en el Derecho Romano y como la sanciona. Asimismo se expondrá como evoluciona la sanción al daño en el Nexum, a una pena descrita en las XII Tablas, pasando por la apreciación únicamente del daño material en la Lex Aquilae, pero sólo en los casos previstos, a una apreciación del daño en el más amplio sentido, comprendiendo el patrimonial y el extrapatrimonial en la Inuiria .

En el Tercer Capítulo se examinarán diversos conceptos de la responsabilidad civil, determinando su naturaleza jurídica, haciendo una comparación con la responsabilidad penal, y se propone una definición, analizando sus elementos.

El Capítulo Cuarto tratará la teoría de; daño, como elemento esencial de la responsabilidad civil exponiendo varias definiciones, su naturaleza jurídica, elementos y consecuencias.

El Quinto Capítulo se refiere única y exclusivamente al daño moral, determinando su naturaleza jurídica y sus elementos.

El Capítulo Sexto trata de la regulación del daño moral en el Derecho Positivo Mexicano a partir del Código Civil de 1870, a las reformas de 1982 al Código Civil en vigor y contiene la proposición de reforma al mismo en sus artículos 1916 y 1916 Bis, relativos al daño moral.

En el Capítulo Séptimo me permito hacer una pequeña comparación con otras legislaciones que han tenido relación con la nuestra en cuanto al daño moral.

**“EL DAÑO MORAL Y SU COMPARACIÓN
CON OTRAS LEGISLACIONES”**

INTRODUCCIÓN

La presente investigación constituye un acercamiento a la Teoría del Daño y de la Responsabilidad Civil, que a pesar de ser temas fundamentales en el estudio y practica del derecho y de los cuales existen importantes obras de juristas bien reconocidos como Henri y León Mazeaud, Adriano de Cupis entre otros, no existe unidad en su concepción, lo que presenta el primer obstáculo a salvar.

Como primer paso es necesario realizar una investigación de la Responsabilidad Civil en el Derecho Romano, en el cual encontramos que la antigua "Obligatio" es la responsabilidad por no cumplir voluntariamente con el pago del "Debitum". En el mismo Derecho Romano encontramos que el "Nexum" es precisamente la sanción por el incumplimiento de un deber y, que constituía la única sanción conocida en esos tiempos.

Se elabora un examen breve del desarrollo de la Responsabilidad Civil en el Derecho Romano, en que se aprecian dos aspectos importantes: **primero** como la sanción, es una pena por un "Delictum", en el que no es necesario apreciar el "Quantum" del daño, pasando por la cuantificación del daño material en la "Lex Aquilae", hasta la "Iníuria" en la que se extiende al daño extrapatrimonial, es decir, al principio el "Quantum" de la sanción está determinado por una pena y en la "Lex Aquilae" y la "Iníuria" se determina por el valor del daño causado. El **segundo** aspecto lo constituye el hecho de verificar y no de apreciar o cuantificar el daño, ya que sólo bastaba verificar para reparar el daño material causado y en la "Iníuria" se extiende a la reparación del daño moral.

Se pretende demostrar que la Responsabilidad Civil tiene una doble naturaleza jurídica, **primero** como una sanción al agente causante de un daño sin derecho, y **segundo** como la obligación del sujeto activo de reparar el daño que

causó, lo que nos lleva a apreciar la doble relación del daño con la Responsabilidad Civil, que constituyen dos momentos de la misma.

El primer momento de la Responsabilidad Civil es la sanción por causar un daño, la cual consiste en la obligación de repararlo, y en este momento el daño se convierte en la fuente de las obligaciones; en el segundo la reparación del daño, constituye el objeto de la obligación de repararlo; de esta suerte el daño en relación con la Responsabilidad Civil tiene dos aspectos, **primero como fuente de obligaciones, y segundo como objeto de la obligación de repararlo.**

Se realiza la comparación de la Responsabilidad Civil con la Penal, lo que nos permite valorar la teoría de la culpa como la de su variante la teoría del riesgo creado, como correctamente indica Planiol, muchos caen en el error de dar el mismo tratamiento a la Responsabilidad Civil que a la Penal, siendo que el fin de la primera es reparar el daño causado, y el de la segunda es reprimir y prevenir las conductas ilícitas.

En relación al Daño, ocurre lo mismo que con la Responsabilidad Civil, con la única diferencia que sobre el tema existe poca literatura, se pretende demostrar que la naturaleza jurídica del daño es la de ser un hecho jurídico ilícito en sí mismo, por lo que no interesa que exista la culpa del agente, sino que ésta nace de causar el daño sin derecho.

El daño moral es la intromisión sin derecho, en el más amplio sentido en la esfera jurídica de la víctima, afectando la voluntad misma del sujeto pasivo, en sus sentimientos impidiéndole su libre autodeterminación tanto en lo interno como en lo externo.

La regulación del daño moral en nuestro derecho es defectuosa tanto en la definición como en cuanto a la técnica jurídica y, consideramos que el quantum de

la reparación no debe dejarse al arbitrio del juzgador, sino que debe existir un mínimo, y establecer parámetros por los cuales se pueda ampliar. Además la carga de la prueba debe ser para el sujeto que causó el daño de no haberlo realizado sin derecho, es decir se debe de establecer la presunción de que es responsable del daño moral.

Se considera que el daño moral es más grave que los delitos contra la integridad corporal y la vida, toda vez que atenta contra la misma persona, por lo cual debe darse un tratamiento semejante, es decir deben fijarse los mínimos de la reparación y los parámetros sobre los que se pueda elevar atendiendo al daño causado, a la culpabilidad del agente, y a las posibilidades económicas de éste último.

Se hace en el capítulo sexto un estudio con la proposición de reformar los artículos relativos al daño moral en el Código Civil para el Distrito Federal.

Concluimos el presente trabajo con una pequeña comparación con otras legislaciones que han tenido relación con la nuestra en cuanto al daño moral.

CAPITULO I
HISTORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

CAPITULO I

HISTORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1.- Derecho Romano. Una institución tan importante como la Responsabilidad Civil, su estudio debe necesariamente partir del Derecho Romano; no sólo por porque el Derecho Mexicano pertenece al sistema de derecho romano-germánico, ni tampoco por simple erudición como podría parecerle a algunos autores, como sostiene el maestro Ernesto Gutiérrez y González ¹ *“Pues, bien tomando en cuenta esto, resulta necesario e indispensable suprimir en la exposición de la cátedra, todas aquellas teorías que permitirán a un licenciado o doctor en Derecho brillar por su erudición en los colegios de abogados y en las tertulias jurídicas, pero que a un estudiante sólo le llevan confusión a sus elementos básicos.”*, porque la única forma de comprender una institución es estudiándola en su origen, evolución, y comparando sus efectos con las instituciones análogas de otros países ².

1.1.- Planteamiento del problema. A pesar de la importancia de la Responsabilidad Civil, y de la abundante literatura que se ha escrito sobre la misma, no existe un acuerdo sobre su concepto; por esta razón es necesario determinar su origen y evolución a través del Derecho Romano como la más confiable fuente histórica de esta institución.

1.2.- Origen de la Responsabilidad Civil. En el Derecho Romano este origen ha suscitado el surgimiento de diversas teorías, en este apartado trataremos de mencionar las que consideramos más importantes:

Bustamante Alsina Jorge, afirma en su exposición, que la Responsabilidad Civil se tiene que estudiar desde el nacimiento de la norma: *“Una visión histórica*

¹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ Ernesto, “derecho de las Obligaciones”. México 1979. Cacicá.

del fenómeno jurídico de la Responsabilidad Civil nos remonta al origen mismo del derecho, es decir a las primeras manifestaciones de la actividad humana reguladas normativamente. En las primitivas comunidades, todo daño causado a la persona o bienes de otro, despertaba en la víctima el instinto de venganza. El hombre respondía a un instinto natural de devolver el mal por el mal que había sufrido... Bajo el imperio de la pasión; son dos las notas que destacan la conducta de la víctima frente al autor del hecho lesivo en aquellos primitivos tiempos. Por una parte, la pasión dominante hace perder de vista la culpabilidad.

Por otra interesa más el castigo del ofensor para satisfacer el espíritu vengativo de la víctima, que perseguirlo para obtener la reparación del daño sufrido por ella. Puede decirse que en esta época la cuestión de los daños, la necesidad de su resarcimiento se hallan al margen del derecho. El ataque a la persona y a los bienes no constituye en sí mismo el agravio sino que, a través del daño material, se quebranta el sentimiento de autoconservación y la propia estimación de la víctima comprometiéndose la solidaridad del grupo al que ésta pertenece.”³

En la presente exposición que este autor hace de la Responsabilidad Civil es importante señalar que se remonta al origen mismo del derecho. Esta afirmación es fundamental y constituye la premisa de la que se debe partir en el estudio de este tema, es decir, es un presupuesto esencial del derecho de toda época. El autor, si bien no lo dice, e incluso evita afirmarlo, considera a la Responsabilidad Civil como una sanción.

Ya que en un principio el hombre que sufría un daño en su persona o bienes, instintivamente devolvía mal por mal. Es claro que si el ofendido devolvía la agresión de que fue objeto, podemos afirmar que se da en los albores de la humanidad en que no existe organización social.

² MAZEAUD, Henri y León, “Lecciones de Derecho Civil”, Parte I, Volumen I, Ediciones jurídicas Europa-América.

³ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Teoría general de la Responsabilidad Civil”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina 1989, Pág. 13.

Como dice el autor esta al margen del derecho, por lo que en forma alguna es necesario el resarcimiento, el cual sólo existe en un sistema de derecho.

También Bustamante Alsina menciona: que el agravio no es propiamente a la persona y a sus bienes, sino al sentimiento de autoconservación y, autoestima de la víctima, comprometiendo la solidaridad del grupo al que pertenece. El argumento es interesante por dos razones: **primera**, por indicar que el agravio es al sentimiento del ofendido, y no a un derecho de la víctima, o a un bien de esta, pero no realiza la conclusión lógica de que el agravio se verifica en la voluntad de la persona. La **segunda** es de mayor importancia al señalar que el agravio compromete la solidaridad del grupo al que pertenece la víctima; lo cual nos indica que lo principal en la primera forma del derecho es la solidaridad, que está por encima de las personas consideradas individualmente, es decir, la sanción no es por agraviar a una persona, sino por atentar contra la existencia misma de la organización social.

Al exponer la etapa del Derecho Romano, Bustamante Alsina olvida las ideas que mencionamos arriba ya que sólo se limita a decirnos, que la existencia en el vínculo obligatorio de una idea de deber y una relación de responsabilidad. *“En Roma se advierte la evolución desde la venganza privada, pasando por las penas de las composiciones primero voluntaria después obligatoria, hasta llegar en la época de Justiniano a la distinción entre las acciones puramente penales y las acciones reipersecutorias por daños y perjuicios... La Ley de las Doce Tablas dictada en el año 305 de Roma, nos muestra la transición de la composición voluntaria a la composición legal... La existencia en el vínculo obligatorio de una idea de deber (Schuld) y una relación de responsabilidad (Haf tung)... El tema ha sido estudiado exhaustivamente a través del desenvolvimiento histórico del concepto de obligación desde el Derecho Romano Antiguo hasta el derecho moderno...”*⁴, como se puede apreciar del texto anterior, nos hace la exposición del origen y

⁴ BUSTAMANTE ALSINA Jorge, Cit. Pág. 17 et seq.

evolución de la responsabilidad en el Derecho Romano a la luz de sus ideas ya mencionadas.

El maestro Manuel Borja Soriano al estudiar la obligación, menciona a dos autores que realizan la distinción entre obligación y responsabilidad, Khöler y Gierke en su libro de *“Tratado de las Obligaciones”*, *“Para Khöler decir que el deudor está obligado, significa simplemente que el derecho le manda una cosa; la relación obligatoria no es sino una relación de deber, en vista de cuya inejecución (cuando no es ejecutada), el poder público se apodera de su persona o del patrimonio del deudor para obligarlo a ejecutar la obligación.*

*Según Gierke hay que distinguir la noción de deuda (Schuld) de la coacción (Haf tung). La deuda tiene por contenido un deber jurídico en este sentido que si una de las partes efectúa la prestación que debe efectuar, ejecuta una acción válida, la deuda no contiene el poder de coacción, ésta no es sino un sucedáneo. En caso de inejecución aparece la otra noción de coacción, posibilidad cuando el deber no ha sido cumplido, de apoderarse no de la persona, sino de lo que responde de la deuda; es decir, la mayor parte de las veces del patrimonio de los objetos, que han sido de antemano considerados como respondiendo de la obligación.*⁵

El primero de ellos Khöler explica que la obligación es una relación de deber, que obliga al deudor a realizar una conducta, y sólo en caso de que no la verifique, puede el Estado apoderarse de su persona o patrimonio.

El planteamiento, que puede parecer evidente en su época provocó acaloradas discusiones, y su importancia reside en el hecho de señalar que cuando el deudor no ejecuta la obligación, incurre en el incumplimiento de un deber, cuya consecuencia es el apoderamiento de su persona o de sus bienes.

⁵ BORJA SORIANO Manuel. *“Tratado de las Obligaciones”*. Porrúa, México. 1994. Tomo I. Pág. 78.

Gierke afirma que hay que distinguir entre la deuda y la coacción en caso de que el deudor no cumpla con el deber jurídico de realizar la prestación que debe, surgiendo la posibilidad de apoderarse de lo que responde de la deuda.

La teoría de estos autores es de suma importancia en virtud de que señala que en caso de que el obligado no realice la prestación que adeuda surge la posibilidad de la coacción, o propiamente la responsabilidad por incumplimiento de un deber jurídico.

La autora Sara Bialostosky en su texto expone claramente en su teoría la división que existía en la antigua *Obligatio* entre deuda y responsabilidad, afirma que ésta última surge en caso de incumplimiento del deber de realizar la prestación que se adeuda. La responsabilidad es la consecuencia inmediata del incumplimiento de la obligación, pero que podemos afirmar que propiamente es el incumplimiento de un deber jurídico *“Determinar la génesis de la Obligatio Romana ha sido uno de los problemas más arduos, con los que se han encontrado los romanistas; sin embargo gracias a Brinz de la escuela pandectista alemana muchas dudas se han disipado y, hoy en día, aceptamos que en la primitiva Obligatio se encontraban separados dos entes:*

El deber de cumplir con la obligación (Debitum- Schuld), la responsabilidad por incumplimiento de dicha prestación (Obligatio- Haftung); es decir que la deuda no llevaba aparejada la responsabilidad. Para que esta naciera era menester que al acto originario se añadiera otro del cual nacía la responsabilidad, de uno surgía el deudor, de otro surgía el responsable, el que se sometía físicamente en caso de incumplimiento del deudor. Un segundo paso en la evolución histórica de la Obligatio lo marca el hecho de que el propio deudor se convierte en responsable, en obligatus de sí mismo; pero siempre como resultado de dos negocios jurídicos, la figura del deudor y del responsable se funden los aspectos de la Schuld y el Haftung.⁶

En relación a que la responsabilidad surge de un negocio diferente del que surge la obligación, es importante, por estar acorde con el concepto romano de la obligación, el vínculo jurídico que nos constriñe a pagar una cosa conforme al derecho de nuestra ciudad. La autora indica dos etapas de la responsabilidad en el Derecho Romano, en atención a la persona responsable: **Primero**, es distinto el deudor del obligado, y **segundo** el deudor y el responsable puede ser el mismo sujeto, agregando que en ambos casos el incumplimiento implica la sujeción del obligado.

La dificultad que se tiene para comprender no sólo la Obligatio romana, sino de la misma responsabilidad se aprecia en la teoría de los autores Bravo Valdés y Bravo González ,en la presente cita; “... *la obligación del derecho moderno, como la del Derecho Romano Clásico, encierra en sí dos elementos: El Debitum (Schuld), o sea el deber de prestar una determinada conducta y la responsabilidad (Haf tung), que proporciona al acreedor un medio de ejecución y que no es otra cosa que el perjuicio jurídico que lleva aparejado como consecuencia de la inobservancia de la conducta debida... la obligación... romana en sus orígenes no llevaba aparejada de suyo la responsabilidad, para que la misma naciera era necesario, que el acto que origina la obligación se añadiera un nuevo acto jurídico que fundamentará y especificará la responsabilidad para el caso de incumplimiento por parte del deudor. Claro ejemplo de lo anterior es la Prenda Comisoria del derecho arcaico: la prenda responde por el deudor, como el fiador en caso de fianza.”*”

Cuando afirman que la obligación del Derecho Romano Clásico al igual que la del derecho moderno encierran dos elementos: La deuda y la responsabilidad.

Lo anterior lo comparan con el (Schuld y el Haf tung) del derecho germánico, con lo que olvidan la posición de los pandectistas alemanes respecto de

¹ BIALOSTISKY Sara. “Panorama de Derecho Romano” UNAM. México, 1982. Pág. 128

² BRAVO VALDÉS Beatriz, y BRAVO GONZÁLEZ A. “Derecho Romano segundo Curso”. Pax, México 1991. Pág. 21.

que el (Haf tung) no es un elemento de la obligación, ya que es la consecuencia por no verificar la conducta que se debe, es decir, es ajena a la obligación.

Así mismo sostienen que la responsabilidad es el perjuicio jurídico por no cumplir la prestación adeudada; la responsabilidad nos dicen, es el daño que sufre el deudor por no cumplir la conducta debida,; también resulta esta teoría un tanto peculiar; al afirmar que la Prenda Comisoria responde por el deudor , o la fianza por el fiador, y esto constituye un perjuicio para el deudor; para ellos la sanción al deudor por su incumplimiento es un daño, lo cual no podemos aceptar, la sanción en este caso es el castigo por no realizar la conducta que se debe, y el daño es propiamente para el acreedor, y siempre es ilícito. La misma teoría en estudio hace una mención parcial de la responsabilidad al considerarla sólo como consecuencia del incumplimiento de una obligación.

La exposición sobre la obligación que realiza el autor Juan Iglesias en la siguiente cita: *“La obligación consta de dos elementos: el débito y la responsabilidad, el deber de cumplir la prestación y la sujeción que se deriva de su incumplimiento...la obligación en cuanto tiene de concepto unitario, es el producto de la evolución de ambos elementos que surgieron de raíces distintas y estuvieron por cierto tiempo separadas. Así, el deber de restituir la suma recibida en préstamo arranca del simple mutuo, mientras que la correspondiente responsabilidad hubo de establecerse en los primeros tiempos mediante nexum. Cabe que haya deudores en quien no concurre la condición de obligati, es decir, de sujetos a efectos a una responsabilidad...Aunque nosotros discurrimos aquí por el camino que señaló semejante dirección, debemos admitir que habrá pocos lugares en los que la hipótesis trabaje con mayor fatiga, porque escasean gravemente los datos, no es probable que los romanos sintieran la contraposición como algo vivo y real, y liemos de contentarnos con el hecho de la distinción entre Debitum y Obligatio, o entre Schuld y Haf tung, como dicen los alemanes, nos ayude a explicar algunos puntos de la obligación romana.”*,⁸ incurre en el error de considerar a la responsabilidad, como uno de sus elementos, por

derivar precisamente del incumplimiento de la prestación que se debe. Además la teoría de este autor presenta los siguientes puntos de importancia:

a).- Considera que la responsabilidad se establecía por el Nexum, considerando a éste como un acto jurídico, es decir, como un acuerdo entre el deudor y el acreedor,

Cuando en realidad era precisamente una sanción, porque nunca tuvo el carácter de voluntario, sino que su aplicación era de forma estricta.

b).- No es viable probar que para los romanos la contraposición entre Debitum y Obligatio fuera viva y real. La contraposición entre Debitum y Obligatio, no se debe a que sean negocios distintos, sino que el Debitum surge de un negocio, y el Nexum de un incumplimiento; el Debitum implica un deber de cumplir con una prestación y el Nexum es una sanción por no cumplir con esa prestación, por lo que son de naturaleza jurídica diferente.

La presente teoría, del autor Ángel Cristóbal Montes en su "Curso de Derecho Romano", permite señalar los siguientes aspectos: *"En la época primitiva de la obligación romana no consiste simplemente del deber que una persona asume libremente frente a otra de observar una determinada conducta o actuación; por el contrario la Obligatio primitiva es ante todo el sometimiento de una persona frente a otra, a una situación similar a la del Servus, de la cual podía liberarse o redimirse verificando el cumplimiento de la prestación del caso, o si hubo incumplimiento de ésta prestación, y como substitutivo pagando el precio del rescate... En la mentalidad primitiva romana lo característico, propio y configurado de la Obligatio, es la sumisión del deudor al poder del doméstico del acreedor, hasta el punto de que siendo en el orden lógico y cronológico, la sumisión, posterior al deber de conducta por parte del deudor, a que está vinculada priva sobre éste y lo relega a una esfera meramente accesoria... que esto es así aparece palmariamente demostrando en la configuración y efectos de las más primitivas figuras jurídicas romanas. La más antigua vinculación en relación del crédito y deuda aparece en*

⁸ IGLESIAS Juan. "Derecho Romano". Ariel, Barcelona, España, 1984. Pág. 370. et seq.

Roma en virtud del Mutuum. La persona que recibe una suma de dinero o de una cantidad determinada de otras cosas fungibles contrae el vínculo obligacional o (deber) de restituir otro tanto, vencido que sea el plazo fijado en el contrato. Esta relación existe entre acreedor y deudor, y que para nuestra mentalidad moderna es el más claro prototipo de una obligación jurídica, la cual no fue calificada por los romanos como Obligatio. Este término lo reservan para el Nexum, es decir para la autoemancipación que verifica el deudor ofreciendo su propia persona como garantía, de que, en su día satisficará aquello que adeuda, y posiblemente, poniéndose desde el mismo momento de celebrado el Nexum bajo el poder y cuidado del acreedor... Esta separación entre deuda y responsabilidad o garantía, atribuyendo el término Obligatio a la segunda la encontramos, igualmente, en otros institutos de la primera época genética del Derecho Romano... En consecuencia no podemos considerar al Obligatus como un deudor, en el sentido moderno de esta expresión, sino únicamente como una persona a la que el acreedor le puede exigir el pago en caso de incumplimiento de la prestación, sin importar que el incumplimiento sea suyo o de otro... Aparecían pues, como independencia, en la primitiva obligación dos entes: el Debitum o (deber de cumplir la prestación). En un primer tiempo, el Debitum no constituye propiamente una noción jurídica, tan sólo es jurídico el vínculo o atadura, en virtud, del cual la misma persona que adeuda o otra sujeta su Corpus al señorío del acreedor, responsabilizándose en caso de incumplimiento del Débito... En Roma fue frecuente que la persona del que garantizaba, Obligatus, fuere distinta del deudor; en la afectación que recaía sobre el Praedes, en el procedimiento de la Legis-actio per sacramentum; en el vínculo que contraían los garantes de un arrendamiento o de un adjudicatario de impuestos, etc...⁹

a).- El autor en comento, como los de más citados comete el error de considerar a la obligación solamente como el deber asumido voluntariamente por el deudor de observar una conducta determinada. Cuando la propia definición de la obligación sólo se refiere al deber del deudor de cumplir con una determinada prestación, y no a la forma como nace.

⁹ CRISTÓBAL MONTES Ángel. "Curso de Derecho Romano, derecho de las Obligaciones". Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela 1964, Pág. 22. 14 144

b).- En relación al sometimiento del deudor al acreedor, del cual nos dice, que priva sobre el deber del deudor de cumplir con la deuda, es necesario precisar lo siguiente: para los antiguos romanos la dureza de la sanción por incumplimiento de un deber, era más importante que la deuda misma, debido a que el incumplimiento de la prestación era un atentado contra la unidad del naciente Estado Romano.

c).- La responsabilidad en la antigua Roma se establecía por el Nexum. Esta referencia nos indica claramente que el Nexum era la sanción por el incumplimiento del deber de pagar la prestación que se debe.

d).- El Nexum es la autoemancipación de la persona del deudor, por la cual garantiza que cumplirá con su deuda; y afirmar posteriormente que es la autoemancipación de la persona que garantiza; es una confusión de conceptos: porque la sanción no era elegida en forma voluntaria por el deudor, sino que su aplicación era de carácter obligatorio, ya que la finalidad de la misma era asegurar la unidad del grupo social.

e).- El hecho de que la persona que responda fuese diferente del deudor, es una situación que no explican los autores; y que tiene su origen en las diferencias sociales entre los primeros romanos y sus clientes, los que por carecer de personalidad no podían responder de sus deudas, motivo por el cual respondían sus señores.

1.3 Aspectos Conceptuales.-De las diversas teorías mencionadas, nos permiten realizar la una serie de observaciones sobre el concepto de la antigua *Obligatio* y la *responsabilidad*:

Existe una disparidad de ideas sobre la *Obligatio*, y la consideran conformada de dos elementos, algunos del deber y la coacción, otros del deber y la responsabilidad.

También consideran al Debitum (Schuld) como la deuda que voluntariamente se adquiere por el deudor, pero eso es parcialmente cierto, ya que deja fuera el Debitum resultante de un ilícito.

Los autores nos refieren que la Obligatio (Haf tung) es la coacción, en ese sentido la posibilidad de lograr el cumplimiento forzoso de la deuda, otros nos dicen que es la responsabilidad resultante del incumplimiento de la prestación que se debe. Las opiniones como se aprecia son contrarias, la coacción o posibilidad de lograr el cumplimiento forzoso se da cuando existen obligaciones preexistentes, y la responsabilidad se puede dar, existan o no deudas, como es el caso de la responsabilidad resultante de la comisión de un ilícito.

Nos dicen que la Obligatio es el propio Nexum, lo que parece correcto, pero debiendo hacer la siguiente aclaración.

La Obligatio es la responsabilidad, y la sanción es precisamente el Nexum, y en ese sentido son iguales la Obligatio y la responsabilidad. La existencia al principio de dos sujetos, el Debitor y el Obligatus, si bien después se funden en uno sólo.

2. El Nexum.- Es la figura que represente la forma más antigua de responsabilidad y es además la única sanción al incumplimiento de cualquier tipo de deber como se tratará de probar en este apartado.

2.1. Planteamiento del problema.- El Nexum es una figura que en la doctrina ha provocado una serie de confusiones y, de conceptos contradictorios, que obliga a determinar su origen y naturaleza jurídica; la única forma de estudiar este concepto es a través de los estudiosos del Derecho Romano. Y su determinación, es fundamental en el estudio de la responsabilidad civil.

2.2. Teoría.- En este apartado expondremos las opiniones de diferentes romanistas para estar en condiciones de conceptualizar el Nexum:

Bravo Valdéz y Bravo González afirman que el Nexum es un contrato típico, primitivo, celebrado por medio del *per aes et libram* y, una *Nuncupatio*, del cual poco se ha escrito y que desapareció por desuso con la Ley *Poetilia Papiria* “... Había un contrato primitivo cuya importancia después desapareció pero que era típico de los primeros, del cual poco se sabe. Para Mamilio era todo acto *per aes et libram*, entre otros actos.

En cambio para *Mucius Scaevola* el Nexum sería el acto *per aes et libram* que crea obligaciones, lo que concordaría con el texto de las XII Tablas “*cum nexum facies, mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius*”. Como haya sido el Nexum era un contrato celebrado por medio del cobre y la balanza y una *Nuncupatio* o declaración, en la que el deudor era señalado como *damnas* (condenado) si en el tiempo señalado dejaba de cumplir la prestación debida.

Esta *damnatio* autorizaba al acreedor a apoderarse del deudor, en efecto, si el deudor no cumplía su compromiso, el acreedor usaba en su contra la *manus iniectio*, encadenándolo y llevándose a su casa. El deudor Nexum que estaba en estas condiciones se liberaba si un tercero pagaba su deuda... El excesivo rigor de Nexum creó el descontento de los plebeyos y motivo que hacía en año 326 a.c. La Ley *Poetilia Papiria* dispusiese que el deudor en adelante respondería de sus compromisos con sus bienes y no con su persona, en esta forma se quitó su principal efecto y cayó en desuso. ¹⁰

La primera observación a lo mencionado por los autores es la imprecisión en el uso del término contrato, que como menciona *Cristóbal Montes* su elaboración es realizada a fines de la República.

Si bien los autores mencionan a Manilio y Mucius Scaevola que consideran al Nexum como un acto per aes et libram, cambian sin razón el término acto por el de contrato; y la afirmación es metodológicamente inapropiada, y carente de fundamentación histórica y jurídica.

Así mismo la afirmación de que el Nexum se celebra con una Nuncupatio, es incorrecta y al respecto Gayo nos dice en sus *Institutas* II.104 “... Luego el testador, teniendo las palabras del testamento dice así: (de acuerdo con lo que está escrito en estas tablas y en esta cera, yo doy, lego y testo, y por lo tanto vosotros quirites, dadme testimonio de esto.), lo anterior era la llamada “Nuncupatio”, porque “Nuncupare”, quiere decir designar (Nominare) públicamente y confirmar de una manera general aquello que se ha escrito detalladamente en las tablas del testamento. “ La aplicación en consecuencia del término “Nuncupatio” es incorrecta, por significar un acto de disposición real y efectiva de los bienes del testamento.

Manifiestan también que el acreedor usa la Manus Iniectio; sobre el particular es preciso recordar lo mencionado por Gayo en sus *Institutas* IV.21, y que constituye un procedimiento ejecutivo, aplicable en los casos previstos en la ley, en contra del deudor de una determinada cantidad de dinero, resultando una figura específica sobre determinado negocio, y el Nexum es una sanción a todo tipo de incumplimiento de un deber.

Para la maestra Sara Bialostosky, el Nexum es considerado como un negocio per aes et libram, y que las XII Tablas, lo mencionan como una forma de sometimiento de una persona por otra, o más bien la garantía de la persona por un préstamo, o bien la forma de garantizar una deuda contraída, lo cual se observa en la siguiente cita: “El negocio per aes et libram. Parece ser que en el derecho arcaico todas las formas contractuales nacían como un ritual jurídico denominado *Negotio per aes et libram*, en el cual tomaban parte las que se obligaban, cinco testigos y una persona que sostenía la balanza y pesaba (el *librepens*).

¹⁰ BRAVO VALDEZ Beatriz y BRAVO GONZÁLEZ, Op. cit Pág. 92 et seq.

Según las palabras que se pronunciaban y después de tocar la balanza (libram) con un pedazo de cobre (aes) las partes se vinculaban jurídicamente a través de un Nexum, una Mancipatio, una Conventio in manu, un testamento mancipatorio o Fiducia... Nexum. La Ley de las XII Tablas habla ya de este negocio, por medio de cual una persona somete a otra, o así misma como garantía de una deuda contraída a modo de préstamo. Para liberarnos de esa obligación era necesario un acto simétrico (Nexi liberatorio). Acerca de la naturaleza del Nexum, hay varias opiniones, algunos autores consideran que no era una forma de contratar, sino que el Nexum se utilizó como una forma de garantizar una relación de deuda ya contraída, es decir, que era el (Haf tung) de la (Schuld) preexistente.

De una u otra forma los efectos del Nexum eran extremadamente rigurosos; su incumplimiento daba lugar a que el acreedor acudiera al ejercicio directo de la Legis actio per manus iniectioem, con las rigurosas consecuencias que esta acción ejecutiva suponía. La Ley Poetilia Papiria (326 a.c.) priva al Nexum de su fuerza ejecutiva y significa el principio del carácter riguroso de la obligación por uno patrimonial. El Nexum, a partir de esa fecha fue cayendo en desuso. “¹¹

La exposición en estudio, incurre en el error de considerar al Nexum como un contrato, por las razones expuestas anteriormente; **primero**, porque el contrato surge en el Derecho Clásico Romano, y el Nexum es una institución muy antigua, y precisamente señala el paso de la primitividad a una organización basada en normas jurídicas; **segundo**, porque el Nexum es una sanción y no un acto jurídico.

Menciona la opinión de que el Nexum es una forma de garantizar una deuda contraída, lo cual no se puede aceptar, por constituir el Nexum una sanción y no una garantía, ya que son de naturaleza jurídica diferente.

2.3.-El Nexum, nos dice es la sujeción de una persona por otra, pero a la vez nos menciona, que la sujeción deriva del procedimiento de la Legis actio per

manus iniectioem; lo anterior presenta una contradicción, lo riguroso de la sujeción es propia del Nexum, o deriva del procedimiento de la Legis actio per manus iniectioem.

Guillermo F. Margadant, el autor en estudio menciona que por la comisión de un delito podía la víctima exigir una prestación, y en tanto se verificara quedaba en poder de la víctima o de su familia, un miembro de la familia del culpable como Obligatus (atado), y que esta figura se trasladó al derecho privado, constituyendo el Nexum, que es un préstamo per aes et libram que se garantizaba con una persona la cual quedaba de rehén en poder del acreedor.

“ Originalmente la comisión de un delito hacía surgir a favor de la víctima o de su familia, un derecho de venganza eventualmente limitado por el principio del talión, el cual, mediante una “ Composición “, podía transformarse en el derecho de la víctima o de su familia a exigir cierta prestación del culpable o de su familia. Como garantía del cumplimiento de tal prestación, un miembro de la familia del culpable quedaba de Obligatus o sea “atado “en la domus de la víctima como rehén... Con el aumento de los contactos económicos entre las domus, se presentaba, a veces, la necesidad de que un paterfamilias prestara valores a otro; en tal caso el acreedor quería tener una garantía y así esta atadura se trasladaba del campo delictual al incipiente derecho privado... Un miembro de la domus del deudor se ofrecía entonces al acreedor; éste pesaba, en presencia de cinco testigos y de un portabalanza el bronce que servía de dinero, entregaba el valor convenido al deudor y se llevaba al rehén.

Este negocio se llamaba el Nexum, o sea, el nudo, lo cual, recuerda el acto de atar y era por tanto un préstamo per aes et libram... Segün se fue intensificando la vida comercial se simplificó el Nexum: El deudor se ofrecía a sí mismo como responsable, pero el acreedor posponía la atadura hasta el momento del incumplimiento, si el deudor no pagaba puntualmente, entonces seguía la manus iniectio, descrita en la Ley de las XII Tablas... Un

¹¹ BIALOSTOSKY Sara: Op. Cit. Pág. 160 et seq.

préstamo, si las frases utilizadas, indicaban que un miembro de la familia de uno de los contratantes quedaba como "rehén "en poder de la familia del otro contratante hasta la liquidación total de la deuda. En este caso se hablaba de Nexum, nudo..."¹²

Nos dice el maestro Margadant que el obligatus, es el que garantiza el cumplimiento de una prestación y que tenía como fuente la comisión de un delito, pasando después del campo delictual al naciente derecho privado. La exposición es ambigua y no acierta a afirmar si el obligatus es garante o garantía, si es el responsable o constituye una prenda. Si el obligatus garantiza el cumplimiento de la prestación, es el responsable; pero si es un rehén o sólo una prenda. El obligatus, sólo debe considerarse como el sujeto responsable que responde precisamente con su persona, por lo que no puede ser considerado como un rehén. En caso de ser rescatado, no se debe a que sea un rehén, sino a una composición.

El segundo problema que presenta la teoría del autor en cita, al decir que la obligatus surge de un delito, pero no es congruente con su opinión, al evitar decir que es una sanción, es decir que la obligatio es la consecuencia de un ilícito, por lo que su naturaleza jurídica es la de ser una sanción.

El tercer problema lo constituye el hecho de afirmar en forma indirecta que la obligatio (ya que sólo se refiere a la obligatus) paso del campo delictual al de incipiente derecho privado, lo cual no puede aceptarse, por la sencilla razón que el primer derecho comprendía normas que podemos considerar como delitos, como normas de contenido religioso, moral y de las que consideramos derecho privado. La obligatio era la sanción al incumplimiento de un deber.

El Nexum nos dice que es un negocio per aes et libram, esta proposición no puede ser aceptada, si dice que el Nexum es la obligatio, y que esta última es la

¹² MARGADANT, Guillermo F. "Derecho Romano". Porrúa. México. 1995 Pág. 308 et seq.

sanción de un ilícito, son de naturaleza jurídica diferente, en el *per aes et libram* se obligan voluntariamente las personas, y la *obligatio* es la responsabilidad por un ilícito por lo que no puede ser un negocio.

Eugene Petit, este autor no puede definir en forma precisa el *Nexum*; así primero nos dice que es un contrato de préstamo celebrado por el *per aes et libram* y este constituía una solemnidad; y posteriormente nos dice que es poco conocido, pero se sabe que sus consecuencias son muy rigurosas, en la cita siguiente: *“ En un pueblo de costumbres sencillas y rudas como la de los romanos de los primeros siglos, los procedimientos empleados para ligar a dos partes que quieren obligarse una respecto de la otra debían ser poco numerosos y llenos de formalismos que caracterizaba a las legislaciones más antiguas...El Nexum se realizaba por medio del bronce y la balanza per aes et libram. En una época en que los romanos ignoraban aun el arte de acuñar la moneda, la cantidad de metal dada en préstamo se pesaba en una balanza tenida por un librepens, investido sin duda de un carácter religioso...A esta solemnidad iba unida una declaración del acreedor o Nuncupatio, que fijaba la naturaleza del acto y contenía una Damnatio: esto es el equivalente de una verdadera condena, que autorizaba el empleo de la Manus iniectio contra el deudor que no pagaba. La persona misma del obligado (corpus) estaba pues, comprometida y respondía por el pago de la deuda...Las consecuencias del Nexum son mal conocidas. Se sabe sin embargo que eran muy rigurosas. En virtud del contrato y sin juicio el deudor que no pagaba estaba sometido a la Manus iniectio, especie de toma de cuerpo ejercida por el acreedor y que necesitaba la intervención del magistrado. Desde entonces el deudor declarado Nexus, estaba a merced del acreedor, que podía encadenarle y tratarlo como su esclavo de hecho, sino de derecho. El Nexus no se liberaba más que con una libra y de una Nuncupatio, apropiada a la naturaleza de la operación. ”¹³*

Se difiere del autor porque a través de este estudio se aprecia que el *Nexum* no puede ser un contrato por ser éste último una institución que surge a finales de la República y el *Nexum* repetimos es la sanción por el incumplimiento de un

deber. Afirma que es un contrato de préstamo del cual poco se sabe, pero que sus consecuencias son muy rigurosas; el problema reside en que buscan referencias del Nexum como contrato, cuando en realidad fue una sanción muy rigurosa.

Juan Iglesias, comenta la importancia de las teorías sobre el Nexum como veremos en la presente cita: *“La Mancipatio se aplica... a la venta del deudor o de una persona sometida a la potestad para asegurar el cumplimiento de una obligación- Nexum... La Obligatio es una atadura de la propia persona, un sometimiento personal al poder - Manus- del acreedor propio o ajeno. La sujeción de la persona en su mismo Corpus, deriva de un deber, nacido con libertad, de observar una determinada conducta respecto de otro individuo, pero es lo primero, y no lo segundo, lo que la conciencia social trae a relieve. El resultado de los términos referente a la responsabilidad o sujeción- Obligari de ob ligari, adstringi, necli-, y a la liberación del vínculo- Liverare, solvere -,y en general, a la forma de realizarse el nexo personal en que se sustanciaba la Obligatio, nos prueban una cosa, que el obligatus, no es el deudor en el sentido que hoy le damos a la palabra, sino una persona sometida al acreedor, y sobre el cual le es dable satisfacerse, en el caso de que no se observe el comportamiento debido... El obligatus se encuentra en un estado de prisión redimible, o es una persona libre que se empeña, que se da en prenda - a la manera de que se habla de Res obligata, cuando se da una cosa en garantía -, sufriendo una verdadera Capitis diminutio, y quedando reducida a una causa Mancipi. En cualquier caso la Obligatio es un vínculo personal, una atadura del propio cuerpo, una prisión efectiva... La Obligatio, es el Nexum, o sea la Mancipatio, que hace el deudor en su propia persona en garantía del crédito. El Nexum no es mutuo aunque lo presuponga de ordinario, ni es tampoco, por más que esté implícito, un acto que obligue a pagar; el Nexum es una autoemancipación. De ella proviene el estado de prisión que durará hasta en tanto se cumpla la prestación... Al Nexum recurren quienes tienen una posición social y económica débil, e incluso se ha llegado a pensar que sólo es utilizado entre acreedor patricio y deudor plebeyo... La situación de Nexi en que se encontraban numerosos individuos, llevó a un estado de agitación social, y tal se cuenta como uno de los capítulos de la lucha entre patricios y plebeyos, una Lex Poetilia*

¹³ PETTT Eugene. " Tratado Elemental de Derecho Romano. ". Época, México 1977. Pág. 316 et seq.

Papiria - 236 a.c. - abolió el Nexum, sustituyendo la atadura o vinculación de la persona del deudor por la de sus propios bienes: Pecuniae creditae bona debitores, non corpus obnoxium... Sostuvo Huschke en una obra que ha gozado de gran favor, la opinión de que el Nexum es un acto "público" dotado de fuerza ejecutiva propia de la Manus iniectio.

Contra tal opinión se manifestó Mettius entendiendo que el Nexum es una autoemancipación con funciones de garantía. Dejando de lado las espaciosas variantes doctrinales que se han producido a propósito de la figura del Nexum, pueden reducirse a dos grupos las teorías propuestas: a) el Nexum es un contrato de mutuo, celebrado mediante el rito del per aes et libram agere, y cuya eficacia ejecutiva reside en la propia publicidad que informa al acto, o bien la fórmula solemne de la damnatio - o de la nuncupatio - que el acreedor pronuncia frente al deudor en el momento de la transferencia; b) el Nexum es una dación de responsabilidad, una mancipación fiduciaria o autoemancipación condicionada... El Nexum que figura, que en la historia de la obligatio ocupa una posición especial, no bien conocida por mismos juristas romanos.¹⁴

La Obligatio es el Nexum. Al decirnos que esta es un vínculo personal, una atadura del propio cuerpo, y una sujeción de la persona derivada del incumplimiento de un deber. Lo anterior nos permite afirmar que si la sujeción del obligatus deriva de no observar el comportamiento debido, resulta que la Obligatio es la sanción por el incumplimiento de un deber. Si la Obligatio es el Nexum, este último es una sanción.

Al afirmar que el Nexum es la mancipatio, por la cual el propio deudor otorga su persona en garantía de un crédito, está en contradicción con su exposición de la Obligatio como sujeción del obligatus por el incumplimiento del deber. Ahora bien sí afirma que el deudor otorga su propia persona como garantía, y que no es parte integrante de la Obligatio, sino la emancipación del

¹⁴ IGLESIAS Juan Op. cit. Pág. 281 et seq

deudor, lo expuesto es una confusión de conceptos, ya que el Nexum es de carácter obligatorio y la mancipatio es voluntaria.

Así también presupone que el Nexum es un mutuo, lo cual es incorrecto, por lo que en consecuencia y a pesar de no decirlo el Nexum es la sanción por no realizar la conducta debida.

Pedro Bonfante, considera que el Nexum es la mancipatio de la misma persona del deudor o de un sujeto suyo, en la cita siguiente: *“ según la opinión antigua y aún dominante el contrato formal más antigua era en la sociedad romana el Nexum, negocio que correspondía en su forma al Mancipium o la mancipatio, o sea el modo típico romano usado para transferir la propiedad Res mancipi, y, por lo tanto, concertado también per aes et libram, como la mancipatio en presencia de cinco testigos y el librepens y con la ceremonia de pesar el cobre. Parece sin embargo que el Nexum no era sino precisamente la mancipatio de la misma persona del deudor o de un sujeto suyo (un filius familias), puesto como garantía del mutuo... De todos modos la eficacia del Nexum era trascendental, mientras el deudor no pagaba u otro no se ofrecía a pagar por él para liberarlo con la solemnidad correspondiente de la solutio per aes et libram, al acreedor que había adquirido derecho sobre la persona de un sujeto suyo, se le permitía tener encadenado al Nexus, es decir, al obligado, golpearlos con vergas, y hacerle trabajar por su propia cuenta. Probablemente en su origen esta eficacia significaba que el deudor era reducido sencillamente a la condición de esclavo... Le dio impulso Metteis en 1901 negando la fuerza ejecutiva del Nexum a favor del acreedor no pagando al vencimiento reduciendo el Nexum a una autopignoración (autoemancipación condicionada del deudor), sobre el primer punto la tesis mereció la aprobación de Mommsen y Lenel; en el segundo punto Mommsen mantuvo respecto del Nexum el carácter y significando del contrato obligatorio; pero Lenel pasa a una tesis más radical identificando al Nexum con la mancipatio refiriendo la función obligatoria a las eventuales obligaciones nacidas de la mancipatio. El punto de partida de la obligación no es, según Lenel, el mutuo per aes et libram, sino la fianza por sí misma, o la autopignoración en la forma de vadimonium correspondiente a la vadatio del derecho*

germánico... Todo induce a creer que el Nexum abolido por la Lex Poetilia Papiria, representu una fase anterior de la obligación, en que la persona obligada es perfectamente paralela a la Res obligata; pero el concepto de prenda, no menos que el concepto del vigor objetivo, tienen ambos, a mi parecer el vicio de hacer sobrevenir la esclavitud en un vencimiento hipotético, con forme a las ideas modernas, pero en oposición con el texto y carácter de la obligación primitiva. Es muy probable que el Nexum no estuviese constantemente bajo la potestad del acreedor; su libertad era en tal caso un estado precario, de hecho revocable ad ubitu, por el acreedor como precisamente sucedía con la Res fiduciae causa mancipata, en garantía de una obligación que de ordinario era legada en goce precario del deudor."¹⁵

Puesto que manifiesta que es garantía de un mutuo, y que probablemente represente una fase anterior de la obligación. También cae en el error de considerar al Nexum dentro de la mancipatio, pero como ya se ha dicho estas dos figuras tienen naturaleza jurídica distinta, ya que el Nexum es una sanción y la mancipatio es un acto jurídico.

El Nexum y la obligación, nos dice Bonfante que el Nexum es una etapa anterior de la obligación, lo cual es parcialmente cierto. El Nexum es una sanción que consiste precisamente en la sujeción por el acreedor de la persona responsable del incumplimiento de un deber, constituyendo esto una obligación del obligatus. Lo anterior nos permite afirmar que el Nexum (o responsabilidad), tiene una doble naturaleza jurídica, es decir, es una sanción que consiste precisamente en una obligación, la sujeción personal del obligatus.

Para Kunkel, que en su exposición menciona que el Nexum es un contrato obligatorio, como se puede apreciar en el texto siguiente: *"Las XII Tablas conocían una modalidad despiadada de contrato obligatorio, en la cual el mutuatario al recibir el dinero, que pesaba ante testigos, pasaba literalmente al poder del acreedor (de ahí que se llamara a este negocio Nexum, encadenamiento). Si el deudor no podía liberarse pagando a*

¹⁵ BONFANTE Pedro. "Instituciones de Derecho Romano", Reus, Madrid España. Pág. 465 et seq.

tiempo lo que debía, caía en la esclavitud por deudas, sin que fuera necesaria una condena judicial. ¹⁶

Afirma que el Nexum es un contrato obligatorio, que si bien no lo dice, que acompaña al de mutuo, y si el mutuatario no pagaba a tiempo, caía en esclavitud sin requerir condena. Si el mutuatario no pagaba a tiempo su deuda caía en sujeción personal, en este sentido, Nexum o encadenamiento. El Nexum, por lo mismo es una sanción por no cumplir con la prestación debida.

El Nexum no puede ser considerado como un contrato, primero por ser una sanción y segundo porque el contrato como tal surge en el Derecho Clásico, y el Nexum es la sanción por no cumplir con la obligación pactada. Así que la referencia del Nexum como un contrato de carácter obligatorio, demuestra la incomprensión del autor sobre la naturaleza jurídica; es obligatorio porque es una sanción, la cual no está sujeta a la voluntad de los contratantes, ya que al Estado Romano le interesaba que se cumpliera lo prometido.

2.3.- Nexum. De las opiniones vertidas por los diferentes autores podemos hacer las siguientes conclusiones:

a).- Hay acuerdo en que existen pocos datos del Nexum, incluso la mencionan como una institución que los mismos romanos desconocían.

b).- Las fuentes de información que mencionan son la Ley de las XII Tablas, las referencias de Cicerón y de Tito Livio.

c).- La falta de referencias del Nexum ha llevado a dudar de su existencia como de su crueldad.

d).- El Nexum nos dicen es una institución tan antigua que en la época de las Doce Tablas prácticamente había desaparecido.

e).- El Nexum cayó en desuso con la Lex Poetilia Papiria.

¹⁶ KUNKEL Wolfgang. "Historia del Derecho Romano". Ariel, Barcelona España 1989. Pág. 25 et seq.

f).- La falta de referencias sobre el Nexum lleva a los autores a considerarlo como:

- 1.- Contrato Verbal formal;
- 2.- Contrato más antiguo;
- 3.- El negocio más antiguo;
- 4.- Una autopignoración, y
- 5.- Contrato de Mutuo.

3.- Método. La poca información sobre el Nexum ha dificultado su estudio, y a dado origen a opiniones contradictorias, lo que se debe a errores principalmente de método, como trataremos de probar en este apartado.

3.1.- El planteamiento. El primer problema metodológico a que se enfrentan los autores, consiste en las respuestas a los cuestionamientos siguientes: de dónde y cómo surge la obligación y la responsabilidad en el Derecho Romano Arcaico. Los estudios del Nexum se realizan desde la perspectiva del Derecho Moderno, sin considerar sus fuentes, principalmente las fuentes reales de las cuales surgen las instituciones jurídicas como dice Geny.

La falta de precisión sobre el Nexum se debe a la incapacidad de la dogmática de no poder explicar como el no derecho deviene en derecho, como lo expresa Max Ascoli en la presente cita: nos comenta que Perassi escribe. *“Una teoría dogmática de las fuentes de las normas jurídicas es, por definición una teoría incapaz de descubrir el origen del derecho, o sea, más precisamente de explicar cómo un proceso cualquiera sea por sí idóneo para producir la juricidad de una norma, independientemente de una norma jurídica preexistente, a la cual se refiere tal identidad, ella tiene por límite tal incapacidad.”* Y agrega que Jellineck y Orlando dicen. *“Lo que falta a la moderna ciencia de un derecho y que no se puede suplir mediante la simple verificación de la positividad de todo derecho, es una doctrina profundizada respecto de las fuerzas generadoras del derecho. Ella se contenta con establecer la costumbre y la Ley como fuentes del derecho, sin con ello*

preocupase mucho, hecha excepción cuando más de algunas observaciones generales de las cuales sean las fuerzas que determinan el curso de estas fuentes, la gran cuestión de principio: (¿ cómo el no derecho deviene derecho ?), es por el jurista remitida al filósofo del derecho; pero las soluciones del problema, que por éste último son dadas, son después, por aquel ignoradas o ridiculizadas. ¹⁷

Los estudios sobre el Nexum se limitan a establecer las relaciones de éste con otras figuras jurídicas posteriores. Cuando, de lo que se trata es de descomponerlo en sus elementos, es decir determinar sus momentos, en su desarrollo, y no en forma estática, parcialmente, lo cual les impide la tal comprensión del Nexum.

En cada momento en que actualiza el Nexum, es una particularización del mismo que se diferencia de lo general, es decir, el Nexum como la única sanción se verifica en el incumplimiento de diversos deberes jurídicos, y no se puede dar una sola figura, lo que significaría identidad del concepto del Nexum consigo mismo, la abstracción pura.

Coinciden los autores en que el Nexum es la forma de responder por no realizar el comportamiento debido, es decir, es una sanción.

Por lo anterior no podemos aceptar que el Nexum como sanción sólo se aplique a un sólo tipo de incumplimiento, lo que implicaría la existencia de otras sanciones de las cuales no proporcionan referencia alguna. El Nexum ha sido considerado de diversas formas, como veremos:

El Nexum para Cristóbal Montes, es la más antigua fuente de relaciones jurídicas obligatorias, y es para los romanos la auto emancipación del deudor de

¹⁷ ASCOLI, Max, "La Interpretación de las Leyes.", Losada, Buenos Aires, Argentina. 1947. Pág. 28

que en su día satisfecerá lo que adeuda, dando en garantía su propia persona, es la responsabilidad.

Bravo Valdéz y Bravo González, dicen que el Nexum es un contrato primitivo del cual poco se sabe.

Para Sara Bialostosky, el Nexum es un negocio jurídico por el cual una persona somete a otra o a sí misma como garantía de una deuda contraída.

Margadant, menciona al Nexm como un negocio por el cual una persona de una Domus queda en garantía de un paterfamilias de otro Domus, es un rehén.

Petit, señala que el Nexum sirve para el préstamo de dinero, siendo el modo más antiguo de crear obligaciones.

Juan Iglesias, menciona que no es el mutuo aunque lo presuponga de ordinario, ni es tampoco un acto que obligue a pagar, es una autoemancipación.

Bonfante, refiere que, según la opinión más antigua, el Nexum fue el contrato formal más antiguo en Roma, y sin embargo era la mancipatio de la misma persona del deudor, o de un sujeto suyo, pero como garantía del mutuo.

Kunkel, dice que es un contrato obligatorio despiadado, referido al mutuo.

Las opiniones vertidas nos permiten hacer las siguientes observaciones:

a).- La antigüedad de esta institución y las pocas fuentes de información sobre la misma, han provocado una serie de confusiones en su estudio, y primero, nos dicen que en la primitiva obligación romana existen dos aspectos diferentes: El Debitum y al Obligatio, siendo clara la diferencia entre el deber de cumplir con la prestación y la responsabilidad por incumplimiento; después nos dicen que el Nexum es fuente de obligaciones, lo cual es cierto, pero

nos dicen también que es un contrato. El Nexum, no es un contrato primero, porque ésta es una institución que surge con el derecho mismo, y el contrato es una institución que surge en la República; y segundo por que el Nexum es una sanción por el incumplimiento de un deber, por lo que no es en forma alguna un contrato, ya que son figuras opuestas.

Partiendo de sus opiniones y de lo que es la obligación moderna, la obligación nace del Debitum, y de su incumplimiento nace la responsabilidad, el Nexum; en éste estado de cuestión, como mencionamos es una sanción y si bien es cierto que implica la sujeción de la persona, es claro que comprende dos momentos separados en el tiempo: Primero es una sanción y después es la sujeción, ya que precisamente en esto consiste la sanción en la obligación de la sujeción personal.

b).- De lo anterior se desprende que el Nexum- Obligatio -, o *responsabilidad de la Roma primitiva*, es la sanción por un hecho ilícito cometido por el deudor al no cumplir con su deber, lo que constituye su primer momento.

c).- De lo mencionado se puede apreciar con claridad en Juan Iglesias, cuando afirma que el Nexum no es un mutuo aunque lo presuponga, es decir, debe existir un deber que cumplir por el deudor como antecedente del Nexum, por lo que al existir incumplimiento del deudor se actualiza la sanción, el Nexum.

d).- A mayor abundamiento, si el Nexum es un contrato, un acuerdo de voluntad, porque se aceptaba tan rigurosa sanción en caso de incumplimiento, y por que siendo consecuentes con su teoría no afirman que es equivalente de una cláusula penal, resulta que el Nexum es una obligación *ex lege*, por ser una sanción y que de ninguna forma está sujeta a la voluntad de las partes su observancia, y por la misma razón no podemos aceptar que sea una auto pignoración.

e).- Cuando afirman que el Nexum es un contrato obligatorio, no indican que debemos entender por tal, y si existen contratos que no sean

obligatorios, en que las partes convengan en realizar determinada prestación, y que a la vez no sea obligatoria al verificarla.

f).- Si la obligatoriedad del Nexum no deriva de la voluntad de los contratantes, sólo queda decir, que es una obligación ex lege.

3.2.- El método. La mayoría de los autores, por no decir todos, coinciden en afirmar que sobre el Nexum no hay fuentes de información fidedignas en las obras de los jurisconsultos romanos, y sólo algunas referencias en las Doce Tablas, en Tito Livio, e incluso llegan a mencionar que ni los propios romanos lo conocían bien, negando que se aplicará en realidad una sanción tan cruel, según las siguientes citas: *Cristóbal Montes Ángel, op. cit pag. 258 et seq. "La más antigua fuente de relaciones jurídicas parece haber sido el Nexum... Las pocas referencias que nos constan no son más que incidentales e imprecisas alusiones que diversos escritores no juristas hacen de dicho negocio. A parte de ello, el único dato jurídico que encontramos es una somera referencia que Gayo hace en sus Institutas a la Nexi liberatio como medio de extinguir las obligaciones..."; Kunkel op. cit pag. 33 et seq. "... ya que del derecho anterior a las XII Tablas sólo son posibles conjeturas... Las Doce Tablas conocían una modalidad despiadada de contrato obligatorio, en el cual, el mutuuario al recibir el dinero que se pesaba ante cinco testigos, pasaba literalmente al poder del acreedor (de ahí que se llamará a este negocio Nexum "encadenamiento"). "Bonfante Pedro op. cit. pag 465, " Según la opinión más antigua y todavía dominante el contrato formal más antiguo era en la sociedad romana el Nexum, negocio que correspondía en su forma a la Mancipatio, o al modo típico romano usado para transferir la propiedad de las cosas Rest mancipi..."; Iglesias Juan, op. cit. pag. 371 et seq. "La Obligatio es el Nexum, o sea, la Mancipatio que hace el deudor de su propia persona en garantía del crédito... Tal afirmación atañe a los negocios del Ius Civile vigentes en la época clásica. fuera de ella queda el Nexum, figura que en la historia de la Obligatio ocupa una posición especial, no bien conocida por los mismos juristas romanos. "; Petit Eugene op. cit. pag. 318 et seq. "... El Nexum, que sirve para realizar el préstamo de dinero,*

*había sido el modo más antiguo de crear una obligación civil... Las consecuencias del Nexum son mal conocidas. Se sabe sin embargo que era muy rigurosas.*¹⁸

Los autores mencionados nos dicen que el Nexum es la figura más antigua de que se tiene conocimiento dentro del Derecho Romano, pero al propio tiempo afirman que los mismos romanos no lo conocían bien. Sin embargo, opinan que es una Mancipatio, un mutuo, un contrato verbal formal, e incluso en el caso de Kunkel, nos dice que es mencionado en la Ley de las Doce Tablas, de las que menciona que incluso parece que no existieron.

La contradicción es evidente ya que nos menciona que es determinada figura y después que ni los juristas romanos lo conocían bien, el problema de método es claro al afirmar que el Nexum es determinada figura, porque dudan de su existencia.

4.- Origen de Roma y del Nexum. Este origen y su significación está íntimamente unido al origen de la propia Roma, y en este punto son muy valiosos los estudios de dos grandes pensadores: Federico Hegel, quien realiza el brillante análisis de la fundación y desenvolvimiento de Roma y Giambattista Vico, quien sobre un examen de las fuentes reales nos permite determinar el origen y significación del Nexum.

4.1.- Fundación de Roma. Los estudios que hace Hegel nos permiten precisar como se fundó Roma, y cuales fueron las bases sobre las que se edificó su poderoso imperio, de la cual, se reproduce la siguiente cita: *“En Roma el fin y el poder del Estado es algo irresistible a que todas las particularidades han de someterse... El fin del estado consiste ahora en que los individuos se sacrifiquen en su vida moral y esto sume al mundo en duelo; lo natural ha caído en desgracia,... No se ha formado Roma de una*

¹⁸ CRISTÓBAL MONTES Ángel. *Op. cit.* Pág. 258 et seq.

antigua raza, unida por los lazos naturales y un régimen patriarcal, raza cuyo origen se remontará antiguos tiempos, sino que desde el comienzo fue algo ficticio y violento, nada espontáneo y primitivo... El origen de éste Estado no es una familia ni una alianza para la vida pacífica, sino una cuadrilla de bandidos que se unieron para fines de violencia... La conciencia de los mismos romanos y lo propiamente histórico, nos dicen que unos cuantos bandidos y pastores formaron una cuadrilla y se pusieron frente a todos los vecinos... Todos los historiadores concuerdan en que desde muy pronto unos pastores mandados por jefes habían merodeado por las colinas de Roma. La primera colectividad romana se habría constituido como un Estado de bandidos y los dispersos habitantes del contorno se habrían ido reuniendo con trabajo en una vida en común... Aquellos pastores ladrones acogían a cuantos querían unirse a ellos (Tito Livio los llama *colluvies*); la población de la nueva ciudad se formó de los tres territorios entre los cuales está Roma. Los historiadores indican que este lugar sobre la colina a la orilla de un río, estaba muy bien escogido y era apropiado para el asilo. La erección de este asilo atrajo a toda clase de gentes, libertos y criminales, a quienes los vecinos negaban incluso el matrimonio. La falta de mujeres en el nuevo Estado y la negativa de los Estados vecinos a autorizar matrimonios con él son hechos históricos que los caracterizan como una cuadrilla de ladrones, con la cual los demás Estados que querían tener comunidad. También rehusaron las invitaciones de los romanos a las fiestas religiosas, y solamente los sabinos, pueblo sencillo de agricultores, asistieron a ellas parte por superstición, parte por miedo... La fundación del Estado debe considerarse como la base de la peculiaridad de Roma; implica necesariamente la más dura disciplina y el sacrificio al fin de la asociación. Un Estado que se ha formado así mismo y se basa en la violencia, necesita sostenerse por la violencia... No vemos entre los romanos unidad patriarcal ni igualdad democrática, ni benevolencia de unos ciudadanos con otros. No existe unión ética ni liberal, sino un estado violento de subordinación que deriva de aquel origen. La virtud romana es la valentía pero no meramente la valentía personal, sino la que se revela esencialmente en la unión de los compañeros, unión que se considera como lo más alto y que puede ir acompañado de todas las violencias. Cuando los romanos formaron así una alianza cerrada no vivían en interior hostilidad con un pueblo conquistado y oprimido, como los lacedemonios; pero surgió entre ellos la diferencia y la lucha entre patricios y plebeyos... Ya

se ha dicho que roma se formó de pastores y ladrones y por el concurso de toda clase de gentes. Más tarde fueron arrastrados a ella los habitantes de las ciudades tomadas y destruidas. Los más débiles y más pobres, los que llegaron con posterioridad, estarían necesariamente en relación de menosprecio y de dependencia de aquellos que se distinguían por su valor y su riqueza... Ya hemos dicho que la relación entre patricios y plebeyos debe considerarse como la necesidad en que se vieron los pobres y desamparados de adherirse a los ricos y considerados y buscar su patrociniun, en esta relación de protección con los ricos; los protegidos se llamaban clientes... Los romanos son por tanto prácticos no teóricos, la actitud teórica exige actividad desinteresada, dirección abnegada hacia el objetivo. Por eso la religiosidad romana también es limitada y no libre... Entre los romanos la sujeción es un efecto, lo que constituye el contenido de la religión...".¹⁹

Los estudios de Hegel en la cita anterior, nos permiten precisar como se fundo Roma y cuáles fueron las bases sobre las que se edificó su poderoso imperio. Los fundadores, nos dice el autor, que fueron una cuadrilla de ladrones y asesinos que se organizaron sobre bases muy violentas, que el principio fundamental era la conservación de la unión con sus compañeros y todo lo que atentará contra ésta era duramente castigado.

El segundo aspecto de importancia que señala Hegel, es el hecho de que los romanos dieron asilo toda clase de gente y estos tuvieron que pedir protección a los poderosos, a los fundadores, formando lo que se llamó la Clientela y que llevó a la diferenciación entre patricios y plebeyos, siendo los primeros fundadores de Roma. Lo que se apreciaba en los derechos y obligaciones de cada grupo, los patricios tenían el poder de vida y muerte sobre los que estaban bajo su potestad, incluidos los Clientes y su única obligación era protegerlos; en cambio los Clientes tenían pesadas cargas, cuyo cumplimiento se sancionaba duramente.

¹⁹ HEGEL Federico W. "Filosofía de la Historia". Alianza España 1978. Pág., 499. et seq.

El hecho de que la violencia la sufrieran los Clientes posteriormente sobre los plebeyos, lo demuestran las constantes luchas de estos últimos buscando liberarse de la pesada carga de la sujeción por deudas; que concluyó con la Ley Peotilia Papiria. Nos dicen que la obligación de los romanos era la protección de los Clientes, pero no mencionan la obligación de estos.

Resulta obvio que la protección no era gratuita, en un Estado cuyos fundadores eran ladrones y que por tanto, las obligaciones de los Clientes debe ser además de lealtad, acompañarlos a la guerra, quedando por explicar la fuente de las deudas, que sólo pueden surgir de su obligación de tributar a sus patrocinadores.

4.2.- Origen del Nexum. En este punto la opinión de Vico Giambatista es determinante como se aprecia en la siguiente cita. *“... Porque en Roma, ciertamente no nació el mundo, la cual fue ciudad nueva fundada entre gran copia de pueblos chicos, en el Lacio más antiguo... Todos los descubrimientos anteriormente realizados fueron necesarios para el hallazgo del primero y verdadero origen de las Clientelas, fundadas todas en hecho de haber sido los vagabundos débiles, refugiados en las tierras de los fuertes, recibidos bajo la justa Ley; llegados ellos para el alivio de sus vidas, sustentaron éstas con las faenas de la labranza, cuya arte les fue por sus señores enseñada, por lo que se advierte ser las Clientelas costumbres universal de todas las naciones antiguas; y de tales narra la historia con toda prolijidad en Cesar y Tácito haberse hallado enchidas las Galias, la Germania y la Bretaña, entonces todavía naciones mozas, con catervas de vasallos bajo ciertos particulares príncipes o jefes... Descógese pues, haber sido harto diversas las Clientelas con que Rómulo ordeno la ciudad, que él no halló consigo, sino que recibió de las gentes más antiguas, del Lacio... Ordeno Rómulo aquellas Clientelas en el asilo abierto a los refugiados, a base del derecho del nudo del cultivo, para que con las labores campesinas sustentaran estos sus vidas, Servio Tulio dispuso para ellos la primera Ley agriaría, a base del derecho del nudo del dominio, honitario, hecho bajo la pesadumbre del censo, o décimas de Hercúles, entre los griegos pagadores a los señores de aquellos campos que asignados*

tuvieron... Empieza a discurrir esta antiquísima especie de República, sobre una antiquísima Ley agraria que los nobles debieron conceder a los plebeyos para satisfacerles; esto es, que estos tuvieran asignados sus campos, donde sustentaran las vidas, mediante el pago de una parte de los frutos o contribución de fatigas como censo atribuido a los señores, que esto resulta haber sido entre los griegos la Décima de Hércules y entre los latinos se descubren primero aquellos *Capiti Censi*, contribución sin duda en jornadas de trabajo para los señores... Pero parecidos los gobiernos humanos entre los cuales los primeros fueron los heroicos según el principio de que las fuerzas privadas de los padres soberanos en Estado familiar se componían la fuerza pública de las ciudades, que en el imperio civil, por lo cual dejaron las fuerzas privadas de seguir en el ejercicio de él, entonces por ser disposición natural que las costumbres no cambien enteras de una vez y sobre todo en hombres toscos y salvajes, acaeció la jurisprudencia heroica, que se sintió naturaleza inclinada a ocuparse por entero de los ficciones de las que está llena la jurisprudencia romana antigua, comenzando a fingir la mano y el nudo, y fingidos ambos entraron en la Ley de las XII Tablas en el celebre capítulo *Qui Nexum Faciet Mancipiunque*: y procedió de entre ambos la emancipación civil, la cual resulta fuente de todos los actos legítimos conque los romanos antiguos, entre ellos celebraban todo el derecho romano... Tal jurisprudencia resultó cruelísima al ocuparse de las penas humanas, como aquella que después paso a la Ley de las XII Tablas de que el deudor en quiebra se despedazara, para repartir los pedazos entre los acreedores, pena verdaderamente ciclópea, practicada en los tiempos de los gobiernos divinos, lo que es más, en las personas de los nietos, que el abuelo Neptuno amedrentará haciendo aquel infausto despedazamiento: pena que impuesta en casa a los faltadores, salió fuera de ella contra los reyes que no mantuvieron los pactos de las alianzas como lo hiciera Rómulo, contra Tacio Rey de Alba, a quien hizo morir descuartizado por dos carros sueltos para la carrera por lados opuestos... Otra parte principal de tal derecho llamado del nudo, que los mismos cotejadores áticos no se atreven a dar por trasladado de Grecia a Roma, no obstante que en la historia fabulosa de los griegos fue llamado Nesso, como más adelante se verá, al modo que dije les nexus; y quedo entre los romanos, en el famosa título de la Ley de las XII Tablas concebido en estos vocablos de prisionero y esclavo: *Qui Nexum Faciet Mancipiunque*, por el cual los acreedores imploraban ante todo la fe de los dioses, que fue el primero y propio

Implorare Deorum Fidem; y la fe entendida por la fuerza debió ser en aquella tosquísima edad una cuerda de mimbre, que tal debió nacer en los tiempos en que no había más arte que la aldeana, y quedó el nombre de Videm, hasta en el usado por los latinos; y con esa cuerda arrastrados por la fuerza los deudores, les ataban en ciertos campos para que les satisficiera las deudas con las fatigas; y en este esbozo de represalias, se halla el principio de las obligaciones, que empezó en la cárcel privada en la casa, y se descogió luego fuera de ella, mediante las guerras con la esclavitud... Pero la naturaleza de la autoridad, con que los primeros fundadores decían a los refugiados pertenecerles las tierras en que se encontraban estos asilos y por lo cual Rómulo según el derecho heroico del nudo, fundará las suya con Clientelas y con que los romanos, como se demostrará más arriba, regularon en casa todas las cosas públicas y privadas, y por ende debieron regularlas aún fuera de ellas en las conquistas..."²⁰

Nos dice este autor que Rómulo fundó Roma con las Clientelas basadas en el derecho del nudo, por el cual los Clientes o asilados, a quienes los señores de las tierras, que les asignaban una parte de éstas, para su sustento, a cambio de pagar una parte de sus frutos, o trabajos y sólo de no cumplir con ésta obligación, nacían sus deudas por las que caen en sujeción personal, como esclavos.

También menciona que esta costumbre de cárcel privada, así como el poder de muerte sobre los clientes nació en casa, lo cual no suscita la menor discusión en virtud que el paterfamilias tenía el poder de vida y muerte de los individuos sujetos a su potestad, y de los clientes a que daba asilo y protección; saliendo posteriormente hacía afuera para dominar la realidad social de la antigua Roma.

El Nexum, nos dice Vico, es la institución más antigua y que es común a todas las naciones antiguas; es decir pertenece al Ius Gentium, sin embargo nos dice que los romanos copiaron de los pueblos chicos todas estas costumbres pero en una forma ficticia.

²⁰ VICO Giambattista. *La Ciencia Nueva*. "Fondo de Cultura Económica. México

5.- **Concepto del Nexum.** Los estudios de Hegel y Vico nos permiten hacer las siguientes conclusiones:

5.1.- **De la fundación de Roma** nos dicen que surge de una forma artificial, fundada por una banda de ladrones, que brindaron asilo a toda clase de gente y haciendo copia de las costumbres de los pueblos vecinos.

5.2.- **Del régimen jurídico.** Manifiestan que la antigua Roma por haber sido fundada por una banda de ladrones sustentó su organización en un régimen de violencia, castigando cruelmente a todo hecho que atentara contra la unidad y solidaridad del naciente Estado.

5.3.- **Del Nexum y sanción.** En la época que surge este sobre bases violentas, no existía una diversidad de sanciones sino sólo una: el Nexum.

5.4.- Los asilados formaban a la Clientela y estaban obligados a pagar una parte de los frutos o en trabajo y por medio del censo, lo que dio origen a las deudas.

5.5.- El Nexum tenía su ámbito de aplicación en las Clientelas y en los plebeyos, lo que motivo las luchas constantes de estos últimos para abolir la esclavitud por deudas.

CAPITULO II
RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO ROMANO

CAPITULO II

RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO ROMANO

1.- **Derecho Arcaico.** En el presente capítulo expondremos sucintamente la evolución de la responsabilidad civil en el Derecho Romano, y en este apartado trataremos la etapa del derecho arcaico; el cual no surge en forma natural, sino que es adoptado, con las modalidades propias de los romanos, que se caracterizaba por una excesiva crueldad.

El nexum es la institución representativa de la responsabilidad civil en el derecho romano arcaico, que es tan antigua como la misma Roma. Si bien el nexum surge dentro de la familia y es una institución común a todas las naciones antiguas, con la diferencia de que en Roma éste no surge en forma natural de la familia o de una alianza para la convivencia pacífica, sino que esta institución es implantada en la sociedad romana.

El nexum, como nos indican los estudiosos del Derecho Romano, equivale a la antigua **obligatio romana**, es decir, a la responsabilidad por no cumplir el *comportamiento debido, de lo cual resulta ser una sanción por no cumplir la prestación adecuada*. En la Roma primitiva no existía una diversidad de sanciones, por la razón de que como en el incipiente Estado Romano no existía una clara diferenciación de las infracciones al orden interno con su correspondiente sanción, lo que requiere un desarrollo del derecho y una consideración detallada de los posibles comportamientos y la valoración y gradación de la gravedad de las conductas, lo que se inicia en la ley de las Doce Tablas.

El Derecho Romano arcaico se caracterizaba por un excesivo rigor, que se explica porque fue fundado por una banda de ladrones, y el incipiente sistema *jurídico sólo podía existir una sanción general a cualquier tipo de infracción al orden interno, por atentar éste contra la unidad y preservación del naciente Estado*

Romano y como menciona Hegel es el sacrificio de los individuos en favor del Estado.

Es muy importante señalar que los primeros romanos daban un gran valor a la palabra dada, ya que sobre esta se fundó el Estado Romano y fue el motivo por el cual su incumplimiento llevaba consigo la más dura sanción, El *nexum* es por tanto, una sanción por un ilícito y consistía en la sujeción personal del deudor o de otro al acreedor.

2.- La ley de las Doce Tablas. Esta ley puede considerarse como el ordenamiento más antiguo dentro del Derecho Romano, la cual establece normas jurídicas sobre los aspectos más importantes para los romanos de esa época.

La ley de las XII Tablas es importante en lo relativo a la responsabilidad civil, por ser ésta una sanción a un ilícito, o de otra forma, es la infracción de un deber jurídico. La ley de las Doce Tablas establece una serie de sanciones para determinados ilícitos y mencionaremos a continuación las más importantes.

2.1. Regla General. La ley de las XII Tablas determinaba la obligación de cumplir con la prestación debida y en caso de incumplimiento se sancionaba con el doble al que se negó. "Porque como solo obligue la ley de las Doce Tablas a cumplir lo que expresamente se prometió, condenando a la pena del duplo al que lo negase; han establecido pena también los jurisconsultos por lo que se oculte, determinando que el vendedor quede responsable a las faltas que tenga su heredad si sabiéndolas no las manifestó claramente al tiempo de la venta." Como lo describe Marco Tulio Ciceron en su libro "Los Oficios".²¹ Esta ley sancionaba con penas el incumplimiento de un deber y no estaba a discusión si existía daño o no, sino solo se debía probar el incumplimiento de un deber.

²¹ CICERON Marco Tulio, "Los Oficios", Porrúa, México 1990. Pág.82.

Las penas privativas son una clara muestra de la rigidez del Derecho Romano, y lo práctico de su sistema jurídico, en que lo importante era asegurar el cumplimiento de lo que se prometió y de no verificarse se imponía una sanción que era una pena, ya que no requería una valoración del daño causado, sino únicamente que no se cumpliera.

2.2. Furtum. Es necesario recordar que en el Derecho Romano el **delictum** lo regulaba el **ius privatum**, a diferencia de los criminales sancionados por el **ius publicum**, por lo que el **delictum** romano es diferente al delito del derecho moderno, ya que la sanción era en beneficio del ofendido. En relación al **furtum** la ley de las Doce Tablas determinaba diversos tipos con sus respectivas penas.

2.2.1. Furtum manifestum. Las Institutas de Gayo *III, 89*,²² nos menciona que la ley de las XII Tablas -8.14- determinaba que el hombre libre y púber que cometiera un **furtum**, era azotado y se atribuía al sujeto pasivo del ilícito, en una situación similar a la del esclavo, lo que recuerda al antiguo **nexum**.

2.2.2. Furtum nec manifestum. En el caso este tipo de hurto no manifiesto, la ley de las XII Tablas imponía la pena del duplo²³. El estudioso del Derecho Romano Cristóbal Montes Ángel nos dice *"Si reclama por un hurto que no fuese manifiesto... transija por el doble del daño"*²⁴.

2.2.3.- Furtum conceptum y furtum oblatum. Nos dice Gayo que en estos ilícitos la pena es del triple. El **furtum conceptum**, es *"... cuando en presencia de testigos la cosa robada ha sido buscada y hallada en casa de un tercero"*... y el **furtum**

²² Gayo op. Cit. Page. 581 et seq.

²³ Gayo op. Cit. III, Page. 190 et seq.

²⁴ CRISTÓBAL MONTES ángel. Op. cit. Pág. 672 cita la ley de las XII Tablas.

oblatum, nos dice "... es cuando la cosa robada te ha sido llevada por alguien y encontrada en tu casa...".²⁵

2.3.- Iniuria. En la ley de las XII Tablas, este ilícito tiene varios tipos, como los ataques a la integridad corporal de la persona y son los siguientes.

2.3.1.- Membrum ruptum. La ley de las XII Tablas, mencionaba lo siguiente: "8,2. Si alguien fracturaba un miembro a un hombre, la penalidad es la del talión, a menos que las partes convengan en una composición",²⁶ es decir la ruptura o separación de un miembro: mano, pierna, pie; esta ley ordenaba que se aplicara la ley del Talión, excepto cuando convenían en una composición pecuniaria por la **amicabilis compositio**. La pena en este delito nos permite considerarla como una etapa de transición en la responsabilidad civil, en la que bajo la amenaza de la ley del Talión se obligaba al ofensor a buscar la composición.

2.3.2. Os fructum. La propia ley de las XII Tablas, en su apartado "8,3. Si alguien fractura un hueso a un hombre, la penalidad es de trescientos ases, si la persona que sufre la lesión es un hombre libre y de ciento cincuenta si es un esclavo".²⁷ La reparación del daño en caso de fractura dependía de quien la sufriera, si era un hombre libre la pena era de 300 ases y si era esclavo de 150 ases respectivamente y la valoración se hacía atendiendo al status del ofendido y no al daño sufrido.

2.3.3. Iniuriam faxit. En la ley de las XII Tablas, este ilícito era sancionado por el "8,4. Si causase injuria a otro tenga pena de veinticinco ases".²⁸ se prevenía una pena en caso de lesiones menores de cualquier clase, como una bofetada, un insulto, estableciendo una pena mínima.

²⁵ Gayo op. Cit. III, Pág. 186, 187 y 191.

²⁶ CRISTÓBAL MONTES ángel. Op. cit. Pág. 672 cita la ley de las XII Tablas.

²⁷ CRISTÓBAL MONTES ángel. Op. cit. Pág... 672 cita la ley de las XII Tablas.

²⁸ CRISTÓBAL MONTES ángel. Op. cit. Pág... 672 cita la ley de las XII Tablas.

2.3.4.- Malum carmen incantare y occentatio. Los cuales consistían en cántico maligno y el simple cántico, se refieren a ciertos cánticos por los cuales se podía ocasionar la muerte, enfermedad o infamia de una persona, e incluso perjudicar las cosechas, la pena consistía en azotes y sujeción al ofendido, por lo que los romanos consideraban a este delito como muy grave, el cual era sancionado por la *ley de las XII Tablas*, en su apartado "8,1".²⁹

2.4.- Incumplimiento de las obligaciones. Las XII Tablas determinaron varias acciones para sancionar al deudor que no cumpliera con lo prometido.

2.4.1.- Per manus iniectioes. "3,1. A partir del dinero confesado y de las causas juzgadas, que en un plazo de treinta días justos sea dado"; "3,5. En el tercer día de mercado se daban penas capitales, o del otro lado del Tiber eran vendidos"; "3,6. En el tercer día de mercado en partes era cortado. Si lo hubieran cortado en más o menos, que ello no sea fraude."³⁰ Es un procedimiento ejecutivo, por el cual el deudor confesaba una deuda de dinero o de una condena, la sanción nos comenta Aulo Gelio, otorgaba el derecho al acreedor de matar al deudor en caso de que no pagara, o de venderlo más allá del Tiber, y si fueran varios acreedores se lo dividían en pedazos.

Esta disposición ha provocado discusión en cuanto a si aplico en realidad, nosotros consideramos que si se aplicaba y es una muestra de lo riguroso que era el *nexum*, baste recordar el caso de Tacio Rey de Alba, a quien Rómulo ordeno matar atado a dos carros de carrera, por no cumplir con la alianza.

2.4.2.- Usura ilícita. La ley de las XII Tablas determino para el caso de infringir el interés legal que disponía, la pena de pagar el cuádruplo de lo recibido. Como la sanción, o responsabilidad por el incumplimiento del deber establecido en la ley, nos muestra la dureza con que se castigaba su

²⁹ CRISTÓBAL MONTES ángel. Op. cit. Pág... 672 cita la ley de las XII Tablas.

³⁰ CRISTÓBAL MONTES ángel. Op. cit. Pág... 672 cita la ley de las XII Tablas.

incumplimiento³¹ *“De re rustioca poem”* “nuestros antepasados establecieron por ley, que los ladrones debían ser condenados a pagar el duplo y los usureros el cuádruplo”, citado por CRISTOBAL MONTES *op. cit.*, p. 286.

3.- Lex Aquilia. En realidad esta ley fue en su origen un plebiscito, y se sancionaba el daño causado injustamente, como lo menciona el Digesto “9, 2,1, *La ley Aquilia derogó todas las leyes que con anterioridad a ella trataron el daño injusto, tanto las de las XII Tablas como las de alguna otra que haya existido; leyes que no es necesario enumerar ahora. Cuya ley Aquilia es un plebiscito, puesto que fue propuesta a la plebe por Aquilio, Tribunus Plebis*”,³² por lo que únicamente tocaremos algunos capítulos.

3.1.- Acción contra el Adstipulator. Esta acción la regulaba el segundo capítulo de la ley en cita y consistía en la acción contra el adstipulator que liberaba a su deudor in fraudem stipulatoris, mediante una acceptilatio, mediante la cual se le obligaba a indemnizar al stipulator en la cuantía del perjuicio.

La obligación del adstipulator se debe a que es una obligación accesoria que produce los efectos de la solidaridad activa, por lo que el deudor se liberaba pagando al adstipulator o al stipulator; pero como el acreedor principal es el stipulator, no puede el adstipulator liberar por sí sólo al deudor, esta acción se estableció en un tiempo en que no estaba protegido el mandato, y cayó en desuso al crearse la Actio Mandati directa, por la cual se obtenía directamente la reparación de los daños, Justiniano en sus Institutas 4, 3, 12, nos dice que este capítulo ya no estaba en uso.

³¹ CRISTÓBAL MONTES ángel. *Op. cit.* Pág... 672 cita la ley de las XII Tablas.

³² DIGESTO *Op. cit.* Pág...117.

3.2.- Capítulo primero³³. Este capítulo establece la ley que si alguien mata injustamente - iniuria - a un esclavo ajeno, o a un cuadrúpedo gregario - cuadrupespecus - debe pagar al dueño el valor máximo que haya tenido la cosa en el año anterior a la muerte. Lo preceptuado por esta ley puede ser considerado como el paso más importante en el desarrollo de la responsabilidad civil, debido al alcance que le da a la iniuria.

3.2.1.- Iniuria. La definición que la ley maneja de la iniuria, es diferente de la de las XII Tablas, como lo veremos en las institutas de Gayo, quien nos refiere: *que esta existe cuando hay dolo o culpa, y que su falta en el daño causado por accidente queda impune*³⁴ Se entiende por “matar injustamente” el caso que se matara con dolo o con culpa. Ninguna otra ley ha reprendido el daño causado sin “iniuria”, por lo que el daño que se cometa sin culpa y sin dolo malo, por mero accidente queda impune”. Las institutas de Justiniano nos dice que “... matar injustamente es matar sin derecho...La ley Aquilia no es aplicable a aquel que ha muerto o alguno por acaso.”³⁵

La diferencia de ambas exposiciones no es sólo en cuanto a lo transcrito, sino sobre todo a los ejemplos proporcionados en las Institutas de Justiniano, mismos que nos permiten establecer límites específicos a su aplicación, a diferencia de los ejemplos expuestos por Gayo.

3.2.2.- Quantum del daño “ Y en la acción de esta ley no se estima solamente el valor del cuerpo, sino que razonablemente, si el esclavo muerto experimenta para el “dominus” un daño mayor que el precio del esclavo, este también es estimado como, por ejemplo, si un esclavo mío que fue instituido heredero por un tercero, hubiera sido muerto antes de que por mi orden hubiera hecho la “cretio” de la herencia, entonces no se estima el daño por el sólo precio sino también por la herencia perdida. También uno de los gemelos o

³³ GAYO op.cit. 111.211

³⁴ GAYO op.cit. 111.211

de un miembro de un grupo de comediantes o de músicos fuera muerto, no se hace la estimación solo por el muerto, sino que de una manera más amplia se computa la depreciación que sufren los otros miembros que sobreviven. Lo mismo ocurre de si un par de mulas o de una cuádriga de caballos, solo uno muriera", en el mismo sentido las Institutas de Justiniano IV.10³⁶. La ley Aquilia dispone en relación al monto de la compensación por el daño irrogado, que este comprende no sólo el valor del esclavo ajeno o del cuadrúpedo gregario muertos, sino que además debe de estimarse el valor de la pérdida resultante de la ganancia que hubiera podido obtener de existir el esclavo o el animal. Los pasajes de las institutas de Gayo y Justiniano nos permiten apreciar claramente que la estimación del daño comprende tanto el valor del esclavo o animal, como el valor que acompañaba a la existencia de los mismos. Es decir, el daño no se limita a la pérdida del bien, sino que comprende la pérdida por la falta del mismo.

3.3.- Daño en general.³⁷ En el capítulo tercero de la ley Aquilia se sanciona el ocasionar cualquier tipo de daño físico, pero siempre que el mismo sea causado *con su propio cuerpo, y de no ser así el ofendido sólo tiene una acción útil y, la estimación del daño están comprendidos los gastos médicos y el valor del trabajo que no pudo realizar por el daño, pero en ningún caso se estima el valor de las cicatrices o de la deformidad resultante, lo último porque no se puede admitir valorización alguna*³⁸... *porque el cuerpo de un hombre no admite estimación alguna* 9,3,7.

Lo mencionado anteriormente nos permite determinar que la ley Aquilia sancionaba el causar un daño físico, siempre que se causara con el propio cuerpo, sin limitar el concepto del daño a la muerte o lesión sufrida sino que comprendía también la pérdida, que por efecto del daño se originaba, sin embargo, como

³⁵ GAYO op. cit. 111,211.

³⁶ GAYO op. cit. 111,211

³⁷ GAYO op. cit. 111,217.

³⁸ JUSTINIANO "Institutas" IV, 3.2.

indica el Digesto, quedaba fuera la estimación de las cicatrices o deformidades que con motivo de daño sufría un hombre libre, arguyendo que el cuerpo de este no es susceptible de valoración; lo cual, si bien puede justificarse en el sentido de que no querían que al establecer penas privadas en este supuesto, se diera margen para la comisión de estos delitos, no podemos aceptar que se deje impune el sufrimiento de los ofendidos bajo el pretexto de que no es susceptible de estimación.

3.4.- Culpa y Dolo. Uno de los aspectos que es necesario determinar en el concepto de culpa y dolo dentro de la ley Aquilia; en su estudio seguiremos los ejemplos citados por las institutas de Justiniano.

3.4.1.- Matar injustamente. En este caso la ley dispone la regla general *“Matar injustamente, es matar sin ningún derecho. Por consiguiente, el que ha muerto a un ladrón, no se halla obligado por la acción, si es que no podía escapar de otro modo del peligro”*,³⁹ de que está obligado a reparar el daño que mate injustamente, es decir, sin derecho, y nos dice que el que mata a un ladrón no está obligado al pago de la reparación siempre que haya sido en legítima defensa, pero que si podía librar el peligro de otra forma, quedaba obligado al pago del daño.

3.4.1.- Matar por el acaso. La ley nos dice que debe distinguirse en el caso que un militar mate a un hombre en el campo de entrenamiento no incurriendo en culpa, distinto si no se trata de militar, o aún siéndolo no ocurre en el campo destinado al ejercicio de la guerra, en cuyo caso tiene obligación de reparar el daño. En el caso mencionado la obligación de reparar el daño deviene de no observar la conducta debida, en el caso del militar por practicar en campo no destinado para tal ejercicio, y en ningún caso, si no es militar por el incumplimiento del deber de no dañar a nadie *“Por consiguiente si alguno, jugando o ejercitándose en disparar flechas, ha herido a tu esclavo que pasaba, se distingue. Si el caso ha ocurrido a un militar en el campo o en un paraje destinado a estos ejercicios, no puede*

³⁹ DIGESTO 9, 3,7.

verse en ello ninguna culpa por parte del mismo; otro cualquiera que no fuese un militar incurriría en culpa. Como también el mismo militar, si el caso hubiese ocurrido en un paraje distinto a los ejercicios de la guerra".⁴⁰

La misma situación priva el caso del que tira una rama desde lo alto de un árbol y no grita avisando, o del que corta un árbol y no grita avisando del peligro, siempre que sea cercano a un camino público o vecinal, pero si es en paraje alejado, no incurre en culpa aunque no hubiese gritado, porque ninguna persona tenía derecho de pasar por dicho paraje.

3.4.3.- Abandono de enfermo por el médico. La ley Aquilia menciona que en el caso de que el médico abandone al esclavo operado, sin proporcionarle el cuidado y curación, y el esclavo muere, existe culpa del médico; la responsabilidad del médico deviene del incumplimiento de su deber de continuar atendiendo al esclavo que operó.

3.4.4.- Impericia. La ley Aquilia también menciona el daño ocasionado con impericia, en el caso de que el médico opera mal al esclavo o no administra oportunamente un medicamento, e igualmente en el caso de que el muletero no pueda sujetar a las mulas y atropella a un esclavo, le faltan fuerzas para contenerlas, o si se desboca un caballo y no se le contiene por falta de fuerza e impericia. En los casos mencionados, existe culpa debido al incumplimiento del deber de no dañar a nadie por el correspondiente principio de que nadie puede sufrir un daño sin derecho.

3.5. Daño físico a esclavos o cosas. La ley Aquilia sancionaba con la obligación de reparar el daño físico causado a los esclavos o cosas sin ánima, de la siguiente forma:

⁴⁰ JUSTINIANO "Institutas" IV. 2.

3.5.1.- Regla general. La ley establece la regla general de que nadie puede matar injustamente, señalando al efecto los casos de excepción: la legítima defensa, y el caso del militar que practica el tiro en el campo de prácticas.

3.5.2.- Culpa. La ley Aquilia determinaba como casos específicos de culpa: el que no se observen las precauciones necesarias, la impericia, la negligencia, los cuales pueden quedar comprendidos en forma general en el incumplimiento de un deber, sea general o derivado de una obligación.

3.5.3.- Objeto del daño. La ley determina que sólo se sanciona el daño físico ocasionado en esclavos o cosas sin ánimo, excluyendo el daño irrogado a un hombre libre, así como la estimación de cicatrices o deformaciones resultantes del daño, debido a que no está sujeto a valoración el cuerpo del hombre libre.

3.5.4.- Valoración del daño. La ley Aquilia dispone que la estimación del daño comprende tanto el valor del esclavo o de la cosa, como el valor de lo que el *dominus* perdió a consecuencia del daño, el daño para la ley en cita incluye en lo que conocemos en nuestro derecho como daños o perjuicios distinción que consideramos errónea ya que el mismo Gayo en sus Institutas las emplea como sinónimos.

4.- Iniuria. La iniuria es una de las figuras más importantes dentro la responsabilidad civil en el Derecho Romano, y en el cual podemos apreciar la evolución de esta institución; en su estudio seguiremos a Gayo.

4.1.- Concepto. Como veremos a continuación, en la definición de la iniuria existen diferencias entre la de Gayo y la que nos da Justiniano.

4.1.1.- Gayo. En las institutas de Gayo, no define la iniuria y, sólo indica modos de realizarse; de lo que podemos decir que para que exista la iniuria es

indispensable el dolo, así se entiende de las formas mencionadas por Gayo, el azotar, golpear, escribir libelos infamantes, o el cortejar a una materfamilias.

4.1.2.- Justiniano. En las institutas del Emperador, nos proporciona varias acepciones de la iniuria:

4.1.2.1.- Iniuria en general. La iniuria en general nos dice, es todo acto contra derecho; en esta connotación continua lo establecido por la ley Aquilia, de que no se puede matar injustamente sin derecho, pero no lo limita a dañar físicamente, sino que le da tal amplitud que lo generaliza *"Iniuria, en su acepción general, significa todo acto contra derecho; en un sentido especial quiere decir, ya ultraje, que viene de la palabra ultrajar; ya culpa, como en la ley Aquilia cuando se dice perjuicio causa iniuria. Otras veces, en fin, se toma en el sentido de iniquidad o injusticia. En efecto, se dice de aquel contra quien el pretor o el juez ha pronunciado una sentencia injusta que ha sufrido iniuria"*.⁴¹ En tal sentido podemos afirmar que la regla general en la iniuria es realizar un acto contra derecho, de otra forma, es el incumplimiento de un deber, o el causar un daño sin derecho.

4.1.2.2.- Iniuria en especial. En esta acepción significa *"hybris"* o *"contumelia"*, que quiere decir ofensa, afrenta, ultraje, es en esta acepción en especial que podemos considerar que se sanciona el daño moral, por referirse precisamente, a ofensa, afrenta o ultraje que son términos de valoración moral, y así queda comprendido en éste los ataques a la dignidad, al pudor, a la fama y a la honestidad de una persona *"Y toda iniuria o es inferida al cuerpo o sea refiere a la dignidad o a la mala fama; se le hace al cuerpo cuando es golpeado alguno; a la dignidad cuando una matrona se la quita su acompañante, y a la infamia cuando se atenta al pudor"*.⁴²

DIGESTO 47, 10, 1.2.

⁴¹ JUSTINIANO "Institutas" IV, 4.

⁴² JUSTINIANO op. cit. IV, 4.

4.1.2.3.- Iniuria como culpa. Justiniano nos dice que en esta acepción es culpa, como en la ley Aquilia: cuando se dice causa iniuria, en este punto de la estructura conceptual enunciada podemos decir que el daño o perjuicio es lo que hace que precisamente se cause la iniuria. En el doble aspecto mencionado, como ofensa y como un actuar contra derecho, es decir, causar una ofensa por actuar contra derecho.

4.1.2.4.- Iniuria como justicia. En esta acepción nos dice que se verifica cuando el juez o el pretor han pronunciado una sentencia injusta, con la cual se realiza un avance en la responsabilidad civil al extenderla a los funcionarios públicos que desempeñan la función de Pretor o de Juez.

5.- Ejercicio de los derechos. Un punto de gran importancia en el estudio de la responsabilidad civil como una institución del Derecho romano, y que no puede pasarse por alto el ejercicio de los derechos. El tema es importante porque, como hemos indicado en los apartados anteriores, se dice que la iniuria es actuar contra derecho, y en éste sentido lo podemos entender como actuar sin derecho, o el caso de la ley Aquilia en donde menciona matar injustamente, o matar sin derecho, es necesario determinar el alcance del ejercicio de los derechos para una mejor comprensión de la significación de lo indicado arriba.

5.1.- Límites del derecho. La primera cuestión a resolver es si en el ejercicio de los derechos existen límites o estos se pueden ejercitar sin limitación.

5.1.1.- En el ejercicio de un derecho no hay dolo. El Digesto contiene en el título de leyes antiguas: "*Nadie que usa de su derecho se considera que obra con dolo*".⁴³ Quien ejerce su derecho no actúa con dolo, sobre el particular nos dice Scialoja, que el daño causado con motivo del ejercicio de un derecho no admite la investigación del animus ni produce responsabilidad y la relaciona con otra ley

⁴³ JUSTINIANO op. cit. IV,4

que dispone: sólo se verifica un daño si resulta de realizar un acto que no se tenía derecho.

Las disposiciones “ *Nadie infiere daño sino quien hizo lo que no tiene derecho a hacer* ”;⁴⁴ “ *Dice Próculo que, cuando alguien hiciere con derecho algo en su propiedad, aunque hubiera prometido a su vecino un daño que le amenaza, no esta obligado, sin embargo por esa estipulación , como sí, teniendo tu edificio junto a los míos, los elevas más en uso de tu derecho, o si mediante una zanja o fosos hechos en tu campo contiguo al mío atraes el agua a tu campo; pues, aunque en este caso le arrebatas el agua y en el anterior me privas de las vistas, no se compete sin embargo acción por aquella estipulación, porque no debe estimarse que sufre daño aquel a quien se priva como de un lucro del que venia disfrutando, pues hay gran diferencia entre sufrir un daño y verse privado de un lucro en cuyo goce se estaba*”,⁴⁵ mencionadas se reafirman por una serie de leyes entre las que están la de damno infecto, cuyo contenido básicamente es: cuando una persona ha prometido por una estipulación no hacer daño que le amenaza a otro, no queda incluido en ésta, el derecho del promitente de elevar sus edificios, o por medio de zanjas atraer el agua, privando respectivamente de la vista y del agua al vecino.

En la disposición citada, aparentemente dice que se debe diferenciar el daño del lucro, en cuyo goce se estaba, lo cual hace necesario precisar su significación a efecto de evitar confusiones, ya que podría pensarse que la pérdida del lucro no es parte del daño. La ley dice que: “*se le priva como de un lucro del que venía gozando*”, pero en realidad no es un lucro, y no se verifica un daño primero por que no se prometió el no realizar esa conducta y, segundo ni el agua ni las vistas son propiedad particular por lo que no se interfiere en la esfera jurídica del vecino.

5.1.2.- El ejercicio del derecho debe ser pacífico y abierto. De igual manera si se cortan las venas de agua de las que brotaba agua en el fundo del vecino que

⁴⁴ DIGESTO 50,17

⁴⁵ DIGESTO 50,17

no tenía sobre esta alguna servidumbre, no se cometió un acto injusto. Esta disposición exige la concurrencia de ciertos requisitos: no debió realizarse el acto con violencia, ni debe existir servidumbre sobre el agua, y el acto además de no ser violento debe realizarse abiertamente.

5.1.3.- El ejercicio del derecho debe ser en provecho y no para molestar. Existen disposiciones que nos permiten afirmar que el ejercicio del derecho debe tener como finalidad el obtener un derecho para el titular y no el ocasionar molestias a otro. En este sentido podemos mencionar en el caso que edificó un fundo ajeno se preveen diversas soluciones.

5.1.3.1.- Si el propietario hubiese hecho las mismas obras, devuelva las impensas si desea el fundo, y en caso de mejoras, si su valor es mayor devuelva lo gastado.

5.1.3.2.- Si el propietario es pobre y significaría la pérdida de sus lares y sepulcros si paga las impensas, se le permitirá al que edificó retirar lo que pueda sin dejar en peor condición el fundo de como estaba: pero si el dueño paga lo que obtendrá el poseedor de lo retirado pague sólo esto.

5.1.3.3.- Sólo se permitirá realizar una conducta que sea en provecho y no la que persiga causar una molestia *“En un fundo ajeno, que ignorando que lo fuera, imprudentemente compraste, has edificado o sembrado y después te lo hacen objeto de evicción, un buen juez resolverá según las personas y las causas. Supón que el dueño hubiera hecho las mismas obras, devuelva las impensas si quiere recibir el fundo, pero en cuanto haya habido mejora y la accesión es mayor que el precio del fundo sólo lo que se gastó. Supón que sea un pobre quien sí ha de entregar las impensas, tuviera que desposeerse de sus lares y de los sepulcros de sus mayores, te bastará con que se te permita retirar lo que puedas de todo aquello sin que el fundo quede en peores condiciones de como estaría si no se hubiera edificado, Disponemos, sin embargo, que, sí el dueño esta dispuesto a dar tanto*

*cuanto habrá de tener el poseedor una vez retirado todo eso, pueda hacerlo; pues no hay que condescender con la maldad, como sí, porque blanqueaste o pintaste algo, quisieras repararlo sin provecho para ti, si no sólo por molestar”.*⁴⁶

5.1.3.4.- La disposición comentada nos indica que el interés del Derecho Romano en caso de edificar en propiedad ajena, además de atender a las personas y a las causas, privaba el principio de que sólo se podía ejercer un derecho en beneficio del particular y no para molestar. La misma situación priva en relación al dueño de habitaciones inferiores hiciere humo para ahumar al vecino de arriba, o este último vertiere algo a las habitaciones inferiores por injuriar hay acción por injurias.

5.2.- En relación al ejercicio de los derechos es claro que existe limitaciones: como el de no realizarlo para molestar o causar iniuria; debe ejercitarse en beneficio del titular. En forma pacífica y pública, y no debe causar daño injustamente.

6.- Evolución de la responsabilidad civil. La evolución de la responsabilidad civil en el Derecho Romano debe considerarse en las siguientes fases:

6.1.- En la **primera fase** del Derecho Romano sólo existía una sanción para todo tipo de incumplimiento de un deber, y esta era precisamente el nexum, del derecho arcaico, caracterizada por la rigidez y crueldad de la sujeción personal del deudor, debido a que toda infracción al orden interno implicaba un atentado contra el naciente Estado Romano.

⁴⁶ DIGESTO 6,1

6.2.- En la **segunda fase** de la responsabilidad civil, representada en las Doce Tablas, la sanción es una pena privada que se aplica a resarcir el daño sufrido y, no una sanción corporal, lo que implica un desarrollo en el Derecho Romano, a pesar de que no se permite la valoración del daño, sino sólo se debe acreditar que se verificó.

6.3.- En la **tercera fase** esta representada por la Ley Aquilia que significó un gran paso en esta institución, la cual estableció dos criterios, en el **primero** sancionaba el daño físico a esclavos y cuadrúpedos, y en el **segundo** permite la valoración del daño distinto al anterior.

6.4.- La **cuarta fase** del desarrollo de la responsabilidad civil se puede apreciar con claridad en la iniuria, en la que se amplía el deber de resarcir el daño material, al *daño moral sufrido en el honor, pudor, fama*, lo que significó el mayor desarrollo en la responsabilidad civil.

6.5.- El principio rector del Derecho Romano y de la responsabilidad civil es el *nomen ladeare*.

CAPITULO III
RESPONSABILIDAD CIVIL

CAPITULO III

RESPONSABILIDAD CIVIL

1.- Conceptualización. El primer problema a resolver en torno a la "Responsabilidad Civil" es el relativo a su concepto, por lo que en el presente apartado analizaremos su definición; esto a pesar de que como se menciona en el primer capítulo, es tan antigua como el derecho mismo, es decir, es uno de los supuestos fundamentales del derecho de toda época, y en el Derecho Romano lo encontramos desde sus orígenes, así lo demuestra el "nexum". Incluso, podemos afirmar que la responsabilidad es la figura que marca en forma precisa y clara el paso de la primitividad en la organización social del hombre, la que podemos calificar de instintiva o natural, a una forma social más elevada y que implica una asociación "voluntaria", un sometimiento a normas de conductas reconocidas, aceptadas e impuestas como la única forma de asegurar la sobrevivencia del mismo hombre.

La dureza de la sanción impuesta a toda conducta que atenté contra la estabilidad de la solidaridad, se debe no sólo por afectar a la constitución y conservación de la agrupación social, sino principalmente porque atenta contra la existencia misma del hombre. En este sentido, o en este plano es como deben considerarse las teorías de la "sociedad civil" de Hobbes, y del "Contrato social" de Rousseau.

1.1.- Análisis conceptual. En este apartado se analizará la definición que de la "Responsabilidad Civil" nos dan los hermanos Mazeaud, esto después de mencionar su grado de dificultad, lo cual mencionan: *"Si existe un tema que se sienta uno a abordarlo sin definirlo, es desde luego el de la responsabilidad civil. En su misma definición aparecen, en efecto, las profundas divergencias de enfoques que oponen a los autores y que no dejan de encontrar su eco en la jurisprudencia y en la legislación. No se trata aquí de las discrepancias de detalle que surgen casi a cada paso; sino de esa discusión*

tan viva , a veces tan áspera, sin duda porque desborda la esfera de las concepciones puramente jurídicas, que domina el conjunto de la materia y pone en juego el fundamento mismo de la responsabilidad civil: la lucha entre la doctrina tradicional de la culpa y la teoría moderna del riesgo”,⁴⁷ y nos dicen: “ Una persona es responsable civilmente cuando obligada a reparar un daño sufrido por otra... Mientras la responsabilidad penal constituye una sanción, la responsabilidad civil es una reparación... La responsabilidad penal aparece así como sanción, que será tanto más severa tanto mayor sea la perturbación social... La responsabilidad civil no supone ya un perjuicio social sino un daño privado, por eso ya no es cuestión de penas sino de reparar”.⁴⁸ Así pues, la responsabilidad civil constituye una reparación no una sanción “

La definición mencionada es importante por adentrarnos de lleno a la problemática de la responsabilidad civil: la dificultad de dar una definición de la misma. El concepto de esta institución implica para los hermanos Mazeaud, los siguientes aspectos:

- a) . Es una reparación no una sanción;
- b) . Es la obligación de reparar el daño sufrido por otro;
- c) Se trata de un daño privado y no de un perjuicio social;

Lo anterior es un ejemplo de la situación que existe en la doctrina en torno a la responsabilidad civil, no hay unidad en su conceptualización ni sobre su naturaleza jurídica, a pesar de la abundante literatura que sobre ella se ha escrito en la cual evitan siquiera su mención, por lo que es indispensable tratar de

⁴⁷ MAZEUD, Henri y León y TUNC André “*Tratado Teórico y Practico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*”, tomo I. volumen I. Ediciones Jurídicas Europa- América. Buenos Aires, Argentina 1977, Pág.1. _

⁴⁸ MAZEUD, Henri y León “*Lecciones de Derecho Civil*”. Parte segunda, volumen II, Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, Argentina 1984, Pág.3

dilucidar en primer lugar su naturaleza jurídica a efecto de estar en condiciones de elaborar su concepto.

2. Naturaleza jurídica. Como mencionamos, la responsabilidad civil es una de las instituciones más importantes del derecho: a continuación trataremos de determinar su naturaleza jurídica.

2.1.- Planteamiento del problema. El estudio de este tema se iniciará por la posición sustentada por los hermanos Mazeaud; los cuales consideran a la *responsabilidad civil como una obligación consistente en la reparación del daño causado*, a diferencia de la responsabilidad penal a la que consideran como una sanción. La definición de los autores mencionados presenta un error de método, y uno de concepción, como veremos a continuación.

2.2.- Aspectos metodológicos. Henri y León Mazeaud equiparán la sanción con la pena, al decir que *la responsabilidad penal es una sanción, consistente en una pena*. La primera parte del planteamiento es correcta, el problema se presenta en la segunda parte, cuando afirman que *la responsabilidad civil no es una sanción, porque no es cuestión de penar sino de reparar, y en tal sentido es una obligación*. La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil es para los hermanos Mazeaud una obligación, lo que es parcialmente cierto, pero presenta errores de método y de concepción.

De lo anterior se aprecia claramente que el error de método, en el que incurren los hermanos Mazeaud, en el estudio la responsabilidad civil, se debe a que *no se plantean la pregunta obligada de si existe unidad en la responsabilidad, es decir, si es posible la elaboración de un concepto común, o existen diferentes responsabilidades que no tienen nada en común, exponiendo, de ser así sus diferencias; si bien no formulen expresamente la pregunta, y por lo mismo no dan respuesta, de su definición se infiere cual es su opinión al respecto.*

La concepción de los hermanos Mazeaud es que no existe unidad en la responsabilidad, y si grandes diferencias entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal, de las cuales mencionan:

a) La responsabilidad penal es una sanción, y la responsabilidad civil es una obligación.

b) La responsabilidad penal es cuestión de penar y la responsabilidad civil es cuestión de reparar.

c) La responsabilidad penal es una sanción por perturbar el orden social, y la responsabilidad civil es cuestión de reparar el daño causado a otro.

La definición en comento falla en su construcción, al no indicar el género al que pertenece, como lo define el gran pensador griego Aristóteles: *“Se ve, por tanto, que la definición es la noción suministrada por las diferencias y que conviene que sea la de la última diferencia. Esto es lo que demostraría claramente, si se invirtiesen los términos de las definiciones que contienen muchas diferencias, como si por ejemplo se dijese: el hombre es un animal de dos pies, que tiene pies. Que tiene pies es inútil, cuando se ha dicho: que tiene dos pies, además en la esencia no hay procedencia de categorías; En la definición no hay más que el género primero y las diferencias. Los demás géneros no son más que el género primero y las diferencias reunidas al género primero.”*⁴⁹ Señalado a continuación sus diferencias específicas; esta deficiencia los lleva a conclusiones erróneas, cuyas implicaciones prácticas son graves, a lo anterior podemos hacer las siguientes observaciones:

a) De su exposición es claro que tanto la responsabilidad civil, como la responsabilidad penal, son responsabilidades; sin embargo, nunca dicen que pertenecen a un mismo género, limitándose a señalar sus diferencias, por lo que, para ellos no existen características comunes. El error de método se aprecia claramente cuando nos dicen que ambas son responsabilidades; es decir, son

⁴⁹ ARISTOTELES *Metafísica*, Porrúa, México 1976. P. 128.

especiales de un mismo género: la responsabilidad. Lo primero a determinar precisamente es en que consiste la responsabilidad.

b) Afirman que la responsabilidad es por causar un daño a otro, y la responsabilidad penal es por causar un perjuicio social. De esta comparación es claro que daño y perjuicios son usados en el mismo sentido como un daño, como sinónimos, de lo que resulta que en ambos casos son responsabilidad por causar un daño.

c) La responsabilidad penal es cuestión de penar, la responsabilidad civil es cuestión de reparar; de donde resulta que la penal es por causar un daño social y la civil por causar un daño a otro, de ahí la diferencia en la consecuencia, que en el primer caso es una pena y, en el segundo es la reparación del daño.

d) La responsabilidad penal es una sanción, y la responsabilidad civil es una obligación, la primera consiste en una pena, la segunda en una reparación. En esta afirmación es donde incurren en un gran error en el análisis y construcción conceptual de la responsabilidad.

2.3.- Responsabilidad, sanción y obligación. Los hermanos Mazeaud al considerar diferentes la responsabilidad civil y la penal, mencionan como diferencias entre estas, que la civil es cuestión de reparar, y la penal de penar, por lo que trataremos de determinar si realmente son diferentes.

Al considerar que no hay similitud entre la responsabilidad penal y civil, ya que la primera amerita una pena, y es materia de castigo, de sanción, y en la responsabilidad civil se impone la reparación, el resarcimiento, una obligación, podemos hacer las siguientes observaciones:

En primer lugar, resulta, que si bien ambas responsabilidades son consecuencia de causar un daño, tienen un tratamiento diferente: en materia penal el causar un daño se castiga, se sanciona, y en materia civil el causar un daño no se castiga, se repara; así la responsabilidad penal trae aparejada una sanción,

mientras que la responsabilidad civil entraña una obligación. La contradicción en el planteamiento es obvia, en derecho penal el causar un daño se castiga, y el derecho civil el causar un daño no se castiga se repara.

En segundo lugar, del punto anterior se aprecia el desfasamiento en el análisis de la responsabilidad: son niveles diferentes de conceptualización, es decir, *no es cierto que sólo en materia penal se castigue con una sanción el causar un daño, sino que necesariamente también en materia civil se castiga con una sanción el causar un daño*. La deficiencia la podemos apreciar con facilidad si partimos de que en ambos casos el daño implica una transgresión de la ley, y que por lo tanto no puede quedar impune ninguna conducta violatoria de la norma, *sino sólo los casos que esta expresamente lo indique*. La diferencia reside en el tipo de castigo, en la sanción que se impone. Así la responsabilidad penal se sanciona con una pena al agente del ilícito, en cambio, la responsabilidad civil se sanciona con la obligación de reparar el daño ocasionado.

2.3.1.- Sanción. Es cierto que la pena es una sanción por la adecuación de la conducta del agente del ilícito, al tipo descrito en la ley penal, siempre y cuando no existan causas de justificación o absolución que lo liberen de la responsabilidad penal.

Los hermanos Mazeaud establecen en su análisis una relación de sinonimia perfecta entre sanción y pena, con exclusión de cualquier otra figura, con lo cual incurren en el error metodológico de confundir el género con la especie; es cierto que toda pena es una sanción, pero es totalmente falso afirmar lo contrario, que toda sanción es una pena, lo anterior dejaría fuera entre otras sanciones las multas impuestas por infracciones a los ordenamientos administrativos.

La sanción es un término equivoco, y es de los pocos nombres que además de tener diversas acepciones, también tiene significados contrarios, y como

menciona el maestro Hans Kelsen, la sanción de acuerdo con el principio de retribución es la consecuencia de la calificación por la ley de una conducta determinada y puede consistir en un premio o en un castigo, en el presente trabajo sólo lo trataremos en el segundo de sus significados.

La sanción considerada como castigo es un género que comprende varias especies de diversa índole, tales como: la imposición de una pena, de una multa, de una obligación. En este sentido la sanción es la calificación consistente en el castigo, a que se hace merecedor el sujeto por transgredir las normas jurídicas. Lo anterior nos permite apreciar con claridad el error de la definición en comento.

Lo anterior nos permite concluir que la definición de los hermanos Mazeaud es deficiente por convertir en sinónimos a la sanción y a la pena, sin entender que esta última es sólo una forma de la primera pero no la única.

2.3.2.- Obligación. Es cierto, como afirman Henri y León Mazeaud que la responsabilidad civil implica la obligación de reparar el daño causado, sobre el particular *no existe discusión alguna*.

Lo importante es que si al autor del daño se le impone la obligación de reparar el daño irrogado, es claro que esto constituye una sanción para el sujeto responsable, de donde se aprecia la falsa apreciación al afirmar que en la responsabilidad civil no existe sanción y que por lo mismo no se castiga.

2.4.- Naturaleza jurídica. De lo supuesto en el apartado anterior podemos afirmar que la responsabilidad civil participa de una doble naturaleza jurídica: es una sanción y es una obligación.

2.4.1.- Responsabilidad civil como sanción. En este sentido podemos considerar a la responsabilidad civil como la consecuencia de un hecho ilícito, que

originó un daño a otra persona, siendo requisito indispensable la existencia de un daño, ya que a su falta no puede producir la responsabilidad civil.

El daño, para la responsabilidad civil, es el motivo de la sanción, en otras palabras, se castiga el haber causado un daño. El olvido de este aspecto es el que ha llevado a los estudiosos de esta institución a graves errores de conceptualización, por no comprender que en este sentido el daño y el hecho ilícito son una y la misma cosa.

La obligación, en la responsabilidad civil, consiste en la reparación del daño irrogado. En este sentido, el daño es en primer lugar, fuente de la obligación, dicho de otra forma, de causar un daño nace la obligación de su reparación, pero en segundo lugar, el daño es también objeto de la obligación, ya que ésta consiste precisamente en su reparación, así el daño es fuente y objeto de la obligación.

2.5.- La teoría de los autores citados parte de la premisa de que del derecho penal surgió el derecho civil, afirmación errónea desde su origen. Para que exista el derecho penal como tal, como un conjunto sistematizado de normas que regulan y tipifican expresamente las conductas ilícitas, se requiere de la existencia de un derecho de naturaleza jurídica totalmente diferente.

Hablar de la confirmación del derecho penal, es referirnos a una rama del derecho, y por lo mismo a la existencia de otras especies de derecho, diferenciadas del derecho penal y del derecho en general. Es necesario aclarar que el primer derecho no puede ser considerado como penal sólo porque castiga, por sancionar determinadas conductas, lo cual es olvidar que el derecho tiene como finalidad regular la conducta del hombre en sociedad, y por lo mismo sanciona toda conducta contraria a la convivencia pacífica.

La diferenciación del derecho se da sólo a partir del momento en que se logra un amplio desarrollo en su sistematización; así aparece la diferenciación entre derecho penal y civil, que es precisamente su opuesto, y ambas son especies que se desprenden de el sistema general de normas jurídicas que era precisamente el derecho antiguo.

Es claro que el derecho penal sólo puede existir en contraposición a un derecho civil, al derecho privado por excelencia, y por indeterminación de este, pero que en definitiva no puede existir el uno sin el otro. La afirmación de los hermanos Mazeaud de que el derecho civil se desprendió del derecho penal no es correcta, y es parte de su concepción precisamente de que el derecho penal sanciona castiga y el derecho civil al desprenderse del penal no castiga, no impone penas.

3. Responsabilidad civil y responsabilidad penal. Una vez determinada la doble naturaleza jurídica de la responsabilidad civil al ser al mismo tiempo sanción y obligación, en este párrafo trataremos de determinar las diferencias entre ambas especies de responsabilidad.

3.1.- Comparación de la responsabilidad civil y penal. A efecto de contar con más elementos que nos permitan comprender y definir la responsabilidad civil, a continuación la compararemos con la responsabilidad penal. Como vimos ambas especies de responsabilidad son consecuencia de la transgresión de la norma jurídica, es decir son la sanción por un hecho ilícito, por lo que la comparación la referimos al tratamiento que hacen del ilícito.

3.1.1.- La responsabilidad es una sanción por un hecho ilícito, por lo que su naturaleza jurídica es la de ser una sanción, y ambas especies la civil y la penal *constituyen una sanción por un hecho ilícito.*

3.1.2.- En derecho penal la sanción está expresamente determinada para cada delito, en cambio en materia civil no existe una sanción para cada ilícito.

3.1.3.- En materia penal existe una relación intrínseca entre sanción y delito, para cada delito la ley prevee una sanción específica, y en derecho civil si bien, si existe una correspondencia intrínseca entre la sanción y el ilícito, no existe una sanción específica para cada ilícito.

3.1.4.- El ilícito penal, está expresamente descrito en la ley, existe un catálogo de delitos, en materia el ilícito no está expresamente descrito, no existe un catálogo de ilícitos.

3.1.5.- En el ilícito penal se atiende a la conducta del agente del ilícito la cual debe estar expresamente descrita en la ley, en materia civil no se describen las *conductas ilícitas*.

3.1.6.- El ilícito penal se realiza por el adecuamiento de la conducta al tipo descrito en la ley, en materia civil el ilícito se verifica por el no adecuamiento de la conducta a la prevista en la norma.

3.1.7.- En materia penal existe un catálogo de delitos, hay ilícitos, en cambio, en materia civil como dicen Ripert y Boulanger no hay ilícitos hay ilícito.

3.1.8.- En ilícito penal la sanción consiste en una pena, en materia civil la sanción es la obligación de reparar el daño causado.

3.1.9.- La sanción en derecho penal tiene como fin preveer y reprimir las conductas ilícitas, en materia civil la sanción tiene como fin el reparar el daño causado.

3.1.10.- La sanción en materia penal está en correspondencia directa con la conducta del agente del ilícito, en materia civil la sanción está en relación directa el daño causado.

3.1.11.- En ilícito penal la sanción es la retribución a la sociedad por la perturbación del orden social, en materia civil la sanción es la retribución al ofendido.

3.1.12.- En materia penal existe una sanción para cada delito, en materia civil no existen diferentes tipos de sanciones sino una sola, la obligación de reparar el daño causado a otro.

3.1.13.- La sanción en materia penal recae principalmente sobre la persona del sujeto activo del ilícito y, en materia civil exclusivamente sobre el patrimonio del sujeto responsable.

3.2.- Responsabilidad civil y responsabilidad penal. Una vez enunciadas las principales diferencias entre estas especies de responsabilidad, podemos formular las siguientes conclusiones:

3.2.1.- Responsabilidad penal. Esta especie de responsabilidad es la sanción por la realización de una conducta ilícita, realizada tal como lo prevee la hipótesis normativa, por lo que existen diversos tipos de conducta ilícita a las que corresponde una sanción determinada, y tanto la conducta como su correspondiente sanción deben estar expresamente previstas en la ley, y la sanción recae principalmente sobre la persona del responsable.

3.2.2.- Responsabilidad civil. Esta especie es la sanción por un hecho ilícito, por el no adecuamiento a la conducta prevista en la norma, de otra forma, por el incumplimiento de un deber, sea éste un deber general o de una obligación

preexistente, la sanción deriva del daño causado y no de la conducta del responsable, y la sanción recae sobre el patrimonio del responsable.

3.2.3.- Ilícito civil e ilícito penal. Sobre el particular podemos afirmar que si bien ambos son ilícitos y, en este sentido, como menciona Von Tuhr son la transgresión de la norma jurídica, el ilícito penal se basa en la conducta del responsable, a diferencia del ilícito civil, que se basa en el daño causado.

4. Teoría de culpa y teoría del riesgo creado. En los apartados anteriores se trataron la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil, y sus diferencias con la responsabilidad penal, a continuación nos referimos a las dos teorías que han dividido a los estudiosos de ésta institución.

La responsabilidad civil, como mencionan los hermanos Mazeaud, ha explicado la obligación de reparar el daño causado a través de dos teorías: la de la culpa y la del riesgo creado; como veremos ambas teorías incurren en su análisis en una apreciación poco afortunada.

4.1.- Teoría de la culpa. La obligación de reparar el daño ha sido explicada principalmente por esta teoría. En este sentido se dice, que es la teoría tradicional y predominante. Es en Francia donde estas dos teorías se han confrontado fuertemente. Entre los principales exponentes y defensores de la teoría de la culpa tenemos a Henri Capitant Marcel Pianol, Georges Ripert, y especialmente a Henri y León Mazeaud que con Andre Tunc han realizado un extenso estudio de ésta institución. A continuación expondremos las ideas fundamentales de estos autores.

4.1.1.- Henri Capitant. Los hermanos Mazeaud citan en su obra, la opinión de su maestro Henri Capitant y que se basa en los siguientes puntos: *“Y precisamente a fines del siglo XIX en aquella época en la cual iniciaba Capitant su ingeniosa enseñanza en la Facultad de Derecho de Grenoble, es la época en que arrastrada*

por la modificación de las circunstancias económicas, la responsabilidad civil paso a primer plano de las preocupaciones jurídicas. Por entonces la teoría tradicional, fundada sobre la culpa del responsable estuvo a punto de zozobrar bajo la presión de los hechos y ante el golpe de los partidarios de la responsabilidad sin culpa. Pero sostenido por Capitant, reforzado por el viejo edificio resistió, la culpa adaptada a las circunstancias nuevas ha seguido siendo en Francia el fundamento de la responsabilidad civil... Escribe Capitant: = Rechazamos el principio mismo de la responsabilidad por el simple hecho, porque tendría consecuencias peligrosas e injustas; llevaría nada menos que a matar toda iniciativa ...Decir el hombre debe soportar las consecuencias de sus actos, incluso lícitos, desde el momento en que infligen un perjuicio a otro, porque cada cual debe correr el riesgo de su acción, es condenarlo a la inercia...(adoptar la teoría del riesgo) sería hacer que pesara sobre los hombres una responsabilidad abrumadora; sería paralizar el espíritu de iniciativa. Nadie se atrevería ya hacer nada, ya que la mayor diligencia no lo pondría ya al abrigo de la responsabilidad =".⁵⁰ a) El sujeto causante del daño no es responsable si actúa ilícitamente y con la mayor diligencia. b) Hacer responsable a un sujeto del perjuicio ocasionado con su acción aún obrando lícitamente, mataría la iniciativa condenando al hombre a la inercia. c) El principio de la responsabilidad por el simple hecho, sería peligroso e injusto pues traería una responsabilidad abrumadora para el sujeto causante del daño.

Lo mencionado nos permite afirmar que para Henri Capitant, la responsabilidad civil debe derivar de la culpa del agente, realizando de esta forma una equiparación entre la responsabilidad civil y la penal, no existiendo para el en este sentido ninguna diferencia, pues la finalidad sería en estricto sentido castigar, al sancionar la conducta del sujeto responsable, si actuó con culpa.

Es injusto, nos dice, que el hombre soporte la responsabilidad por un perjuicio causado, si no ha realizado actuando lícitamente. En apariencia es correcto el planteamiento de considerar que es injusto que un hombre sea responsable del daño que causó actuando lícitamente. Sin embargo subyace una

⁵⁰ MAZEAUD, Henri y León y TUNC, Andre op. cit. Pág.. IX, et seq.

contradicción en su formulación y, tiene como fundamento el hecho de considerar que la responsabilidad civil deriva de la culpa del sujeto responsable, por lo que en nada se tiene que considerar al sujeto pasivo, sino sólo para efecto de la reparación del daño, pero siempre que haya culpa del agente causante.

Como se puede apreciar, para Henri Capitant la justicia tiene características especiales, contrario a lo que pesaba uno de los mayores pensadores de la Grecia antigua Aristóteles: *“La justicia así entendida es la virtud perfecta, pero no absolutamente, sino con relación a otro... Por lo cual también la justicia parece ser la única de las virtudes que es un bien ajeno, porque es para otro”*,⁵¹ y no son de aplicación general, lo cual hace necesario hacer algunas consideraciones sobre la justicia, ya que el autor sólo la considera en relación al sujeto responsable del daño, sin considerar al sujeto pasivo del mismo, es decir, en su exposición no es injusto que se sufra un daño cuando el sujeto responsable del mismo actuó lícitamente.

Lo anterior nos permite afirmar que para Capitant la justicia se relaciona únicamente respecto del sujeto responsable, olvidando que la principal característica de la justicia, que al decir de Aristóteles, es que debe ser considerada en relación a otro, por ser un bien ajeno, ya que es para otro; en este sentido los actos son justos en relación a las otras personas, no en relación al sujeto que los realiza, por lo cual la base de sustentación de la teoría de la culpa es poco afortunada en relación a la justicia.

Henri Capitant le da a la responsabilidad civil el mismo tratamiento que a la responsabilidad penal, olvidando que la finalidad de ambas responsabilidades es diferente, como vimos, la responsabilidad penal tiende a reprimir y prevenir las conductas ilícitas, en cambio la responsabilidad civil tiende a la reparación del

⁵¹ ARISTÓTELES *“Ética Nicomaquea”*, Porrúa, México, 1984, Pág. 59.

daño causado, es decir, la responsabilidad civil deriva de haber causado un daño, y no de la conducta del agente del ilícito.

Como podemos apreciar la teoría de la culpa de Capitant no tiene fundamentos sólidos, para considerar a la responsabilidad civil de la misma forma que la penal, es decir, atendiendo exclusivamente a la conducta del agente del ilícito. Lo anterior nos permite afirmar que considera a la responsabilidad civil, como una sanción a pesar de que no lo dice expresamente; pero la considera igual a la sanción penal, es decir, que su finalidad es castigar al sujeto responsable del daño, y por lo mismo se requiere que haya actuado con culpa.

En Capitant como en los demás exponentes de la teoría de la culpa no existe solución a la contradicción, de que la responsabilidad civil sea una sanción y a la vez sea la obligación del sujeto responsable de reparar el daño, es decir son situaciones totalmente diferentes sin relación. La sanción a la conducta del agente por ser precisamente un castigo se requiere que haya actuado con culpa, para que exista la obligación de reparar el daño; en caso contrario, de no existir culpa no se puede castigar al sujeto causante del daño, por lo mismo no hay responsabilidad. De lo anterior es claro que la sanción a la conducta ilícita es distinta de la obligación de reparar el daño.

4.1.2.- Marcel Pianol y Georges Ripert. Estos autores consideran a la culpa como el elemento determinante de la responsabilidad y, basan su teoría en los siguientes puntos que se sacan de la siguiente cita de TAMAYO JARAMILLO Javier *"Culpa Contractual"* Temis, Colombia, 1991. *"La confusión ha sido introducida por el empleo de una terminología defectuosa. En lugar de entender por culpa, conforme al sentido corriente de la palabra, un acto sujeto a reproche, se ha dicho que el deudor esta en culpa por el sólo hecho de no haber ejecutado su obligación. La formula ha podido parecer exacta, porque la culpa que consista siempre sea en haber cometido un acto prohibido, sea en haber omitido cumplir un acto ordenado, no puede ser definida sino como la inexecución*

de una obligación. Pero se ha entendido como la inejecución de la obligación el sólo hecho de no haber procurado al acreedor, la satisfacción que él esperaba del contrato. Se puede decir entonces del deudor de un cuerpo cierto entre cuyas manos la cosa perece, que él no ha ejecutado su obligación de guarda y entrega. Sin embargo el artículo 1302, dice que el deudor no siempre es responsable en semejante caso. Es necesario entonces por culpa un acto sujeto a reproche en el sentido de que el deudor incurre en una censura por un hecho preciso de omisión o de comisión. Y la cuestión consiste en saber si una culpa así entendida, para que haya responsabilidad contractual... La respuesta es que hay casos en que el deudor es responsable si ha cometido una culpa y casos en los que es responsable aunque sea irreprochable..." pag. 7 cfr, en PLANIOL Marcel y RIPERT Georges "Tratado Elemental de Derecho Civil". Cajica. México 1988, tomo II, volumen I pag, 470 et seq. "La culpa es el incumplimiento de una obligación preexistente y cuando este incumplimiento causa un daño a otra persona, la ley ordena su reparación. Por tanto la idea de culpa considerada en sí misma es sencillísima y esta en relación directa con la idea de obligación, nadie puede incurrir en culpa si antes del acto que se le imputa no estaba obligado a nada".⁵² :

- a) . La culpa es el incumplimiento de una obligación preexistente;
- b) . Es necesario que el incumplimiento cause un daño a otro;
- c) . No hay culpa si antes del acto dañoso no se estaba obligado a nada;
- d) . Hay casos en que el deudor es responsable si ha cometido culpa, y casos en que es responsable aunque sea irreprochable;
- e) . La culpa es un acto sujeto a reproche por un hecho preciso de omisión o de comisión.

Como se aprecia de lo indicado, la teoría de Planiol presenta una contradicción insuperable; ya que primero nos dice que para que un sujeto sea responsable se requiere que haya incurrido en culpa, después nos dice que la

⁵² PLANIOL Marcel y RIPERT Georges "Tratado Elemental de Derecho Civil", Cajica, México, 1988. tomo II. Volumen I. Pág. 470 et. Seq.

culpa es un acto sujeto a reproche, y posteriormente que el deudor puede ser responsable si su acto es reprochable o aún si es irreprochable.

Consideramos correcto el planteamiento, el problema reside en que Planiol no aclara porque existe responsabilidad si su acto no es reprochable; en tal sentido, nos preguntamos: ¿Si es responsable aún cuando su conducta no sea reprochable, es o no culpable? y, en caso de ser culpable, y por consistir esta en la reprochabilidad del acto ¿En qué consiste la culpa cuando el acto no es reprochable?

En la obra de Planiol no hay respuesta a los planteamientos indicados, lo que constituye una falla en su conceptualización de la responsabilidad así como la teoría de la culpa. *“Cuando la culpa cause perjuicio, produce, a cargo de su autor la obligación de indemnizar a la víctima. Esta obligación de pagar daños y perjuicios es, en materia civil la sanción necesaria tanto en las obligaciones legales como en las convencionales”*.⁵³

El problema consiste en considerar a la responsabilidad civil como la sanción por haber actuado con culpa, y en ese sentido la finalidad de la responsabilidad civil es el castigo al sujeto culpable, Planiol da el mismo tratamiento a la responsabilidad civil y penal, en ambas la finalidad es la sanción de la conducta culpable.

La responsabilidad civil para el autor citado es la sanción consistente en pagar los daños y perjuicios, siempre que el sujeto activo haya actuado con culpa y además cause un perjuicio a pesar de que la proposición es correcta, su conclusión no es congruente con esta. Nos dice que la sanción consiste en la reparación del daño, es decir que lo fundamental es la reparación de daño al grado que de no existir este no hay responsabilidad, como se aprecia en la anterior cita.

⁵³ PLANIOL Marcel y RIPERT Georges. Op. cit. pag.509

La exposición de Planiol de la culpa presenta los siguientes problemas: Nos dice **primero** que: la culpa sólo existe por causar un daño, y que este es condición para que la culpa sea reprimida por el derecho, y, **segundo**, que: un acto constituye culpa no por causar daño, sino por ser contrario al derecho, y que el daño no debe incluirse en la definición de culpa, como se aprecia en la cita siguiente: “ El derecho no considera la culpa en si misma y abstracción de sus resultados como lo hace la moral, el legislador toma únicamente en consideración el orden social, y sólo debe intervenir cuando éste es perturbado. De esto resulta que la culpa sólo existe jurídicamente por sus resultados, es decir, por el daño que haya podido causar. El derecho no tiene por que tomar en consideración una culpa que no haya producido ningún daño. Sin embargo, en la definición de culpa no debe comprenderse la idea de daño, pues éste es una posible consecuencia de ella, pero en ninguna forma necesaria: un acto constituye una culpa no por ser perjudicial sino por ser contrario al derecho. El daño constituye únicamente la condición para que la culpa sea reprimida por el derecho”.⁵⁴

De lo anterior podemos concluir que si la culpa es un acto contrario a derecho, y que, si la culpa, sólo existe y se reprime si causó un daño, es evidente que el acto contrario a derecho es el causar un daño, por la misma razón el causar un daño es precisamente el hecho ilícito del que deriva la culpa.

Planiol no realiza la conclusión porque sería atentar contra la teoría de la culpa, y concluye que se castiga la culpa, cuando lo que en realidad se sanciona es el haber causado un daño, lo cual acepta indirectamente cuando dice que es responsable aún cuando la conducta sea o no reprochable.

Es necesario indicar que la proposición de Planiol presenta otra contradicción, cuando afirma que la culpa es el incumplimiento de una obligación como lo hace notar en la presente cita: “... analizamos la noción de obligación y se opuso al derecho real, con el nombre de derecho de crédito. Recordemos que consiste ella en

⁵⁴ PLANIOL Marcel y RIPERT Georges. Op. cit, pag.478

*una relación jurídica entre dos personas, una de las cuales es acreedora y la otra deudora, la relación total se llama obligación; la misma relación se denomina deuda o crédito, según se considere del lado activo o del lado pasivo... Se llama "objeto" de la obligación la cosa que el acreedor puede exigir al deudor" y en la pag. 497 et seq. "... ambas culpas crean igualmente una obligación la de reparar, mediante una indemnización, el daño causado; una y otra suponen igualmente la existencia de una obligación anterior; una y otra consisten igualmente en un hecho: la violación de esa obligación. Solamente que se ha convenido llamar culpa delictuosa, la obligación violada es una obligación legal, cuyo objeto generalmente consiste en un hecho negativo, en una abstención."*⁵⁵

Con lo cual considera al deber igual que la obligación, lo cual no puede ser aceptado, por confundir el género de deber jurídico con la especie obligación. En el deber como dice Carbonier en la cita siguiente: *"Toda obligación supone un deber, pero no al contrario. Para que quepa hablar de una obligación en sentido técnico es menester que el deber conlleve un vínculo jurídico, con la subsiguiente sanción estatal, ligando a una persona respecto de otra, y exigiéndose por ende la determinación del acreedor".* Y adelante *"La ley impone al ser humano determinados deberes para con sus semejantes... Estos deberes se establecen en interés general, o, al menos en un interés determinado y en caso de violación, se produce un daño y surge una obligación de resarcimiento, dotada de un acreedor. Sin embargo mientras este resultado lesivo no sobrevenga no existe obligación ni relación obligacional en sentido técnico, ya que nadie puede tomar la iniciativa de titular de un pretendido derecho de crédito cuya ejecución se reclama".*⁵⁶ Lo que existe en realidad es un deber absoluto del cual nadie puede considerarse titular de un pretendido derecho de crédito cuya ejecución se reclame, pero que no existe obligación ni relación obligacional.

La importancia de señalar la contradicción nos lleva precisamente a determinar la esencia de la responsabilidad, que consiste precisamente en el deber

⁵⁵ PLANIOL Marcel y RIPERT Georges. Op. cit. Pág...108 y 497 et seq.

⁵⁶ CARBONIER Jean *"Derecho Civil"*, tomo II, volumen II, Bosch, Barcelona España 1971 Pág...84 et seq.

de toda persona de no dañar a nadie, o en sentido contrario, nadie puede sufrir un daño sin derecho, lo cual es contrario a la teoría de la culpa como la expone Planiol, es decir, la culpa deviene de causar un daño sin derecho, es por esto que se es responsable sea o no reprochable la conducta del agente causante del daño. La culpa deviene de causar el daño sin derecho.

4.1.3.- Henri y León Mazeaud y Andre Tunc. El planteamiento de la teoría de la culpa por estos autores es más complejo, como lo determinan en la siguiente cita: "Por consistir el efecto de una responsabilidad civil, en reparación de un daño, no podría existir responsabilidad civil sin daño. Por lo tanto el perjuicio es un requisito de la responsabilidad civil. Pero no todo perjuicio da lugar a reparación. En principio deben reunirse otros dos requisitos para que exista una responsabilidad civil: una culpa, un vínculo de causalidad entre la culpa y el daño; sólo la persona, que por su culpa, ha causado un daño esta obligada a repararlo... La culpa, requisito y fundamento de la responsabilidad civil".⁵⁷ Lo que permite un análisis más profundo.

- a) . La responsabilidad civil es la reparación del daño causado;
- b) El perjuicio (daño) es requisito de la responsabilidad civil;
- c) . Sólo la persona que por su culpa ha causado daño esta obligada a repararlo;
- d) . Podrá ser declarado responsable aquel a quien su conciencia no lo reproche nada.
- e) . En la responsabilidad civil no se debe averiguar si el responsable es culpable o no.

Los hermanos Mazeaud por un lado nos dicen, que sólo esta obligado a reparar el daño el que actuó con culpa, y por otro nos dicen en la cita siguiente: "Muy distinta es la responsabilidad civil; supone no ya un perjuicio social, sino un daño privado; la víctima no es ya toda la sociedad, sino un particular... Hace ya mucho tiempo

⁵⁷ PLANIOL Marcel y RIPERT Georges. "Lecciones de Derecho Civil", parte II volumen II Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, Argentina 1982. Pág...58.

que un particular ya no puede castigar; tan sólo la sociedad posee ese derecho. Por consiguiente la víctima del daño no tendrá que castigar al autor del daño; únicamente le pedirá reparación... Las bases mismas ambas responsabilidades son entonces muy diferentes. La responsabilidad penal exige la investigación de la responsabilidad del agente, o al menos la comprobación del carácter socialmente peligroso que pueda presentar ese individuo o su acto. Nada parecido en la responsabilidad civil. Ni una ni otra de tales consideraciones desempeñan aquí papel alguno. No sólo importa poco que el acto que haya causado el daño a un particular no amenace al orden social, sino que nunca hay que averiguar si el autor de ese acto es culpable o no; aquel a quien su conciencia no le reproche nada podrá ser declarado civilmente responsable de su acto... Resulta de ello que, lógicamente, el importe de los daños y perjuicios concedidos a la víctima debe ser independientemente de la gravedad del acto realizado".⁵⁸ Que es responsable aunque su conciencia no le reproche nada, aunque no sea culpable.

La contradicción al igual que en Planiol es evidente, o la culpa del agente causante del daño es o no indispensable, para que exista la obligación de reparar el daño. Los autores no proporcionan ninguna explicación al respecto.

El conflicto en la exposición de los hermanos Mazeaud, se debe a que para ellos, la responsabilidad civil es diferente de la responsabilidad penal, y como ésta última es una sanción, un castigo, y se requiere determinar la culpabilidad del agente del ilícito; y en cambio como la responsabilidad civil no es una sanción, no interesa si el agente es culpable o no, el problema reside en que para los hermanos Mazeaud la responsabilidad civil no es una sanción, lo cual constituye una falla en su teoría.

El criterio anterior lo invierten en sus Lecciones de Derecho Civil, al tratar a la culpa como requisito y fundamento de la responsabilidad civil, donde afirma que sólo se responde de los daños causados si se realizaron con culpa, porque se

⁵⁸ MAZEAUD, Henri y León y TUNC, Andre op. cit. Pág... 7. et seq.

requiere de la culpa para que exista la obligación de reparar los daños causados. El resultado es que es necesario investigar la culpa del sujeto activo del daño, con lo que a pesar de todo consideran a la responsabilidad civil como una sanción.

La contradicción en la teoría de los hermanos Mazeaud, sobre la conceptualización de la responsabilidad civil, consiste en que esta es una sanción, pero no porque se tenga que averiguar la culpa del agente para castigarla, y poder determinar su obligación no porque no sea una sanción, no por exclusión, sino precisamente porque en eso consiste la sanción, en la obligación de reparar el daño causado.

4.1.4.- Teoría de la culpa. Consideramos que la teoría de la culpa ecléctica y errónea por lo siguiente:

- a) . No se define sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil, y la trata como una sanción a la conducta culpable del sujeto activo, pues considera la culpa como requisito indispensable.
- b) . También considera la naturaleza de la responsabilidad como una obligación porque no es una sanción.
- c) . Nos dicen que es una obligación pero no mencionan la fuente, de ahí, que Planiol diga que se debe al incumplimiento de una obligación preexistente.
- d) . Es una teoría ecléctica porque no puede conciliar el hecho de que la responsabilidad sea al propio tiempo una sanción y una obligación, a pesar de que la consideran en ambos aspectos pero en forma incorrecta.
- e) . Es una obligación porque existe una relación entre el sujeto responsable y el sujeto pasivo del daño, en la que el responsable debe resarcir los daños al sujeto pasivo, por lo cual no puede ser una sanción.
- f) . Al mencionar a la culpa como requisito indispensable para la responsabilidad, consideran a ésta última como un castigo a la conducta del autor del daño.

g) . Existen casos en que se es responsable aún actuando sin culpa, pero no mencionan el porque de la responsabilidad.

h) . La contradicción se aprecia cuando dicen que, no es una sanción porque no se investiga la culpa del autor del daño, pero, posteriormente afirman que la culpa es requisito indispensable de la responsabilidad.

i) . Por lo anterior no pueden aportar el porque existen casos de responsabilidad cuando la conducta del autor del daño no es reprochable, los que únicamente pueden ser explicados debido a que en realidad se sanciona es el daño causado y no la conducta del sujeto activo.

Consideramos que una persona está obligada a reparar el daño que cause - aún actuando lícitamente - si con motivo de su acción u omisión ha causado un *daño*; es decir, para nosotros la responsabilidad no nace, y en tal sentido no depende de que la conducta del sujeto sea reprochable, no se requiere como en la responsabilidad penal si existe culpa o no del agente del ilícito, sino que su responsabilidad deriva de haber causado un daño, por lo que el daño considerado en si mismo constituye un hecho ilícito.

La responsabilidad civil a diferencia de la responsabilidad penal, no parte del análisis del hecho de que el autor del daño haya actuado culpablemente o no, para la responsabilidad civil lo importante es la verificación del daño, la existencia de este, y no de la culpabilidad de su autor.

El daño así considerado es fuente y objeto de la responsabilidad civil, como lo veremos en el capítulo cuarto, pero es necesario apuntar aquí que el hecho ilícito para efectos de la responsabilidad civil es el *daño*, y que una persona es responsable por haber causado un daño.

4.2.- **Teoría del riesgo creado.** Como la teoría predominante ha sido la de la culpa, existe poca información sobre la teoría del riesgo creado, los hermanos Mazeaud y Tunc infieren sobre la teoría lo siguiente: *“ Limitar la responsabilidad al ámbito de la culpa individual es infligirle una pérdida a aquel puramente pasivo; mientras que la justicia exige que cada cual soporte las consecuencias de sus actos - Saleilles - >...< 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 el editor responsable de los daños que ese organismo cause en su camino; hecha abstracción de toda idea de culpa, de toda cuestión de imputabilidad - Josserrand - >...< que la certeza de ser responsable es preferible a la incertidumbre que crea la teoría de la culpa - Saleilles ->.”*⁵⁹ y sus características principales son las siguientes.

Es necesario mencionar la importancia de las opiniones de Josserrand quien es mencionado por el tratadista Javier Tamayo Jaramillo en su libro *“De la Responsabilidad Civil”*. *“ No hay en el mundo nada más complejo y más viviente, bajo la acción de la vida moderna, siempre más mecánica y siempre más intensa, la responsabilidad tiende a ocupar el centro del derecho civil, es decir, del derecho en su totalidad, en cada materia, en todas las direcciones, siempre terminamos en ella, en el derecho público como en el derecho privado, en el dominio de las personas, como en el de los bienes; en todos los instantes y en todas las situaciones se convierte en punto neurálgico común a todas las instituciones.”*⁶⁰ las cuales constituyeron los argumentos fundamentales a la teoría del riesgo, y son:

Es importante la afirmación que hace de la responsabilidad civil como el punto común de todas las instituciones, tanto del derecho público como del derecho privado, es por lo mismo la categoría más general.

⁵⁹ MAZEAUD Henri y León y TUNC Andre. op. cit. Tomo I, volumen II, pág 5 et. Seq.

⁶⁰ MAZEAUD Henri y León y TUNC Andre. op. cit. Tomo I, volumen II, pag 5 et. Seq.

Las características principales de la teoría del riesgo de acuerdo de Saleilles son:

- a) . El principio de que cada quien soporte las consecuencias de sus actos.
- b) . La responsabilidad nace de causar el daño, sea o no culpable.
- c) . Si se obtiene provecho por su actividad se debe soportar las cargas del daño que causa.
- d) . Se funda en una idea de justicia y de moral.

Aparentemente esta teoría de los riesgos creados no atiende a la conducta del agente sino al hecho de causar el daño, pero repetimos, es sólo apariencia porque como dice acertadamente Planiol: " *Estimo que la cuestión continua en el mismo estado, pues en todo caso es necesario saber si la creación de este nuevo riesgo en sí mismo es culpable, capaz de hacer incurrir en responsabilidad a su actor, esta nueva doctrina, lejos de ser un progreso constituye un retroceso, que nos conduce a los tiempos bárbaros, anteriores a la Lex Aquilia, cuando se atendía a la materialidad de los hechos. De las reglas formuladas por la ley, los jurisconsultos derivaron la idea de la culpa mediante prolongados análisis, que sería necesario nuevamente iniciar, si llegara a dominar la idea simplista del riesgo.*" Y nota 1 " *La teoría del riesgo fue expuesta con vigor lógico con la notable tesis de Teisseire sobre el **fondement de la responsabilité** < un hecho ha causado un daño... si tal hecho es reprehensible o no, poco importa. Únicamente debe considerarse la relación que tiene con el daño. Hablando con propiedad, para el derecho civil no existen hechos reprehensibles, pues no le interesan la moral ni la penalidad.> Nada es más falso: si la ley no establece penas, determina no obstante lo que es lícito e ilícito. Si soy responsable por haber causado un daño a otra persona, se debe a que una ley expresa o implícitamente se prohíbe causarle este daño. Teisseire dice también: < la culpa consiste en haber previsto la posibilidad del daño y, no obstante realizarlo>; desde este punto de vista las únicas personas*

que incurrirán en culpa serían los inteligentes y, en cambio nunca incurrirían en ella los torpes”,⁶¹ esta teoría es una modalidad de la teoría de la culpa.

La teoría del riesgo al afirmar que las personas así como obtienen provecho con su actividad deben soportar la carga de los daños que se originen con motivo de ella, en realidad y a pesar de decir que no se debe de buscar la culpa del agente, como indica Planiol, esta teoría presupone la culpa del agente; apoyándose supuestamente en principios de justicia y moral.

La teoría del riesgo si bien significó un avance dentro de la teoría de la responsabilidad civil, pues puso en evidencia las limitaciones de la teoría de la culpa en cuanto que ésta se basaba de la reprochabilidad de la actividad del responsable; también es cierto que se quedó en el camino, y no lograron sus exponentes llevarla más allá de la crítica de la teoría tradicional de la culpa, pero veamos en que consiste las limitaciones de la teoría del riesgo.

Es cierto, como afirman, que se es responsable del daño que se causa sea o no culpable; pero esta afirmación queda en contradicción cuando exigen que la soporte el que se beneficia de su actividad, reduciendo en gran medida el principio enunciado al inicio, se entiende que la limitación al ámbito en que surge esta teoría, en los accidentes del trabajo, y es en este sentido que hablan de justicia, equidad y moral.

El principio de que parten es el mismo que el iniciado por los hermanos Mazeaud y Andre Tunc, la diferencia de la responsabilidad penal y civil, y dado que en la primera importa determinar la culpabilidad del agente del ilícito, en cambio en el derecho civil no interesa si es culpable o no el que causa el daño, y por justicia, equidad o moral, por beneficiarse de su actividad, debe resarcir los daños ocasionados con motivo de ésta, por lo cual Planiol afirma, que de hecho no

⁶¹ PLANIOL Marcel, op. cit Pág... 473 et. Seq

modifica la teoría de la culpa, sino que la reafirma por ser endeble los principios en que se basa.

Es necesario reconocer a los expositores de la teoría del riesgo creado, el haber afirmado que el ámbito de la responsabilidad civil comprende a todas las ramas del derecho, lo que significó un enorme adelanto en la teoría de la responsabilidad civil, si bien, no llegaron a la conclusión de cual es su ratio legis, puesto que mencionan que se debe a la justicia, equidad y a la moral, pero referidas a la relación de patrimonios.

El principio que rige la responsabilidad, no es el de que cada quien debe soportar las consecuencias de sus actos, ni el que debe reparar el daño el que se beneficie con la actividad que lo causa. Para nosotros, los principios de la responsabilidad civil son; el deber de no dañar a nadie, el *neminem laedere*, y el de que nadie debe sufrir un daño sin derecho, los cuales trataremos en los capítulos posteriores.

5. Concepto de responsabilidad civil. Como se mencionó anteriormente, la responsabilidad civil participa de una doble naturaleza, por ser al propio tiempo una sanción y una obligación. Así mismo, se indicó que deriva de un hecho ilícito, consistente en el daño causado, y que los principios que la rigen son el deber de no dañar a nadie y el de que nadie debe sufrir un daño sin derecho; en esta situación pasaremos a formular el concepto de responsabilidad civil y a explicarlo.

5.1.- Responsabilidad civil. La definición de esta institución es fundamental por su importancia y no debe dejar lugar a dudas y la consideramos como:

La responsabilidad civil es la sanción por causar un daño sin derecho, que impone la obligación de su reparación.

5.1.1.- Responsabilidad civil como sanción. La consideración de la responsabilidad civil como sanción es simple y evidente, ya que tan sólo basta afirmar que la responsabilidad civil es la obligación de reparar el daño causado.

La simple afirmación: obligación de reparar el daño causado, nos indica que la obligación de reparar el perjuicio al nacer del hecho de haberlo causado, se convierte por tal motivo en una sanción.

5.1.2.- Sanción a un hecho ilícito. La sanción como castigo siempre es a un hecho ilícito. Como mencionamos en la responsabilidad civil, la sanción consiste en la obligación de reparar el daño causado, de lo que se desprende que si la sanción es un hecho ilícito, la sanción en la responsabilidad es por haber causado un daño, es claro que el hecho ilícito es causar el daño.

Como mencionamos, la responsabilidad civil a diferencia de la responsabilidad penal, no requiere averiguar si el agente del ilícito es culpable o no es culpable, sino que la responsabilidad nace de haber causado el daño. En base a lo anterior, la responsabilidad es una sanción a un hecho ilícito, y siendo éste el causar un daño, y si decidimos que no interesa que el agente sea culpable, debemos concluir que para la responsabilidad civil el hecho ilícito es el daño considerado en sí mismo.

5.1.3.- El hecho ilícito es el daño en sí. En la responsabilidad civil la obligación de reparar el daño, deviene del hecho ilícito de haberlo verificado, por lo que decimos que el daño es el hecho ilícito, queda por determinar en que consiste el daño, lo cual es tema del capítulo siguiente.

CAPITULO IV
EL DAÑO

CAPITULO IV

EL DAÑO

1. El daño. El daño es la premisa fundamental de la Responsabilidad civil, por ser fuente y objeto de la misma, existiendo acuerdo unánime en la doctrina, de que sin daño no puede existir la responsabilidad civil. Sin embargo, con el daño pasa lo mismo que con la responsabilidad civil, es decir, a pesar de existir una gran cantidad de estudios sobre ésta, no existe un concepto uniforme de la misma; en igual forma en tratándose del daño, no sólo no existe una definición única, sino que no existen estudios serios sobre el mismo y para nosotros el principal estudio sobre este aspecto de la responsabilidad civil es el realizado por el maestro Adriano De Cupis al que seguiremos en este capítulo que se avoca al análisis del daño.

1.1- Definición. Al definir el daño es necesario precisar su alcance y determinar sus consecuencias, lo que nos permitirá precisar la materia del daño; y al igual que con cualquier otra definición nos encontramos con dificultades para precisar lo que es éste. En este sentido examinaremos a continuación algunas definiciones del mismo, analicemos primeramente la definición del autor del libro "Compendio de Lógica" de Juan Poissant, por analogía: *"La oración que expone la naturaleza de la cosa o la significación del término. Así, cuando digo: < El hombre es animal racional > explico la naturaleza del hombre, que en el término "hombre" no quedaba explicada. Y cuando digo: " Blanco es lo que tiene blancura" no explico la naturaleza de lo blanco, sino la significación del nombre, porque es lo mismo que si dijera: "Blanco" es la voz que significa lo que tiene blancura. "A la definición le corresponde lo definido como su objeto el cual es convertible o intercambiable con ella".*⁶²

⁶² POISSANT Juan Compendio de Lógica. Universidad Nacional Autónoma de México, México 1986, Pág... 37 et. seq.

1.2.- Teoría de Atilio Anibal Alterini. La concepción de este autor en la siguiente cita “ *El concepto de daño puede ser comprendido con dos significados de distinta extensión ... En sentido amplio, hay daño toda vez que se lesiona un derecho subjetivo... para que haya daño en sentido estricto, la lesión debe recaer sobre ciertos derechos subjetivos, patrimoniales o extrapatrimoniales, cuyo menoscabo genera una sanción patrimonial... Se trata aquí de enunciar los requisitos del daño resarcible, enunciando en sí mismo como elemento del hecho ilícito civil, sin inmiscuir otros que atañen a la responsabilidad del deudor - el incumplimiento, la culpabilidad, la causalidad...*”.⁶³ Nos refiere el daño como: a) elemento del hecho ilícito y, b) como lesión de derechos subjetivos.

1.2.1.- El mencionado autor nos dice que el daño es la lesión de derechos subjetivos, en un sentido amplio, y en sentido estricto nos dice que es la lesión de ciertos derechos subjetivos, lo cual nos lleva a la necesidad de determinar lo que es lesión y lo que es derecho subjetivo.

Consideramos que el término lesión es inapropiado para definir al daño por las siguientes razones: en **primer lugar** por ser sinónimo de daño, al igual que detrimento, menoscabo, o perjuicio, lo cual lleva al absurdo de incluir en la definición lo que se pretende definir y equivale a decir que el daño, es el daño de un derecho subjetivo; en **segundo lugar**, además de ser sinónimo es un término equivoco, es decir tiene diferentes significados que no permiten precisar su naturaleza, así: en materia civil es un vicio del consentimiento, por no haberse expresado libremente la voluntad al existir suma ignorancia, notoria inexperiencia, o extrema miseria; en materia penal tiene un significado propio: como la especie de delitos que afectan la integridad corporal. Es claro que en ninguna de estas acepciones se emplea el término lesión para definir el daño.

⁶³ POISSANT Juan “*Compendio de Lógica*”. Universidad Nacional Autónoma de México, México 1986, Pág... 37 et, seq.

La definición en comento no cumple con el principal requisito de toda definición tal como nos dicen Aristóteles y Juan Poinson, de que la “... *la definición debe establecerse por género y diferencia.*”,⁶⁴ es decir, el autor mencionado no nos remite al género al cual pertenece el daño, y al definirlo emplea un sinónimo que en lugar de determinar su naturaleza, nos impide comprender en toda su extensión lo que es el daño. La determinación del género lo haremos adelante, por ahora sólo basta indicar su falta en la definición en comento.

1.2.2- El daño nos dice Alterini es la lesión del derecho subjetivo, y de conformidad con la cita de Von Tuhr Andreas de su libro *“Derecho Civil Comparado”*, “*El derecho en sentido subjetivo, es una facultad reconocida al individuo por el orden público, en virtud del cual puede el autorizado exteriorizar su voluntad dentro de ciertos límites para la consecución de los fines que elija. El derecho protege así los intereses de la persona así facultada, garantizándole la satisfacción de sus necesidades materiales y espirituales contra las intromisiones de los otros individuos... El elemento esencial en el concepto del derecho no es el interés protegido, sino el poder volitivo que se le reconoce a la persona en defensa de ese interés*”; Kelsen refiere en su libro *“Teoría General del Derecho y del Estado”*. “*Cuando el derecho tiene carácter subjetivo es necesariamente un derecho a la conducta ajena... El contenido de un derecho subjetivo es su última instancia el cumplimiento del deber de otro sujeto... El derecho subjetivo es, por tanto la norma jurídica en relación con aquel que debe expresar su voluntad para el efecto de que la sanción sea ejecutada... El derecho subjetivo no es el interés o la voluntad de la persona a quien pertenece, así como el deber jurídico no es el obligado... El derecho subjetivo es, como el deber jurídico, la norma del derecho en su relación con el individuo designado por la misma norma, o sea el actor potencial...*”

⁶⁴ POISON Juan *“Compendio de Lógica”*. Universidad Nacional Autónoma de México, México 1986. Pág... 37 et. seq.

El derecho subjetivo de un individuo sólo es posible en relación con el deber jurídico de otro, todos los derechos subjetivos son relativos... Definir el derecho subjetivo como interés protegido o voluntad reconocida por la ley es igualmente incorrecto... El derecho subjetivo tiene que consistir, por ende, no es el presunto interés, sino en la protección jurídica... El derecho subjetivo en resumen, es el mismo derecho objetivo". Y Rocco define en su texto "Tratado de Derecho Procesal Civil", lo siguiente: "... Derecho subjetivo es la facultad o el poder reconocido y concedido por una norma jurídica a un sujeto individualmente determinado de querer y obrar para la satisfacción del interés suyo, tutelado precisamente por la norma, y de imponer su voluntad y su acción a la voluntad y a la acción de otros sujetos distintos... En el derecho subjetivo efectivamente la tutela que la norma proporciona al interés, consiste según lo hemos dicho, en reconocer a la voluntad del sujeto del interés un poder o una facultad de querer y de obrar, y obrar en orden a la satisfacción de su interés y de imponer su voluntad y su acción a uno o más sujetos que aparezcan como obligados. Por el contrario en el interés jurídico, la tutela que la norma jurídica ofrece al interés es menos plena, por cuanto no concede a la voluntad y acción ajenas, sino que simplemente consiste en imponer a otros sujetos la obligación jurídica de no actuar en forma que lesionen o amenacen aquel interés".⁶⁵ La esencia de este es: a) la facultad o poder de un individuo reconocido por la norma para que externé su voluntad. b) el mismo derecho objetivo. c) la tutela de un interés. Si aplicamos lo anterior a la definición de daño tendremos lo siguiente:

En el caso del inciso a), tenemos que el daño es la lesión o perjuicio del poder, o potestad, o facultad; la sola anunciación nos permite apreciar lo incorrecto de la misma, ya que ni la facultad, ni el poder se pueden dañar, y como dice Kelsen el derecho subjetivo es el mismo derecho objetivo y éste no se puede dañar, sino como afirma Von Tuhr se transgrede.

De lo anteriormente indicado podemos concluir que el daño no recae en un derecho subjetivo, por ser éste el mismo derecho objetivo, el cual es imposible de

⁶⁵ VON TUHR Andreas. Derecho Civil Comparado”, pág 23 et. Seq; KELSEN, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado “. UNAM, México 1987. Pág... 87. et. Seq ; ROCCO Ugo. Tratado de Derecho

dañar, y sólo se transgrede, se viola. Resulta por tanto impropio el decir que el daño recae en un derecho subjetivo. La concepción del daño como elemento del hecho ilícito lo trataremos adelante.

1.3.- Teoría de Henri y León Mazeaud. La teoría de estos autores, como vimos al tratar la responsabilidad civil, incurre en una contradicción, lo mismo sucede al tratar el daño. Los hermanos Mazeaud nos dicen en la cita siguiente: “*Por consistir el efecto de la responsabilidad civil en la reparación del daño, no podría existir responsabilidad civil sin daño. Por lo tanto el perjuicio es un requisito de la responsabilidad civil... En principio deben reunirse otros dos requisitos para que exista responsabilidad civil: una culpa, un vínculo de causalidad entre la culpa y el daño; sólo la persona que por su culpa ha causado un daño esta obligado a repararlo... No es necesario definir el perjuicio, porque el sentido jurídico del término no es otro que el sentido corriente... Perjuicio es hoy sinónimo de daño... El perjuicio o daño material, se entiende por ello el perjuicio que constituye un atentado contra los derechos pecuniarios de una persona... En la esfera delictual, el artículo 1, 382 del Código Civil indica de manera expresa que es requisito de la responsabilidad civil un perjuicio, el único hecho que da lugar a reparación es el “que causa a otro un daño”... El perjuicio o daño moral, se entiende por esto el perjuicio que constituye un atentado contra un derecho extrapatrimonial, o sea, no pecuniario”.*⁶⁶

Que el daño es: a) un requisito de la responsabilidad civil. b) que daño y perjuicios son sinónimos, c) que no se requiere definir el perjuicio porque su sentido jurídico coincide con su sentido corriente, d) el único hecho que da lugar a reparación es el que causa un daño a otro, y, e) es el atentado contra un derecho patrimonial o extrapatrimonial.

Procesal Civil”, tomo I TEMIS, Bogota 1983. Pag20 et. Sect.

⁶⁶ MAZEUD, Henri y León “*Lecciones de Derecho Civil*”. parte segunda, volumen III, Pág... 54 et. Seq.

1.3.1.- En relación a que el daño es un requisito de la responsabilidad civil nos parece una enunciación imprecisa, debido a que, en primer lugar, significa una condición, o una circunstancia, lo que no es aceptable, ya que para nosotros existe una doble relación entre la responsabilidad civil y el daño que se deriva de la doble naturaleza de la responsabilidad.

En **primer lugar**, el daño es fuente de la responsabilidad civil considerando a ésta como una sanción y, en **segundo lugar**, el daño es el objeto de la responsabilidad civil considerando a ésta como una obligación lo cual nos permite apreciar claramente lo impreciso de decir que el daño es requisito de la responsabilidad, ya que no es una condición sino precisamente su fuente.

1.3.2.- El daño y perjuicio son términos sinónimos de donde resulta impropio incluir en la definición del daño un sinónimo de éste.

1.3.3.- Los hermanos Mazeaud nos mencionan que prescinden de la definición de perjuicio, y por tanto del daño, por ser igual que su significación corriente, lo que en caso de autores de su calidad nos parece una falta. No podemos decir que el daño siendo una de las figuras más importantes del derecho se nos diga que su concepto es el corriente, es decir que no tiene una significación jurídica propia, con lo cual no podemos coincidir.

1.3.4.- Nos dicen los autores en comento que el único hecho que da lugar a reparación, es el que causa un daño a otro, de lo cual podríamos inferir que el hecho consiste precisamente en el daño, pero no es la posición de los hermanos Mazeaud, ya que ni sus "Lecciones en Derecho Civil" ni en su "Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual" existen referencias expresas que nos permiten suponerlo.

1.3.5.- Podemos concluir que el concepto de daño para los hermanos Mazeaud es impreciso por no determinar la naturaleza jurídica del mismo, así como por no proporcionar un concepto único del mismo, toda vez que mencionan uno para cada tipo de daño, con lo cual incurren en una imprecisión de método, por que si hay diferentes tipos de daño, debe, por tanto existir un sólo concepto del mismo y no dicen si es una especie o es un género.

1.4.- Teoría de Planiol y Ripert. Estos autores en su obra no proporcionan una definición de lo que es el daño, como se aprecia en la siguiente cita” *La indemnización debe representar tan exactamente como sea posible el daño realmente sufrido por el acreedor. Este daño puede componerse de dos elementos distintos, por una parte la pérdida sufrida, es decir, el empobrecimiento experimentado por el patrimonio del acreedor; por la otra, la ganancia que ha dejado de obtenerse... La culpa es el incumplimiento de una obligación preexistente y cuando este incumplimiento causa daño a otra persona, la ley ordena su reparación... La culpa sólo existe jurídicamente por sus resultados, es decir, por el daño que haya podido causar. El derecho no tiene por que tomar en consideración una culpa que no haya producido ningún daño. Sin embargo, en la definición de culpa no debe comprenderse la idea de daño, pues éste es una posible consecuencia de ella, pero en ninguna forma necesaria: un acto constituye una culpa no por ser perjudicial, sino por ser contrario a derecho. El daño constituye únicamente la condición para que la culpa sea reprimida por el derecho*”.⁶⁷ Si no de una forma indirecta, nos dicen que es el empobrecimiento experimentado en el patrimonio del acreedor, o la ganancia que ha dejado de obtenerse, y como la condición para que la culpa sea reprimida por el derecho.

1.4.1.- A relación a que el daño es el detrimento del patrimonio o de la ganancia que ha dejado de obtenerse, sólo nos indica como se expresa el daño,

⁶⁷ PLANIOL Marcel y RIPERT Georges. “*Tratado Elemental de Derecho Civil*” Tomo II, volumen I, Pág... 164 et seq.

pero en forma alguna no nos refiere su naturaleza jurídica, y en ese sentido es descriptiva.

1.4.2.- En cuanto que el daño es condición para que la culpa sea reprimida por el derecho, es importante tener presente cual es la relación entre culpa y daño para los autores citados: a) el daño es el resultado de la culpa, b) el daño no debe comprenderse en la definición de culpa por ser una consecuencia pero no necesaria, c) un acto constituye culpa no por ser perjudicial sino por ser contrario a derecho, d) el daño es condición para que la culpa sea reprimida por el derecho.

1.4.2.1.- El daño es resultado de una culpa, esto es concordante con su definición de la culpa como el incumplimiento de una obligación preexistente que *causa un daño a otra persona y la ley ordena su reparación. Sin embargo, es importante señalar que Planiol y Ripert no concluyen, como indicamos en el capítulo anterior, que dado que no puede existir culpa sin daño, es necesario concluir que la culpa deriva de verificar un daño, y no es un elemento independiente como lo mencionan.*

1.4.2.2.- La teoría de los autores citados incurre en una contradicción, al decir que el acto constituye culpa no por ser perjudicial sino por ser contraria a derecho, y a continuación nos dice que se requiere la existencia del daño para que se reprima la culpa por el derecho, las lagunas de esta teoría son las siguientes: a) la culpa consiste en un acto contrario a derecho pero no mencionan en que consiste precisamente lo contrario a derecho, b) no dicen en que consiste propiamente la culpa y, c) si el perjuicio o daño no es indispensable para la culpa, porque es *condición para que la segunda sea reprimida por el derecho.*

Podemos concluir que la teoría de Planiol y Ripert cae en una contradicción insuperable, ya que si bien nos dicen que el daño no es necesario para la existencia de la culpa, pero que, si es condición para que esta sea reprimida por el derecho,

resulta que lo contrario a derecho, es el causar un daño. En su teoría se encuentra subyacente, la identidad entre la conducta contraria a derecho y el daño causado por esa conducta (lo que plantea un problema para la teoría de la culpa), ya que no son elementos diferentes de la responsabilidad civil, sino sólo dos aspectos del hecho ilícito, que en sentido estricto es el daño causado sin derecho, lo anterior muestra que su exposición es incongruente y contradictoria.

1.5.- Teoría de Carbonier. Al igual que la mayoría de los autores, Carbonier no le dedica en su obra gran espacio al daño, como se puede apreciar en la cita siguiente: *“ Toda vez que el contrato tiene fuerza obligatoria, su incumplimiento supone un hecho antijurídico... La reparación del daño sustituye el valor o la utilidad de la prestación inobtenida; la indemnización del perjuicio compensa los detrimentos adicionales que del incumplimiento se sigan... La indemnización de -- daños y perjuicios - es la suma de dinero que, en caso de incumplimiento del contrato, debe el deudor de satisfacer al acreedor... Esta obligación sustitutoria se ha construido, en la teoría moderna, como un deber o responsabilidad de reparar el daño causado a otra persona... Existe así una responsabilidad contractual a imagen y semejanza de la responsabilidad delictual. La analogía entre una y otra es muy sensible. La responsabilidad extracontractual puede provenir de una simple transgresión civil, o de un hecho sancionado penalmente, aunque también se den eventos de responsabilidad contractual establecida sobre un previo supuesto punible... La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor... El régimen de los daños causados por incumplimiento de las obligaciones contractuales se gobierna por las nociones de principio que seguidamente son expuestas: 1º.- Se ha de distinguir entre la reparación del daño, substitutiva de la obligación incumplida y la indemnización del perjuicio que compensa los menoscabos materiales o morales, provenientes del incumplimiento... 2º.- El fundamento del deber de resarcir los daños y perjuicios contractuales reside en la conducta, activa u omisiva y 3º.- Daño es todo detrimento que, a causa de esa inejecución imputable, experimenta el acreedor en un bien de vida o valor patrimonial, cuya conservación o subsistencia se halla pensada en función*

inmediatamente dependiente del incumplimiento del contrato".⁶⁸ Como observamos lo trata en el incumplimiento del contrato, pero entre los autores que comentamos lo consideramos de lo más estrictos y rigurosos en su análisis, y podemos señalar como los aspectos más importantes de su teoría en lo que concierne a nuestro tema los siguientes:

1.5.1.- Es importante destacar la diferenciación que Carbonier hace entre la reparación del daño y la indemnización del perjuicio, refiriendo como la primera como substitutiva de la obligación incumplida, y la segunda como la compensación del menoscabo proveniente del incumplimiento, esta mención la hace a pesar de haber indicado que daño y perjuicio son sinónimos.

Lo anterior es importante por indicar la amplitud del daño en tratándose de incumplimiento de obligaciones contractuales y comprende tanto como la obligación incumplida como el menoscabo derivado de ese incumplimiento.

1.5.2.- Nos dice Carbonier que el incumplimiento de la obligación es un hecho antijurídico, porque al igual que la responsabilidad extracontractual, *proviene de una simple transgresión civil, de un hecho antijurídico, pero para el autor citado, el hecho jurídico se refiere exclusivamente a la conducta que transgrede la ley, lo que es sólo una parte de la realidad jurídica, como lo veremos al tratar la teoría del maestro Adriano de Cupis la cual consideramos acertada.*

1.5.3.- El daño para el autor citado, es todo detrimento que experimenta en un bien de vida o valor patrimonial. Como podemos apreciar claramente, lo mencionado no indica cual es la naturaleza jurídica del daño, y sólo nos proporciona una información sobre su expresión. En la exposición del citado autor falta precisar que es el daño, es decir, si es una especie o si es un género dentro de

⁶⁸ CARBONIER Jean *"Derecho Civil"*. Tomo II, volumen II, Bosch 1960 Barcelona España, Pág... 542 et seq.

la teoría jurídica, y en consecuencia, en caso de ser especie de que género, o de ser esto último decirlo expresamente.

Sobre esto último, no creemos que sea la concepción de Carbonier el considerarlo como género toda vez que proporcionaría una definición que nos permitiría comprender en su caso las especies contractual y extracontractual. Tampoco podemos inferir que lo considere como especie de un género toda vez que no lo menciona, y podemos concluir que al igual que los hermanos Mazeaud, y como Planiol y Ripert, considera al daño simplemente como un resultado de una conducta ilícita, como un requisito o como una condición para reprimir la culpa, y en tal sentido podemos decir tal vez que la concepción es como dicen los hermanos Mazeaud de uso corriente sin un significado jurídico propio.

1.6.- Teoría de Ripert y Boulanger. En la teoría de estos autores se aprecia claramente la influencia del pensamiento de su maestro Planiol como lo notaremos en la cita: “ *El derecho civil existe todas las veces que hay una falta voluntaria, sin que haya necesidad de precisar los elementos constitutivos... El delito civil sólo es tomado en consideración si lleva aparejado un perjuicio a otra persona... No puede reprocharse al Código que no de una definición de culpa, porque la culpa es casi indefinible. Hay culpa, y puede intentarse una especie de catalogo utilizando la jurisprudencia, pero la culpa en sí es pura abstracción. Incurrir en culpa consiste en no conducirse como se debiera hacerlo... Todo hombre, por el sólo hecho de vivir en sociedad, debe observar las reglas de la moral y del orden social. Si contravienen la obligación de comportarse bien, esta es falta. La culpa se define por lo tanto como una infracción a una obligación preexistente. No habría culpa si no hubiese obligación alguna... La falta es el acto contrario a la ley. Pero como es necesario que exista la violación de una disposición legal expresa para que haya responsabilidad, la palabra falta designa tanto el texto contrario a la legalidad como el acto contrario moralidad o a la habilidad... El daño es un elemento de la responsabilidad civil... se pueden distinguir tres categorías diferentes de daños: 1°.- El daño causado a los bienes; 2°.- El perjuicio a la salud o vida de una persona y 3°.- El daño moral... La corte de casación, en una serie de*

*fallos recientes, ha formulado el principio de que "el demandante debe justificar, no un daño cualquiera, sino la lesión cierta de un interés legítimo, protegido jurídicamente... Pero la precisión así obtenida es bastante ilusoria, el derecho no puede, evidentemente, acordar su protección más que a un interés legítimo; el problema está en saber en que signo se reconoce esa legitimidad... La forma más clara del perjuicio es la pérdida o deterioro de un bien corporal que pertenece a otro... El daño puede consistir en una disminución del valor de los elementos del patrimonio sin lesión material..."*⁶⁹ y que por lo mismo manifiestan con más claridad las contradicciones de su sistema y que trataremos de indicar a continuación.

1.6.1.- El primer punto a resaltar es el relativo al delito civil, que sólo existe si hay perjuicio y además una falta voluntaria, en este punto es necesario recordar que nos indican que en derecho civil no existe un catálogo de delitos al modo del derecho penal sino que sólo existe el delito, es decir, el ilícito, cuando hay transgresión de la ley, con lo cual estamos totalmente de acuerdo. En este aspecto remitimos al lector a nuestra exposición sobre la comparación entre la responsabilidad civil y responsabilidad penal.

1.6.2.- La contradicción consiste en que por un lado nos dicen que para que exista la responsabilidad civil se requiere la falta voluntaria, pero que aún, si existiendo la falta, sin que se verifique daño puede haber responsabilidad; de esto podemos extraer dos conclusiones:

- a) . En la responsabilidad civil, el factor determinante es el daño y no la falta, ya que puede existir falta sin responsabilidad, pero siempre que hay daño - con las excepciones de ley - hay responsabilidad.
- b) . La calificación de falta si bien deviene de la transgresión de la ley, la conclusión de los autores mencionados no llega al fondo del problema,

⁶⁹ RIPERT Georges y BOULANGER Jean "*Derecho Civil*". Tomo V. La Lex, Buenos Aires, Argentina 1980. Pág. 11, 79 et seq.

toda vez que no indican en forma precisa en que consiste la transgresión o lo que debemos entender por falta.

c) . La conclusión que podemos enunciar es la siguiente: la transgresión de la ley consiste en causar un daño sin derecho, y que éste es el que califica a la conducta del agente de falta.

1.6.3.- Sobre la culpa de Ripert y Boulanger nos dicen:

- a) . La culpa es indefinible;
- b) . Puede elaborarse un catálogo de culpas sobre la jurisprudencia;
- c) . La culpa en si es pura abstracción;
- d) . *Incurrir en culpa es no conducirse como se debiera; es la infracción a una obligación preexistente.*

La primera contradicción. La culpa es casi indefinible, sin embargo nos proporcionan dos definiciones, una es genérica; no conducirse como se debe, y la segunda es una especie, al igual que Planiol, la consideran como la correcta; la infracción de una obligación preexistente, de la sola comparación es visible que la primera es general y la segunda especial.

La segunda contradicción. Nos dicen que en derecho civil sólo hay delito no delitos. Sin embargo nos dicen que puede elaborarse un catálogo de culpas. En **primer lugar** si no hay delitos sino delito, es claro que no puede haber culpas sino culpa, de donde es contradictorio que nos señalen que se puede elaborar un catálogo de éstas. En **segundo lugar**; en materia civil se deja amplio margen a la voluntad para realizar actos jurídicos, por lo que el decir que es posible elaborar un catálogo de las culpas, es decir de las formas de cometer las infracciones, nos parece además de innecesario carente de sustentación científica, y en total contradicción a su misma posición teórica.

1.6.4.- Sobre el daño, los mencionados autores nos dicen en forma breve que puede consistir en la lesión de los elementos del patrimonio, sin realizar un análisis del mismo, y que pueden existir tres categorías de daño: el causado a los bienes, el causado a la vida, y el daño moral; pero en momento alguno nos dicen que es el daño en si mismo considerado. Es importante indicar que mencionan a la culpa como no conducirse como debiera hacerlo, conforme a la moral y las reglas de orden social.

1.7.- **Teoría de Enneccerus.** Nos dice que el daño es toda desventaja que experimentamos en nuestros bienes jurídicos, como lo precisa en siguiente cita: “*Daño es toda desventaja que experimentamos en nuestros bienes jurídicos (patrimonio, cuerpo, vida , salud, honor, crédito, bienestar, capacidad de adquisición etc.)... El daño puede consistir en la disminución del patrimonio ya existente o en la frustración de un aumento del mismo. Ambos elementos, el daño positivo (damnum emergens) y la ganancia o pérdida se indemnizan*”.⁷⁰ A lo que podemos realizar las siguientes observaciones:

1.7.1.- **El concepto de bien.** Bien es toda cosa susceptible de satisfacer una necesidad como lo describe el tratadista Ugo Rocco en la presente cita “ ... *Bien es todo lo que es apto para satisfacer o satisface una necesidad; constituye el objeto o el contenido de la necesidad, puesto que siempre se tiene necesidad de algo que objetivamente considerado, es un bien.* “CUPIS Adriano De “El Daño”. Bosch, Barcelona. España 1976 “ *El concepto de bien puede ser fácticamente determinado, considerando que se identifica con todo lo que satisface una necesidad. La necesidad a su vez, una exigencia, un menester, que proviene de la falta de ciertas cosas por lo que tiende a la propia satisfacción y postula consiguientemente, al bien. Naturalmente la utilidad propia del bien constituye una utilidad humana, en cuanto al bien deviene idóneo para satisfacer una necesidad humana*” pag. 109, IBARROLA Antonio “Cosas y Sucesiones”, Porrúa, México, pag. 16 “ *Bien deriva del latín bonus, que significa dicha, bienestar. El verbo beare significa hacer*

⁷⁰ ENNECCERUS “Derecho Civil “. Tomo VI, Pág.61 et seq

feliz...La ley 49 del Digesto bienes son llamadas aquellas cosas que aprovechan los hombres, esto es, que los hacen felices: hacer felices es servir".⁷¹

Si el bien lo consideramos como necesidad, tendríamos que el daño recae en una necesidad, lo cual es absurdo, por ser esta una falta o una carencia de ciertas cosas, es decir el daño recaería sobre la falta o carencia.

1.7.2.- El daño es la disminución del patrimonio existente o la frustración de su aumento, en este como se puede observar no existe la relación de género especie, lo cual nos impide determinar su naturaleza jurídica y sólo nos presenta una forma de expresión del mismo, por lo que presenta una forma de expresión del mismo, sin embargo, indica formas de afectación del patrimonio y en cuanto a la naturaleza jurídica del daño es imprecisa.

1.8.- Teoría de Adriano de Cupis. Para nosotros, los estudios de este autor son los que nos permiten acercarnos con mayor precisión a la naturaleza jurídica del daño como se aprecia en cita siguiente: *"La materia a la que nos vamos a referir, queda enteramente reservada al daño, en cuanto no efecto jurídico, sino más bien en tanto es causa de efectos jurídicos, o sea en cuanto hecho jurídico... Directamente sólo el daño debería llamarse hecho jurídico (productor de reacción jurídica... Un acto no puede ser contrario a derecho subjetivo sino es contrario a su vez a derecho objetivo... La antijuricidad no es más que una cualidad o modo de ser del daño y del acto que lo ha ocasionado... Sólo puede calificarse de antijurídico el daño en cuanto se ha ocasionado por un acto humano antijurídico... Antijurídico puede ser solamente el acto que viola la norma que viola el interés de otro, que lesiona el interés ajeno: el daño antijurídico lo constituye la lesión del interés ajeno... El objeto del daño se identifica con el objeto de la tutela jurídica, consiguientemente es siempre un interés humano".⁷²* Y los puntos importantes son:

⁷¹ ENNECCERUS *"Derecho Civil"*. Tome VI. Pág..61 et seq.

⁷² CUPIS Adriano De, Op, cit Pág. 61 et seq.

1.8.1.- El daño es un hecho jurídico. En éste el principal postulado de Adriano de Cupis, y que nos indica la naturaleza jurídica del daño. El autor nos coloca en un plano de análisis con mayor rigor científico y aún cuando no lo menciona, resulta claro que el concepto de daño como hecho jurídico deviene del derecho penal. Si bien, De Cupis no es consecuente con su enunciado, pues como veremos, primero nos dice que el hecho jurídico propiamente es el daño; pero posteriormente afirma que la calificación al daño de antijurídico se lo da la conducta humana antijurídica.

El daño, como señala el autor en esta cita: *“Cuando el acto humano es no sólo jurídicamente relevante, sino más específicamente antijurídico, esta nota de antijuridicidad se entiende al daño que con él se ha producido. Y el daño antijurídico, como se ha indicado, constituye una especie constatable del daño en sentido jurídico... El ordenamiento jurídico no tiene el deber de intervenir para combatir al daño, sino en tanto se trate de un daño producido por un hecho humano y ocasionado a un interés humano. Tal daño debe, además, encontrarse en una determinada relación con la norma jurídica, normalmente en una situación de contrariedad. Pero con esto aún no es bastante. Generalmente el daño, para entrar en la órbita de los hechos jurídicos, debe ir acompañado del factor psicológico de la culpa, más aún, de una culpa de cierta entidad. Las condiciones exigidas están dosificadas de modo que la reacción contra el daño se produzca sólo en cuanto resulte equitativo y oportuno para el interés general, fin que explica y justifica su complejidad”*.⁷³ Es un hecho jurídico, pero como existen hechos jurídicos lícitos e ilícitos, *“Hechos jurídicos: alteraciones del mundo exterior producto de la voluntad, a las que la ley atribuye efectos jurídicos... Las leyes son de ordinario, preceptos abstractos que rigen para numerosos casos iguales. La ley es, pues, por su estructura lógica, una regla hipotética: si se dan tales hechos, se producirán tales efectos”*.⁷⁴

⁷³ CUPIS Adriano De. Op, cit Pág. 61 et seq.

⁷⁴ CUPIS Adriano De. Op, cit Pág. 61 et seq.

Queda por determinar a cual de estas especies pertenece el daño objeto de la reparación, es claro que sólo puede pertenecer a los hechos jurídicos ilícitos. El hecho ilícito es en primer lugar, una manifestación externa de la voluntad que al provocar una modificación en el exterior produce consecuencias de derecho; pero esa conducta para ser calificada de ilícita, no requiere solamente que se externe, sino principalmente que cause la afectación de un interés jurídicamente protegido.

El considerar al daño como elemento del hecho ilícito, así sea de existencia es incorrecto, el tratadista JIMENEZ HUERTA Mariano en su libro *“Derecho Penal Mexicano”*. Tomo I, Porrúa México1985. Pag 231 et seq. Describe lo siguiente: *“Carnelutti hace notar que el daño es aquel evento que consiste en la lesión de un interés; no deriva del delito: es precisamente el delito en una de sus caras o fases; es una cualidad o modo del evento, no una consecuencia del mismo: la herida, en las lesiones corporales, como la pérdida de la posesión de la cosa, en el robo, son el daño no lo producen... El daño pues, no es un efecto que se deriva del delito, sino el propio delito considerado en uno de sus aspectos, o mejor aún en su más honda entraña y sustancia... El concepto de daño o lesión es eminentemente normativo, esto es, oriundo de una valoración. Naturalísticamente hablando el daño no existe: existen solo conductas que alteran las condiciones ambientales existentes”*.⁷⁵ Ya que como acertadamente indica Carnelutti, el daño es el mismo hecho ilícito. En este sentido podemos afirmar que el hecho ilícito tiene dos caras o aspectos indisolublemente ligados; la conducta que produce el daño, y el daño considerado en si mismo, esta proposición es la que se aprecia en De Cupis, cuando nos dice que el daño es el único hecho jurídico capaz de producir consecuencias de derecho.

1.8.2.- Es importante lo que menciona De Cupis, al considerar al daño como hecho jurídico, cuando considera a la ilicitud del daño que deviene de la conducta humana antijurídica que lo produce, es decir, la conducta es la que califica al daño,

⁷⁵ JIMÉNEZ HUERTA Mariano *“Derecho Penal Mexicano”*. Tomo I, Porrúa México1985. Pág. 231 et seq.

lo cual consideramos impropio, por aplicar al ilícito civil las reglas del ilícito penal, siendo que tienen diferente regulación.

Como en materia penal existe un catálogo de ilícitos, existe también un catálogo de daños; en cambio en materia civil sólo existe como dice Ripert y Boulanger el ilícito, y en consecuencia sólo existe el daño. A lo anterior hay que agregar que en materia civil la sanción tiene como fin la reparación del daño. Además, en penal la ilicitud del daño deviene de la conducta antijurídica, como lo prueban las excepciones previstas en la ley, al contrario en civil, la ilicitud califica no a la conducta sino al daño, y en consecuencia a la conducta que lo causó.

1.9.- Definición. En base a lo mencionado podemos concluir lo siguiente:

El daño es un hecho ilícito por la afectación sin derecho de un interés jurídicamente protegido.

El daño es un hecho ilícito tal como menciona Carnelutti, es decir, existe identidad entre la conducta que lo causa y el daño mismo, y que propiamente el hecho jurídico ilícito es el daño, ya que la responsabilidad deriva de haberlo causado.

El daño es la afectación de un interés tutelado por la norma, ya que como menciona De Cupis, el objeto del daño, es precisamente el objeto de tutela jurídica, y el derecho tutela intereses jurídicos.

El daño es causado por el incumplimiento de un deber, y éste puede ser por el incumplimiento de un deber absoluto, o el incumplimiento de una obligación preexistente.

2. **Elementos del daño.** El daño tiene los siguientes elementos: una voluntad, un interés jurídicamente tutelado, antijuridicidad, un deber jurídico, una sanción; los cuales examinaremos a continuación.

2.1.- **La voluntad.** La voluntad, es la base sobre la que se construye todo el derecho y no sólo el derecho civil, con la siguientes citas trataremos de llegar a entender esta figura "...Usamos la palabra acto en su acepción más amplia, comprensiva del aspecto positivo acción y del negativo omisión... Así aclarando el vocablo, puede definirse el acto: manifestación de voluntad, que mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza el mundo externo cuya modificación se aguarda... A nuestro juicio, el acto, como hemos visto al definirle, esta compuesto de tres elementos: a) manifestación de la voluntad, b) resultado y c) relación de causalidad."; JIMENEZ HUERTA. Op, cit, tomo I, pag. 102 et seq." La voluntad del hombre por específica naturaleza, constantemente se orienta hacia una o varias de esas perspectivas que el mundo le presenta y cuando se apropia alguna o varias de ellas las convierte en fines o propósitos... En cuanto se propone una perspectiva se intenciona y su intención lo hace conducirse; de donde si su intención no es más que una voluntad orientada hacia un fin, es la propia voluntad la generadora de su conducta... Empero cualquiera que fuere su forma de manifestación o integración, es siempre la conducta típica una manifestación de la voluntad orientada a un fin. Tres elementos, por tanto, son esenciales para su existencia: uno interno - voluntad -; otro externo - manifestación -; y otro teleológico - meta que guía la voluntad -"; HEGEL Federico "Filosofía del Derecho". pag 21 et seq. " El campo del derecho es lo espiritual y su lugar preciso y punto de partida es la voluntad, que es libre, de suerte que la libertad constituye su sustancia y determinación... La voluntad encierra: a) el elemento de la pura indeterminación o de la pura reflexión del yo mismo en la cual es resuelta toda limitación, todo contenido dado inmediatamente por la naturaleza, necesidades, apetitos e impulsos o dado y determinado por lo que sea... La voluntad es la unidad de estos dos momentos: la particularidad reflejada en si misma y referida, en consecuencia, a la universalidad; esto es, la individualidad, ésta es, la autodeterminación del yo de ponerse en lo uno como negación de si mismo, en cuanto

determinado , limitado y al mismo tiempo, de quedar en sí, en la propia identidad consigo y en la universalidad, y de unirse consigo mismo sólo en la determinación... La ulterior determinación de la particularidad constituye la distinción de las formas de la voluntad: a) En tanto la determinación es la contraposición formal de lo objetivo y lo subjetivo, como existencia externa, inmediata, es la voluntad formal como autoconciencia que encuentra un mundo externo, y en tanto individualidad restituida en sí en la determinación, es el proceso de trasponer en la objetividad el fin subjetivo por la mediación de la actividad y de un medio...b) En tanto las determinaciones volitivas son aquellas propias de la voluntad, su particularización reflejada en sí, son el contenido. Este contenido, como contenido de la voluntad, lo es según la forma indicada en a): en parte el fin interno o subjetivo en la voluntad representada; y en parte fin realizado, efectuado, por mediación de la actividad que traspone y realiza lo subjetivo en la objetividad... Respecto a la voluntad, se llama subjetivo el lado de la autoconciencia, de la individualidad, a diferencia de su concepto existente por sí; por consiguiente se denomina a su subjetividad: a) la forma pura, la absoluta unidad de la autoconciencia consigo misma. b) la particularidad de la voluntad, como capricho y contenido especial accidental de fines arbitrarios; en general, la forma unilateral, en tanto lo querido, es solamente un contenido perteneciente a la autoconciencia y un fin no realizado... La voluntad: a) en tanto se tiene a sí misma para su determinación y es verdadera y conforme a su concepto es: la voluntad simplemente objetiva; b) empero la voluntad objetiva privada de la forma infinita de la autoconciencia, es la voluntad inmersa en su objeto o en su situación - cualquiera que sea su contenido -, la voluntad infantil o rutinaria, la voluntad del esclavo o la superstición, etcétera; c) la objetividad, en fin, es la forma unilateral en oposición a la determinación subjetiva de la voluntad o sea, la inmediatez de la existencia como existencia exterior. En este sentido, sólo con la realización de sus fines la voluntad deviene objetiva... El acto impone en la existencia dada un cambio, y la voluntad es responsable, en tanto pone el predicado abstracto al acto, en el existir modificado. No es propiamente , un acto mío, si las cosas - de las cuales soy propietario y que como externas están y obran en múltiples contextos (como puede suceder con sigo mismo en cuanto cuerpo mecánico o ser viviente), causan en esta forma un perjuicio a los otros. Esto es, soy más o menos responsable, porque aquellas cosas son mías y por lo tanto,

*según su propia naturaleza están más o menos sujetas a dominio y vigilancia... En esta identidad de la voluntad universal con la particularidad se identifican deber y derecho; y el hombre tiene derechos en tanto tiene deberes y deberes en tanto tiene derechos... En el derecho abstracto, tengo el derecho y el otro tiene el deber frente a la misma cosa."*⁷⁶

Sin embargo, ha sido poco estudiada dentro del derecho civil; es importante señalar lo anterior sobre todo porque es en materia civil, donde siempre se habla de la voluntad de las partes, de la manifestación externa de la voluntad, pero no se realizan los estudios referentes a la misma, y es en materia penal donde se han realizado estudios más profundos sobre el tema, al analizar la 'voluntad delincuyente.

La voluntad, nos dicen, tiene tres elementos: uno interno, que como indica Jiménez Huerta, no se trata de determinar el estado síquico necesario para poder imputar un hecho externo, ni para afirmar que ha actuado culpablemente, sino, nos dice, del coeficiente mínimo para afirmar que un movimiento e inercia implica una manifestación de la voluntad; uno externo: que es precisamente la manifestación de la voluntad, que es el coeficiente mínimo de la actividad humana, sea activa o pasiva, que sea la corporización de la voluntad.

Lo mencionado sobre la voluntad en relación con la culpa nos requiere precisar al concepto de la voluntad, así como su alcance dentro de la responsabilidad civil y el daño.

La concepción de Hegel sobre la voluntad es muy importante para la comprensión de ésta. Nos dice que el derecho determina los límites de la libertad, para lo cual regula la forma en que ésta se puede manifestar. La libertad es el punto medular del derecho, es decir, el sistema jurídico establece las bases y límites de la libertad, en las que se puede realizar toda una serie de conductas o actos jurídicos los cuales son calificados por el derecho de lícitos o ilícitos, y en este

⁷⁶ JIMÉNEZ de Asúa, Op. cit. Pág. 210 ct. seq.

sentido se habla de libertad, en tanto el derecho no predetermina las conductas de los sujetos, sino que las sancionan, es decir las califica, las valora.

Tenemos en consecuencia que no es propiamente la libertad la que se expresa, sino la voluntad de las personas; de lo cual resulta que el derecho más que regular la conducta humana, regula la forma en la cual se expresa la voluntad, y la conducta no es más que la exteriorización de la voluntad. La conducta, es como nos dicen; la manifestación externa de la voluntad, o de otra forma, la conducta es la objetización de la voluntad, es decir, la conducta es la exteriorización de la voluntad, es la voluntad individualizada, particularizada.

El derecho por regular la conducta externa del hombre, o más propiamente la exteriorización de su voluntad, no realiza una investigación sobre su aspecto interno, sobre la voluntad subjetiva no exteriorizada, lo cual se debe a la dificultad de poder establecer reglas específicas para poder determinar y evaluar la voluntad interna del sujeto activo del ilícito, lo que es propiamente el campo de estudio de la moral y de la religión, sistemas que se abocan al estudio y sanción de la voluntad subjetiva del sujeto, de la voluntad interna, con independencia de que esta sea externada.

El derecho a diferencia de la moral y de la religión, no estudia el aspecto interno de la voluntad del sujeto, sino que más bien establece y funciona a través de una serie de presunciones de la existencia del aspecto interno de la voluntad, en la exteriorización de la misma, toda vez, que la conducta externa es la objetización o materialización de la voluntad; es decir, toda conducta, actividad o comportamiento externo de las personas, presupone el elemento interno de su voluntad, y constituyen presunciones *iuris tantum*. Es como afirma Jiménez Huerta, el coeficiente mínimo para realizar la conducta o actividad externa, o como dice Hegel: es la realización del elemento interno en el externo, la objetización de la subjetividad por mediación del comportamiento humano.

Es necesario indicar que el daño como hecho ilícito, es conducta humana objetivada, es decir el daño y la conducta humana que lo causa son propiamente el mismo hecho ilícito, de ahí que no se puede considerar al daño como elemento del hecho ilícito. Es necesario imprecisar lo anterior, así, en materia penal para determinar la responsabilidad del delito, se requiere determinar y demostrar la culpabilidad del sujeto activo, los dos elementos de la voluntad el interno y el externo, así como la no existencia de excluyentes de responsabilidad, ni de causas de justificación; en cambio, en materia civil, la responsabilidad deviene de la producción del daño, siendo la existencia de éste su fuente y fundamento.

La existencia del daño irrogado es la prueba del hecho ilícito, por ser la otra cara del ilícito, y a diferencia del derecho penal, en que la calificación de ilicitud la da la conducta del sujeto activo, en derecho civil la clasificación de ilicitud la da el daño, debido al principio de que nadie puede sufrir un daño sin derecho, en tal sentido, la teoría de la culpa, nos parece que carece de fundamento toda vez que realiza transpolaciones del derecho penal al derecho civil, y que al darles el mismo tratamiento que en penal incurren en graves errores, por tener la culpa diferente tratamiento en estas ramas del derecho. En derecho penal como indicamos al tratar la responsabilidad se avoca a la prevención y represión de las conductas ilícitas, en cambio en derecho civil se avoca en materia de responsabilidad a la reparación del daño, de donde es claro que la culpa tiene significación diferente.

2.2.- El interés jurídico. El interés jurídicamente tutelado por la norma, y afectado por la conducta antijurídica, sobre el particular, dice Carnelutti que este es *“ la situación de cada hombre respecto al bien, en virtud de la cual, es posible, fácil o seguro, para poderlo emplear para satisfacer una necesidad ”* .

La proposición de Carnelutti incurre en el error de considerar al interés como una relación entre el sujeto ofendido y el bien que puede satisfacer una necesidad. El interés jurídico debe ser considerado como la posibilidad de realizar

una determinada conducta, o en sentido estricto como la voluntad subjetiva de la persona.

En este sentido es impropio decir que la conducta del agente del ilícito impide la satisfacción de una necesidad, lo que realmente impide es la posibilidad de satisfacerla, en este sentido, es como se habla de interés jurídico; de tal suerte que lo podemos considerar en varios aspectos:

- a) . El interés es la esencia del derecho subjetivo, otorgado por la norma, es aquí donde se incurre en el error de afirmar que lo que se afecta es el derecho subjetivo, pero siendo este la facultad, poder o potestad de externar una conducta en una determinada forma, lo que se lesiona no es el poder, sino que al impedir la realización de la conducta, se está afectando la posibilidad de realizar esa conducta. En un sentido amplio, podemos decir que se afecta el derecho subjetivo, pero en rigor es incorrecto. Es necesario para una mejor claridad de esto, el señalar que existen intereses tutelados sin que existan derechos subjetivos, de otra forma, la ley no tutela derechos sino que los otorga.
- b) . El interés jurídico, en determinadas situaciones puede ser identificado con un bien en específico, de ahí que afirmen que el daño recae sobre un bien, así se dice, se dañó un bien, una cosa material, corpórea, si bien es cierto, en realidad se ha materializado el daño del interés, es decir se ha impedido la posibilidad de utilizar dicho bien en una determinada forma, de realizar determinada conducta, se ha afectado un interés jurídico, de tal manera que existe identidad entre el interés y el bien, siendo este último, la corporización u objetivización del primero.
- c) . El interés jurídico, tutelado por la norma es precisamente su esencia, es el factor determinante e integrador de la regla de conducta en sus dos aspectos, como derecho subjetivo y como deber jurídico en sentido estricto; en este sentido, considerando el interés respecto de los sujetos

es; derecho subjetivo y deber jurídico, son los dos aspectos inseparables de éste, como dice Hegel “ En el derecho abstracto, tengo el derecho y en el otro tiene el deber frente a la misma cosa. ”

2.3.- Antijuridicidad. La antijuridicidad como elemento del daño como lo aprecia el maestro Mariano Jiménez Huerta en la presente cita “ *No basta empero, para concretizar la esencia propia de lo antijurídico, la sola idea de la lesión de un bien jurídico, pues la vida de consumo nos muestra casos en que existe la lesión de un bien protegido por el derecho sin que dicha lesión revista antijurídico carácter. Privar de la vida a otro para despojarlo de su patrimonio, implica la lesión de un bien jurídico, de la vida; matar en legítima defensa a quien nos ataca injustamente, representa también una lesión para el bien jurídico de la vida. La conducta, empero, es antijurídica en el primer caso y no lo es en el segundo, pues en tanto en aquella encierra una ofensa para las aspiraciones valorativas del grupo social... Es antijurídico lo que lesiona un bien tutelado y al propio tiempo ofende las aspiraciones valorativas de la comunidad estatal. Lesión y ofensa es pues el binomio de la esencia de lo antijurídico.* ” BUSTAMANTE ALSINA Op, cit, pag. 87et,seq.” Hemos dicho antes que lo ilícito es lo contrario a la ley. El concepto de antijuridicidad es sinónimo de ilicitud, aunque puede entenderse con mayor comprensión por abarcar no solamente los casos de violación directa de la ley, sino las hipótesis de infracción del deber impuesto por la voluntad de las partes en el contrato... El acto ilícito consiste en una infracción de la ley que causa daño a otro y que obliga a la reparación a quien resulte responsable en virtud de imputación o atribución legal del perjuicio”. CUPIS Adriano De. Op, cit, pag. 84 et, seq. “La antijuridicidad no es más que la expresión del valor preferente reconocido por el derecho a un interés opuesto, por lo general tomando en cuenta la apreciación dominante en la conciencia social... La antijuridicidad insistimos puede o no implicar una contradicción al derecho subjetivo... La antijuridicidad no es más que una cualidad o modo de ser del daño y del acto que lo ha ocasionado... Sólo puede calificarse de antijurídico el daño en cuanto se ha ocasionado por un acto que viola la norma que tutela el interés de otro, que lesiona un interés ajeno... En lo que se refiere a la íntima esencia de la antijuridicidad, debe añadirse que significa solamente contrariedad al derecho

(*objetivo y subjetivo*)".⁷⁷ Presenta dos momentos como diría Hegel: como particularidad, es la violación del interés jurídico tutelado, y como universalidad es la violación del orden jurídico en que descansa la convivencia humana; de igual manera De Cupis nos dice: que la violación del derecho tanto objetiva como subjetivamente, es violación del interés jurídico tutelado por la norma, así como la violación de la misma.

La antijuridicidad, es por tanto la calificación por el ordenamiento jurídico del comportamiento humano, en relación con la impronta de éste en la realidad; en este sentido De Cupis nos dice: que la antijuridicidad es la violación de la norma que tutela el interés de otro, y que puede indicar la violación de un derecho subjetivo o no, pero que lo determinante es como dice Von Tuhr " ... un acto que viola una disposición del orden jurídico." , es decir, la nota distintiva de la antijuridicidad es la transgresión de la norma, la ilicitud objetiva.

La antijuridicidad como elemento constitutivo del daño atiende a la impronta de la actividad humana en el mundo exterior, a su modificación; es sobre el particular donde se presenta la dificultad para calificar a la conducta de lícita o de ilícita. ¿Cuál es el factor determinante de la licitud o ilicitud del comportamiento humano? ¿La voluntad del sujeto o el daño causado?

La respuesta a la pregunta indicada ha suscitado dos teorías: la teoría de la culpa y la teoría del riesgo. Para nosotros existe otra posibilidad de dar respuesta, la cual se desprende del mismo planteamiento del problema: en primer lugar, como afirma De Cupis, no debe plantearse el daño en general sino el daño antijurídico, el daño causado sin derecho, para el cual no existe una causa eximente.

⁷⁷ JIMÉNEZ HUERTA Mariano. Op. cit, Tomo I. Pág... 220 et seq.

La antijuridicidad, en el sentido general es lo ilícito, lo que es contrario a derecho, en otras palabras es la transgresión de la norma jurídica, es el incumplimiento de un deber, es la afectación de un interés jurídicamente tutelado por la norma; de lo anterior se puede apreciar que la antijuridicidad presenta dos aspectos: uno objetivo y otro subjetivo.

2.3.1.- La antijuridicidad considerada en su aspecto objetivo comprende:

- a) . La conducta ilícita del agente, es decir, contraria a derecho, la transgresión de la norma, es el no adecuamiento de la conducta al deber jurídico previsto en la norma, sea un deber general o una obligación preexistente.
- b) . La conducta del agente debe ser una transgresión no sólo de la norma violada en lo específico, sino también debe significar una violación del orden jurídico, o como dice Jiménez Huerta, debe construir una ofensa al sistema jurídico, es decir, no deben existir eximentes que eliminen la antijuridicidad del comportamiento, como pueden ser en algunos casos el caso fortuito o la fuerza mayor.

2.3.2.- La antijuridicidad subjetivamente se refiere a los sujetos que se relacionan en virtud del hecho ilícito:

- a) . La transgresión de la norma implica una conducta del sujeto activo, como expresión, o exteriorización u objetivización de su voluntad interna que se plasma en el incumplimiento del deber jurídico de no dañar.
- b) . Es parte de este aspecto subjetivo el interés tutelado por la norma y afectado por su transgresión por mediación del incumplimiento del deber jurídico.

2.4- El deber jurídico como afirma Hegel en la siguiente cita: “¿Que cosa es el deber? Para esta determinación no existe otra cosa que esto: actuar conforme a derecho y

cuidar el bienestar, el propio bienestar particular y el bienestar como determinación universal, el bienestar de los otros.”; MESSINEO Op, cit, Tomo II, pag. 60 et seq, “ el deber jurídico se presenta ante todo, como sujeción, esto es como el hecho de estar obligados a la observancia de la norma jurídica... En tal sentido el deber es un carácter del ordenamiento jurídico... En tal sentido el deber es por lo regular un concepto homólogo al derecho subjetivo y entonces nace un acto con él y debe entenderse como correlativa de otro derecho. Deber y derecho se refieren - aquí - a dos diferentes sujetos: el deber incumbe a un sujeto diverso (sujeto pasivo) de aquel al que pertenece el correspondiente derecho (sujeto activo), de manera que puede decirse que el deber jurídico es el lado pasivo del derecho subjetivo e implica precisamente que todos los demás respetan el derecho subjetivo y toleran su ejercicio.” HELSEN Hans. Op, cit, pag, 42 et seq. “ El “deber ser” simplemente expresa el sentido específico en el cual la conducta humana se encuentra determinada por la norma... El comportamiento de un individuo sea “malo” (en el sentido más general de la palabra), significa que tal conducta se opone a una norma válida, que el individuo no ha observado el comportamiento que de acuerdo con la norma debía haber observado. Su conducta no es entonces una realización de lo que la norma estipula... El concepto de deber jurídico no es sino la contrapartida del concepto de norma jurídica... La existencia de un deber jurídico no es sino la validez de una norma de derecho que hace depender una sanción de la conducta contraria a aquella que forma el deber jurídico. El deber jurídico es simplemente la norma de derecho en su relación con el individuo a cuya conducta la misma norma enlaza la sanción. La conducta opuesta a aquella que como acto antijurídico es condición de la sanción, constituye el contenido del deber jurídico. Es la obligación de “obedecer” la norma de derecho.”⁷⁸ Es el actuar conforme a derecho, como sujeción, para Kelsen es la contrapartida de la norma. De lo mencionado lo primero es lo que nos parece lo más correcto, en este sentido el deber jurídico no es la contrapartida de la norma como dice Kelsen, sino que es la norma considerada subjetivamente, es en un nivel de abstracción inferior, como dice Hegel, en el derecho abstracto tengo el derecho y el otro tiene el deber frente a la misma cosa, es decir, el deber es la contrapartida del derecho, por mediación de una situación específica, pero en modo alguno

⁷⁸ HEGEL Federico. Op. cit. Pág... 138, et, seq.

puede ser considerado como la contrapartida de la norma, sino que precisamente es la misma norma considerada abstractamente, en uno de sus aspectos.

En el estudio de Kelsen sobre el deber jurídico, incurre en el error de combinar categorías de diferente nivel de abstracción, y como dice Hegel; en el nivel más elevado de abstracción, le categoría de deber jurídico es el actuar conforme a derecho, en un nivel más bajo de abstracción implica derechos y deberes frente a la misma cosa, si descendemos otro nivel, tenemos que el incumplimiento del deber jurídico comprende el incumplimiento como la correspondiente sanción.

Como se puede apreciar, Kelsen combina en forma incorrecta niveles de abstracción, así nos dice que el deber es la contrapartida de la norma, cuando el primer lugar el deber en su nivel más alto de abstracción es la misma norma considerada subjetivamente sin distinción de sujetos; en un nivel más bajo el nivel implica la existencia de derechos y deberes respecto a una cosa, esto implica la existencia de dos sujetos relacionados de una cosa; en un nivel más bajo el deber jurídico su cumplimiento y la sanción correspondiente al mismo, es decir, implica la presencia de más sujetos, y así sucesivamente se van más sujetos y relaciones, entre más se baje en el nivel de abstracción y sea más concreto el análisis.

En conclusión podemos afirmar que el incumplimiento del deber jurídico, o conducta que afecta al interés jurídicamente protegido, es la negación de la norma jurídica, que tutela el interés afectado, por lo que deviene en forma particular en la transgresión de la norma específica y, en forma general, en la transgresión del orden jurídico.

CAPITULO V
DAÑO MORAL

CAPITULO V

EL DAÑO MORAL

1. Planteamiento del problema. El primer paso en el análisis conceptual del daño moral es la determinación de ambos términos:

1.1.- En relación a la definición del daño hemos visto que éste:

En un hecho ilícito por la afectación sin derecho de un interés jurídicamente protegido; queda por determinar el concepto de moral, para estar en condiciones de vincular ambos conceptos.

1.2.- En relación al término moral, dadas las implicaciones y la complejidad de su significación, se requiere hacer las siguientes consideraciones:

a) . Etimológicamente, la palabra moral deriva del latín < moralis - mos, moris > , que significa costumbre, conducta. En este sentido significa reglas o normas de conducta del individuo, tanto en el aspecto objetivo como en el subjetivo.

b) . El decir que la moral se refiere a la costumbre, a la conducta; no aclara la situación planteada, ni permite realizar la vinculación con el concepto de daño, o de hecho ilícito, lo que conlleva al análisis de lo que debemos entender por moral, como requisito indispensable para poder determinar o conceptualizar el daño moral.

1.2.1.- En el estudio de la moral, para estar en aptitud de realizar su análisis, lo debemos tomar en primer lugar, como una totalidad, como una unidad, como diría Hegel; o mediante el proceder metafísico al decir de Kant en la siguiente cita: *“ El deseo es la facultad de ser causa de los objetos de nuestras representaciones, por medio de estas representaciones mismas... El deseo o la versión va acompañado siempre de placer o disgusto, dos cosas cuya capacidad en el hombre se llama sentimiento. Pero el placer o el disgusto no siempre va acompañado de deseo o aversión (porque puede haber placer sin*

deseo del sujeto), sino de la simple representación del objeto, sea que exista o no... El placer o disgusto con ocasión de un objeto deseado no precede siempre al deseo o a la aversión y no debe considerarse como causa de éstos, porque también puede ser su efecto... Se llama sentimiento la capacidad de sentir placer o disgusto con la idea de una cosa, en razón de que estos dos estados no contienen más que lo subjetivo puro en su relación con nuestra representación y de ningún modo una relación a un objeto que se trate de conocer, ni una relación al conocimiento de nuestro estado... El placer y la pena no pueden explicarse más claramente en sí mismos, precisamente por esta razón; no es posible nunca más que indicar sus consecuencias en ciertas situaciones, para hacerlos conocer en la práctica... La experiencia sólo puede enseñarnos lo que nos proporciona placer y satisfacción. La tendencia natural hacia los alimentos, hacia el sexo, hacia el descanso, hacia el movimiento, y (en el desarrollo de nuestra naturaleza intelectual) el móvil del honor, de la extensión de nuestros conocimientos, etc... Puede hacernos conocer en que debe consistir el placer de cada uno, según su gusto particular; y el placer mismo puede enseñar también la manera de como debe ser buscado, toda apariencia de razonamientos a priori en esto no es principio, más que la experiencia generalizada por la inducción. Y esta generalización (*secundum principia generalia, non universalia*) es, por otra parte tan difícil en esta materia, que no se puede menos que conceder a cada uno una infinidad de excepciones, a fin de dejar escoger libremente un género de vida conforme a las inclinaciones particulares y los apetitos para el placer, y por último para que cada uno aprenda a vivir a su costa o a la de los otros... Toda legislación se compone de dos partes (ya sea que prescriba actos internos o externos siendo indiferente que estos sean exigidos a priori por la simple razón o por el arbitrio de otro), primero, de una ley que presente como objetivamente necesaria la acción que debe ejecutarse, es decir, que hace de la acción un deber; en segundo lugar, de un motivo que relacione con la representación de la ley el principio que determina subjetivamente el arbitrio a esta acción ... El motivo relaciona la obligación de obrar de tal manera con el principio determinante del arbitrio en general del sujeto.”; y Hegel. *Op, cit pag. 44 et seq.* “El punto de vista moral es el de la voluntad en cuanto es infinita no meramente en sí, sino para sí. Esta reflexión de la voluntad sobre sí misma y su identidad que es para sí, frente al ser en sí, en la inmediatez y en las determinaciones que se desenvuelven, acreditan a la

persona como sujeto... La moralidad, significa en la totalidad el lado real del concepto de la libertad y el proceso de esta esfera es superar la voluntad que es sobre todo solamente para sí e inmediatamente en sí, es idéntica a la voluntad que es en sí o general, según la diferencia en la cual ella profundiza en sí y la pone para sí... La autodeterminación de la voluntad, es a la vez, un momento de su concepto y la subjetividad no es sólo el lado de su existir sino su propia determinación... De acuerdo a este derecho la voluntad reconoce y es alguna cosa en tanto la cosa es suya y ella esta implícita como algo subjetivo... Puesto que en su primer surgimiento de moral la voluntad individual, no esta aún identificada con el concepto de la voluntad, la posición moral es la de la relación y del deber ser, o de la exigencia... Lo moral ya no ésta determinado como lo opuesto a lo inmoral, así como derecho no es lo opuesto a lo injusto, sino que en la posición general tanto de la moral como de lo inmoral, que depende la subjetividad de la voluntad... En la voluntad que se determina así misma, la determinación es: a) primeramente puesta en ella por medio de ella misma, es la particularización de sí, en si misma, es un contenido que se da a sí misma. El contenido para mí como mío, esta determinado de modo que su identidad encierra para mí, mi subjetividad, no sólo en tanto es que mi finalidad interna, sino también en cuanto ha conseguido la objetividad exterior... La exteriorización de la voluntad subjetiva o moral es una acción que contiene como determinaciones: a) ser sabida para mí como mía en su exterioridad, b) ser la referencia esencial con el concepto como deber ser, y c) Y ser referida a la voluntad de los otros... El derecho de la voluntad moral encierra estos tres momentos: a) el derecho abstracto o formal de la acción como ella en relación con la realización en la existencia inmediata, consistente en que su contenido es, mío y la acción, un propósito de la voluntad subjetiva, b) la particularidad de la acción es su contenido interior: a') como esta determinado por mi el carácter general del contenido, que constituye para mi , el valor de la acción y esto es por lo cual ella tiene valor la intención; b') su contenido, como finalidad de mi individualidad, existencia particular subjetiva, constituye el bienestar... La conciencia moral, expresa el absoluto derecho de la conciencia subjetiva de saber en sí por sí misma lo que es derecho y deber, y de no reconocer nada más lo que ella sabe así, como bien; y al mismo tiempo, de afirmar lo que ella sabe y quiere, es en verdad derecho y deber... Aquí aparecerá desde el punto de vista formal de la moralidad, la conciencia moral esta sin

*contenido objetivo; así, para sí, es la infinita certeza formal de sí misma, que, precisamente por eso, es a la vez, certeza de ese sujeto... Dice Aristóteles < todo malvado no conoce lo que se debe hacer y que se debe omitir, y justamente esta falla es que, en general, hace injustos y malos a los hombres. El desconocimiento de la facultad de selección entre el bien y el mal no hace que un acto sea involuntario (no puede ser imputado), sino que sólo él es malo>...*⁷⁹

Para después ir determinando su contenido y formas.

1.2.2.- La moral debe ser considerada tanto subjetiva como objetivamente; en ambos casos Kant y Hegel, nos la refieren como la legislación, o las leyes de orden moral atendiendo a la identidad entre la conducta externa, como expresión de la voluntad interna; a lo que podemos comentar:

- a) . La moral es la voluntad considerada en una de sus formas, pero la moral, siempre es específica, nunca general, y por lo mismo es la diferente de la voluntad en general. La moral es la individualización de la voluntad general, la particularización de la voluntad general.
- b) . Es la libertad de la voluntad individual de poder autodeterminarse así misma, de poder actuar conforme a sus fines, es la libertad de actuar acorde sus intereses particulares.
- c) . Es la libertad de autodeterminar tanto la calidad y la cantidad del contenido, como dice Hegel " para mi como mío " , es decir, la propia subjetividad del individuo en tanto que por ella se logra la propia subjetividad exterior del mismo.

1.2.2.1.- La subjetividad nos dice Kant, tiene la facultad de sentir deseos o aversiones, que nos provocarán placer o disgusto, y es la capacidad en el hombre que se llama sentimiento, y que se dan en relación con el exterior por mediación

⁷⁹ KANT INMANUEL, "*Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*". UNAM, México 1978, Pág., 7 et seq.

de las representaciones, nos dice que el placer y el disgusto son dos estados de la subjetividad pura que surgen de la relación del individuo con el exterior.

1.2.2.2.- El placer y el disgusto serán entonces formas de voluntad subjetiva y son expresiones por mediación del deseo o aversión, en las relaciones con las demás personas.

2. Conceptualización de la moral. La moral la podemos conceptualizar en base a las consideraciones apuntadas en el apartado anterior:

2.1.- **La moral.** Es la voluntad subjetiva, es la libertad del individuo a autodeterminarse, de darse su propia subjetividad que la permita objetivarla en sus relaciones con las demás personas. Es, por tanto, la propia existencia del individuo ya que no es posible concebir que pueda existir un individuo como tal, sin esta voluntad subjetiva.

2.2.- **Contenido de la moral.** La moral así entendida comprende tanto la libertad del individuo a tener sus propios deseos y aversiones, como a ser sujeto de placeres y aflicciones, a tener sus sentimientos.

3. Conceptualización del daño moral. El daño moral puede ser conceptualizado como:

3.1.- **Concepto.** Daño moral es un hecho ilícito en sí, es la afectación en la voluntad subjetiva de una persona por la violación de un deber.

3.2.- **Equiparación del daño moral con los delitos contra la vida y la integridad corporal.** En este sentido, podemos considerar el daño moral, al mismo nivel que el daño causado por un delito, pero no de cualquier tipo, sino exclusivamente de los delitos contra la vida e integridad corporal, dada la

naturaleza del daño moral, por atentar éste contra la propia existencia de la persona, así como contra su integridad psíquica.

3.3.- Daño moral y la libre voluntad. El daño moral al interferir en la libertad del individuo a autodeterminarse, le impide la libre formación de su voluntad subjetiva y, por lo mismo, afectando en forma directa la libre exteriorización de su voluntad, por no permitirle la libre realización de sus fines y sentimientos.

3.4.- Daño moral y su libre valuación. En este sentido, consideramos de vital importancia, no dejar al libre arbitrio de la autoridad jurisdiccional la valoración de su reparación; dada la importancia de este tipo de daño, que para nosotros exige un tratamiento, repetimos, semejante al de los delitos contra la vida e integridad corporal, debido a que en el caso concreto se atenta contra la propia existencia de la persona como tal, así como la integridad de la voluntad subjetiva del individuo.

3.4.1.- Consideraciones sobre la valuación del daño moral. Lo mencionado anteriormente nos lleva a realizar las siguientes consideraciones:

- a) . En la valuación de la reparación del daño moral, el procedimiento a seguir no debe ser mediante el sistema de libre determinación que establece el Código Civil para el Distrito Federal, al dejar su determinación al arbitrio del juzgador.
- b) . Por otra parte, sería imposible establecer un catálogo de tipos de daño moral, en los que se describiera o bien la conducta del agente causante del daño, o bien, se determinará la clase de daño moral causado, o se describiera la relación de ambos, es decir, la conducta y el daño moral resultado a la primera, determinado al efecto su cuantificación.

c) . Consideramos de vital importancia, en que la ley se establezcan las bases y lineamientos, que debe seguir el juzgador para su valuación, determinado exclusivamente los mínimos y no los máximos de su reparación, sobre los cuales parta su reparación.

d) . Las bases para la valuación del daño moral, para nosotros son: el daño causado, y la conducta del agente causante.

4. Valuación del daño moral. Como mencionamos la valuación del daño moral no debe dejarse a la libre determinación del juzgador como lo hace el *Código Civil para el Distrito Federal*, sino que debido a la importancia de éste tipo de daño debe existir un mínimo de certidumbre en su reparación, ya que el dispositivo legal surge una pregunta, se establece que en la reparación se debe atender a las posibilidades del sujeto activo y al daño causado, ¿ Qué sucede, en caso de que el autor del daño no tenga recursos para reparar el daño que causó ? , el numeral en cuestión no dispone la forma de solucionar esta eventualidad.

5. Bases para la valuación del daño moral. En la valuación de daño moral, como vimos, se debe atender a las siguientes bases: al daño causado, como a la conducta del agente causante del mismo, de acuerdo a los lineamientos que a continuación se mencionan.

5.1.- Daño moral causado. Consideramos que la valuación de éste tipo de daño debe tener como base principal el daño causado en la voluntad subjetiva, el *daño en sí*, por ser éste, tal como menciona acertadamente el maestro Adriano De Cupis, el hecho ilícito en sí.

5.1.1.- El daño moral, como daño en sí, debe ser considerado como un hecho ilícito en sí mismo, debido al principio de que nadie debe sufrir un daño sin derecho.

El derecho como ordenamiento jurídico de la conducta humana, pretende la convivencia pacífica de los hombres en sociedad, de ahí que nadie debe sufrir un daño sin derecho, nadie debe ser objeto de una “ iniuria “ , de una ofensa, de lo contrario, si se permitiera que el hombre fuera objeto de un daño, se estaría minando la certidumbre de la seguridad social, y, por tanto, se abriría la puerta a la “ justicia “ por propia mano.

5.1.2.- En primer lugar, el juzgador debe constatar la existencia del daño en la voluntad subjetiva del ofendido, como el principal elemento esencial o de existencia del daño moral; sin embargo por la dificultad de precisar, o determinar el daño moral, de que fue objeto una persona obliga a establecer la presunción de su existencia.

Lo anterior nos lleva a la conclusión de que la existencia del daño moral, debe ser constitutiva de una presunción iuris tantum, generando la obligación a cargo del autor del daño, de su reparación, sin requerir la calificación de su voluntad subjetiva, por el principio mencionado de que nadie debe sufrir un daño sin derecho.

5.1.3.- Comprobación de la existencia del daño moral. El juzgador debe constatar la existencia del daño moral y de su nexo con la conducta del autor, sin entrar a la calificación de la conducta de éste, quien, debido a la presunción iuris tantum, y ante la pregunta de cuando vamos a considerar que causó un daño moral, debemos considerar los siguientes supuestos:

- a) . El daño se causó sin mediar intención, imprudencia, negligencia, impericia, imprevisión del autor del daño, en este mismo supuesto se debe tener en consideración el daño moral medio, es decir, lo que se puede considerar como daño moral por el común de las personas.
- b) . El daño causado con intención, en el cual el juzgador debe entrar al estudio particularísimo de los afectos y sentimientos del sujeto pasivo,

toda vez que al existir intención en el sujeto activo de verificar el daño, es claro que su acto está dirigido en contra de los afectos o sentimientos del ofendido.

5.2.- Nexo entre la conducta del autor y el daño. El segundo elemento de existencia o esencial del daño moral, es la conducta de su autor, en la que sólo debe atenderse en principio la relación entre ésta y el daño resultante de la misma; es decir, debe existir un nexo entre la conducta del agente y el daño.

5.3.- Calificación de la conducta del agente. Comprobada la relación entre el daño moral y la conducta del agente causante, debe atenderse en segundo lugar, a la calificación de la misma, es decir, debe procederse al exámen de ésta.

5.3.1.- Grados en la conducta del agente. La conducta del agente causante puede calificarse debido a su imprudencia, negligencia, impericia, o bien puede estar guiada por la intención de causar el daño moral, constituyendo estos grados de su culpabilidad. En virtud de la calificación de la conducta del agente en el sentido indicado, debe ser elemento agravante de ésta.

5.3.2.- La regla general debe ser la obligación del agente de reparar el daño moral causado, aún cuando su autor haya actuado lícitamente siempre que no tuviera el derecho de hacerlo. El agente causante del daño, deviene por este sólo hecho en culpable, debido al multicitado principio de que nadie puede sufrir un daño sin derecho.

La culpabilidad del agente causante del daño no resulta de su conducta subjetiva culpable, es decir, no resulta de su falta de previsibilidad, de su falta de diligencia, ni tampoco deviene de su intención de causar el daño moral al sujeto pasivo del mismo, sino por la sola producción de éste.

5.3.3.- Agravantes. En caso de que el daño se cause por impericia, imprudencia, negligencia, o con intención todos estos son elementos que constituyen agravantes y deben ser motivo para elevar el monto de la reparación del daño, ya que no puede sancionarse de igual forma el daño causado sin que exista ninguno de estos elementos, que cuando si existen; y de la misma manera no puede sancionarse igual cuando exista la intención de dañar que cuando se daña por imprudencia, negligencia o impericia.

6. El “cuantum” de la reparación. El monto de la reparación del daño moral debe partir del mínimo establecido para el daño causado sin ninguna de las agravantes mencionadas arriba, y ser incrementado en forma proporcional atendiendo a los grados de culpabilidad del autor del daño, que ya se indicaron.

7. Elementos del daño moral. Los elementos del daño moral son: la voluntad subjetiva, un interés jurídico protegido, la antijuridicidad, un deber jurídico.

7.1.- La voluntad subjetiva. La voluntad considerada en su aspecto subjetivo es la libertad de la persona de darse sus propios fines, deseos y aspiraciones, es decir, es su libertad a autodeterminarse, en sentido es la misma persona, su esencia jurídica, y tiene como contenido, como menciona Kant: deseos, aversiones, placeres o disgustos. Por lo que sólo pueden ser sujetos de daño moral los individuos, y no las personas morales; diferente el caso de excepción de la Nación.

7.2.- El interés protegido por la norma, es el que tiene las personas para tener sus propios sentimientos, deseos, aspiraciones, fines, para autodeterminarse, a su individualidad sin interferencia de persona alguna.

7.3.- La **antijuridicidad** de la conducta del agente, es, como señalamos, aquella que produce un daño sin derecho, es decir que transgrede la norma que tutela en específico el interés de las personas a autodeterminarse, a darse su propia individualidad, y al tiempo transgrede el orden jurídico por causar un daño sin derecho.

7.4.- El **deber jurídico** como acertadamente dice Hegel, es el actuar conforme a derecho, cuidando del bienestar general y el bienestar particular, en la especie se trata del bienestar de otro al cual se causa un daño, con lo que se deja de cumplir el deber de no dañar a nadie y, como mencionamos, éste deber puede ser absoluto o bien una obligación preexistente.

CAPITULO VI
EL DAÑO MORAL EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

CAPITULO VI

EL DAÑO MORAL EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

1. Introducción. Este capítulo se limitará a estudio de los diversos ordenamientos que han regulado el daño moral en el Distrito Federal.

2. Legislación. En esta sección trataremos los diversos ordenamientos legales que en el Distrito Federal han regulado el daño moral, determinando los caracteres esenciales en cada uno de estos. En este apartado seguiremos las referencias del maestro Borja Soriano,⁸⁰ en los ordenamientos que nos menciona, los Códigos Penales y Civiles, que han estado en vigor en nuestro país, y son:

- a) . El Código Civil de 1870.
- b) . El Código Penal de 1871.
- c) . El Código Civil de 1884.
- d) . El Código Civil de 1928.
- e) . El Código Penal de 1929.
- f) . El Código Penal de 1931.
- g) . Reforma de 1982 al Código Civil de 1928.

2.1.- Código Civil de 1870. Este ordenamiento no sólo regulo el daño moral, sino que, incluso no reguló la responsabilidad civil en general, como lo menciona la *exposición de motivos del Código Penal de 1871*. El legislador del código en comento si bien no proporciona un concepto de responsabilidad civil de los preceptos sobre esta materia, podemos inferirlo.

El código mencionado solo regula la responsabilidad derivada del daño causada por edificios, por hecho ajeno, y por incumplimiento de obligaciones

preexistentes. Los preceptos relativos al daño son el 1578, 1580, 1581, 1582, 1588, el contenido de éstos es el siguiente:

“Artículo 1578. Nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa o ha contribuido a él y cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad. “

El numeral transcrito - casi idéntico al 2111 del Código de 1928, que sólo agrega “... y cuando la ley se lo impone. “, se separa de la teoría de la culpa ya que sólo exige la existencia de la conducta humana y su vinculación con el caso fortuito, y la verificación del daño resultante del mismo.

No exige que se compruebe la existencia de una conducta culpable, sino que sólo que halla contribuido al caso fortuito; o haber aceptado expresamente esa responsabilidad, con independencia de que su conducta sea o no culpable, esto último esta en relación con el artículo 1588, que dispone que: “La responsabilidad civil puede ser regulada por el convenio de las partes... “, lo que permite a las partes evitar controversias sobre la existencia y alcance de la responsabilidad.

El artículo 1580 define lo que es daño, y el 1581 lo que es perjuicio:

“Artículo 1580. Se entiende por daño la pérdida o menoscabo que el contratante haya sufrido en su patrimonio por falta de cumplimiento de su obligación. “

“Artículo 1581. Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido por el cumplimiento de la obligación. “

⁸⁰ BORJA SORIANO Manuel, *“Teoría General de las Obligaciones”*, Porrúa, México, Tomo I, Pág... 430 et seq. Tomo II, Pág... 92 et seq. cfr. ROJINA VILLEGAS Rafael, *“Derecho Civil Mexicano”*, Tomo III, Volumen II, Pág... 129, et seq.

Los numerales arriba citados nos permiten apreciar claramente que el código en estudio, sólo nos refiere como se expresa el daño: como la pérdida o menoscabo del patrimonio o la pérdida de las ganancias lícitas; pero sin indicar en forma alguna lo que es el daño en si. La naturaleza jurídica del daño, como se podrá apreciar en el cuarto capítulo del presente trabajo, el daño es un hecho jurídico ilícito, y en dado que el hecho jurídico es la modificación del mundo exterior que produce efectos jurídicos, como lo describe Tuhr Andreas Von en la cita siguiente: *“La consecuencia jurídica del hecho consiste siempre en la modificación del mundo jurídico exterior, como por ejemplo el nacimiento, modificación o extinción de relaciones jurídicas...La practica de nuestros Tribunales en materia de estupro ha desechado desde tiempos muy remotos, las penas durisimas que establecen las antiguas leyes españolas y en lugar de ellas adopto las disposiciones del Derecho Canónico, conforme a las cuales se obligó al estuprador a casarse con la estuprada o a dotarla, imponiéndole en este segundo caso alguna otra pena ligera. Todo esto prohíbe expresamente en el artículo 312 del proyecto, como lo hizo Don Fernando IV Rey de las dos Sicilias en su edicto de 1779, sobre estupro, porque la disposición del Derecho Canónico, notoriamente injusta. En efecto hay injusticia, por que suponiendo que el estupro fuera delito, en todo caso, que no lo es sino en algunos, sería tan delincuente la estuprada como el estuprador y no habría justicia para premiar aquella y castigar a este, obligándolo a casarse o a dotarla. Esto, además serviría de estímulo para el delito y expondría a la inocencia, porque como dice el señor Gutiérrez: “ Si una doncella espera conseguir por el sacrificio de su inestimable pudor, la mano del sujeto a quien ha hecho dueño de su corazón, ¿ No es fácil que condescienda con lo que más debiera detestar, que procure poner a su amante en el riesgo de solicitar su mayor favor, y que tal vez insinúe astutamente su solicitud?, ¿ No es fácil que los padres, creyendo ventajoso para su hija, el matrimonio se hagan cómplices en el delito con su tácita aprobación, cerrando los ojos que siempre tienen que tener abiertos.?”*.⁸¹ Pero como es ilícito, la realización se modificará al interferir en la esfera, jurídica de otro sin derecho trastocándola.

⁸¹ TUHR Andreas Von. *“Derecho Civil “*, volumen III, parte I, De palma Buenos Aires; Argentina 1990. Pág. 5 et seq. _

El código civil de 1870 sólo se refiere al daño derivado del incumplimiento de una obligación, no regulando el daño proveniente del incumplimiento de un deber general, igualmente sucede en el caso de los llamados “perjuicios”.

A la conducta del agente del ilícito se refiere el “Artículo 1582. 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 deben causarse.”

El numeral citado dispone que es responsable del daño el que incumple una obligación, a condición de que sean consecuencia directa e inmediata del mismo, es claro, que a pesar de no decirlo el artículo de referencia se trata de una presunción, lo cual puede ser destruida si el incumplimiento se debe a caso fortuito, siempre que no haya contribuido o dado lugar al mismo.

La presunción deriva de que todo deudor tiene el deber de cumplir con la presentación debida, y al no cumplirla voluntariamente en el término y condiciones establecidas, se presume su responsabilidad; lo cual nos lleva a preguntarnos porque no se realizó en forma general la disposición en comento, y sólo se limitó al incumplimiento de una obligación del deudor, y no en forma genérica al incumplimiento de un deber, sea éste un deber general de no dañar, o del deber de cumplir con la prestación debida.

2.2.- Código penal de 1871. El Código Penal de 1871, que regula la responsabilidad proveniente de los ilícitos penales, contiene reglas que actualmente podemos incluso considerar absurdas sobre el daño moral; es decir, el ordenamiento en comento sólo sanciona el daño moral resultado de un daño material a una cosa, o de un daño físico a una persona que lo lesione en un órgano o lo cause deformidad.

2.2.1.- Estupro. La disposición contenida en el código Penal de 1871, relativa al delito de estupro es muy ilustrativa sobre la concepción que el legislador tenía del daño moral como lo podemos apreciar en los numerales 312, 793 y 794.”

“**ART. 312.** En los casos de estupro o de violación de una mujer, no tendrá ésta derecho para exigir como reparación de su honor que se case con ella o que la dote el que la haya violado o seducido. “

“**ART. 793.** Llámese estupro a la cópula con mujer casta y honesta, empleando la seducción o el engaño para alcanzar su consentimiento. “

“**ART. 794.** El estupro sólo se castigará en los casos y con las penas siguientes:

- I. Con cuatro años de prisión y multa de segunda clase, si la edad de la estuprada pasará de diez años pero no de catorce;
- II. Con ocho años de prisión y multa de cien mil quinientos pesos, si aquella no llegará a diez años de edad;
- III. Con arresto de cinco a once meses, y multa de cien mil quinientos pesos, cuando la estuprada pase de catorce años, el estuprador sea mayor de edad, haya dado a aquella por escrito palabra de casamiento y se niegue a cumplirla sin causa justa posterior a la cópula, o anterior a ella, pero ignorada por aquél. “

La contradicción en que se incurre al legislador en el delito de estupro es evidente; no considera el ordenamiento en comento que la mujer estuprada y violada tenga derecho a la reparación de su honor, y nos dice *Martínez de Castro*, Presidente de la Comisión encargada de formar el citado código; que son injustas

las disposiciones del derecho canónico que obligaban al estuprador a casarse con la estuprada o dotarla, lo cual estimularía el delito y expondría la inocencia.

En el estupro se llega a afirmar que la estuprada es cómplice del delito, en caso de cometerse con su voluntad, por lo que no tiene derecho a exigir la reparación porque pagar con dinero la honra es degradarla y envilecerla. Sin embargo, se sanciona con penas de cuatro, ocho años y con multas de cien mil quinientos pesos, lo que de ninguna manera se considera injusto. No podemos entender como se considera injusto que el estuprador dote a la estuprada, pero no es injusto que pague, además de la prisión una multa de cien mil quinientos pesos.

La multa sancionada en el párrafo anterior es exorbitante para la época; lo que nos causa extrañeza, ya que por un lado se dice que no tiene derecho la mujer violada o estuprada a la reparación del daño moral, y que incluso la mujer puede ser cómplice, y por otro lado se sancione duramente; esto último se debe, por supuesto a la importancia del bien jurídicamente tutelado, es decir, el delito se considera grave, pero sin causa se niega la reparación del daño moral, bajo el pretexto de proteger la inocencia, de la cual queda claro que se duda, al decir que la mujer puede ser cómplice o incluso la que seduzca al estuprador.

2.2.2.- Daño moral resultante del daño material. El código en comento en su numeral 317 establece el derecho de la víctima de un ilícito que recae en una cosa material.

“ART. 317. El caso en que se pruebe que el responsable se puso a destruir o deteriorar la cosa, precisamente por ofender al dueño de ella en esa afección, entonces se valuará la cosa atendiendo al precio estimativo que tenía atendida esa afección sin que pueda exceder de una tercia parte más del común.”

El numeral citado nos dice que el ofendido tiene derecho al pago de una *tercia más del común del valor de la cosa*, si es que el agente del ilícito lo hizo con la intención de causar precisamente ese tipo de daño, lo que repetimos, nos asombra que se considere de mayor importancia el daño moral sufrido por el deterioro de un objeto corporal al sufrido por la pérdida de la honra en el estupro y en la violación, no encontramos las razones que motivaron al legislador a realizar semejante distinción.

2.2.3.- Daño moral por lesiones. El numeral 323 del ordenamiento penal de 1871 de derecho al sujeto pasivo del delito de lesiones, siempre que quede lisiado, o haya perdido un órgano, o quede deforme, a una indemnización extraordinaria a juicio del juez considerando la posición social, sexo y la parte del cuerpo que se lisió o se deformó.

“ART. 323. Si los golpes o heridas causaran la pérdida de algún miembro, no indispensable para el trabajo o el herido y golpeado quedara de otro modo baldado, lisiado o deforme, por esa circunstancia tendrá derecho no sólo a los daños y perjuicios, sino además a la cantidad que como indemnización extraordinaria lo señale el juez atendiendo la posición social y sexo de la persona y a la parte del cuerpo que quedara lisiada, baldada o deforme.”

El precepto arriba transcrito determina que es el juez el que va a determinar el valor y en consecuencia el contenido del daño moral atendiendo a: *la posición social y sexo de la persona, así como a la parte del cuerpo afectada. El dispositivo mencionado sólo toma en cuenta elementos externos para determinar el daño moral, el daño subjetivo que sufre el sujeto pasivo del ilícito, sin consideración del daño moral, por lo que tenemos que concluir que en realidad no existe reparación del daño moral sino sólo una indemnización extraordinaria, por la gravedad de la lesión. Lo anterior lo podemos considerar como las penas privadas de las XII*

Tablas del Derecho Romano, con la salvedad que en este se precisaba el quantum, y en el precepto mencionado se deja el arbitrio del juzgador.

2.2.4.- El Daño moral del Código Penal de 1871. El daño moral en ordenamiento de estudio sólo consideraba propiamente el daño moral en derivado del daño en las cosas, si hubiere realizado con la intención del agente del ilícito de incidir en las afecciones del sujeto pasivo, al modo de las penas privadas del derecho romano, ya que en el caso del lisiamiento, o deformidad resultante del ilícito la indemnización extraordinaria no se refiere al daño moral sino sólo a la gravedad del ilícito.

2.3.- Código Civil de 1884. Este ordenamiento contiene en sus numerales 1464 y 1465 las mismas disposiciones de los artículos 1580 y 1581 del código civil de 1870; relativas a lo que debe entenderse por daño y por perjuicios.

2.3.1.- Daños y perjuicios. Al igual que el Código Civil de 1870, este ordenamiento sólo considera el daño y perjuicio resultantes del incumplimiento de una obligación, en este sentido, podemos hacer el comentario de la falta de técnica jurídica en la definición tanto del daño como del perjuicio; sobre el particular apuntamos que el legislador empleó sinónimos para diferenciar el deterioro del patrimonio, de la pérdida de ganancias, lo cual es absurdo dado, que como apuntamos primero, el daño y el perjuicio son sinónimos, y segundo la pérdida de ganancias queda comprendido en el daño tal como lo señala claramente la ley Aquilia, lo cual indicamos en el segundo capítulo de este trabajo, por lo cual es ocioso realizar tal distinción entre daño y perjuicio.

2.3.2.- Daño Moral. En relación al daño moral es pertinente indicar que el ordenamiento en estudio si realizó una regulación indirecta, pero al fin y al cabo regulación al daño moral, esta mención se debe a que Ochoa Olvera Salvador en su obra menciona lo siguiente: *“Tampoco el Código de 1884 se ocupa de regular de*

manera expresa el daño moral, es decir la responsabilidad proveniente de las lesiones que ha sufrido una persona, en sí misma y no en su patrimonio".⁸² Al tratar en forma por demás superficial el daño moral, nos dice que no reguló de forma expresa este tipo de daño, por lo que no realiza más comentarios.

La afirmación del citado autor es carente de razón toda vez que el numeral 1471 del Código Civil de 1884 - igual al artículo 1587 del código de 1870 - , es similar a la contenida en el artículo 317 del Código Penal de 1871, por lo que de igual forma, regula el daño moral derivado del daño material, y que de ninguna manera podrá exceder de la tercera parte del valor común de la cosa. Es sorprendente el valor que el legislador le da al daño moral, considerando el dispositivo en comento se aprecia con claridad que el determinar el daño moral con relación al precio de la cosa, propiamente es una pena privada al darle una tasación, pero que se queda muy corto incluso en relación a la valoración hecha por el derecho romano; el tenor del numeral es:

"ART. 1471. Al fijar el valor y deterioro de una cosa, no se atenderá al precio estimativo o de afección, a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con el objeto de lastimar la afección del dueño; el aumento que por estas causas se haga, no podrá exceder de una tercia parte del valor común de la cosa. "

24.- Código Penal de 1929. El artículo 301 del ordenamiento en comento es muy importante por reconocer la existencia del daño moral en los sujetos pasivos del delito, además del daño material; de igual manera este código significa un gran avance al reconocer su artículo 304 el derecho de la mujer violada o estuprada a la reparación del daño, a diferencia del Código Penal de 1871, lo cual se puede apreciar del tenor de los citados preceptos.

⁸² OCHOA OLVERA Salvador *"La Demanda por Daño Moral"*. Mundo nuevo, México 1991. Pág. 24 et seq.

“ART. 301. Los perjuicios a que se refiere el artículo anterior son dos clases:

- I. Los materiales, sufridos por el ofendido o sus herederos como consecuencia de delito; y
- II. Los no materiales causados en la salud, honra, reputación y en el patrimonio moral del ofendido o de sus deudos. “

“ART. 304. En los casos de raptó, estupro o violación, la mujer ofendida tendrá derecho a exigir a su ofensor, como indemnización, que la dote con la cantidad que determine el juez, de acuerdo con la posición social de aquélla y con la posición económica del delincuente. “

2.4.1.- Daño no material. La fracción segunda del numeral 301, realiza una diferenciación entre el daño material y el no material; si bien no resulta clara la base que el legislador tomó para ello, y menciona entre este tipo de daño al sufrido en la salud, honra y reputación y en el patrimonio moral del ofendido, no queda claro honra, reputación y el causado en el patrimonio moral del ofendido.

2.4.2.- Daño en la honra y en la reputación. Consideramos que el daño causado en la honra, y en la reputación es indudablemente un daño moral; es decir la honra y la reputación, constituyen especies de la moral de una persona, de la forma en que exterioriza la moral en sus relaciones con el resto de los individuos. La honra al igual que la reputación, no tienen existencia propia, no son independientes, sino que se encuentran determinadas por el conjunto de relaciones sociales en el que se desenvuelve el sujeto; surgen y sobreviven por mediación de sus relaciones con los demás hombres.

En tal sentido podemos afirmar que el daño causado en la honra y en la reputación de una persona, constituyen un daño moral especial, debido a que se manifiesta en forma exterior y, por lo tanto objetiva, lo que nos permite apreciarlo

con el demérito que de sus personas tienen los individuos con los que tienen relaciones.

2.4.3.- Daño en el patrimonio moral. La tutela que del patrimonio moral hace el numeral en comento, es de gran importancia por reconocer el daño moral, si bien origina una serie de cuestionamientos: primero sobre si existe un patrimonio moral, y segundo sobre lo que comprende el mencionado patrimonio moral.

Es necesario precisar que la moral del sujeto es representativa del mismo, en otras palabras, es el sujeto en su aspecto subjetivo, es la persona misma; por lo que difícilmente podemos concebir y hablar de la existencia de un patrimonio moral, ya que sería tanto como hablar de la persona como patrimonio, de otra forma, el patrimonio es un atributo de la persona, por si lo que decimos que la moral es la persona misma en su aspecto subjetivo, entonces el patrimonio moral, sería decir que la persona es atributo de la persona, lo cual es un contrasentido.

2.4.4.- Daño causado por rapto, estupro y violación. El numeral 304, del código penal de 1929, dispone que la mujer ofendida tiene el derecho a una indemnización, atendiendo a su posición social y la situación económica del delincuente.

2.4.4.1.- La indemnización en caso de estupro, violación y rapto. El dispositivo del citado precepto no indica el objeto de la indemnización, es decir, si se indemniza en el caso del rapto la privación de la libertad, en caso de la violación el ataque a la libertad sexual de la ofendida, al igual que en el estupro, o si bien, es por concepto del daño moral causado. Lo anterior lo corrobora el hecho que el mismo numeral faculte al juez para determinar la cantidad de la dote, en función de la disposición social de la ofendida y de la situación económica del agente del ilícito.

El juez, nos dice el artículo citado, debe atender a la posición social de la ofendida, pero no establece para que efecto, de tal forma, que deja en plena libertad al juzgador para determinar el quantum de la indemnización, es decir, puede ser para establecer el monto en base a sus necesidades de conformidad con su posición social, o bien para determinar la gravedad del daño moral.

El atender a la situación económica del agente del ilícito, plantea el problema de que en caso de que sea un indigente, o que sus recursos económicos sean muy escasos, cual sería el quantum de la indemnización. Con lo anterior debemos concluir que de una u otra forma se tiende a reparar el daño moral, pero que no se entra a determinar su dimensión, sino que se atiende a factores externos.

2.5.- Código Penal de 1931 vigente. Este código, a diferencia de los anteriores, precisa que la indemnización esta en relación con el daño causado, sea material o moral, lo cual es un gran adelanto dentro de la responsabilidad civil, a pesar de que al igual que los anteriores ordenamientos deja en libertad al juez de determinar el monto de la indemnización.

2.5.1.- Reparación del daño. El artículo 30 del mencionado código determina con claridad que la indemnización debe reparar el daño causado y a la letra dice:

“ART. 30. La reparación del daño comprende:

- I. - La indemnización del daño material y moral causado a la víctima o a su familia. “

El numeral transcrito establece la obligación del delincuente de reparar el daño moral causado por su conducta ilícita; la distinción con lo códigos anteriores es radical ahora sólo existe la distinción entre el daño material y el daño moral, ya

no se refiere a daño material e inmaterial, a la honra, a la reputación, o al patrimonio moral, sino sencillamente al daño moral.

El establecer la reparación del daño moral implica una investigación del daño sufrido por el ofendido, o por sus familiares, es decir, se refiere al daño irrogado en el aspecto subjetivo de la persona, y no a su inferencia por la manifestación exterior de éste.

2.5.2.- La indemnización del daño moral. En este otro aspecto de la reparación del daño moral existe también un avance dentro de la responsabilidad civil, como se puede apreciar del tenor del numeral 31 del citado código.

“ART. 31. La reparación está fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso y atendiendo también a las posibilidades económicas del obligado a repararla. “

La disposición del precepto transcrito nos señala, en primer lugar, que la indemnización será de acuerdo con el daño causado, lo cual significa un paso adelante en cuanto a la concepción de la responsabilidad civil y el daño, y que lo diferencia de los anteriores códigos, que atienden a la situación social del sujeto pasivo, o el valor del objeto dañado, y que ahora se atiende directamente a la dimensión del daño causado.

El adelanto en la comprensión de la responsabilidad se ve limitada por la disposición final del precepto en comento, al establecer que se debe atender también a la capacidad económica del obligado a repararla, en lo cual sigue en los anteriores ordenamientos, y que si bien puede comprenderse en el sentido de una pretensión de objetividad, atenta en contra al derecho de la reparación del daño moral sufrido por el ofendido, al sujetar a la indemnización a la capacidad

económica del agente del ilícito, lo que de hecho implica hacer abstracción del daño causado.

La disposición del código de referencia representa un avance en materia de responsabilidad civil, como lo presentan los dos preceptos mencionados arriba, por permitirnos apreciar con gran claridad sus dos aspectos y que son a la vez dos momentos. Los dos aspectos de la responsabilidad civil son que es una sanción por causar un daño, y es a la obligación de reparar ese daño. Los dos momentos de la responsabilidad civil son: el primer momento lo constituye la sanción por causar un daño, es decir primero es sanción por el ilícito, y en un segundo momento es constituir la obligación de reparar ese daño causado. Lo anterior nos permite comprender la doble naturaleza jurídica de la responsabilidad civil como sanción y como obligación.

3. Primer período del Código Civil de 1928 (1928 a 1982) . Este ordenamiento es el que actualmente está en vigor, con las reformas publicadas el 31 de diciembre de 1982 en el Diario Oficial de la Federación, en lo que a daño moral se refiere, por lo cual lo trataremos en dos períodos: el **primero** que comprende del inicio de su vigencia a partir del primero de octubre 1932 al 31 de diciembre de 1982, ya que el primero de enero de 1983 entraron en vigor las reformas de los artículos 1916, 1916 Bis y 2116 del mencionado código.

3.1.- Primer período de 1932 a 1982. Este período va del primero de octubre de 1932 al 31 de diciembre de 1982, y regula el daño moral en los artículos 143, 2116 y 1916, los que trataremos a continuación.

3.2.- Artículo 143. En este numeral se encuentra dentro del capítulo relativo a los responsables, y si bien el artículo 142 dispone que éstos no producen la *obligación de casarse, ni que pueda estipularse pena alguna, en el artículo 143*

regula el daño moral resultante del incumplimiento de dicha promesa de patrimonio.

“ART. 143. El que sin causa grave, a juicio del juez, rehusarse cumplir su compromiso de matrimonio o difiera indefinidamente su cumplimiento, pagará los gastos que la otra parte hubiera hecho con motivo del matrimonio proyectado.

En la misma responsabilidad incurrirá el prometido que diere motivo grave para el rompimiento de los esponsales.

También pagará el prometido que sin causa grave falte a su compromiso una indemnización a título de reparación moral, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras causas semejantes, el rompimiento de los esponsales cause grave daño a la reputación del prometido inocente.

La indemnización será prudentemente fijada en cada caso por el juez teniendo en cuenta los recursos del prometido culpable y la gravedad del perjuicio causado al inocente.”

El numeral en comento sanciona al prometido que incumpla o posponga en forma indefinida la celebración del matrimonio con la obligación de reparar el *daño moral causado al prometido inocente, pero deja al arbitrio del juzgador la determinación del quantum de la indemnización, teniendo en cuenta el daño causado y la situación económica del causante.*

3.3.- Artículo 2116. Este precepto es similar al numeral 317 del código penal de 1871, al 1587 del código civil de 1870, y al 1471 del código civil de 1884, *conforma al siguiente tenor:*

“ART. 2116. Al fijar el valor y deterioro de una cosa, no se atenderá al precio estimativo o de afección, a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con el objeto de lastimar la afección del dueño; el aumento que por estas causas se haga, no podrá exceder de una tercera parte del valor común de la cosa.”

Este precepto, al igual que los mencionados al principio, regula el daño moral, pero la indemnización de este la refiere exclusivamente al valor del daño material, por lo que el juzgador no entrará al exámen de la dimensión del daño causado, sino que por cuantificarse en relación al daño que sufrió la cosa, se limitará a constatar la existencia de este sin ser necesaria su valoración.

3.4.- Artículo 1916. En este numeral se establece el derecho de la víctima de un ilícito, o de su familia, a una indemnización de título de reparación del daño moral, pero que no podrá exceder de la parte de la responsabilidad civil; el tenor de este numeral es:

“ART. 1916. Independientemente de los daños y perjuicios, el juez puede acordar, en favor de la víctima de un hecho ilícito o de su familia, si aquélla muere, una indemnización equitativa, a título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho. Esta indemnización no excederá de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el artículo 1928.”

El primer obstáculo en el citado numeral es el hecho ilícito que en este apartado no lo trataremos por que se realizará su análisis en el estudio de la disposición contenida en el reformado artículo 1916 en vigor, y nos limitaremos al exámen de lo relativo al daño moral.

El precepto mencionado nos dice que la víctima a sus familiares, si fallece, tiene derecho a una indemnización equitativa, lo cual es loable para el legislador, pero que de nada sirve ya que a continuación determine que no podrá exceder del importe de la tercera parte de la responsabilidad civil, lo cual desaparece lo equitativo de la reparación del daño moral.

Lo anterior nos permite comprender que el ordenamiento en comento realiza la cuantificación del daño moral en relación al daño material causado, por lo que en manera alguna le es necesario al juez determinar la existencia y cuantificación del daño moral, ya que de existir el ilícito se presume el daño moral, ya no se requiere determinar su extensión, sino sólo la cuantificación de la tercera parte de la responsabilidad civil, de lo que resulta que el precepto de referencia en realidad constituye una pena y no una tutela del daño moral, ya que en ningún momento se realiza su determinación sino que sólo se presume, además es innecesaria la determinación de la dimensión del daño moral, es decir, no importa lo grave o leve del daño moral, ya que en ningún caso será mayor de la tercera parte del daño material.

4. Segundo período del Código Civil de 1928 (1983 a 2004). Este periodo comprende del primero de enero de 1983 a la fecha, en el cual entraron en vigor las reformas del código civil de 1928, por las que se reformaron los artículos 1916, 2116 y se adicionó con el artículo 1916 BIS, las mencionadas reformas son importantes dado que por primera vez en el derecho positivo mexicano se regula la responsabilidad por daño moral en forma independiente y no como el código de 1871; a continuación trataremos los mencionados preceptos.

4.1.- Artículo 2116. Este precepto antes de la reforma como se dio en el apartado inmediato anterior sancionaba el daño moral proveniente de un daño material y limitaba su reparación a la tercera parte del valor de este último; con las reformas del 31 de diciembre de 1982, el dispositivo actualmente establece que el

valor del daño moral proveniente de un daño material será valuado por el juzgador de conformidad con el artículo 1916. La diferencia es que ahora el daño moral debe ser apreciado en forma independiente del daño material, es decir, se requiere la determinación de la gravedad del daño moral para poder determinar el quantum de la reparación a cargo del agente responsable del mismo; el tenor del numeral es el siguiente:

“ART. 2116. Al fijar el valor y deterioro de una cosa, no se atenderá al precio estimativo o de afecto, a no ser que pruebe que el responsable destruyó o *deterioró la cosa con objeto de lastimar los sentimientos o afectos del dueño*; el aumento que por estas causas se haga, se determinará conforme a lo dispuesto por el artículo 1916. “

Como se puede apreciar del numeral transcrito, se requiere por efecto de que nazca la obligación de reparar el daño moral causado por la destrucción o *deterioro de una cosa*, la existencia de la culpa del sujeto activo del daño material, pero no sólo en la culpa de sentido lato, sino propiamente del dolo por parte del sujeto activo, es decir, su conducta debe tener la finalidad, la intención de causar el daño moral.

Es evidente que este precepto regula una forma específica del daño moral, la proveniente del daño material, siempre que éste se verifique con la intención de causar el primero, la disposición cae en el absurdo, porque si sanciona el daño moral, el hacerlo depender del daño material y de la intención de causar el primero, en realidad la protección más del ofendido, es para el agente causante del daño, ya que se requiere que el ofendido demuestre la intención de dañar por parte del sujeto activo; además que en el supuesto de que el deterioro y destrucción de una cosa sin que exista la intención de irrogar un daño moral al sujeto pasivo, de conformidad con el dispositivo en comento no existe la

obligación de reparar el daño por más grave que sea, lo que atenta con el principio de que nadie debe sufrir un daño sin derecho.

4.2.- Artículo 1916. El precepto en cuestión es el más importante en lo que al daño moral se refiere, en primer lugar por enunciar lo que debemos entender por esta clase de daño, y a la letra dice:

“ART. 1916. Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia que haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus funcionarios conforme al artículo 1927, ambas disposiciones del presente código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando esta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez teniendo en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación, o consideración, el juez ordenará a petición de ésta y con cargo al

responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleja adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos de que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original. “

4.2.1.- Concepto legal de daño moral. El precepto en estudio en vez de dar un concepto de daño moral enuncia las formas en que se produce; afectación en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o en la consideración de que sí misma tengan las demás personas.

4.2.1.1.- Los sentimientos. Los sentimientos pueden ser considerados como la aptitud para recibir expresiones exteriores, o como la conciencia íntima que se tiene de una cosa, o como nos dice Hegel en la presente cita: *“Pero el sentimiento no es otra cosa que la forma de la individualidad peculiar e inmediata del sujeto, en la cual puede ser puesto aquel contenido, como todo otro contenido objetivo, que la conciencia hace su objeto... Placer, goce, dolor, etc, vergüenza, arrepentimiento, contento etc, son, por una parte, sólo modificaciones del sentimiento práctico formal, pero por otra parte son diversos por su contenido, el cual constituye una determinación del deber”*.⁸³ El sentimiento puede ser considerado propiamente como la forma de la individualidad del sujeto, en la que el placer, goce, vergüenza y arrepentimiento constituyen modificaciones del sentimiento.

En este sentido podemos considerar al sentimiento en dos aspectos: **primero:** como la aptitud o capacidad de querer y pensar, es decir, en forma subjetiva, y **segundo:** lo podemos considerar como el contenido de los

⁸³ HEGEL G.F. *“Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas”*. Juan Pablos, México 1974 Pág... 39 et seq.

sentimientos, como las representaciones que de las cosas se tenga, en este aspecto es considerado subjetivamente.

Es claro que el numeral comentado no proporciona una definición de sentimientos ni de elementos, no precisa una definición de sentimiento ni de los elementos necesarios para elaborar su concepto, pero de lo mencionado por Hegel, con lo cual coincidimos, es evidente que se trata de la subjetividad de la persona, de su individualidad particular que lo hace diferente a las demás personas.

4.2.1.2.- Los afectos. En relación a los afectos éstos son considerados como las inclinaciones a una cosa o a una persona, por lo que quedan comprendidas dentro de los sentimientos, como una de sus modificaciones con un contenido determinado específico.

4.2.1.3.- Las creencias. De igual forma que los afectos, las creencias constituyen una modificación de los sentimientos.

4.2.1.4.- Decoro, honor, reputación, vida privada y consideración que de sí misma tienen los demás. Las locuciones mencionadas en este apartado, a diferencia de los anteriores, se dan en las relaciones exteriores que las personas tienen con otras, y el daño moral derivado de estas formas no es propiamente en su decoro, en su honor, reputación, consideración de que ella tengan los otros, sino en el efecto que éstos produzcan en sus sentimientos, es decir, son diversas formas de causar un daño moral.

4.2.1.5.- Configuración o aspecto físico. En otra forma, particularmente el daño moral se da en dos diferentes modos; primera por el efecto que lo cause al observarse el mismo su configuración o aspecto físico, y por el daño moral producto del rechazo o repulsión de las demás personas.

4.2.1.6.- Daño moral. El artículo 1916 realiza una enunciación de formas y modos de daño moral que por lo que no puede agotar todas las posibilidades, pudiendo quedar el daño en los sentimientos de una persona, o en su individualidad de querer y pensar, es decir, en su voluntad.

4.2.2.- El daño moral debe ser producto de un hecho u omisión ilícitos. El segundo párrafo de este precepto dispone que sólo existe obligación de reparar el daño cuando es resultado de un hecho u omisión ilícitos, a esto debemos relacionar el párrafo del artículo 1916 Bis que a la letra dice:

“ART. 1916 Bis. No estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información, en los términos y con las limitaciones de los artículos 6º y 7º de la Constitución General de la República.

En todo caso, quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual y extracontractual, deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta. “

El numeral mencionado determina que debe demostrarse la ilicitud de la conducta como la causalidad del daño moral resultante de la misma, de lo previsto en los dos preceptos indicados resulta que el hecho u omisión ilícitos se refieren en forma exclusiva a la conducta del sujeto activo del daño, y que por lo mismo es deficiente su técnica jurídica, ya que en un sentido amplio el hecho comprende en relación a la conducta del agente del ilícito tanto un acto positivo como un negativo y que, en definitiva, sólo era necesario decir, como lo hace el artículo 1916 Bis, la conducta ilícita del sujeto activo del hecho ilícito.

El hecho ilícito no sólo es la conducta del agente del ilícito, sino también lo es el mismo daño, como dice Carnelutti, y Jiménez Huerta, por lo que el legislador se queda corto en su definición y restringió la obligación de reparar el daño en contra de, el fundamental principio general de derecho; de que nadie puede sufrir un daño sin derecho, como lo enuncia la fracción VI del numeral 1932 del Código Civil para el Distrito Federal.

El hecho ilícito debe ser considerado, como nos indica Von Tuhr, en primer lugar el derecho jurídico es toda modificación del mundo exterior que produce efectos jurídicos y, en consecuencia, en sentido estricto como indica Adriano de Cupis sólo el daño produce efectos jurídicos, por lo que es el único que debe ser considerado como hecho jurídico ilícito; en este sentido, podemos decir que la modificación del mundo exterior en el hecho ilícito, es decir, en el daño se verifica o se realiza por modificación de una conducta humana.

La regulación del daño moral que realiza el código civil, es conforme a la teoría de la culpa, ya que incluso en tratándose con la responsabilidad objetiva como menciona Planiol es una variante de la culpa, es decir, se requiere que exista culpa en el sujeto activo del ilícito para que exista su obligación de reparar el daño causado.

Como mencionamos en el capítulo tercero del presente trabajo, esta teoría, al igual que el ordenamiento en vigor, sigue las reglas de la responsabilidad penal, cuando lo que se persigue en la responsabilidad civil es la reparación del daño y no la represión y prevención de las conductas ilícitas como en derecho penal. La responsabilidad civil atiende al daño causado y con la finalidad de su reparación, y en la responsabilidad penal se atiende a la peligrosidad de la conducta del delincuente con la finalidad de su represión y prevención, y el restablecimiento del orden jurídico.

4.2.3.- Hecho ilícito o conducta ilícita. Los artículos 1916 y 1916 Bis nos dicen que el daño moral se repara siempre que sea resultado de un hecho o conducta ilícita, sobre el particular los numerales 8°, 1830, 1910, nos refiere lo que debe entenderse por conductas ilícitas.

“ART. 8°. Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés públicos serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.”

“ART. 1830. Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.”

“ART. 1910. El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia o culpa inexcusable de la víctima.”

Es ilícito el hecho contra las leyes de orden público, es claro que por orden público debemos entender aquellas normas cuya observancia no está sujeta a la voluntad de las partes, sino que su cumplimiento es obligatorio, o como dicen los hermanos Mazeaud, son las normas que no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes, éste es el sentido del artículo 6° del código civil que a la letra dice:

“ART. 6°. La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros.”

Los hechos ilícitos no presentan dificultad en su comprensión por ser claras las disposiciones relativas que nos proporcionan la definición de éstos como contrarias a las leyes de orden público. El problema se presenta en lo que debemos

entender por buenas costumbres; sobre el particular, estas son cambiantes con la época si bien podemos decir que una buena costumbre es el deber de no dañar a nadie, como correlato del que nadie debe sufrir un daño sin derecho, así como el deber que tenemos de no interferir en la esfera jurídica de otra persona. Las buenas costumbres se pueden considerar en un lugar y tiempo determinado, y además es imposible establecer un catálogo de éstas.

5. Daño moral y la Constitución. En los estudios de daño moral o material, nunca se ha tomado en consideración las disposiciones de la Ley Fundamental, nosotros consideramos que esto es un error y que ha llegado a grandes equivocaciones en el estudio y determinación de la responsabilidad civil.

5.1.- Las garantías individuales y el daño moral. En primer lugar, es necesario aclarar que las llamadas garantías individuales no sólo son un derecho de los individuos frente al Estado, sino también frente a los demás individuos. En este aspecto el que no interesa resaltar en relación al daño moral, es decir, el segundo párrafo del artículo 14, y el primer párrafo del artículo 16 Constitucionales son derechos de los individuos frente al Estado y frente a los demás individuos, y a la letra dicen:

“ART. 14. Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en los que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.”

“ART. 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud del mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento...”

El tenor de los artículos transcritos no deja lugar a duda, que estos derechos del individuo establecidos en la Carta Magna se oponen a los demás. Así el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución dispone que nadie puede ser privado de su libertad, derechos, propiedades o posesiones sino mediante juicio. Lo anterior nos lleva a concluir que la privación que sufra un individuo en su libertad, propiedad, posesión o derechos, por un hecho de tercero, exista culpa o no, sino se realiza mediante juicio seguido entre los tribunales, constituye una afectación sin derecho, una interferencia en la esfera jurídica de la víctima y en consecuencia el agente del daño es responsable sin importar si actuó con culpa o no.

Las locuciones libertad, propiedades, posesiones y derechos son empleados en el más alto sentido, quedando incluido por supuesto la moral del individuo. En el caso de la libertad comprende la libertad de expresión, creencias, sentimientos, afecciones, etcétera; en caso de las propiedades se extiende a toda cosa susceptible de apropiación; en cuanto a las posesiones rige a todo tipo de posesión; en relación a los derechos es todavía más amplia que las anteriores por comprender también a éstas, y además todo tipo de derechos del individuo.

El primer párrafo del artículo 16 de la Carta Magna determina que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente. Al igual que el artículo 14 de la citada ley, un individuo lo puede oponer a las demás personas. El derecho de un individuo a no ser molestado en su persona se refiere a la persona en su más amplio concepto, comprendiendo tanto su cuerpo como sus sentimientos; de igual manera acontece con su familia, domicilio, papeles o posesiones. En consecuencia, si un individuo es molestado en cualquiera de estos sin que medie mandamiento de autoridad competente, se interfiere sin derecho en su esfera jurídica, de donde deviene la responsabilidad del sujeto activo de la afectación de sus derechos, haya actuado con culpa o sin culpa.

Los derechos de los individuos, consagrados en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos son derechos que no están sujetos a renuncia por parte de los individuos, y que al tenor del artículo primero de la mencionada ley, no pueden restringirse ni suspenderse en los casos que la misma Constitución establece. Las garantías individuales, como mencionamos son oponibles al Estado y a los demás individuos y, como dice el artículo primero, no son renunciables, es decir, son de orden público porque no está permitido a los particulares derogarlas, y en su observancia es de carácter obligatorio.

6. Dogmática del daño moral. El daño moral, como cualquier otro tipo de daño, debe ser reparado si se causó sin derecho, al tenor de los artículos 14 y 16 de la Carta Magna, *en este sentido podemos decir que nuestros tribunales incurren en un error gravísimo al seguir los preceptos del Código Civil en vigor, toda vez que son contrarios a las disposiciones de la propia Constitución.*

Es atentatorio a los derechos de los individuos exigir que exista culpa del causante del daño, cuando la Constitución exige que nadie puede ser privado de sus derechos, o molestado sin juicio previo o en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, por lo que toda afectación que no sea por esos medios es una interferencia sin derecho de la esfera jurídica del individuo que le da el derecho de exigir la reparación del daño que tal interferencia le cause.

7. Sujeto pasivo del daño moral. Los sujetos pasivos del daño moral son los individuos, parecería ocioso decir que sólo pueden ser sujetos de daño moral los individuos, pero realmente no es así dado que existen opiniones de que las personas morales pueden ser sujetos de esta clase de daño. Así Ochoa Olvera lo menciona en la cita siguiente: *“Si bien parecería incongruente afirmar que una sociedad mercantil, por ejemplo, pudiera ser afectada en sus creencias o aspectos físicos, y por tal conculcación ser indemnizada, lo cierto es que tanto la persona física como la persona moral*

pueden ser sujetos de la relación jurídica que nace del daño moral".⁸⁴ Considera que las personas morales pueden ser sujeto de daño moral, tales afirmaciones nos llevan a recordar cual es la diferencia entre las normas morales y las normas jurídicas.

Las normas morales tienen como características la de ser internas, incoercibles, autónomas y unilaterales. La principal característica de las normas morales es que son internas del individuo, nadie se las impone, por lo que son autónomas, son unilaterales por ser internas del sujeto, es decir, la moral es una cuestión interna del individuo, por lo que de ninguna manera puede tener moral una persona moral, hecha excepción del Estado en determinadas circunstancias; si bien podríamos decir que en determinados aspectos podemos hablar de un daño equiparable al daño moral pero que en definitiva no puede ser sujeto pasivo del daño moral.

7.1 Prescripción. El artículo 1934 determina que la acción para demandar la reparación el daño prescribe en dos años, y a la letra dice:

"ART. 1934. La acción para exigir la reparación de los daños causados, en los términos del presente capítulo, prescribe en dos años, contados a partir del día en que se haya causado el daño."

Consideramos que la acción para pedir la reparación del daño debe ser imprescriptible, dado que atentan contra la existencia misma de las personas, y constituyen una transgresión de derecho fundamental del individuo a su propia existencia, a su autodeterminación.

8. Proyecto de reforma el artículo 1916 y al artículo 1916 Bis. La regulación de la responsabilidad civil como la de la reparación del daño que resulta de esta

⁸⁴ OCHOA OLVERA Salvador. Op, cit, Pág. 33 et seq.

en nuestro código civil vigente adolece de serias deficiencias que son resultado del estado de la teoría dominante en esta materia.

Consideramos que en general deben reformarse los artículos del 1910 a 1934, que integran el Capítulo V " De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos, del Título Primero " Fuentes de las obligaciones " , Libro cuarto " De las obligaciones " , y que deben elaborarse nuevas reglas en base a dos principios: primero, el deber de no dañar a nadie, y segundo, que nadie debe sufrir un daño sin derecho. Sin embargo, por ser el tema de este trabajo el daño moral, nos restringiremos a enunciar un proyecto de reformas a los preceptos 1916 y 1916 Bis; en los siguientes términos:

Artículo 1916. El que cause un daño moral a otro sin derecho, aún actuando sin culpa tiene la obligación de repararlo.

Para efectos de este artículo, se entiende por daño moral la afectación en la voluntad subjetiva del individuo, en sus sentimientos, en su capacidad de querer y pensar tanto en lo interno como lo externo, impidiéndole su libre autodeterminación.

El daño moral se presume, y el sujeto responsable tiene obligación de repararlo aún el que actuó sin culpa.

La reparación del daño moral se sujetará a las siguientes bases:

I. El que actuando sin culpa cause un daño sin derecho a otro tiene obligación de repararlo, y la indemnización consistirá en 400 días de salario mínimo.

II. El que cause a otro un daño moral actuando sin impericia, negligencia, imprudencia o imprevisión debe indemnizar a la víctima con un mínimo de 800 días de salario mínimo.

III. El que cause intencionalmente a otro un daño moral está obligado a repararlo, y la indemnización mínima será de 1200 días de salario mínimo.

IV. Los responsables de causar un daño moral cuyas percepciones mensuales sean iguales o superiores a la indemnización mínima establecida para cada caso, la indemnización mínima será de tres meses del monto de su salario.

Las indemnizaciones a que se refiere este artículo pueden ser incrementadas en atención a la gravedad del daño, a la intención y posibilidades del responsable.

Artículo 1916 Bis. La acción para demandar el daño moral prescribe a los diez años contados a partir del día en que se verificó.

Tienen acción para pedir la reparación del daño moral:

- I. La víctima.
- II. En el caso de incapaces su representante legal.
- III. En caso de incapacidad temporal, definitiva o fallecimiento de la víctima, su cónyuge, sus descendientes, ascendientes, sus colaterales hasta el segundo grado, la concubina y sus dependientes económicos.

CAPITULO VII
DAÑO MORAL EN DERECHO COMPARADO

CAPITULO VII

DAÑO MORAL EN DERECHO COMPARADO

1. Introducción. En el presente capítulo se analizará en forma sucinta, como se ha regulado el daño moral en el derecho comparado. El daño moral en el Derecho Romano fue regulado en forma directa con la iniuria y, remitimos al lector al capítulo segundo.⁸⁵

2. Derecho Francés. En este apartado veremos como se reguló en Francia el daño moral.

2.1.- Antiguo Derecho Francés. *“ El antiguo derecho francés recogió la tradición romana, pero no la recogió sino de una manera imperfecta, porque los autores no tuvieron sino un conocimiento incompleto de los textos legales. Esta laguna los condujo a establecer una distinción que el derecho romano no había hecho jamás entre la responsabilidad delictual y la responsabilidad contractual. Admitieron con bastante agrado que, en la primera de las esferas, el daño moral daba lugar a reparación; esto es, por otro lado, lo resolvían los Parlamentos que, por ejemplo. Para reparar el atentado infringido al honor del marido, condenaban al abono de daños y perjuicios, a veces muy elevados, al cómplice de la mujer adúltera o también sancionaban los ultrajes causados a los muertos por la violación de sus sepulturas; la Ordenanza de Villers Cotteret, de 1538, tenía el cuidado de precisar en su artículo 88: “ que el elemento moral debe ser tomado en consideración para la evaluación de la suma concedida”. Pero en la esfera contractual, los antiguos autores franceses se negaron categóricamente a admitir la reparación del perjuicio moral...”*⁸⁶ El sistema del antiguo derecho Francés sancionaba el daño moral pero sólo el proveniente de la responsabilidad delictual; así las Ordenanzas de Villers-Cotterer, preceptuaba que el elemento moral debía considerarse a efecto de determinar la suma concedida.

⁸⁵ Vid. Pág. 38.

⁸⁶ MAZEUD Henri y León TUNC Andre, Op. Cit. Tomo I, vol. I, pag. 429.

Nos parece que, el legislador tomo como premisa el hecho de que, los delitos siempre van acompañados del daño moral, por lo que sólo era necesario acreditar la verificación del ilícito penal.

En cambio no aceptaron la reparación del daño moral en la responsabilidad contractual, nos parece: **primero**, debido a la dificultad de determinar en que *consiste el agravio moral*, como la de establecer los medios de prueba. La particularidad del elemento moral para establecer los requisitos de este tipo de afectación los llevó a negar la reparación del daño moral en la responsabilidad contractual.

El daño moral sólo se puede sancionar en base a presunciones, la incomprensión de esto, así como la peligrosidad que representa establecer una sanción en base a presunciones llevó al tanto al legislador francés como a los estudiosos de esta institución a negar la sanción; creyendo evitar el surgimiento de demandas notoriamente improcedentes, y las intrincadas discusiones en los tribunales para probar un daño moral, determinando al efecto su reparación.

2.2.- Código de Napoleón. El ordenamiento en cita regula la responsabilidad civil extracontractual y contractual:

2.2.1.- Responsabilidad extracontractual. En los artículos 1382, y 1383, establece la responsabilidad delictual, cuyo tenor es:

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

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

Los preceptos mencionados nos permiten establecer las siguientes características de la responsabilidad civil extracontractual.

- a) . La obligación de responder por el daño causado a otro.
- b) . La obligación a cargo del autor del daño de repararlo, tiene por fundamento el que haya actuado con culpa.
- c) . La culpa del autor del daño puede darse por dolo o culpa.
- d) . La existencia del daño es esencial para dar origen a la obligación de su reparación.
- e) . Es evidente de la redacción de los numerales citados que, y si bien es cierto que la responsabilidad civil es la obligación de reparar el daño, esta obligación de repararse precisamente por causar un daño.

Los artículos mencionados a pesar de que son claros, existen autores como Bustamante Alsina que sustenta la tesis en la presente cita " ...a) *"La culpa puede ser intencional como por simple negligencia o imprudencia...* b) *Siendo la culpa la violación del deber genérico de no dañar a otro; ella comete el ilícito el acto ejecutado en tales condiciones...*",⁸⁷ de que " ... Siendo la culpa la violación del deber genérico de no dañar a otro, ella convierte en ilícito el daño ejecutado en tales condiciones. " La solución es desafortunada cuando afirma: la culpa puede ser intencional, por negligencia, o por imprudencia, lo cual es totalmente contrario al deber de no dañar a nadie, como a la enunciación de los preceptos mencionados del ordenamiento en cita. De lo anterior no precisa si la culpa califica a la conducta del agente del daño por actuar con intención, negligencia o impericia; o bien, la culpa deviene de haber causado el daño sin derecho, como disponen la ley citada.

2.2.3.- Daño y culpa. Como se puede apreciar el Código de Napoleón no realiza diferenciación alguna en materia de daños. Y concebía a la culpa como el dañar sin derecho a otro, por lo que no exigía análisis de la voluntad del autor. Sólo la fuerza mayor y el caso fortuito no da lugar a la reparación del daño.

2.3.- Jurisprudencia y legislación. El derecho Francés ha logrado en base a pocos artículos un desarrollo importante en la regulación de la responsabilidad civil, principalmente en la jurisprudencia.

2.3.1.- Jurisprudencia. La Corte de Casación ha elaborado un régimen de responsabilidad civil a partir de los artículos mencionados y principalmente del numeral 1384 del Código Civil que dispone:

“Artículo 1384. Uno es responsable no solamente del daño que causa por su propio hecho, sino también del que es causado por el hecho de las personas por las cuales uno debe responder, o de las cosas que uno tiene bajo guarda.

El padre, y la madre después de la muerte del marido, son responsables del daño causado por sus hijos menores que habitan con ellos;

Los amos y domitentes lo son del daño ocasionado por sus criados y comisionados en las funciones en los que han empleado;

Los instructores y los artesanos lo son del daño ocasionado por sus alumnos y aprendices por el tiempo que estén bajo su vigilancia;

La responsabilidad arriba expuesta tiene lugar, a menos que padre y madre, instructores y artesanos, prueben que no han podido impedir el hecho que ocasiona esta responsabilidad. “

La importancia del numeral citado es: **primero** por haber dado origen a la teoría del riesgo creado en contraposición a la teoría de la culpa, remitimos al lector al capítulo tercero; y **segundo**, por establecer la responsabilidad por el

⁸⁷ BUSTAMANTE ALSINA. Op. cit. Pág. 37.

hecho de terceros y de las cosas. Sobre este se elaboró la responsabilidad del guardián y la responsabilidad objetiva.

2.3.1.1.- Responsabilidad por la guarda. Sobre el particular la Corte de Casación en criterio pronunciado el 16 de junio 1896 la cual cita el autor TAMAYO JARAMILLO Javier en su obra *“Considerando que el fallo atacado constató soberanamente que la explosión de la máquina del remolcador a vapor “María” que causó la muerte de Teffaine se debió a un vicio de construcción; en los términos del artículo 1184 del C.C. Francés ésta constatación, que excluye el caso fortuito y la fuerza mayor, establece frente a la víctima del accidente la responsabilidad del propietario del remolcador, sin que este pueda sustraerse de ella, ya sea probando la falta de construcción de la máquina, o bien el carácter oculto del vicio incriminado, de donde se deduce que, condenando a Guiszez y Cousin, propietarios del remolcador “María”, a pagar daños y perjuicios a la viuda y a los hijos de Teffaine, el mencionado fallo, entre otras cosas es motivado, no ha violado ninguno de los artículos mencionados en el recurso”*.⁸⁸, la tesis nos permite apreciar el total apego a lo establecido en el párrafo primero del artículo 1384 ya citado.

En relación a que sólo el caso fortuito y la fuerza mayor eximen de la reparación de daño. En posteriores tesis la Corte de Casación de Francia fue modificando su criterio, en la que eximan también la falta inexcusable de la víctima.

La Segunda Sala Civil de la Corte de Casación de Francia emitió un fallo el 21 de julio de 1882, citado por el mismo autor Tamayo Jaramillo Javier *“Considerando que sólo un evento que constituya un caso de fuerza mayor exonera al guardián de la cosa, instrumento del daño de la responsabilidad por él incurrida por aplicación del artículo 1384 inciso primero del C.C.; que desde luego, el comportamiento de la víctima, sino ha sido imprevisible e irresistible para el guardián, no puede exonerarlo, ni*

⁸⁸ TAMAYO JARAMILLO Javier *De las Responsabilidad Civil*”. Tomo 1, volumen 2, Temis, Bogotá, Colombia 1989, Pág. 27. _

siquiera parcialmente.”, en el que sustenta que aun existiendo falta inexcusable de la víctima, sólo puede ser exonerado de la reparación si el comportamiento de la víctima era imprevisible e irresistible es decir, sino adopta todas las medidas de seguridad para evitar accidentes es responsable y debe reparar los daños aún existiendo falta inexcusable de la víctima del daño.

2.4.- Daño moral. En relación a la reparación del daño moral en el Derecho Francés es necesario indicar:

a) . Al tenor del numeral 1382 que no puede ser excluido la reparación del daño moral, por referirse a “ Todo hecho del hombre que causa a otro un daño. “ , la enunciación es genérica tanto en el daño como en el hecho, y donde la ley no distingue el interprete no tiene porque distinguir.

b) . La Corte de Casación ha determinado que para exigir la reparación del daño moral en caso de muerte se precisa un vínculo de parentesco sanguíneo o por afinidad. Sin embargo, ha concedido la reparación a la novia por muerte accidental de su prometido. Con mejor técnica los hermanos Mazeaud afirman que debe exigirse: un perjuicio cierto, un dolor profundo y no un pesar transcrito.

3. Derecho Italiano. El régimen jurídico del daño moral en el Derecho Italiano presenta características muy especiales ya que sólo da lugar a la reparación en el caso de los delitos, es decir es accesoria a la responsabilidad penal.

3.1.- Código Civil de 1865. El ordenamiento mencionado derivaba del Código de Napoleón, el maestro Adriano de Cupis, nos comenta en la presente cita “ *Con arreglo al Código Civil de 1865 y a la vista de su contenido normativo, era dudoso que hubiese de admitirse el resarcimiento del daño patrimonial. La expresión*

genérica de < daño >referida en la norma fundamental de su artículo 1.151, se invocaba por los partidarios del resarcimiento en razón a su generalidad se encontraba comprendido. Por otro lado, la falta de una mención expresa sobre la controvertida clase de daño no patrimonial, en presencia de las discrepancias doctrinales respecto al resarcimiento, abría la posibilidad a los mismos disidentes, no eliminando las discusiones y las dudas”.⁸⁹

Que en sus artículos regulaba el daño en general, y esta situación inició debates en torno a la reparación del daño moral, lo que motivó al legislador a introducir la tutela de los intereses no patrimoniales.

3.2.- Código Penal de 1889. La ley en comento, nos dice de Cupis⁹⁰ el legislador estableció en el numeral 38, de la reparación de las ofensas al honor.

3.3.- Código Civil de 1942. La regulación del daño moral en el actual Derecho Italiano, parte del dispositivo del artículo 2059 del Código Civil vigente el cual preceptúa: “ el daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la Ley” . como podemos apreciar en el Derecho Italiano a diferencia del derecho Francés, con normas semejantes adoptaron diferentes regímenes jurídicos para su regulación, así en tanto que el derecho francés lo dejó a la jurisprudencia, el derecho italiano lo limitó a los casos expresamente previstos en la Ley.

3.4.- Código Penal de 1930. De Cupis nos dice que este ordenamiento en su numeral 185, 2 dispone:

“**Artículo 158.** ... Todo delito que haya ocasionado un daño patrimonial o no patrimonial, obliga al resarcimiento al culpable y a las personas que según las leyes civiles deben responder por los hechos de aquél. “

⁸⁹ TAMAYO JARAMILLO Javier. Op, cit Pág. 36

⁹⁰ CUPIS Adriano de *“El Daño”*. Bosch, Barcelona, España, 1970, Pág. 769.

4. Derecho Alemán. En la legislación alemana la sanción por daño moral es similar a la del Derecho Italiano, así el Código Civil prevee:

*“Artículo 253. Si se tratase de un perjuicio que no sea traducible en valor pecuniario, sólo podrá exigirse la reparación en metálico, en los casos determinados en la ley, como lo describe el tratadista ENNECCERUS Ludwing en su obra . “ Si el daño no puede traducirse en un valor pecuniario, sólo podrá exigirse, por regla general, la reposición natural y si esta es imposible decae la pretensión. Sólo excepcionalmente puede exigirse una “ equitativa indemnización en dinero” por razón de semejante daño inmaterial, a saber; en los casos de lesión corporal y privación de libertad; en los casos de ciertas transgresiones de orden moral contra las mujeres; a favor de la novia sin tacha que haya permitido al novio la cohabitación y en ciertos casos la ruptura de sponsales . En verdad que un interés ideal, no estimable en dinero, puede fundar un crédito, pero, por regla general, se excluye la compensación en metálico porque, en rigor, es imposible o al menos contradice nuestro sentimiento jurídico.”.*⁹¹

El Derecho Alemán sólo sanciona el daño moral en los casos previstos en la ley, la explicación a esta disposición sólo puede ser la dificultad de determinar y probar el daño moral. Podemos concluir que el sistema es parecido al italiano. Lo enunciado por Ennecerus nos permita mencionar que no se sanciona el daño moral, por la posibilidad de compensar el daño moral sufrido.

5. Derecho Suizo. La legislación de Suiza es a fin a los sistemas italianos y alemán, como lo podemos apreciar lo dispuesto en sus artículos 47 y 49 del Código de las Obligaciones de 1910.

⁹¹ ENNECCERUS Ludwing. *“Derecho de Obligaciones”*. Tomo 2º, volumen 1º, Bosch, Barcelona, España, pag96.

“**Artículo 47.** Teniendo en consideración circunstancias particulares, puede el juez acordar a la víctima de lesiones corporales o en caso de muerte de un hombre, una indemnización equitativa a la familia, a título de reparación moral. “

El artículo 49 determina que la víctima de todo atentado ilícito, además de los daños e intereses, tiene derecho a una suma de dinero a título de reparación moral, desde que ella este justificada por la gravedad particular del perjuicio.

El derecho Suizo en relación al daño moral como establece el numeral 47 del Código de las Obligaciones sólo procede en determinados delitos, Andreas Von Tuhr menciona que el daño moral propiamente no se puede reparar y en su obra citada afirma que “ *Entendemos por daño el menoscabo sufrido por un patrimonio. Las lesiones inferidas a los bienes jurídicos de la personalidad no tienen concepto legal de daños, mientras no afecten al patrimonio y la suma de dinero que en ciertos casos se ha de abonar por haberlas causado no constituye verdadera indemnización, sino una satisfacción que se ofrece a una persona lesionada ...La ley sólo entiende por daño, el daño patrimonial, pero no los < daños morales >, o sea, los quebrantos o dolores físicos o de orden moral que se le producen al hombre cuando ilícitamente, se atenta contra su persona o se invade la esfera de sus intereses personales. A diferencia del daño patrimonial que, bien sea mediante reposición en especie o en pago en dinero, puede indemnizarse plenamente, restaurando el patrimonio en el estado que presentaría de no haber ocurrido el suceso dañoso, los quebrantos morales no son susceptibles de reparación mediante recursos jurídicos*”.⁹² Que los quebrantos morales repugnan, por naturaleza toda tasación... “, por lo que sólo basta asignar una cantidad a manera de “satisfacción “.

6. Derecho Argentino. La legislación regula la reparación del daño moral en sus artículos 522, y 1078 del Código Civil Argentino que dispone:

⁹² TUHR Andreas Von. “*Tratado de las Obligaciones*”. Tomo I, Reus, Madrid, España, 1934. Pág. 58 et seq.

“**Artículo 522.** En los casos de indemnización por responsabilidad contractual, el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiera causado, de acuerdo con la índole del derecho generador de la responsabilidad, y circunstancias del caso.”

“**Artículo 1078.** La obligación de resarcir el daño causado por los ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima únicamente tendrán acción los herederos forzosos.”

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA. La responsabilidad civil surge en Roma como una sanción única a todo tipo de incumplimiento del derecho privado. Esta sanción es el *nexum*, que se caracteriza por su crueldad excesiva, pero comprensible en un pueblo fundado por una banda de ladrones y asesinos como afirma Hegel.

SEGUNDA. La responsabilidad civil en la antigua Roma es una sanción única, y no podía ser de otra forma ya que para la existencia de diferentes sanciones se requiere un amplio desarrollo del Derecho, que valorará tanto el daño causado como la actividad del sujeto responsable.

TERCERA. El desarrollo de la responsabilidad civil en el Derecho Romano como evolucionó de pena privada, que queda como constancia de otros tiempos en la Ley de las XII Tablas, en la que sólo se requería probar la realización del hecho, a la valoración de la culpa del responsable, en la Ley Aquilia y en la iniuria.

CUARTA. La valoración de la responsabilidad civil en el Derecho Romano evolucionó de la pena en los delitos privados, a la valoración del daño material en la ley Aquilia, y del daño exclusivamente material el daño moral en la iniuria.

QUINTA. La responsabilidad civil es la institución más importante del Derecho, y participa de una doble naturaleza jurídica: primero como sanción al hecho ilícito de causar un daño sin derecho y, en segundo lugar, como la obligación de reparar el daño causado.

SEXTA. La responsabilidad civil tiene como objeto la reparación del daño causado, a diferencia de la responsabilidad penal que tiene como finalidad la represión y prevención de las conductas ilícitas.

SÉPTIMA. En la responsabilidad civil el hecho de causar un daño sin derecho es el que precisamente califica de culpable la conducta del agente, y no el actuar culpablemente la que califica de ilícito al daño.

OCTAVA. Los principios rectores de la responsabilidad civil son el deber de no dañar a nadie, y el que nadie puede sufrir un daño sin derecho.

NOVENA. El daño considerado en si mismo, es un hecho ilícito, resultado del incumplimiento de un deber, que puede ser de el deber general de no dañar a nadie, del *neminem laedere*, o de una obligación preexistente contractual o extracontractual, surgiendo la obligación de repararlo sin importar si el responsable actuó con culpa o sin ella.

DÉCIMA.- El daño moral es un hecho ilícito que interfiere en la esfera jurídica de la víctima, afectando su voluntad subjetiva, sus sentimientos, su capacidad de querer y de pensar, impidiendo su libre autodeterminación tanto en su aspecto interno como en lo externo.

DÉCIMA PRIMERA.- Los artículos relativos a las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos deben ser reformados en su totalidad por ser contrarios a la Ley Fundamental, principalmente a los artículos primero, décimo cuarto en su segundo párrafo y el décimo sexto ab initio, debiendo constituirse sobre los principios de que nadie debe sufrir un daño sin derecho, y el deber de no dañar a nadie.

DÉCIMA SEGUNDA.- En relación a los artículos al daño moral proponemos, primero que se deroguen los artículos 143 y 2116 y segundo sean reformados en su totalidad principalmente los numerales 1916 y 1916 bis para quedar como sigue:

Artículo 1916. El que cause un daño moral a otro sin derecho, aún actuando lícitamente tiene la obligación de repararlo.

Para efectos de este artículo se entiende por daño moral la afectación en la voluntad subjetiva del individuo, en sus sentimientos, en su capacidad de querer y pensar tanto en lo interno como en lo externo, impidiendo su libre autodeterminación.

La reparación del daño moral se sujetará a las siguientes bases:

I.- El que actuando sin culpa cause un daño moral sin derecho a otro tiene obligación de repararlo, y la indemnización consistirá en 400 días de salario mínimo.

II.- El que cause a otro un daño moral actuando con impericia, negligencia, imprudencia o imprevisión debe indemnizar a la víctima con un mínimo de 800 días de salario mínimo.

III.- El que cause intencionalmente a otro un daño moral esta obligado a repararlo, y la indemnización mínima será de 1200 días de salario mínimo.

IV.- Los responsables de causar un daño moral cuyas percepciones mensuales sean iguales o superiores a la indemnización mínima establecida para cada caso, la indemnización mínima será de tres meses del monto de su salario.

Las indemnizaciones a que se refiere éste artículo pueden ser incrementadas en atención a la gravedad del daño, a la intención de provocarlo y posibilidades del responsable.

Artículo 1916 Bis. La acción para demandar el daño moral prescribe a los diez años contados a partir del día en que se verificó el daño.

Tienen acción para pedir la reparación del daño moral:

I.- la víctima.

II.- En el caso de incapaces su tutor o representante legal.

III.- En caso de incapacidad temporal, definitiva o fallecimiento de la víctima, su conyuge, sus descendientes, ascendientes, sus colaterales hasta el segundo grado, la concubina y sus dependientes económicos.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- ANÍBAL ALTERINI, Atilio "Responsabilidad Civil "Abelado Perrot, Buenos Aires, Argentina 1987.
- 2.- ARISTÓTELES, "Lógica "Porrúa, México 1984. "Metafísica"Porrúa México 1976.
- 3.- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel "Obligaciones Civiles ", Harla, México 1992.
- 4.- BERNAL, BEATRIZ ET AL, "Historia del Desarrollo Romano " UNAM México, 1991.
- 5.- BIALOSTOSKY, Sara "Panorama de Derecho Romano", UNAM, México 1978.
- 6.- BONFANTE, Pietro "Instituciones de Derecho Romano "Bosch, Barcelona, España 1979.
- 7.- BONNECASSE, Julián "Introducción al Derecho "Bosch, Barcelona, España 1978.
- 8.- BORJA SORIANO, Manuel "Teoría de las Obligaciones ", Porrúa, México 1994.
- 9.- BRAVO VALDÉS, Beatriz et al "Segundo Curso de Derecho Romano "Pax, México 1991.
- BURDESE, "Manual de Derecho Público Romano "Bosch, Barcelona, España 1972.
- 10.- BUSTAMANTE ALSINA, "Teoría de la Responsabilidad Civil "Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina 1987.

- 11.- CARBONIER, Juan, "Derecho Civil ", T. II, Bosch, Barcelona, España 1960.
- 12.- COULANGES, Fustel de, "La Ciudad Antigua "Porrúa, México 1987.
- 13.- CUPIS, Adrianno de, "El Daño ".Bosch, Barcelona, España 1986.
- 14.- ENNECCERUS, et al "Trato de Derecho Civil ", EJEA, Buenos Aires, Argentina 1978.
- 15.- ESTRADA ALONSO, Eduardo "El Derecho al Honor ". Civitas. Madrid, España 1989.
- 16.- GUADAMENT, Eugene "Teoría General de las Obligaciones", Porrúa, México 1994.
- 17.- GAYO," Institutas ". Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina 1987.
- 18.- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, "El Patrimonio "Porrúa, México 1992. " Derecho de las Obligaciones ", Porrúa, México 1992.
- 19.- HEGEL Federico "Filosofa de la Historia ", Alianza, Barcelona, España 1986. " Filosofía del Derecho ", UNAM, México 1986.
- 20.- IGLESIAS, Juan "Derecho Romano ", Ariel, Barcelona, España 1986.
- 21.- JIMÉNEZ de ASÚA "La Ley y el Delito ", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina 1986.
- 22.- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano "Derecho Penal Mexicano". Porrúa, México 1983.

- 23.- JUSTINIANO. "Institutas " Cívicas, Barcelona, España 1970.
- 24.- KANT, Emmanuel. "Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho ", UNAM, México 1978.
- 25.- Kelsen, Hans. "Teoría General del Derecho y del Estado ", UNAM, México 1987.
- 26.- Kelsen, Hans. "Teoría Pura del Derecho ", UNAM, México 1986.
- 27.- Kunkel. Wolfgang "Historia del Derecho Romano", Ariel, Barcelona, España 1987.
- 28.- LA FAILLE. "Tratado de Derecho Civil ". EJEA, Buenos Aires Argentina 1983.
- 29.- LEGAZ LACAMBRA, Luis "Filosofía del Derecho ", Bosch, Barcelona, España 1987.
- 30.- LEHMAN et al. "Derecho Civil ", EJEA, Buenos Aires, Argentina 1975.
- 31.- LIVIO Tito. "Historia Romana ", Porrúa, México 1985.
- 32.- MARGADANT, Guillermo F. "Derecho Romano ", Porrúa, México 1995.
- 33.- MAZEAUD, Henri et al "Lecciones de Derecho Civil ". EJEA, Buenos Aires, Argentina 1984.
- 34.- MAZEAUD, Henri et al "Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Delictual y Contractual ", EJEA, Argentina.

- 35.- MESSINEO, Francesco "Tratado de Derecho Civil y Comercial ", EJEA, Buenos Aires, Argentina 1975.
- 36.- OCHOA OLVERA, Salvador. "La Demanda de Daño Moral ", Mundo Nuevo, México 1991.
- 37.- PETIT, Eugene. "Tratado Elemental de Derecho Romano ", EDESA. México 1991.
- 38.- PLANIOL, Marcel et al. "Tratado elemental de derecho Civil ", Cárdenas, México 1983.
- 39.- RIPERT, Georges et al. "Tratado de Derecho Civil ", La Ley, Buenos Aires, Argentina 1964.
- 40.- ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Derecho Civil Mexicano ", Porrúa, México 1994.
- 41.- SCIALOJA, Victorio. "Procedimiento Civil Romano " EJEA, Buenos Aires, Argentina 1954.
- 42.- TAMAYO JARAMILLO, Javier. "De la Responsabilidad Civil ", Temis Bogotá, Colombia 1989.
- 43.- TUHR, Andreas Von "Derecho Civil Comparado ", Castrovido, México 1976.
- 44.- TUHR, Andreas Von "Tratado de las Obligaciones ", REUS, Madrid, España, primera edición 1934. Tomo I, II.
- 45.- WEGNER, Leopold. "Actio Judicati ". EJEA, Buenos Aires, Argentina 1954.

46.- WINDSCHEID, Bernar et al "Polémica sobre la actio ", EJEA, Buenos Aires.