

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CÓDIGO NAPOLEÓN. LAS BASES DE SU ESTRUCTURA DOGMÁTICA

Andrés CRUZ MEJÍA*

RESUMEN: El autor explica como es que la construcción dogmática del Código Civil francés de 1804 se mantiene viva en muchas de las legislaciones civiles en la actualidad, al regularse la responsabilidad civil como efecto del incumplimiento de las obligaciones. Aborda el crecimiento de daños y de situaciones de riesgo que operan en las sociedades altamente tecnificadas de la época posindustrial, y comenta la necesidad de repensar nuevas estructuraciones normativas que den respuesta a la necesidad de la sociedad para enfrentar el fenómeno del daño.

ABSTRACT: The author explains how it is that the dogmatic construction of the French Civil Code of 1804 continues to live in many current civil legislations, by regulating civil liability as an effect of non-compliance with obligations. It encompasses the growth of damages and risk situations operating in highly technicalized societies of the post-industrial era, and addresses the need to re-think new standardizing structures that will respond to society's need to confront the phenomenon of damage.

* Doctor en derecho y profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM.

I. ANTECEDENTES

La primitiva y natural reacción humana ante el dolor, buscando devolver el daño a quien nos lo ha inferido o derrotar a quien nos ha vencido (venganza) es regulada por el derecho desde los albores de la civilización.¹

1. Roma

En el derecho romano se regularon los efectos obligatorios surgidos de los *delicta* (delitos privados perseguidos a iniciativa de la parte ofendida y castigados con multa a favor de la víctima), así como los derivados de los *crimina* (delitos públicos que afectan el orden social, se persiguen de oficio y se castigan con penas públicas).²

Se consideraban como *delicta*, el *furtum* y el *damnum iniuria datum*.

El *furtum* era cualquier daño causado a las cosas en su materialidad o desapoderamiento, con violación al derecho de propiedad o cualquier otro derecho de la persona y el *damnum iniuria datum* era un acto ilícito realizado por una persona, con o sin intención, pero que ocasionaba perjuicio a otra.

Este último procedía de la legendaria *lex aquilia*³ que de manera casuística establecía los alcances de la reparación.

¹ La Ley del Talió del derecho hebreo señalaba (Exodo 21, 22-25) “Si en riña de hombres golpear uno a una mujer encinta haciéndole parir y el niño naciere sin más daño, será multado en la cantidad que el marido de la mujer pida y decidan los jueces; pero si resultare algún daño entonces dará vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, cardenal por cardenal”. Citado por Alterini, Atilio Aníbal, *Responsabilidad civil*, 3a. ed. de la 1a. reimpr., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, p. 174. En Levítico, 21, 19-21 se lee: “Al que maltrata a su prójimo se le hará como él ha hecho; fractura por fractura, ojo por ojo, diente por diente; se le hará la misma herida que el haya hecho a su prójimo. Quien mate a una bestia, páguela; pero quien matare a un hombre será muerto”. Citado por *id.*, *op. cit.*, en esta misma nota, p. 174. En el Código de Hammurabi se lee: ley 196. “Si un hombre libre vació el ojo de un hijo de hombre libre, se vaciará su ojo”; ley 197. “Si quebró un hueso de un hombre, se quebrará su hueso”; ley 200. “Si un hombre libre arrancó un diente a otro hombre libre, por igual, se le arrancará un diente”. Citado por *id.*, *op. cit.*, en esta misma nota, p. 175.

² Morineau Iduarte, Martha e Iglesias González, Román, *Derecho romano*, México, Harla, 1987, p. 192.

³ Esta ley de fecha incierta es propuesta al parecer por un tribuno llamado Aquilino y votada en plebiscito, contiene tres capítulos (según textos posteriores): el primero previene que quien mate un esclavo ajeno o a un cuadrúpedo o a una res, sea condenado a dar al dueño el valor máximo que tuvo en aquel año y que este valor se duplicaría en casos de que se negaran los hechos; el segundo capítulo impone al *adstipulador* que hubiese realizado una declaración falsa de haber recibido un pago (*acceptilatio*) la obligación de pagar *quanti ea res sit* a favor del verdadero acreedor; y el tercer

A. *Ampliación del ámbito del daño contemplado en la Ley Aquilia, y del número de sujetos legitimados para exigir su reparación*

Con la doctrina de los intérpretes, y especialmente en el derecho pretorio, señala Diez-Picazo, la responsabilidad civil experimenta un notable desarrollo al ampliarse el ámbito del daño contemplado por la Ley Aquilia, así como los sujetos legitimados para ejercitar la acción.

Aparecen las acciones *in factum* que eran aquellas que, aún cuando no se consideraban en el edicto del pretor, éste podía concederlas en vista de las alegaciones de las partes en cada caso particular (cuando las circunstancias no eran conforme a las palabras exactas de la ley) y las acciones *útiles* que se concedían por el pretor más allá de las acciones otorgadas por el *ius civile* (se podía reclamar a persona diversa del propietario).⁴

B. *Hechos dañosos que generaban responsabilidad en el derecho romano*

En general, siguiendo a Diez-Picazo,⁵ se puede señalar que los hechos dañosos que generaban responsabilidad en derecho romano eran los siguientes:

capítulo señala que quien hubiese infligido con *iniuria* cualquier daño a una cosa de otro, de cualquier modo, debía pagar al dañado el mayor valor de la cosa en los últimos treinta días.

⁴ “Tanto las acciones *in factum* como las acciones útiles fueron técnicas por medio de las cuales los pretores llevaron a cabo una tarea de complementación, corrección y adaptación del *ius civile*. La acción *in factum* era la apropiada cuando las circunstancias de un caso concreto no coincidían con las estrictas palabras de la Ley (*occidere, rumpere*), mientras que la acción útil fue el remedio idóneo para extender el derecho de demandar a personas diferentes del propietario... En la compilación de Justiniano se mantuvo la terminología, aunque sin el sentido que originariamente había venido teniendo y así en las *Instituciones* (IV, 3,16) se dice que la acción directa tiene lugar cuando alguno ha causado a otro el daño material con su propio cuerpo (*damnum corpore corpori datum*). Contra aquel que lo causa de otro modo, esto es, si el daño sigue siendo material (*corpori*) pero no ha sido causado con el cuerpo sino a través de una causalidad indirecta, se acostumbra a dar acciones útiles (por ejemplo, se ha encerrado al esclavo o al ganado de manera que perezcan, se ha llevado al caballo con tanta violencia que ha quedado reventado). Finalmente, si el daño no ha sido causado con el propio cuerpo, ni se ha dañado tampoco a ningún cuerpo, sino que se ha causado otra forma de perjuicio, se concedieron útiles. La acción se concede *si non corpore damnum alicui contigit*, como por ejemplo, si por compasión se hubiera liberado a un esclavo ajeno para que pudiera huir”. Diez-Picazo y Ponce de León, Luis, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, p. 67.

⁵ Diez-Picazo, Luis, *op. cit.*, nota anterior, pp. 68 y 69.

a) Los que provocaban la destrucción, alteración o cualquier daño a las cosas corporales (*Damnun iniuria datum*), cuya acción correspondía inicialmente al dueño de la cosa y luego se amplió al poseedor, al usufructuario, al acreedor prendario y al arrendatario que también quedaron legitimados para ejercerla.

b) Las lesiones corporales y muerte a una persona (*Utilis Aquiliae Actio*), cuyo resarcimiento comprendía los gastos de curación, las ganancias dejadas de obtener y la disminución de la capacidad para adquirir en el futuro, pero aún no el *pretium doloris*.

c) Los daños causados por los animales (responde aquilianamente quien haya tenido la culpa, aunque en este particular ya se contempla como culpa la negligencia en la custodia y la falta de destreza al cabalgar o guiar al animal).

d) El daño patrimonial injusto y malévolo que no pueda resarcirse por otra vía (la acción aquiliana se limitaba sólo a la destrucción de cuerpos) siempre que al haberlo causado se hubiese obrado con dolo (*actio doli*).

e) Finalmente, las ofensas, el injusto desprecio a la personalidad (como la perturbación en uso de una cosa común o el impedimento al propietario para obtener frutos del bien de su propiedad), y otro extenso número de casos que se comprendían en esta acción (*La iniuria*).

C. Destellos iniciales de la culpa

En el derecho romano no hay de inicio un concepto preciso de la culpa. La voluntad del autor importaba solamente para el establecimiento del nexo causal entre el comportamiento externo del responsable y el resultado lesivo. Se consideraba que existía culpabilidad cuando quedaba probado que el daño provenía de la conducta externa del responsable sin hacer calificación alguna de la intencionalidad o de cualquier otra consideración moral del comportamiento.

Es hasta que se elabora la noción de imputabilidad por los juristas clásicos,⁶ cuando la culpa se entiende como inobservancia de los deberes de prudencia y respeto que impone la vida en colectividad.

⁶ El derecho preclásico se desarrolla en los periodos históricos correspondientes a la monarquía y a la república que comprenden, la primera desde la fundación de Roma hasta 243 de la era romana (año 753 a 510 a. C.), y la segunda entre los años 510 al 27 a. C. correspondiendo la etapa del

En relación con la responsabilidad surgida por incumplimiento contractual, es más precisa la inteligencia del concepto de culpa como desviación de una regla abstracta de comportamiento. Se califica la conducta del obligado en relación al proceder humano ordinario que contempla esa regla abstracta.

En esta etapa de desarrollo, para tener una conducta como ilícita se efectuaba una calificación del caso concreto de que se tratara, sin bastar la imputabilidad genérica. Pero aún no coincidía la noción de culpa con la idea de la negligencia con que los pandectistas tienden posteriormente a identificarla.

D. *Extensión de la responsabilidad a las consecuencias derivadas del hecho dañoso*

Otro punto importante de desarrollo en este periodo es que ya, en algunos casos, la responsabilidad derivada de culpa se extiende a las consecuencias no previstas, como ocurre en el caso del incendio “el que quema mi casa, si el fuego se extendiera también al vecino queda al mismo tiempo obligado por la Ley Aquilia ante el vecino y es también responsable frente a los inquilinos por las cosas de éstos que puedan ser quemadas (*Digesto* 9, 2, 27, 8)”⁷.

E. *La idea del cuasidelito*

Al lado de los *delicta*, que antes se han analizado, la doctrina posclásica y el derecho justinianeo consideraron otros supuestos que daban lugar

derecho clásico a la etapa del principado o diarquía (año 27 a. C. al 284 de nuestra era). La época del derecho clásico se caracteriza por ser aquella en la que el derecho romano alcanza su mayor grado de evolución, desenvolviéndose con rapidez y construyendo a través de la jurisprudencia una verdadera ciencia jurídica. Es aquí que aparece el casuismo que tan bien caracteriza al derecho romano. Es en este periodo cuando los jurisconsultos reciben un decidido apoyo de Augusto y sus sucesores, quienes otorgan a sus opiniones fuerza de ley (*ius publice respondendi*) desarrollándose así la jurisprudencia. También en esta época aparecen las escuelas o corrientes de pensamiento conocidas como proculeyana (Labeón, Nerva, Pegaso, Celso, entre otros) y la sabiniana (Capitón, Sabino, Longino, Jovelo, Salvio, Juliano, Pomponio y Gayo, entre otros). Morineau Iduarte, Martha e Iglesias González, Román, *op. cit.*, nota 2, pp. 15 y ss.

⁷ Citado por Díez-Picazo, Luis, *op. cit.*, nota 4, p. 70.

a responsabilidad y que después se denominarían cuasidelitos. Se obtienen así de la Instituta 4.5, cuatro supuestos:⁸

a) La responsabilidad derivada para el juez que falta a sus deberes actuando con dolo o negligencia (*Si iudex litem suam fecerit*).

b) Responsabilidad del habitante de una casa o una edificación por los daños causados al caer sobre la vía pública, los objetos que tuviera colgados o suspendidos, debiendo reparar los daños que por tal evento llegaren a causarse (*Positum et suspensum*).

c) Obligación a cargo del habitante de una edificación de reparar los daños causados por el derramamiento de líquido o por los objetos que se arrojen desde su interior, la cual surge con total independencia de culpa (*Effusum et deiectum*).

d) Obligación de reparar los daños o la pérdida por hurto de las cosas que se confían a quienes gobiernan una nave, un local o un establo, aún cuando el daño o el hurto se hubiese cometido por otras personas si es que interviene *culpa in eligendo* y con total independencia de las acciones contractuales (*Receptum, nautae, cauponae et stabulari*).

2. Edad Media

Al inicio de este periodo histórico hay una extrema declinación del derecho romano.⁹ Aún no se ha explicado definitivamente el problema histórico¹⁰ de si subsistieron (en Roma y Rávena) las escuelas jurídicas que, ocupándose de la ciencia del derecho romano, marcasen siquiera un enla-

⁸ *Idem*.

⁹ La caída del imperio romano provoca el desuso del *Corpus Juris Civilis*: “Los invasores aplicaron a los habitantes de la península italiana versiones del derecho romano que eran más burdas y menos refinadas. Los invasores también llevaron consigo sus propias costumbres legales germánicas que era aplicadas a ellos mismos pero no a sus conquistados, basados en su norma jurídica de que la nacionalidad de una persona le acompaña a todas partes a donde vaya. A veces, a pesar de esto, comenzó a gestarse cierta fusión de leyes tribales germánicas con instituciones jurídicas romanas en ciertas regiones de Italia, del sur de Francia y de la Península Ibérica. Con el correr de los siglos, esta mezcla produjo lo que los europeos llaman todavía un derecho romano “vulgarizado” o “barbarizado”, y que aún tiene interés primordial para los historiadores del derecho. Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, FCE, 1980, pp. 25 y 26.

¹⁰ Enneccerus, Kipp y Wolf, *Tratado de derecho civil*, trad. del alemán de Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, Bosch, 1981.

ce débil, pero sin interrupción, al través de los siglos VIII al X, entre Justiniano y los glosadores.¹¹

Las escuelas de la glosa y de la posglosa

Con base en el trabajo de Mario Rotondi publicado en 1917 en la *Rivista del Diritto Commerciale* bajo el título “Dalla lex Aquilia all’ artículo 1.161 del Codice civile (Ricerche storico.dogmatiche)”, Diez-Picazo describe las líneas o puntos significativos que, en materia de responsabilidad civil, importan evolución en el periodo correspondiente a la escuela de la glosa y de la posglosa, que se puede resumir en estos puntos:

a) Superación del carácter penal de los textos romanos sobre la Ley Aquilia, convirtiéndolos en acción indemnizatoria.

b) Admisión de la responsabilidad directa del amo por los daños causados por sus dependientes.

c) Atribución de un carácter general a la acción de la Ley Aquilia.

d) Posibilidad de obtención de resarcimiento en naturaleza y no sólo pecuniario.¹²

¹¹ “En el siglo X y principalmente en el XI se ahonda, de nuevo, el conocimiento y la doctrina del derecho romano. En Pavia existió una escuela de derecho longobardo de significación propia, que sentó el principio de que el brazo eclesiástico se gobernaba por el derecho romano. De la escuela longobarda que trataba de derecho germánico (*Liber Papiensis, Expositio, Lombarda*), tomaron los glosadores el método de exposición que hubieron de dedicar al derecho romano. A partir del último cuarto del siglo XI, se cita de nuevo en la literatura jurídica el *Digesto*, que parece que casi no fue utilizado durante mucho tiempo. También en Francia, donde hasta entonces había regido el *Breviarium*, se extendió el derecho justinianeo; a fines del siglo XI aparecieron en Provenza libros de derecho muy estimables basados en el justinianeo”. Enneccerus, *op. cit.*, t. 1, 1a. parte general, nota anterior, p. 65.

¹² “Se intenta, en la medida de lo posible, interpretar restrictivamente y superar el indiscutible carácter penal que presentaban los textos romanos que versaban sobre la acción de la Ley Aquilia convirtiéndolos en acción indemnizatoria. Esta interpretación buscaba sobre todo excluir algunas de las consecuencias prácticas que derivaban del carácter penal o punitivo de la acción, como era en particular la intransmisibilidad por vía sucesoria... Una segunda línea que apareció muy tempranamente, consistió en admitir una responsabilidad directa del amo por los daños causados por sus dependientes. Los textos romanos que se habían ocupado de este problema, procedían de un periodo histórico en el que funcionaba en toda su extensión la esclavitud, para la cual el mecanismo procesal romano se concretaba en la llamada *acción noxal*, con alguna excepción establecida en el derecho justinianeo, que resultaba de imposible aplicación cuando los dependientes eran personas libres... Con carácter general, en el examen de la primera etapa de la evolución histórica del instituto, se puede hablar de una tendencia a atribuir un carácter general a la acción de la Ley Aquilia. Esta tendencia que había sido iniciada en el derecho romano con las acciones *in factum* y las acciones útiles, va cobrando cada vez mayor amplitud... Existe, por esto, la tendencia a considerar que con la acción de la Ley Aquilia se puede obtener no sólo un resarcimiento pecuniario, sino también, cuando el caso lo

3. *La práctica del derecho común*¹³

Durante este periodo se produjeron obras de carácter esencialmente práctico, entre ellas se cita el *Speculum Iuris* de Guillermo Duranti como una de las más reputadas compilaciones sistemáticas del primer periodo de florecimiento medieval. En esta obra, bajo el título de *iniuris et damno dato*, se manifiestan criterios evolutivos de la responsabilidad civil, algunos de los cuales van a prevalecer hasta la actualidad. Tales criterios evolutivos son los siguientes:

A. *Desaparición del carácter penal de la Ley Aquilia*

La distinción de los glosadores entre la acción *poenabilis* y la acción *poenalis* había comenzado el agotamiento del carácter penal de la acción concedida por la Ley Aquilia. Se distinguen como diversas consecuencias que pueden derivar del delito, la pena y el resarcimiento, y se señala que es precisamente la segunda y no la primera, la que se liga con la acción de la Ley Aquilia.

requiera, la restitución *in natura*... Entre los comentaristas de este periodo hay que citar, como es lógico, a Bartolo y a Baldo. No se puede decir que la doctrina sobre la acción de la Ley Aquilia haya sido profundamente elaborada por Bartolo, que se atiene fundamentalmente a los textos y a los puntos de vista de la glosa: admite la responsabilidad del amo por el hecho de los dependientes, lo que no es ya una novedad, y el carácter penal de la acción y, como consecuencia de ello, la intransmisibilidad *mortis causa*, aunque señalando que el principio contrario se seguía ya en el derecho canónico y que las fuentes romanas lo habían establecido en el caso de la *condictio furtiva*, de lo que da una justificación simplemente práctica. Además Bartolo y Baldo admiten el carácter general de la acción de la Ley Aquilia, por lo menos como *actio in factum*". Díez-Picazo, *op. cit.*, nota 4, pp. 72 y 73.

¹³ El resurgimiento de los estudios de derecho romano por obra de los glosadores de la alta Edad Media, mientras por una parte, contribuyó a un más amplio y profundo conocimiento del derecho romano justinianeo, hizo posible a los comentaristas que les siguieron elaborar un derecho privado sobre bases romanas, con materiales derivados del derecho canónico, consuetudinario, estatutario, germano, capaz de adaptarse a las relaciones creadas por las nuevas condiciones históricas y de imponerse por su carácter de universalidad, como regla común a todo el mundo occidental... La formación de un derecho privado común sobre bases romanas, preparó el camino a la unificación del derecho privado. Debía considerarse como un progreso notable el hecho de que por encima de los derechos particulares se reconociese la autoridad de un derecho común que, sin sustituirlos, los integraba y rectificaba cooperando en la solución de numerosos e inevitables conflictos de la vida real. Pero la causa de la unificación del derecho privado, impuesta por los tiempos y favorecida para fines políticos por los príncipes, se encaminó hacia una decisiva solución sólo cuando se estrechó la alianza del derecho romano resurgido en sus genuinas fuentes por obra de los juristas filólogos, con los principios elaborados por la escuela del derecho natural". Solari, Girole, *Filosofía del derecho privado*, t. I: *La idea individual*, Buenos Aires, De Palma, 1946, p. 67.

Se separan de la Ley Aquilia las acciones *ex delicto*, y se acentúa el carácter “*reipersecutorio*” de la acción de la Ley Aquilia aproximándola más a las acciones que nacen de las obligaciones contractuales.

El concepto de pena privada que se tenía en el derecho romano no fue recibido en Alemania, debido a que esta idea pugnaba con el ordenamiento vigente. Esta es la razón por la cual dicho elemento característico de la responsabilidad civil romana no encontró terreno favorable en el derecho común.

B. *Transmisibilidad hereditaria de la acción derivada de la Ley Aquilia por muerte de una persona*

La aproximación de la acción aquiliana a las acciones que nacen de las obligaciones contractuales, abandonando su carácter penal, produjo importantes consecuencias en el derecho común. En relación a los daños causados por la muerte de una persona, dado el carácter penal o punitivo de la acción derivada de la Ley Aquilia en el derecho romano, no era transmisible por vía hereditaria, pero al hacerse la separación del carácter penal, los herederos adquieren derecho al resarcimiento de daños en contra del culpable:

Este derecho se reconocía especialmente, de una manera consuetudinaria, a los parientes y al cónyuge que tuviera un derecho legal de alimentos contra el fallecido y que, por la muerte de éste, se viera privado del sustento. Además, tenía derecho al resarcimiento el padre cuyo hijo que le prestara servicios, hubiera sido culpablemente muerto.¹⁴

También, en la práctica del derecho común, resulta procedente de la acción de indemnización cuando se producen lesiones o la muerte de una persona libre, incluso en los casos en que la muerte no sea instantánea o no existan gastos de curación. Como criterio de indemnización se considera el lucro cesante (*operas illas quas amisit*), sobre todo si se ejercía alguna profesión como comerciante o abogado.

¹⁴ Díez-Picazo, *op. cit.*, nota 4, p. 75.

C. Límite de la reparación

Como influencia probable de la moral de los teólogos con raíces en la patrística, se determina que la obligación nacida del hecho ilícito no puede tener un contenido mayor que el del daño resarcible.

D. La culpa levisima y la graduabilidad de la culpa

También como aportación del derecho común aparece el elemento subjetivo de la culpa, entendida como culpa levisima, acuñándose el brocado *in lege aquilia culpa levissima venit*.

Conforme a los textos romanos, se dice que en responsabilidad contractual se responde de la culpa lata o leve, y sólo en cuanto a la aquiliana se responde también de la culpa levisima en el daño producido por omisión.¹⁵

¹⁵ “La culpa como acto ilícito tiene siempre su especial razón de ser en la negligencia (*negligentia, imprudentia, ignavia*) imputable al agente, que no ha tenido presente, según debía y podía hacerlo, la ofensa al derecho ajeno inherente al acto mismo cumplido, o las consecuencias injuriosas de un acto lícito en sí, lo cual, por lo demás, no implica confusión de los dos aspectos que puede revestir, porque la identidad del motivo no contradice en ella la diversidad del modo de aparecer. El principio generador es uno; el factor de la culpa es idéntico, tanto en la contractual como en la *extra-contractual*; sin embargo, la existencia de la relación contractual, con respecto de la que aquélla resulta, influye poderosamente sobre su carácter, haciéndola como un modo de manifestación, o como una continuación de la misma, que obra, no sólo sobre la prueba y sobre la estimación del daño, sino también, y mucho, sobre la medida de la responsabilidad. La existencia del vínculo obligatorio respecto del cual debe ser valuado el hecho culposo, influye muy especialmente para determinar el diverso grado de la diligencia que se ha de observar, en la ejecución del mismo, de conformidad con la intención de las partes... La ley romana da seguro testimonio de que la culpa contractual difiere de la aquiliana, por entrañar la falta de diligencia debida respecto a una obligación, y porque, al contrario de lo que ocurre con la otra, tiene grados. No importa investigar ahora cuáles sean los principios en que tal graduación tiene su fundamento y medida: refiriéndonos a una indagación próxima, bastará observar que este es el concepto en que se informa la mayoría de las modernas legislaciones... La ley civil italiana ha distinguido bien las dos formas ya descritas: de un lado, declara que la diligencia que se ha de tener en la ejecución del contrato (o cuasi contrato) es la de un buen padre de familia, salvo las excepciones de supuestos expresamente determinados; del otro, dispone que cualquier hecho del hombre que cause daño a otro, ocurra esto por hecho propio, o por propia *negligentia* o *imprudencia*, obliga al agente que hubiera tenido la culpa de lo ocurrido, a resarcir el daño. El pensamiento del legislador es que, en las relaciones contractuales, no habiéndose pactado otra regla, la negligencia que el diligente *padre de familia* sabe evitar implique de ordinario la causa de una responsabilidad hacia el acreedor; y fuera de las relaciones de esta especie, toda negligencia que produzca daño, no estando dispuesto otra cosa por la ley, obliga a responsabilidad... Distinción ésta que se refiere, según las observaciones hechas, al grado de la diligencia y de su contraria la negligencia, no al carácter jurídico del acto ilícito, a la culpa. E indagando y determinando la función de la ley respecto a esta diversidad de graduación, se comprende fácilmente que en la culpa contractual, domi-

E. *El pretium doloris*

Como hemos visto, la acción aquiliana del derecho romano contemplaba solamente la destrucción de cosas o los daños corporales (otros daños patrimoniales sólo se resarcen extracontractualmente en caso de dolo), en cambio, en la práctica del derecho común se admitió el resarcimiento de cualquier tipo de daño causado culposamente, entre ellos, el llamado derecho al *pretium doloris*.

Explica Diez-Picazo¹⁶ que, según Dernburg, existen huellas de este derecho, por lo menos desde el siglo XV, y la práctica encontró un punto de apoyo en la *Carolina* (artículos 20 y 21), según la cual a la persona injustamente torturada se le concedía el resarcimiento por el dolor. El resarcimiento se concedía también a la mujer que a causa del daño veía disminuir la probabilidad de casarse. El *pretium doloris* no se considera-

nada como está la relación por el contrato que todo lo penetra, la ley sólo sea supletoria de la voluntad de las partes: es preceptiva allí donde el orden público prohíba a éstas salirse de ciertos límites para graduar la diligencia. Consideración expuesta que aclara suficientemente cómo y por qué es preceptiva siempre al regular la culpa *extracontractual*: en la culpa contractual es *excepcionalmente* preceptiva, por la libertad de expansión que, de un modo necesario, se deja a la voluntad individual, en las relaciones de que es ésta la inmediata razón de ser... 10. El desenvolvimiento que ha tenido la institución demuestra la exactitud de cuanto se ha afirmado antes acerca de la diferencia de grado: en cuanto a la culpa contractual, las leyes romanas enseñan que es preciso de ordinario responder, según que sea *lata o levis*, y en cuanto a la aquiliana, que se responde también de la culpa *levissima*: *in lege Aquilia et levissima culpa venit*. Sobre estos textos, la interpretación, aunque entreviendo el concepto fundamental de la entidad jurídica de la culpa, idéntica en sus varios aspectos, hubo de trabajar de modo vario hasta llegar así a consecuencias diversas; la escuela de los glosadores, recogiendo las tres gradaciones enunciadas en los fragmentos, las refiere todas a la misma institución, vislumbrando así el principio unitario, sin darse, por lo demás, cuenta de su razón suficiente. Y esta teoría se hizo después tradicional; porque, aun cuando a partir del carácter de la diligencia para inferir qué gradaciones se podrían atribuir a la negligencia, y por tanto a la culpa, algunos la dividen en seis grados, la proposición no fue admitida; y aun cuando deduciendo de las indagaciones exegéticas sobre las fuentes, otros habían reducido estos grados a dos, la opinión común se atuvo siempre a las enseñanzas de la doctrina más antigua. Autoridad ésta, por lo demás, que no impide el que, sometidos a nueva investigación los textos, no resultase verdadera la teoría que atribuye a la culpa contractual sólo dos grados, excluyendo la *levissima*; y si a veces puede ocurrir que esté ésta en la *culpa lata* o en la *levis*, o que aparezca bajo una forma especial de diligencia, la *custodia*, esto nada implica contra la exactitud de la regla general... 11. Sin embargo, aunque sea reconociendo a esta teoría una mayor correspondencia con las fuentes, no se puede acusar como absolutamente errónea la doctrina que distingue en la culpa tres grados (*lata, levis, levissima*); pero es necesario indagar cuál sea la parte de verdad en ella contenida; y si puede precisársela observando que, considerada la diligencia como concepción abstracta, se debe tener en cuenta también la extrema (*culpa levissima*)". Chironi, G. P., *La culpa (el derecho civil moderno, culpa contractual)*, 2a. ed., trad. de A. Posada, Madrid, Hijos de Reus, 1907, pp. 43-51.

¹⁶ Diez-Picazo, *op. cit.*, nota 4.

ba pena, sino resarcimiento y compensación por el dolor sufrido, por lo cual la obligación pasaba a los herederos del causante del daño.

4. *La escuela de derecho natural*¹⁷

No puede explicarse¹⁸ cómo es que el derecho romano pudo servir a la causa de la libertad y del individualismo, después de haber sido invocado durante la Edad Media, y en el periodo de formación de los Estados modernos, en contra de la libertad individual, a favor del derecho de los príncipes y en apoyo del absolutismo, si no es considerando la alianza de este derecho romano con los principios de la escuela del derecho natural.¹⁹

¹⁷ “La importancia histórica de la escuela del derecho natural puede ser valorada por el grado en que los principios por ella elaborados se han traducido en normas jurídicas positivas o en que han dado vida y significados nuevos a las formas jurídicas tradicionales. A tal fin, hay que tener presente el estado en que se encontraba la legislación positiva en el siglo XVIII, la crisis por que ésta atravesaba y las reformas invocadas con creciente insistencia para adaptar dicha legislación a las nuevas condiciones económicas, a la nueva conciencia jurídica... Durante el siglo XVIII, la falta de unidad en las leyes civiles no sólo en el mismo Estado sino también en las diversas partes de un Estado, provocaban generalmente críticas y observaciones. El particularismo había sido la característica del derecho privado en la Edad Media; favorecido por el ordenamiento feudal, ese carácter era natural en una época en que los elementos más dispares se mantuvieron largo tiempo en contacto sin fundirse, en una época en que la tradición romana y germana, el Estado y la Iglesia, la Comuna y la corporación, coexistían sin destruirse constituyendo otras tantas fuentes de derecho privado. Los inconvenientes de este particularismo jurídico no llamaban la atención general mientras la vida se desenvolvía en forma simple, concentrada en pequeños centros, y mientras la iniciativa individual no tenía posibilidades de desplegarse libre de los vínculos feudales y corporativos. Pero al intensificarse las relaciones sociales a raíz de las nuevas condiciones económicas y del desarrollo de las industrias y del comercio, al constituirse los gobiernos absolutistas que pretendían centralizar en una unidad política y administrativa las diferentes partes del Estado, se sintió cada vez más viva la necesidad de remediar esa falta de unidad y uniformidad en materia civil, la necesidad de eliminar las contradicciones y la incertidumbre en las normas reguladoras de las relaciones privadas”. Solari, Giolo, *op. cit.*, nota 13, pp. 59 y 60.

¹⁸ Solari, Giolo, *op. cit.*, nota 13.

¹⁹ “La idea, casi nunca eclipsada en el curso de la historia, de que, además del derecho positivo y por encima de él, existe un derecho que debe ser y que se basa en la Naturaleza o en el Orden divino, cobra desde la mitad del siglo XVII y en el siglo XVIII una pujanza y una significación especialísimas. Se intenta derivar el contenido de este derecho inmutable, eterno, de la razón, de la naturaleza del hombre y, no rara vez, se pretendía para semejante derecho natural la preferencia sobre el derecho positivo, mientras que otros, más modestamente, lo consideraban como complemento del derecho positivo o como pauta para su desenvolvimiento... Las doctrinas *iusnaturalistas* han sido de enorme trascendencia para el desarrollo del derecho. En aquel tiempo era una de las armas más eficaces de la lucha espiritual por la libertad. La abolición de las servidumbres y el vasallaje, la liberación de la tierra de las cargas feudales, la libertad de conciencia y de cultos, la libertad de la ciencia y de cátedra, la libertad de domicilio y la paulatina liberación de la industria, la supresión

Esta alianza señala el momento histórico en que el derecho privado se convierte en expresión refleja y concreta de las doctrinas elaboradas por los iusnaturalistas, a quienes pareció que la reforma del derecho privado sólo podría darse a través de las formas derivadas del genio jurídico romano.²⁰

Uno de los más grandes méritos de la escuela del derecho natural es haber dotado a la responsabilidad civil extracontractual de una nueva base y de la configuración dogmática que posteriormente aparecerá en el Código Civil de Napoleón.

Para Diez-Picazo,²¹ la primera formalización de esta construcción doctrinal se encuentra en Grocio, en el libro II del título XVII, de *De iure belli ac pacis* publicada en 1625, bajo el rubro *De damno per iniuriam dato*.

Grocio contempla tres diversas fuentes de obligaciones (*pacta, maleficia, lex*), pero la *pactio* no es ya el *contractus* romano, ni el *maleficium* es ya un simple denominador de delitos y cuasidelitos.

Conforme a esta nueva concepción, el maleficio es una figura autónoma caracterizada por un único elemento común, que es la culpa “*melificium his apellamus culpam omnem, sive in faciendo, sive in non faciendo, pugnantes cum eo quod aut homines communiter aut pro ratione certae qualitatis facere debent. Ex tali culpa obligatio naturaliter oritur si damnum datum est, ut id resarcitur*”.²²

Surge aquí, por primera vez, el principio de que el hecho ilícito como tal, genera la obligación de resarcimiento del daño causado (el hecho ilícito, como fuente extracontractual y autónoma, creadora de obligaciones).

Establece también un nuevo concepto de daño, considerando que es cualquier lesión “*qua ad corpus, famam, pudicitiamve hominis spectat*”, y en general:

Omnem laesionem, corruptionem, diminutionem aut sublacionem eius quod nostrum est aut interceptionem eius quod ex jure perfecto debeamus hebere,

del tormento y de los juicios de Dios y la mitigación de las penas demasiado severas, finalmente la formación y el reconocimiento general de los principio del derecho internacional. Enneccerus, *op. cit.*, nota 11, pp. 72 y 73.

²⁰ Solari, Giole, *op. cit.*, nota 13

²¹ Diez-Picazo, *op. cit.*, nota 4.

²² *Ibidem*, p. 76.

*sive in datum sit a natura sive accidere facto humano aut lege attributum, sive denque omissionem aut degenerationem alienius praestationis quam nobis alter ex obligatione perfecta exhibere teneatur.*²³

En el derecho natural, los derechos personales u obligaciones, surgen del pacto o de la desigualdad. No de la desigualdad humana, sino de la que determina un provecho en beneficio de otro, o la que es causada por otro. Ambos tipos de desigualdades son desarrolladas por Grocio en la misma obra en que examina las obligaciones derivadas de enriquecimiento injusto y de delito.

En las obligaciones derivadas de delito distingue las que resultan de un delito evidente y las que surgen de una construcción del derecho. Del delito hace derivar dos consecuencias: la primera es sufrir el castigo y la segunda reparar la desigualdad injustamente producida.

Surge obligación de reparación, de una construcción del derecho, cuando el ordenamiento jurídico imputa algún suceso a una persona aunque no exista delito y coloca dentro de este rubro a las categorías que en derecho romano se contemplaban como cuasidelitos (*de effusius deiectis, de positis et suspensi y nautae caupone et stabulari*).²⁴

Las obras de Domat y de Pothier

Es importante advertir que la obra de los iusnaturalistas hizo resurgir en los siglos XVII y XVIII, más que al derecho romano justiniano, al derecho romano clásico, pues era éste el que servía mejor para la reforma, privado —conforme a los reclamos— de las condiciones históricas de la época.

²³ *Idem.*

²⁴ “La línea abierta por Grocio fue continuada no sólo por los más conocidos miembros de la Escuela del Derecho Natural, como Puffendorf y Thomasio, sino por la mayor parte de la literatura jurídica del siglo XVIII (Strick, Voet, Boehmer, Lauterpacht) hasta tal punto que puede hablarse de un <usus hodiernus legis aquiliae>, la lapidaria frase de Christian Thomasius, cuando decía: <actio nostra, qua utimur, ab actione legis Aquiliae magis differat, quam auis a quadrupede>. En ellos, el daño no se entiende ya con los restrictivos presupuestos que pretendían los romanistas, sino como toda disminución de lo que se posee, usurpación de lo que se podía pretender u omisión de lo que se podía hacer. Y el daño se resarce no sólo en virtud de las específicas disposiciones que lo sancionen directamente con una pena de resarcimiento, sino siempre que concurren los requisitos de la ilicitud y de la culpa”. *Ibidem*, pp. 77 y 78.

Los postulados de las doctrinas iusnaturalistas de Grocio y Puffendorf ejercen definitiva influencia en las obras de Domat y de Pothier,²⁵ autores franceses ordinariamente considerados como precedentes del Código Civil de 1804.

Señala Diez-Picazo²⁶ que, luego de establecer la diferencia entre obligaciones voluntarias (*engagements*) y obligaciones que se forman sin convención, Jean Domat distingue tres especies de hechos dañosos:

- a) Los crímenes y los delitos.
- b) Las violaciones de los contratos causados por faltas en que no hay crimen ni delito.
- c) Los cuasidelitos.

La primera categoría es extraña al campo del derecho civil y la segunda nos envía a la doctrina del contrato. Es en relación con la tercera, donde estudia lo que para algunos romanistas eran los cuasidelitos, pero Domat los integra en una regla absolutamente general: “Todos los daños que puedan sobrevenir a alguna persona, sea por imprudencia, ligereza o inocencia o por otras faltas semejantes por más leves que sean, deben ser indemnizados por aquél cuya imprudencia o falta haya dado lugar a ellos, pues es un mal que ha hecho aún cuando no hubiese intención de dañar”.²⁷

²⁵ Jean Domat, abogado en el presidial de Clermont, nació en esa ciudad en 1625; murió en París en 1696; fue amigo de Pascal y de los Arnauld. Publicó, en 1694, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, libro célebre que lo coloca en primera línea entre los que prepararon el camino hacia el código civil. Jurisconsulto, filósofo, representante eminente del espíritu clásico, “dio, según las expresiones de Daguesseau, el plan más ordenado de la sociedad civil que se haya publicado hasta hoy”; Boileau decía que: “era el restaurador de la razón en la Jurisprudencia”. Pothier nació en Orléans en 1695, murió en 1772. A la vez consejero del Presidial de Orléans y profesor de la universidad de la misma ciudad, dejó obras numerosas que forman (sin hablar de sus trabajos sobre derecho romano) una colección completa del derecho civil, bajo la forma de tratados separados sobre todas las materias. De aquí fue tomado el código civil en su mayor parte. Nutrido como Domat por el espíritu clásico, Pothier fue jurisconsulto de un gran sentido, y sobre todo de una claridad que no se oscurece nunca; pero le falta crítica y miras personales. Simplifica y clasifica toda la materia jurídica destinada a ser la sustancia de nuestro código, pero permanece extraño al gran movimiento filosófico que llenó el siglo XVIII”. Planiol, Marcel y Ripert, Georges, *Tratado elemental de derecho civil*, trad. de José Ma. Cajica Jr., México, Cárdenas Editor, 1981, t. I, pp. 39 y 40.

²⁶ Diez-Picazo, *op. cit.*, nota 4.

²⁷ Cita de Diez-Picazo a la obra *Les Loix Civiles dans leur ordre naturel...*, en *ibidem*, p. 78.

Para explicar este concepto, Domat pone como ejemplo: el caso en que un jugador de barra, que practica el juego en un lugar peligroso para los transeúntes, hiere a alguien con la barra. El jugador será responsable del mal que les haya ocasionado, en tanto que el daño es atribuible a su culpa.²⁸

En cambio, si el daño se produce sin su culpa, no tendrá obligación de resarcir, pues el mal se considera como fortuito o bien puede atribuirse a imprudencia de la víctima; por ejemplo, si este último atraviesa un lugar destinado por el público al juego de la barra, mientras están los particulares ejercitándose en dicho juego, y disparada ya la barra va en dirección a él y le hiere.

El hecho inocente de quien ha tirado no lo constituye en responsable del suceso, más bien debe imputarse a la imprudencia de quien ha sufrido el mal, pues éste debería saber que aquél era lugar destinado al juego de la barra o si, por algún caso fortuito, tenía motivos para ignorarlo; y, como contraparte, no debe atribuirse imprudencia alguna al jugador.

Pothier, al tratar las demás causas de las obligaciones, refiere a los cuasicontratos los delitos y los cuasidelitos.

Considera a los delitos como hechos por los cuales una persona, por dolo o por malignidad, causa perjuicio o daño a otra; y a los cuasidelitos como hechos por los cuales una persona, sin malignidad, si no por una imprudencia que no es excusable, causa algún daño a otro.

La comisión de un delito o cuasidelito obliga a la reparación del daño que se ha causado.

En relación con la responsabilidad contractual, Pothier establece que uno de los efectos del incumplimiento es la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por este incumplimiento

Las nociones de menoscabo patrimonial y cesación del lucro también provienen de Pothier, para quien daño y perjuicio es tanto la pérdida que uno tiene como la ganancia que deja de obtener. Aún cuando proporciona la noción, al referirse a la responsabilidad contractual, constituye una idea general aplicable a todo tipo de responsabilidad. Nos brinda igualmente la idea de una cierta reducción del deber de indemnización fuera de los casos de dolo.

²⁸ Díez-Picazo, *op. cit.*, nota 4, p. 78.

II. EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS DE 1804 (CÓDIGO NAPOLEÓN)

En este grado de evolución se integra la materia de responsabilidad civil en la reglamentación del Código Civil francés de 1804 (Código Napoleón).²⁹

1. *Bases ideológicas de la estructuración dogmática en materia de responsabilidad civil*

Como líneas generales en la materia se pueden señalar:

a) La responsabilidad civil se hace derivar esencialmente de la culpa. La función normativa de la vieja acción de la Ley Aquilia es de carácter abstracto y general, dando cabida a todo tipo de daños y todo tipo de ac-

²⁹ “La legislación civil en Francia durante el siglo XVIII se hallaba agitada, lo mismo que en Alemania, por una profunda crisis debida, por una parte, a la multiplicidad y disformidad de las leyes civiles, y por otra, a la necesidad de unificar y reformar dichas leyes según el espíritu de los tiempos y conforme a la nueva conciencia jurídica que se había ido elaborando bajo la doble presión de los hechos y de las ideas... Desde tiempos remotos, Francia se hallaba dividida en dos campos distintos por una doble legislación civil. En el mediodía dominaba el llamado derecho escrito, es decir, el derecho romano justinianeo o teodosiano modificado por las costumbres y los estatutos locales. En esta región de Francia, el espíritu y los principios del derecho romano se reconocían en la concepción autoritaria de la familia fuertemente unificada en el jefe, quien gozaba de plenos poderes sobre los hijos y la mujer en la concepción estrechamente individualista de la propiedad y en la amplia libertad de contratar y de testar. En cambio, en la Francia septentrional encontramos una legislación civil de origen germánico, constituida por un variado complejo de usos y costumbres (*droit coutumier*) que remontaban a la época de los carolingios y que, no obstante modificados por los tiempos y por las condiciones locales, conservan el espíritu y el carácter propios del derecho germano. En esta parte de Francia no se conocía ni el derecho absoluto del padre, ni la libertad ilimitada para testar, ni el régimen dotal de la mujer: a su vez, el sentido de la solidaridad familiar y social se asociaba a un fuerte sentimiento de la individualidad, atenuando sus efectos. Tanto el derecho escrito como el derecho consuetudinario habían sufrido modificaciones sustanciales y profundas a raíz de la extensión en toda Francia del régimen feudal, por un lado, con las consiguientes distinciones de las tierras en dos clases, y por el otro lado, con la expansión del derecho canónico que reguló sobre nuevas bases el estado de las personas y las formas del matrimonio... En medio de esta multiplicidad informe de leyes civiles debe señalarse, sin embargo, una constante tendencia a la unidad, tendencia que con el tiempo y mediante el concurso de circunstancias favorables se fue haciendo más decisiva y general. Por más de dos siglos, la redacción y codificación del *droit coutumier* fueron primordial preocupación de la monarquía y de los jurisconsultos. Durante los siglos XVII y XVIII las ordenanzas de los reyes de Francia preparadas por los más destacados jurisconsultos de la época, constituyeron un medio eficaz de unificación y de reforma del derecho privado. A esos fines se dirigían las ordenanzas dictadas por Luis XIV con la cooperación de Lamoignon, sobre todo la ordenanza civil de 1667 y la comercial de 1673. Bajo Luis XV, el canciller D’Aguesseau fue el autor de tres notables ordenanzas destinadas a organizar y unificar la materia concerniente a las donaciones (1731), los testamentos (1735) y las sustituciones (1747)”. Estas tres ordenanzas fueron, según observa Sclopis, “hablando concretamente, los tres primeros ensayos de un verdadero Código civil”. Solari, Giolé, *op. cit.*, nota 13, pp. 117 y 118.

ción u omisión, con el solo dato de que importe culpa, negligencia o imprudencia de su autor.

b) La indemnización se estructura con un carácter netamente individualista. Es un conflicto que concierne exclusivamente al perjudicado y al causante del daño, sin tomar en cuenta otro tipo de factores.

c) La reglamentación obedece al tipo de sociedad vigente en la época de la promulgación del código, la que funcionaba esencialmente bajo una economía agrícola, ganadera y artesanal, y en la que el número de daños a las personas era más bien reducido. La estructura de las relaciones sociales no generaba problemas de imputación, ésta resultaba por sí sola, casi de manera inmediata, y la capacidad de investigación de otras posibles causas era reducida.

d) El problema ideológico respecto a si el daño producido deba o no ser resarcido, y en su caso, la determinación sobre de quién sería esa obligación, se resuelve por una referencia implícita a deberes preexistentes del autor frente a la víctima (lo que corresponde a la tradición del derecho común, influenciado por los canonistas y el pensamiento cristiano, de calificar al hecho dañoso como algo reprobable). Se paga porque se ha pecado. De alguna manera la responsabilidad civil como institución, estaba destinada a moralizar las conductas individuales, más que a asegurar la reparación a las víctimas.

e) Se deriva de la conciencia social la presencia de acontecimientos divinos. Cuando se sufre un daño que no resulta inmediatamente imputable, se está en presencia de la mano de dios. Dios lo ha querido como vía para purgar los pecados de un réprobo o para poner a prueba el temple del alma de quien lo sufre. Esta conciencia social genera una gran capacidad de resignación (sólo se suscitan pretensiones de resarcimiento cuando la autoría o el reproche son claros).

f) La responsabilidad por omisión es de carácter excepcional, sólo existe cuando hay un claro deber positivo de actuación. No hay deberes generales de cooperación ni de solidaridad.

2. Estructura dogmática

La materia de responsabilidad civil es regulada en el Código Napoleón en tres secciones diversas:

a) Como efecto del incumplimiento de las obligaciones.

- b) Como facultad soberana de la voluntad de las partes para fijar los límites de la reparación.
- c) Como fuente extracontractual y autónoma de obligaciones.

A. Efecto del incumplimiento de las obligaciones

En el libro III (De las diferentes maneras de adquirir la propiedad), título III (De los contratos o de las obligaciones convencionales en general), capítulo III (Del efecto de las obligaciones), sección IV, se regula la responsabilidad civil contractual derivada del incumplimiento de las obligaciones.

B. En qué consiste la responsabilidad civil

El principio queda señalado en el artículo 1.146 que establece: “Los daños y perjuicios no son debidos más que cuando el deudor está en mora de cumplir con su obligación; excepto, sin embargo, cuando la cosa que el deudor se haya obligado a dar o a hacer no pudiese ser dada o hecha dentro de cierto tiempo que haya dejado pasar”.

El artículo 1.147 completa este principio precisando:

El deudor es condenado, si ha lugar, al pago de los daños y perjuicios, ya sea en razón del incumplimiento de la obligación, ya sea en razón del retraso en el cumplimiento, cuantas veces no justifique que el incumplimiento proviene de una causa ajena, que no puede serle imputada, aunque no haya ninguna mala fe por su parte.

C. Concepto de daños y de perjuicios

El código proporciona un concepto inicial de daño emergente y de lucro cesante, al establecer en su artículo 1.149 que los daños y los perjuicios debidos al acreedor comprenden, en general, la pérdida que haya sufrido (daño o menoscabo patrimonial) y la ganancia de que ha sido privado (perjuicio o lucro cesante).

D. *Excluyentes de responsabilidad*

En la misma sección regula al caso fortuito y a la fuerza mayor como causas excluyentes de responsabilidad al señalar en su artículo 1.148 “No ha lugar a daños y perjuicios cuando a consecuencia de una fuerza mayor o de un caso fortuito, al deudor se le haya impedido dar o hacer aquello a que estaba obligado, o si ha hecho lo que le estaba vedado”.

E. *Alcances de la reparación*

Salvo que el incumplimiento contractual derive de dolo, el deudor sólo reparará los daños y perjuicios previstos expresamente o los que se hubiesen podido prever al formularse el contrato (artículo 1.150).

Sólo se responde de los daños y perjuicios que resulten como consecuencia directa e inmediata del incumplimiento, esto es, se excluyen los mediatos y los indirectos y, por supuesto, los remotos (artículo 1.151).

F. *Regulación del monto de la reparación por voluntad de las partes*

Conforme al artículo 1.152, cuando la convención incluya suma cierta de lo que pagará a título de daños y perjuicios quien incumpla la obligación, no puede concederse a la otra parte una suma mayor ni menor.

En el caso de las obligaciones que tienen por objeto dar una suma de dinero, los daños y perjuicios resultantes de la mora sólo consistirán en los intereses legales, salvo las reglas particulares del comercio y de la fianza. Esos daños y perjuicios, decía el original artículo 1.153, son debidos sin que el acreedor esté obligado a justificar ninguna pérdida. No son debidos sino desde el día de la demanda, excepto en los casos en que la ley haga que corran de pleno derecho (conforme a la ordenanza 59-148 de 7 de enero de 1959, se reformó este artículo para que en lugar de los intereses legales, la condena fuera a los intereses fijados por decreto, oído el Consejo de Estado, salvo también, las reglas particulares de comercio y de la fianza, agregando que los intereses son debidos desde el día de la interpelación de pago, excepto cuando la ley determine que co-

rran de pleno derecho. La modificación al tipo de interés, corre desde la fecha de la demanda).³⁰

G. *Exclusión del límite en el caso de perjuicio independiente de la mora*

Por ley del 7 de abril de 1900, se incrementó al mismo artículo 1.153, un párrafo del siguiente tenor: “El acreedor al que su deudor en mora haya causado, por su mala fe, un perjuicio independiente de ese retraso, puede obtener el abono de los daños y perjuicios distintos de los intereses moratorios del crédito”.

H. *Validez del pacto de intereses sobre intereses*

El artículo 1.154 autoriza que los intereses devengados por los capitales puedan producir intereses, por una demanda judicial o por convención especial, con tal que, ya en la demanda o ya en la convención, se trate de intereses debidos al menos durante un año entero.

Por su parte, el artículo 1.155 establece que los ingresos devengados de rentas de los arrendamientos rústicos, de alquileres o de pensiones vencidas de rentas perpetuas o vitalicias, producen intereses desde el día de la demanda o de la convención, aplicando la misma regla a las restricciones de frutos, y a los intereses pagados por un tercero a los acreedores para liberar a su deudor.

I. *La cláusula penal*

En el mismo libro III, dentro del capítulo IV relativo a Las diversas especies de obligaciones, junto a las condicionales, a plazo, alternativas, solidarias, divisibles e indivisibles, se regula a las obligaciones con cláusula penal (se regula como modalidad o forma de las obligaciones y no solamente como una cláusula contractual como ocurre en nuestra legislación actual).

³⁰ Mazeaud, Henri, León y Jean, *Lecciones de derecho civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1965, parte cuarta, vol. IV, p. 481.

J. Su definición

El artículo 1.226 dice que la cláusula penal “es aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una convención, se obliga a alguna cosa en caso de incumplimiento”. En complemento a esta definición, el artículo 1.229 establece que la cláusula penal es la compensación de los daños y perjuicios que el acreedor sufre por el incumplimiento de la obligación principal, prohibiendo demandar al mismo tiempo el principal y la pena, a menos que esta última se hubiera estipulado por el simple retraso.

La pena sólo aplica en caso de mora, trátase de obligaciones sujetas a plazo o no (artículo 1.230).

K. Su accesoriidad respecto de la obligación principal

El artículo 1.227 establece que la nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal, aunque no a la inversa, esto es, la nulidad de la cláusula penal no afecta a la validez de la principal.

Por su parte, el artículo 1.231 señala que la pena puede ser modificada por el juez cuando la obligación principal haya sido cumplida en parte.

L. Divisibilidad de la obligación principal

Si la obligación principal es indivisible y existe pluralidad de deudores, el incumplimiento de uno de ellos hace exigible la pena en su totalidad en contra del deudor incumplido, y en contra de todos en la parte que proporcionalmente les corresponda (artículo 1.232).

En cambio, si la obligación principal es divisible, la pena sólo se aplica al deudor incumplido y sólo por la parte a que estuviera sujeta respecto de la principal, sin que se pueda ejecutar en contra de los demás obligados. Excepcionalmente podría afectar a todos, cuando el incumplimiento parcial impida el cumplimiento total de la obligación (artículo 1.233).

M. *Responsabilidad civil extracontractual*

En el título IV del mismo libro III, al regular las obligaciones que nacen sin convención (fuentes extracontractuales de obligaciones), se dedica el capítulo II a los delitos y cuasidelitos (hechos ilícito).

Con toda claridad en este título (aprobado el 19 de pluvioso del año XII, 9 de febrero de 1804) se distinguen las obligaciones que nacen sin convención por la sola determinación del legislador (como las que surgen a cargo de los vecinos o de los tutores o administradores de bienes ajenos), de las que nacen como consecuencia de un hecho personal del que se halla obligado (cuasicontratos, delitos y cuasidelitos).

N. *La culpa como elemento fundamental de la responsabilidad civil extracontractual*

El artículo 1.382 precisa que todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquél por culpa del cual haya sucedido.

La responsabilidad existe no sólo cuando el daño se ha producido de manera intencional, sino también cuando se genera por negligencia o por imprudencia (artículo 1.383).

O. *Responsabilidad por hechos de otros o por las cosas*

El artículo 1.384 establece que no sólo se responde por hecho propio, sino también por el daño que causen las personas por las que se debe responder o por las cosas que se tengan en custodia.

Este precepto fue adicionado por Ley de 7 de noviembre de 1922 con los siguientes párrafos:

No obstante, el que posee, por un título cualquiera, todo o parte del inmueble o de los bienes muebles en que se haya originado un incendio, no será responsable, con respecto a terceros, de los daños causados por ese incendio, más que si se prueba que debe atribuirse a culpa o a la culpa de las personas por las que sea responsable.

Esta disposición no se aplica a las relaciones entre propietarios e inquilinos, que siguen regidas por los artículos 1.733 y 1.734 del Código Civil (responsabilidad del inquilino en caso de incendio).

El padre, y la madre luego de la muerte del marido, son responsables del daño causado por sus hijos menores que habiten con ellos.

Los amos y los comitentes, del daño causado por sus domésticos y comisionados en las funciones en las que los hayan empleado.

Los maestros y los artesanos, del daño causado por sus alumnos y aprendices durante el tiempo que están bajo su vigilancia.

Por ley de 5 de abril se 1937 se adicionaron dos párrafos más:

La responsabilidad precedente tiene lugar a menos que el padre, la madre o los artesanos, prueben que no han podido impedir el hecho que ha dado lugar a esta responsabilidad.

En lo concerniente a los maestros, las culpas, imprudencias o negligencias invocadas contra ellos, como causantes del hecho dañoso, deberán ser probadas en el juicio conforme al derecho común, por el demandante.

También se responde por los daños causados por los animales siendo esta responsabilidad a cargo del dueño o de quien se sirva del animal, ya sea por estar bajo su guarda o porque se hubiere perdido o escapado (artículo 1.385).

Finalmente, el artículo 1.386 establece responsabilidad a cargo del propietario de un edificio por los daños causados por su ruina, cuando éstos sucedan a consecuencia de falta de conservación o por vicio de construcción.

3. *Avances inmediatos*

Casi al mismo tiempo en que ocurría la promulgación del Código de Napoleón, se generaban las condiciones sociales que implicarían nuevos avances en la materia de responsabilidad civil.

La responsabilidad por riesgo

Ya en los inicios de la vigencia del Código Civil de 1804, el maquinismo, en Francia, se desarrollaba con prisa inusitada transformando a la misma velocidad las condiciones de la vida social. El imperio de la maquinaria se extendió de la industria a la agricultura, a los transportes y a la mayoría de los dominios de la actividad humana. Uno de los cambios

más notorios en las condiciones de vida fue el incremento de los daños causados por el maquinismo y la industrialización.

El *Code* operaba sobre la base de la culpa en materia de responsabilidad civil. Se era responsable y se estaba obligado a resarcir el daño, sólo en la medida en que el mismo fuera resultado de una conducta culpable del imputado. Si no existía culpa o no se podía acreditar, no había obligación de reparación.

Al resultar daños por el uso de la maquinaria, la prueba de la culpabilidad se dificultaba. No quedaba claro si la culpa a demostrar era la del constructor, la del conductor o la del propietario de la máquina. Se decía que el accidente industrial era un accidente anónimo.

Ocurría entonces que la víctima no era indemnizada, al no poder probar la culpa, elemento esencial de la responsabilidad civil.

La base culpabilística de la teoría contenida en el *Códe*, solo se discutió hasta finales del siglo XIX con motivo de los accidentes de trabajo y como respuesta a una evolución en las ideas y en la sensibilidad social que reclamaba mejor suerte para las víctimas.

El derecho obrero francés planteó la tutela de los intereses de la víctima, que por lo general era un obrero pobre, mientras el autor del accidente, el patrón, era un hombre rico. Este sentimiento de compasión se generalizó hacia todas las víctimas y los juristas se dieron a la tarea de buscar la forma de mejorar esta situación.

Con el propósito de descargar de la prueba a la víctima del accidente y considerando que en la responsabilidad contractual el acreedor estaba mejor posicionado (la carga de la prueba del cumplimiento corresponde a quien a incumplido las obligaciones a su cargo), se ideó en principio llevar la responsabilidad por accidentes del trabajo al ámbito contractual. El patrón tiene obligación contractual de dar seguridad a sus obreros, por lo que, si éstos resultaban dañados, se consideraba que el patrón ha incumplido dicha obligación y a él incumbe probar que sí ha cumplido, sin que la víctima tenga que demostrar culpabilidad alguna.

Esta opinión no triunfó en materia de accidentes de trabajo, pero tuvo fuerte repercusión en los accidentes de tránsito.

Finalmente se dio el gran giro en la doctrina, al encontrar como nuevo factor de atribución la creación del riesgo. Se genera la responsabilidad por los daños que se causen, a cargo de quien ponga a circular un aparato

que por su sola peligrosidad aumente los riesgos de daño, independientemente de que se haya actuado, o no, con culpa.

Se criticó que el fundamento de la responsabilidad fuera la culpa, concepto incierto que ni siquiera puede definirse, además de ser una idea moral.

El objeto de la responsabilidad civil es la reparación del daño y no la represión de una conducta. La indemnización a la víctima no se calcula por la gravedad de la culpa, sino por la extensión del perjuicio. Debe suprimirse la noción de culpa del vocabulario de la responsabilidad.

El verdadero problema de la responsabilidad es decidir quién debe de soportar los efectos del daño, una vez que éste se ha producido.

Si la misma víctima del daño es quien lo ha causado, es obvio que ella deba soportarlo, pero si el causante es otro, no hay razón por la que ella deba sufrirlo. Es el autor del daño quien debe soportar las consecuencias. La responsabilidad tiene una causalidad material, responde quien materialmente ha causado el daño. La responsabilidad no es subjetiva ni está fundada en la conducta del autor del daño, es objetiva y se funda en el hecho material de la causalidad.

La víctima, que nada ha hecho, no tiene por qué soportar el daño, en cambio el autor del daño ha obrado, y si su actividad hubiera tenido consecuencias provechosas, él se hubiera beneficiado, justo es que si resulta algún perjuicio de su actuación, él deba soportar tal perjuicio *Ubi emolumentum ibi onus*.

Por supuesto, esta teoría, en su momento, recibió enconadas críticas, que Marty resume atinadamente.³¹

³¹ “a) En primer lugar, no es verdad que la nueva teoría sea más sencilla... Si toda persona es responsable del daño que ha causado, sólo lo es en la medida en que lo ha causado. Ahora bien, en muchos casos es muy difícil definir la parte exacta de todas las causas que han contribuido a causar un accidente y un daño. Prácticamente la determinación de la causalidad no será más fácil que la de la culpa (Reenvío al estudio de la relación de causa a efecto; siguiente sección)... b) Por otra parte, es de dudarse que la teoría del riesgo sea socialmente más satisfactoria que la de la responsabilidad subjetiva... Quizás sea una teoría favorable para las víctimas; pero esta consideración, que sería determinante si se tratara de seguro, lo es mucho menos, cuando se trata de organizar la responsabilidad. A este respecto, la teoría del riesgo tiene el inconveniente de ser agobiadora para las gentes de empresa. Para obrar se requiere tener cierto margen de confianza necesaria, que será destruida si se sabe que el menor daño causado por todo acto que emane de nosotros, será a nuestro cargo. En este sentido, ha podido decirse que la teoría del riesgo es una teoría de inercia, una teoría propia para paralizar a las personas de iniciativa, las que, sin embargo, son muy dignas de interés desde el punto de vista social... c) Por último, desde el punto de vista moral, nada es más discutible que la fórmula según la cual debe soportar los riesgos quien recibe los beneficios... Lo anterior es desconocer el fun-

A pesar de las críticas, la teoría del riesgo ha influenciado notoriamente al derecho francés. En materia de accidentes de trabajo, desde la ley del 9 de abril de 1898, el patrón está obligado a indemnizar a los obreros víctimas de esos accidentes, con base en la teoría del riesgo. El obrero no tiene que probar la culpa del patrón, sino exclusivamente que el accidente ocurrió con motivo o a causa del trabajo. En relación a los daños corporales o materiales causados a los terceros por los accidentes sobrevenidos en establecimientos privados o del Estado, que trabajan para la defensa nacional, la ley del 3 de mayo de 1921 se basa también en la idea del riesgo, al igual que lo hace la ley del 31 de mayo de 1924 sobre la navegación aérea. Además, ha ejercido enorme influencia sobre la jurisprudencia conforme a la cual se amplía de tal suerte la idea de culpa que termina coincidiendo con el concepto de la actividad anormal.

III. COROLARIO

Muy lejos se encuentra ahora el avance de la teoría de la responsabilidad civil; sin embargo, el lector podrá convenir conmigo en que la cons-

damento moral de la responsabilidad civil. Es cierto, como hemos visto, que la responsabilidad civil es actualmente distinta de la responsabilidad penal... Su objeto es la reparación de un daño y no la sanción de un acto culpable. Pero le es profundamente inherente la idea de culpa y de culpabilidad. Se ha dicho que “el hombre se estima a la vez falible y responsable”. Pero sólo acepta ser responsable si ha cometido una falla, una culpa. Es éste el sentimiento instintivo de cada uno. La teoría del riesgo desconoce ese sentimiento... Han advertido tan bien los partidarios del riesgo el valor de estas objeciones —sobre todo de la segunda— que han defendido su teoría en una forma atenuada. Distinguen entre los *riesgos normales* y los *riesgos anormales*... Los riesgos normales son los que acompañan a toda actividad humana: son las consecuencias ordinarias de la explotación regular de una industria y del uso corriente del derecho de propiedad. De estos riesgos no se es responsable. Todo el mundo se halla, a este respecto, en un pie de igualdad... Pero hay actividades, en cierta medida exorbitantes, que crean riesgos anormales que sobrepasan la medida normal. De estos riesgos debe responderse a condición de que se hayan causado materialmente... En resumen, bajo esta forma atenuada, el alcance de la teoría del riesgo se reduce a lo siguiente:... No se responde de todos los daños que hayamos podido contribuir a causar por medio de cualquiera actividad. Se es responsable de los riesgos excepcionales que se hayan causado por una actividad anormal... En esta forma la teoría de la responsabilidad objetiva se acerca mucho más a la teoría clásica... Según la teoría clásica somos responsables de los daños causados por culpa... De acuerdo con la teoría del riesgo, en su segunda forma, somos responsables de los daños causados por nuestra actividad anormal... En resumen, entre ambas teorías sólo hay una cuestión de palabras, como decía, en 1911, Saleilles, uno de los promotores de la nueva teoría. Unos hablan de culpa; otros de actividad anormal... Si es así, más vale conservar la terminología tradicional, única conforme a los textos y a la intención del legislador... Por tanto, la responsabilidad se funda en la culpa del autor del daño y no solamente en la causalidad material”. Marty, G., *Derecho civil. Teoría general de las obligaciones*, vol. I, trad. de José Ma. Cajica, Puebla, México, Cajica, 1952, pp. 281-283.

trucción dogmática del Código Civil francés de 1804 se mantiene viva en muchas de las legislaciones civiles en la actualidad. Prueba de esto son nuestros códigos civiles para el Distrito Federal y el mal denominado (y equívocamente promulgado) Código Civil federal de 2000, que conservan la misma estructura del Código de Napoleón, al regular la responsabilidad civil como efecto del incumplimiento de las obligaciones previamente contraídas entre las partes (responsabilidad civil contractual) y por separado, como fuente autónoma creadora de obligaciones (responsabilidad extracontractual), fundándose ambas en la idea de la culpa (responsabilidad subjetiva) y también, en apartado diverso (cláusulas que pueden contener los contratos), el reconocimiento a la autonomía de la voluntad de las partes para regular por convenio la extensión de la responsabilidad mediante la cláusula penal o pena convencional. Por supuesto, no niego los avances evidentes de las legislaciones civiles patrias, acordes con los avances doctrinarios de la materia, pues es claro el adelanto del Código Civil distritense de 1928, al regular la responsabilidad civil por riesgo, así como el establecimiento de límites a la autonomía de la voluntad, en cuanto a la cláusula penal o a las cláusulas excluyentes de responsabilidad; la regulación casi completa de la forma de reparación del daño moral con total independencia del daño material; la responsabilidad del Estado por los daños cometidos por los servidores públicos en ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas, incluso a nivel de solidaridad, cuando se trate de actos ilícitos dolosos, avances que son resultado de la sensibilidad del legislador siempre atento a los adelantos de la doctrina y de la ciencia; pero esto no niega que la estructura dogmática de nuestra vigente legislación civil, sea la misma que se estableció en el Código Civil francés de 1804, según se demuestra en este estudio.

Ahora bien, para la segunda mitad del siglo XX, se produce un desarrollo inusitado en la doctrina de la responsabilidad civil. Se habla ya de un derecho de daños como centro nervioso del derecho privado; se abandona la vieja teoría de la culpa al volver la mirada hacia la víctima, preocupándose más por la reparación que por la búsqueda de culpables; se hacen interesantísimos estudios sobre los costos económicos de los daños y las diversas formas de enfrentarlos; se identifica como función esencial de la responsabilidad civil la distribución de los infortunios; se intenta una distribución social de los daños, destacando la importancia de la se-

guridad social y la creación de fondos de reparación; los seguros toman un papel relevante en la reparación de daños en la sociedad actual; crece la nómina de los daños reparables y se descodifica la materia al no encontrar posibilidades de desarrollo en el molde estrecho de la legislación civil. El intenso crecimiento de daños y de situaciones de riesgo en las sociedades altamente tecnificadas de la época posindustrial nos obliga a concluir que es momento de repensar sobre nuevas estructuraciones normativas que den respuesta a la necesidad urgente de la sociedad para enfrentar el fenómeno del daño. Es necesario tener presente que, como dijera Portalis (en su *Discurso preliminar al Código Civil francés*, el 1 del pluvioso del año IX), “unas buenas leyes civiles son el mayor bien que los hombres pueden dar y recibir”, si se tiene en cuenta además que, en concepto de este genio, las leyes no son puros actos de poder, sino también actos de prudencia, de justicia y de razón.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, Atilio Aníbal, *Responsabilidad civil*, 1a. reimpr. de la 3a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992.
- CHIRONI, G. P., *La culpa (el derecho civil moderno, culpa contractual)*, 2a. ed., trad. de A. Posada, Madrid, Hijos de Reus, 1907.
- DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999.
- ENNECCERUS, KIPP y WOLF, *Tratado de derecho civil*, trad. del alemán de Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, Bosch, 1981.
- MARTY, G., *Derecho civil. Teoría general de las obligaciones*, vol. I, trad. de José Ma. Cajica, Puebla, México, Cajica, 1952.
- MAZEAUD, Henri, León y Jean, *Lecciones de derecho civil*, parte cuarta, vol. IV: *La partición del patrimonio familiar. Apéndice del Código Civil Francés*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1965.
- MERRYMAN, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, FCE, 1980.
- MORINEAU IDUARTE, Martha e IGLESIAS GONZÁLEZ, Román, *Derecho romano*, México, Harla, 1987.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Tratado elemental de derecho civil*, trad. de José M. Cajica, Jr., México, Cárdenas Editor, 1981, t. I.

PORTALIS, Jean Etienne Marie, *Discurso preliminar al Código Civil francés*, trad. de I. Cremades y L. Gutiérrez-Masson, Madrid, Civitas, 1997.

SOLARI, Giole, *Filosofía del derecho privado*, vol. I: *La idea individual*, Buenos Aires, De Palma, 1946.