

LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LOS MÉDICOS

Jorge Mario MAGALLÓN IBARRA*

RESUMEN: Un análisis histórico de las obligaciones civiles en la tradición jurisprudencial romana, permite al autor apreciar la recepción de aquellos principios, en la legislación positiva mexicana, para ajustarla a los derechos a la protección de la salud en su base constitucional actual.

ABSTRACT: An historic analysis of the civil obligations in the Roman jurisprudential tradition, permits the author to evaluate the acceptance of those principles in the current Mexican legislation, in order to adjust it to the rights to health protection with a basis in the current Constitution.

I. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN SU BASE CONSTITUCIONAL

El constituyente permanente —conciente de las exigencias que los tiempos que vivimos imponen a nuestra colectividad— ha legislado no tan sólo la regla genérica enunciada por el cuarto párrafo del artículo 4o. constitucional, que dispone como garantía individual que: “toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”, y el *Diario Oficial de la Federación*, publicado en 7 de febrero del año 2000, nos ha hecho conocer que se ha adicionado

* Profesor titular de derecho civil y de familia en la Facultad de Derecho e investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

tal preceptiva, robusteciéndola con la inclusión específica de los derechos de la niñez al proclamar:

Los niños y las niñas tiene derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentos, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de conservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos. El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

II. REGLAMENTACIÓN DE LA SALUBRIDAD GENERAL EN LA LEY ORDINARIA

Los principios normativos que señalamos en los dos párrafos precedentes, deben observarse en consonancia con las reglas vigentes contenidas en la Ley General de Salud de 1o. de julio de 1984, que en las fracciones I y VII de su artículo 3o. señala como materia de salubridad general:

1. La organización, control y vigilancia de la prestación de servicios y de establecimiento de salud a los que se refiere el artículo 34, fracciones I, III y IV, de esta ley ...

VII. La organización, coordinación y vigilancia del ejercicio de las actividades profesionales, técnicas y auxiliares para la salud.

Estimamos necesario agregar la importancia que en la propia Ley General de Salud se concede a sus artículos 34, 38, 51, 54 y 469:

Artículo 34. Para los efectos de esta Ley, los servicios de salud, atendiendo a los prestadores de los mismos, se clasifican en:

I. Servicios públicos a la población en general;

II. Servicios a derechohabientes de instituciones públicas de seguridad social, o los que con sus propios recursos o por encargo del Poder Ejecutivo federal, presten las mismas instituciones a otros grupos de usuarios;

III. Servicios sociales y privados, sea cual fuere la forma en que se contraten, y

IV. Otros que se presten de conformidad con lo que establezca la autoridad sanitaria.

Artículo 38. Son servicio de salud privados los que presten personas físicas o morales en las condiciones que convengan con los usuarios, y sujetas a los

ordenamientos legales, civiles y mercantiles. En materia de tarifas, se aplicará lo dispuesto en el artículo 43 de esta Ley. Estos servicios pueden ser contratados directamente por los usuarios o a través de sistemas de seguros, individuales o colectivos.

Artículo 51. Los usuarios tendrán derecho a obtener prestaciones de salud oportunas y de calidad idónea y a recibir atención profesional y éticamente responsable, así como trato respetuoso y digno de los profesionales, técnicos y auxiliares.

Artículo 54. Las autoridades sanitarias competentes y las propias instituciones de salud, establecerán procedimientos de orientación y asesoría a los usuarios sobre el uso de los servicios de salud que requieran, así como mecanismos para que los usuarios o solicitantes presenten sus quejas, reclamaciones y sugerencias respecto de la prestación de los servicios de salud y en relación a la falta de probidad, en su caso, de los servidores públicos.

Artículo 469. Al profesional, técnico o auxiliar de la atención médica que sin causa justificada se niegue a prestar asistencia a una persona, en caso de notoria urgencia, poniendo en peligro su vida, se le impondrá de seis meses a cinco años de prisión y multa de cinco a ciento veinticinco días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate y suspensión para ejercer la profesión hasta por dos años.

Si se produjera daño por la falta de intervención, podrá imponerse, además, suspensión definitiva de la autoridad judicial.

III. LA CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO

Señalado el cuadro normativo que antecede, es conveniente agregar las razones que determinaron que por decreto del Ejecutivo de la Unión, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 3 de junio de 1996, se crea la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, como una respuesta a la necesidad de que la población de nuestro país, además de los órganos jurisdiccionales ordinarios, cuente con mecanismos que contribuyan a la tutela y protección de la salud, así como, a la vez, a mejorar la calidad en la prestación de los servicios médicos, para lo cual se provee de un organismo al cual tanto los usuarios como los prestadores de servicios médicos, puedan contribuir de manera imparcial, al análisis, dictamen y resolución de las quejas y controversias que surjan entre ellos, con motivo de lo que se consideren irregularidades en la prestación o negativa a la prestación de los servicios médicos.

Una vez que hemos tenido a la vista el instrumental jurídico básico para orientar los criterios que convergen tanto en la preceptiva constitucional, como en la ordinaria, estimamos indispensable revisar cuándo y cómo surgieron reglas que reconocen las hipótesis ancestrales que ha generado la convivencia humana, ya que la distancia cronológica no existe para la inteligencia humana; confirmando que en nuestros días siguen siendo válidas.

IV. NORMATIVIDAD DE LA CONDUCTA HUMANA

Surgido de la entraña misma de la más remota antigüedad y latente en la existencia humana, un aforismo que posee valor permanente *ubi societas, ibi jus*, reconoce que donde hay sociedad, ahí hay derecho y que, recíproca e implícitamente, exige agregar *ubi jus, ibi societas*: donde hay derecho, hay sociedad.

El supuesto que invocamos en el párrafo precedente —como punto de partida del tema que nos ocupa— tiene el propósito de destacar que el mundo jurídico en el que vivimos y actuamos, no está constituido por una normatividad que se califique como ajena a la conducta humana, sino que —muy por el contrario— es resultado congruente de aquellas actividades de relación permanente y constante que se generan en el seno de toda comunidad, que se manifiestan tanto como deberes de la persona hacia los demás, y, a la vez, como facultades que la persona posee siempre frente a ellos. En esa posición, la persona debe poseer la convicción de ser titular para el cumplimiento de dichos deberes —también denominados obligaciones— como para el ejercicio de ciertas facultades —que se traducen en derechos—.

En el ámbito del mundo jurídico, la ley civil sistematiza la reglamentación de las obligaciones que se contraen entre las personas —también denominadas derechos de crédito— consistentes en deudas personales que se generan entre particulares; reconociéndose que ellas establecen vínculos jurídicos que se contraen entre dos o más personas —en los que una de ellas es llamada acreedor y la otra deudor— que facultan a aquél para exigir a esta otra u otras, la entrega de una cosa, la prestación de un hecho o su abstención. De ahí que en el análisis de los factores que concurren a la estructura normativa de ese derecho de crédito, constatamos que concurren cuatro elementos: 1o. Un sujeto activo llamado acreedor —que posee la facultad personal de exigir al Estado la expedita

función coactiva de sus órganos— con el fin de obtener el cumplimiento de la pretensión que es objeto de la obligación; 2o. El sujeto pasivo llamado deudor —que tiene a su cargo el deber de satisfacer plenamente el objeto de la obligación—; 3o. La relación jurídica que se establece entre las partes y las vincula; y, 4o. El objeto de la obligación, que exigirá una conducta para ejecutar —un *facere* o hacer— que se resume en tres verbos: *dare*, *prestare* y/o *facere*; reconociéndose que *dare* es transferir la propiedad de una cosa; *prestare* es procurar su disfrute y *facere* el ejecutar alguna conducta o, inclusive el *non facere*, que es el abstenerse de hacer algo. A esos aspectos suele agregarse uno complementario, al que se denomina *pati*, que es el tolerar, permitir o dejar hacer. Desde luego que en esa conjugación, el acreedor o titular activo es aquel a quien se le debe algo; el deudor es el que resulta obligado a cumplir aquello que aceptó a su cargo: sea dar, prestar, hacer, no hacer o tolerar.¹

V. LAS OBLIGACIONES CIVILES EN LA TRADICIÓN JURISPRUDENCIAL ROMANA

La idea que exponemos sobre la naturaleza de las obligaciones civiles, recopila toda la tradición romana que está latente en nuestras leyes civiles, pues recoge la definición expuesta en la Instituta de Justiniano (expedida en el año 533 de la era cristiana por el emperador romano de Oriente): “*obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringitur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura* (la obligación es un vínculo de derecho, por el que somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad)”².

A lo anterior, debemos agregar que las obligaciones personales o derechos de crédito, tienen como fuente los actos o conductas personales manifestadas externamente, mismas que intencionalmente han sido ex-

1 Véase Petit, Eugène, *Tratado elemental de derecho romano*, 9a. ed., trad. de José Ferrández González, Madrid, Editorial Saturnino Calleja, p. 314, y Floris Margadant, Guillermo, *El derecho romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 4a. ed., México, Editorial Esfinge, 1970, pp. 304-307.

2 Confírmese este texto en Justiniano, *Instituciones*, ed. bilingüe por M. Ortolán, trad. de Francisco Pérez de Anaya y Melquiades Pérez Rivas, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, p. 236.

presadas por las partes en el mundo del derecho, con el propósito de obtener las consecuencias jurídicas que se dan y que —por tanto— están reconocidas y clasificadas como convenios y contratos, que constituyen acuerdos emanados y expresados por la voluntad de las partes, con el objeto de crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones; precisándose que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos (artículos 1792 y 1793 del Código Civil vigente); siendo oportuno agregar que en el sistema romano, la esencia contractual no se caracterizaba por la convencionalidad sino por su reciprocidad *utroque citroque obligatio*.

Otra fuente de derechos y obligaciones está constituida por la propia ley, que fuera del ámbito del régimen de la autonomía de la voluntad de las partes —y en función de su soberanía— impone en sus normas —de manera general y abstracta— derechos y obligaciones —como la carga alimentaria entre parientes— (artículos 301 a 323 del Código Civil vigente) y el imperativo a cargo de los mexicanos para contribuir de manera proporcional y equitativa a la satisfacción de los gastos públicos de la Federación, estados y municipios en que residan (artículo 31 fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

Al lado de los contratos y de la ley, existe una tercera fuente complementaria de obligaciones que surge de *hechos jurídicos* que generan vínculos legales entre las personas, sin que para lograr ese resultado sea necesario que concurra la voluntad específica o concreta de ellas. Ejemplos clásicos de estos acontecimientos unilaterales, lo constituyen el nacimiento de la persona física; la llegada a su mayoría de edad, y aún su muerte; debiendo agregarse que cuando esos sucesos se generaban de manera bilateral, tradicionalmente se les reconocía con la denominación de *cuasi-contratos* y *cuasi-delitos* (por su cercanía tanto con la semejanza a los contratos como con los delitos), de manera que entrañaban —y continúan haciéndolo en la legislación civil— fórmulas que reconocían hipótesis de acciones no voluntarias o no intencionales, en las que estando ausente el factor fundamental de la expresión de la voluntad —que permitiera incluirlos dentro de la clasificación de los contratos— sin embargo, se acercaban tanto a ellos, que aun cuando las conductas que se ejecutaban no tenían un propósito para crear obligaciones, tenían un resultado que las determinaba, de manera que esa circunstancia propició que como *cuasi-contratos* o aún como *cuasi-delitos*, fueran regla-

mentados por los jurisconsultos romanos, ya que se reconocía que tales *hechos jurídicos* poseían en sus entrañas el sedimento de una notoria base ética inspirada en los principios aristotélicos, que conjugan las convicciones del derecho natural con la equidad, de manera que permitan procurar una corrección al principio de la generalidad de la ley, esto es, como una especie de justicia mejor que la legal; mostrando que lo equitativo se confunde con lo justo y que es superior a ello, en razón de que produce consecuencias importantes en el mundo del derecho.³

Ya hemos señalado —en otro lugar—⁴ que los llamados *hechos jurídicos* tienen una doble perspectiva clasificatoria: aquellos de orden estrictamente físico, que son producto de la naturaleza y aquellos otros que son resultado de una conducta, mas no de aquella volitiva que pretendía obtener diversos resultados en el mundo del derecho, ya que ésta tiene como fuente directa los repetidamente llamados cuasi contratos y los cuasi delitos, que encuentran su recopilación originaria en *Las Instituciones* de Gayo —maestro de la juventud estudiosa del derecho romano, que vivió aproximadamente hacia el primer tercio del siglo II de la era cristiana— como fuente distinta de las obligaciones provenientes de los contratos o de los delitos; pero que se desenvolvían como obligatorias entre sus participantes, aunque no revestían el carácter de contratos, por estar desprovistas del elemento *voluntad*; sin embargo, en razón de su afinidad, tenían valor jurídico en el derecho romano. A la vez, al examinarse los llamados *cuasi delitos*, se encuentra que las obligaciones que nacen de ellos penetran en la esfera del derecho privado y, aun cuando se parecen a las que provienen de un delito, se diferencian de ellos porque en lugar de sancionar al culpable con una indemnización por haber obrado con intención dolosa, le castigaban por haber provocado un daño debido a su actitud culposa o imprudente. La fuente histórica de ambas figuras jurídicas se encuentra en los libros tercero, título XXVII, y cuarto, título V, de la misma *Instituta* de Justiniano, bajo la

3 Véase Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, t. VI: *El sistema de las obligaciones. Primera parte*, México, Porrúa, 1997, y Prefacio, p. XXVIII; así como el estudio jurídico en memoria de Eduardo García Máynez: *id.*, *La equidad como alma de la justicia*, México, Porrúa, 1996, pp. 345-355, en el que se afirma la visión del estagirita que identificaba lo justo con lo equitativo; pero advirtiendo que siendo buenos ambos, lo último es aún mejor, ya que siendo justo, no es lo justo legal, sino una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal.

4 Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones...*, *op. cit.*, nota 3, 2a. ed., 1998, pp. 175-194.

denominación de *obligationibus quasi ex contractu* y de *obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur*.

VI. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN LAS HIPÓTESIS CASUÍSTICAS CONSIDERADAS EN LAS *INSTITUCIONES* DE JUSTINIANO

Hemos advertido anteriormente que, al reglamentarse en las *Institutiones* de Justiniano el principio clasificatorio de las obligaciones que nacen de los actos ilícitos, encontrábamos que dichas disposiciones —basadas en el examen de diversas hipótesis casuísticas— recogieron las siguientes fórmulas normativas de futuras conductas:

Si un juez hace un proceso suyo, no parece obligado precisamente por delito; sino que, como no lo está ni por delito ni por contrato, y que sin embargo, ha faltado en alguna cosa, aunque sólo fuere por ignorancia, se dice que está obligado como por delito, y será condenado a la estimación de la cosa apreciada equitativamente por la religión del juez.

1. Igualmente el que ocupa ya como propietario, ya gratuitamente una habitación desde donde se ha arrojado alguna cosa, que ha causado perjuicio a otro, se reputa obligado como por delito; pues no puede decirse obligado por delito, porque las más de las veces se halla obligado por culpable otro, ya de su esclavo, ya de su hijo. Lo mismo sucede respecto del que en un camino público ha puesto o colgado algún objeto que al caer pudiese causar perjuicio a alguno; en este caso se halla establecida una pena de diez sueldos de oro. Pero respecto de las cosas arrojadas o esparcidas, se halla establecida una acción que consiste en el doble del perjuicio causado; y si un hombre libre hubiese sido muerto, la pena sería de cincuenta sueldos de oro. Si no ha sido muerto, sino herido, se da acción por la suma que el juez estime equitativa según el caso. En efecto, el juez debe tener en cuenta los honorarios abonados al médico y además gastos de la enfermedad, y además los trabajos que no ha podido desempeñar el herido o que no podrá desempeñar en adelante por consecuencia de la incapacidad a que haya sido reducido.

2. Si el hijo de familia ocupa una habitación separada de su padre, y desde ella se ha arrojado o vertido alguna cosa, o tiene algún objeto colocado o colgado, cuya caída fuese peligrosa, Juliano ha declarado que no hay ninguna acción contra el padre, y que es preciso proceder contra el mismo hijo; la misma observación se aplica al hijo de familia que, siendo juez, hubiese hecho suyo el litigio.

3. El dueño de un navío o el de una posada o caballeriza, en razón del perjuicio o del robo cometido en el navío, o en la posada o en la caballeriza,

se halla igualmente obligado como por delito, si no es él quien ha cometido el delito, sino alguno de los que se hallan empleados en el navío, en la posada o en la caballeriza. En efecto, como la acción establecida contra él no procede ni de un delito ni de un contrato, y es él quien hasta cierto punto ha cometido culpa, por haberse valido de hombres malos, se le considera obligado como delito. En estos casos se da una acción *in factum*, y que aun corresponde al heredero, pero no contra el heredero.

Al concluir la transcripción del texto señalado en los párrafos precedentes, agregamos que tal lectura nos permitía reconocer que el sistema romano incluía en las fórmulas del cuasi delito, una *responsabilidad objetiva* que es resultado de la llamada *teoría del riesgo creado*; llamándosele así, precisamente porque el resultado dañoso de la acción carece de una intención concreta. Esto es, el agente activo está privado de un subjetivismo en cuanto a que su intención no es la de producir consecuencias en el mundo del derecho, pues de otra manera, si dicha intención se manifestara subjetivamente, de manera que fuera evidente su intencionalidad, entonces sí habría esa clase de responsabilidad. Sin embargo, si su conducta es sólo objetiva y ésta —a la vez— entraña un riesgo —que ha sido creado en sí y por sí mismo— de ella resultará que sus consecuencias le van a obligar aun cuando no se produzca ni como consecuencia de un delito, ni como resultado de un contrato. Con ello, podemos comprender las hipótesis recogidas por la legislación de Justiniano, en las que *el juez que hace un proceso suyo* (o sea que deja de tener una función imparcial) y que comete una falta —aunque sólo fuese por ignorancia— resulta obligado; el ocupante de una habitación de la que se arroja alguna cosa que causa perjuicios —aunque la acción no sea de él— se reputa obligado; el que en un camino público ponga o en el que cuelgue algún objeto que al caer cause perjuicio, resulta sancionado con una pena; el dueño de nave, posada o caballeriza en el que ocurra un robo, queda obligado por haberse valido de hombres malos, lo que entraña —conjunta o separadamente— la responsabilidad objetiva. De toda esa conjugación de contenidos se llama a esta fuente de obligaciones *la teoría de la responsabilidad objetiva o teoría del riesgo creado*. En el derecho anglosajón se les denomina *torts* y más adelante nos referiremos a ellos. El Código Civil vigente en el Distrito Federal —como ya lo indicamos— reglamenta esta materia bajo el rubro *de las*

obligaciones que nacen de los actos ilícitos, y su capítulo quinto comprende los artículos del 1910 al 1934 inclusive.⁵

VII. RECEPCIÓN EN LA TRADICIÓN LEGISLATIVA CIVIL MEXICANA Y SANCIÓN A LA CONDUCTA ILÍCITA QUE CAUSE DAÑO, CON SU CONSECUENTE REPARACIÓN

Es evidente —y ahora lo repetimos— que esta materia reconoce y reglamenta dentro de sus fórmulas —en los artículos 1910, 1913, 1924, 1931 y 1932 del mismo Código Civil— la conducta del que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, resulta obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima. Que a ese principio debe agregarse el que cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos, o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollan, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima. Igualmente se anticipa la hipótesis relativa a la corresponsabilidad de los patronos y dueños de establecimientos mercantiles que están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus obreros o dependientes en el ejercicio de sus funciones; responsabilidad que cesa, si demuestran que en la comisión del daño no se les puede imputar ninguna culpa o negligencia. En dicha preceptiva también se reconoce que el propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviene por falta de reparaciones necesarias o por vicios de construcción. De una manera igual responderán los propietarios de los daños causados:

- I. Por la explosión de máquinas o por la inflamación de substancias explosivas; II. Por el humo de gases que sean nocivos a las personas o a las propiedades; III. Por la caída de sus árboles, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor; IV. Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes; V. Por los depósitos de agua que humedezcan la pared del vecino

⁵ Véase *ibidem*, pp. 182-183.

o derramen sobre la propiedad de éste; VI. Por el peso o movimiento de las máquinas, por las aglomeraciones de materias o animales nocivos a la salud o por cualquiera causa que sin derecho origine algún daño.

Podemos constatar por la lectura de las normas que hemos señalado, que ellas establecen básicamente el surgimiento de la obligación objetiva de reparar el daño que se produce, cuando se obre ilícitamente o contra las buenas costumbres; así como cuando —en función del riesgo creado— se haga uso de mecanismos o sustancias peligrosas por sí mismas, por su velocidad o su naturaleza explosiva o inflamable; sea por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas. De la misma manera, el propietario de un edificio será responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, o por la explosión de máquinas o inflamación de sustancias explosivas, humo o gases; caída de árboles; emanaciones de cloacas; depósitos de aguas o por peso o movimiento de máquinas; aglomeración de materias o animales, o por cualquier causa que sin derecho origine algún daño.

En congruencia con las reglas de las que hemos dado cuenta, la misma ley impone una sanción que entraña la reparación del daño, de manera que el incapaz que lo causa está obligado a responder de él, salvo cuando la responsabilidad recaiga en las personas que estén encargadas de él. A la vez, se preceptúa que cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, existe obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó con el fin de causar el daño, sin utilidad para su titular. Más aún, cuando sin el empleo de mecanismos, instrumentos, etcétera, A que se refiere el artículo 1913, y sin culpa o negligencia de ninguna de las partes se producen daños, cada una de ellas los soportará sin derecho a indemnización; entendiéndose que la reparación del daño debe consistir —a elección del ofendido— en el restablecimiento de la situación anterior —cuando ello sea posible— o en el pago de daños y perjuicios.

En la consideración de los conceptos que hemos indicado en el párrafo precedente, debe complementarse que cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determina atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo, y para calcular la indemnización que corresponda, se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo más alto que esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades

señala dicha ley. En caso de muerte, la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima, y los créditos que así se generen —cuando la víctima fuera un asalariado— son intransferibles y se cubrirán preferentemente en una sola exhibición, salvo convenio entre las partes. Esas mismas reglas se aplicarán en casos de transportes, en los que los portadores responden del daño causado a las personas por defecto de los conductores y medios de transporte que empleen, y este defecto se presume siempre que el empresario no pruebe que el mal aconteció por fuerza mayor o por caso fortuito que no le puede ser imputado.

VIII. SANCIÓN AL DAÑO PECUNIARIO Y AL MORAL

Estimamos importante observar, que en todos los preceptos que hemos señalado, se sanciona el daño pecuniario. De ahí que ahora —en la legislación civil— se incluya —además— la reparación del daño moral; debiendo entenderse por él, la afectación que una persona sufra en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás; debiendo presumirse que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas; debiendo agregarse que 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 de que se 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 servidores públicos tienen obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados con motivo de las atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos, en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos. Es evidente —además— que el que paga los daños y perjuicios causados por sus sirvientes, empleados, funcionarios y operarios, pueden repetir —lo que significa recuperar— de ellos, los que hubiere pagado. Es importante observar que la ley dispone adicionalmente, que la acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa

a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida. Estimamos conveniente precisar que en los casos de daño moral, el monto de la indemnización será determinada por el juez, tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Adicionalmente se debe considerar que en la calificación del mismo daño moral, cuando resulte que éste 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 refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. A la vez, en aquellos casos en 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.

La ley reconoce la responsabilidad solidaria para reparar el daño de todos aquellos que causen un daño en común y, en congruencia con esa hipótesis, igual sanción corresponde a los representantes legales en ejercicio de sus funciones, de las personas morales responsables de los daños y perjuicios. A la vez, quienes ejercen patria potestad, tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causan los actos de los menores que estén bajo su poder y habiten con ellos; cesando dicha responsabilidad, cuando los menores ejecuten actos que la originen, encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios, talleres, etcétera, Pues entonces, esas personas asumirán tal responsabilidad.

Culminaremos esta larga exposición, incluyendo la responsabilidad de los jefes de familia que habiten una casa o parte de ella, por los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma. El término de prescripción para el ejercicio de la acción de reparación es de dos años, contados a partir del día en que se haya causado el daño.⁶

6 Véase *ibidem*, pp. 183-189.

IX. APOYO HISTÓRICO EN EL CATÁLOGO DE *INIURIAS* PREVISTO
Y SANCIONADO EN LA OCTAVA DE LAS DOCE TABLAS,
COMO PRIMERA LEY ROMANA ESCRITA (AÑO 451 A. C.)

El antecedente histórico de las fórmulas jurídicas de las que damos cuenta en los párrafos anteriores, se remonta a principios que habían sido recogidos al elaborarse la primera ley escrita romana, conocida como la de *las doce tablas* (año 451 a. C.), en cuya *tabla octava* se había establecido un catálogo de conductas reconocidas como *iniurias*, que resultaban consecuencia de los delitos que constituían toda conducta que se apartara de los causes de la ley. En ellas se contemplaban —entre otras varias— como hipótesis con su correspondiente sanción:

4. Por la injuria hecha a otro, pena de veinticinco ases.

5. Por el daño causado injustamente, la reparación...

18. Disposición que castiga al prestamista cuando cobra por el dinero que ha prestado un interés superior a una onza por ciento al mes, estableciendo la pena del cuádruplo...

21. Que el patrono (abogado) que defraude a su cliente, sea sacrificado a los dioses...

Es evidente que en los supuestos enumerados en esas fórmulas, la sanción prevista estaba considerada como un medio reparador de los daños y perjuicios que se habían inferido por aquel que no había cumplido fielmente las obligaciones a su cargo; debiendo colegirse que dicha sanción estaba inspirada en el sentido de la equidad, que reconocía que el daño inferido debía ser compensado.

X. LA LEY AQUILIA (467 A. C.) Y SU CONFIRMACIÓN
EN LAS *INSTITUCIONES* DE GAYO

Los historiadores aprecian que las reglas antes consideradas emanaban de un plebiscito probablemente celebrado hacia el año 467 (a. C.) convocado por el tribuno conocido con el nombre de Aquilio, que aprobó la que se llamó *ley Aquilia* (aun cuando otros analistas la ubican en el año 529), la cual estaba desarrollada en tres capítulos en los que se

trataba de las sanciones con las que debían reprimirse los daños causados en ciertas condiciones.⁷

Las enseñanzas que impartió Gayo, recopiladas en los *Comentarios* que dan cuerpo a sus *Instituciones*, reconocían la preexistencia de la citada *ley Aquilia* y en el tercero de ellos, consideraba los siguientes casos:

211. Se entiende por *matar injustamente* el caso de que se matara con dolo o 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...

213. Aquél cuyo esclavo ha sido muerto, tiene el libre arbitrio de elegir entre perseguir criminalmente a aquél que lo hubiera matado, o la acción por daño de esta ley...

223. La pena de la *iniuria* era de acuerdo con la ley de las XII tablas; por un miembro roto (*membrum ruptum*), el talión, en cambio, por un hueso fracturado o contusionado (*os fractum aut colisum*) la pena era de 300 ases si se trataba del hueso fracturado de un hombre libre, y de 150 si se trataba del de un esclavo. Por causa de las otras injurias, en cambio, la pena fijada era de 25 ases. Y se consideraba que estas penas pecuniarias eran suficientes en aquellos tiempos de extrema pobreza.

224. Pero nosotros tenemos ahora otro sistema: nos está permitido por el pretor (magistrado) que estimemos la *iniuria*, y el *iudex* (juez), según su propio criterio condena hasta el monto que hemos estimado o por uno menor. Pero como cuando se trata de una *iniuria* grave (*atrox*) el pretor suele estimar al mismo tiempo el monto de la fórmula, el *iudex*, a causa del respeto a la autoridad del pretor, no se atreve a disminuir dicho monto.

225. Se considera injuria *grave* ya sea por razón del hecho: por ejemplo, si alguien hubiera sido herido o flagelado o abatido a palos, ya sea por razón del lugar; por ejemplo si ha ocurrido en el teatro o en el foro, ya sea por razón de la persona: por ejemplo, si fuera infligida una *iniuria* a un magistrado o se cometiera contra un senador por una persona de baja condición.⁸

XI. MANIFESTACIONES DEL DOLO Y CULPA RECOGIDAS EN LAS *INSTITUCIONES* DE JUSTINIANO

Las fórmulas que hemos tenido presente en los párrafos anteriores, permiten constatar la base normativa de la que surgió la imposición de

⁷ Véase Petit, Eugène, *op. cit.*, nota 1, pp. 460-461, y particularmente la nota 1 del párrafo 454 con notas del traductor, así como Magallón Ibarra, Jorge Mario, *op. cit.*, vol. 60., segunda parte: *El sistema de las obligaciones*, México, Porrúa, 1998, pp. 531-549.

⁸ Verifíquense las fórmulas referidas en *idem*.

las sanciones en contra de los daños que se generaban como consecuencia del incumplimiento que lesionaba patrimonialmente a un acreedor; pero simultáneamente, en ellas se manifiestan las consideraciones sobre el dolo o culpa, y aun más, de acontecimientos fortuitos o de fuerza mayor, que fueron recogidos en su tiempo, por la ya referida legislación de Justiniano, y expuestos en el título tercero del libro cuarto de sus *Instituciones* en los siguientes términos:

2. 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.

3. La ley Aquilia no es aplicable a aquel que ha muerto a alguno por acaso, y no habiendo ninguna culpa por su parte; porque de otro modo castigaría la ley Aquilia la culpa no menos que el dolo...

6. Si un médico, después de haber operado a tu esclavo, abandona el cuidado de su curación y el esclavo muere, hay culpa.

7. La impericia se cuenta también como culpa; por ejemplo, si un médico ha muerto a tu esclavo por haberlo operado mal, o por haberle administrado inoportunamente algún medicamento.

8. Del mismo modo, si un muletero, por impericia, no puede sujetar sus mulas que se desbocan y que atropellan a tu esclavo, hay culpa; si por debilidad no ha podido sujetarlas, mientras que otro más fuerte hubiera podido, hay culpa igualmente. Las mismas decisiones se aplican al que montado en un caballo, no ha podido contener su ímpetu por falta de fuerza o impericia.⁹

Verifiquemos que los antiguos textos que ahora tenemos en consideración, giraban en torno de diversos conceptos que permitían calificar y sancionar a la conducta: *matar, que significa privar de la vida injustamente, es matar sin ningún derecho*. La interpretación de esa regla a *contrario sensu* debe imponer la siguiente fórmula: *matar justamente es matar con derecho*. De ahí surge el criterio que recoge la misma disposición: *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*. A este mismo respecto debe tenerse presente que la regla 14 de la tabla octava preceptuaba: “14. Disposición que prohíbe matar al ladrón sorprendido durante el día, sin antes haber pedido socorro, salvo que se resistiere con armas”.

⁹ Confírmense los lineamientos señalados en *ibidem*, pp. 536-539.

La lectura del párrafo que antecede nos permite alcanzar una visión más amplia de la hipótesis contemplada, que en resumen entraña el siguiente criterio: “el que mata a un ladrón en la noche, lo mata con derecho. El que mata a un ladrón en el día, actúa con culpa o con dolo, pues está obligado a pedir socorro, salvo que antes de hacerlo, tal ladrón se resista con armas”.

Para redondear el juicio que genera esta normatividad, tengamos presente dos elementos básicos que concurren: ¡*culpa* y *dolo*! La primera es la calidad de la conducta que causa un daño, ejecutada voluntariamente o por descuido. En el descuido aparece concurrentemente la omisión, la negligencia o falta de cuidado, así como la imprudencia, que omite la observancia de la diligencia debida. La segunda entraña la malicia, que es portadora de una intención insidiosa para inferir un daño.

Al tener en consideración las dos fórmulas referidas en los párrafos precedentes, el maestro Gayo preceptuaba en la regla 211 de su comentario tercero: “211. Se entiende por matar injustamente el caso de que se matara con dolo o 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”.

XII. EL CONCEPTO DE LA ANTIGUA *INIURIA*

Al examinar el concepto de la antigua *iniuria* (injuria) encuéntrese que su constitución etimológica implica que constituye una *in iuria*, que lo era aquella conducta carente de *iuria* o sea, del reconocimiento o protección del derecho; debiendo agregar a este mismo propósito, que en las *Instituciones* de Justiniano se especificaba que *injuria*, en su acepción general, significa todo acto contra derecho; en un sentido especial quiere decir, ya *ultraje*, que viene de la palabra ultrajar, entre los griegos; ya culpa, en griego *adixnua* como en la *ley Aquilia*, cuando se dice perjuicio causa injuria. Otras veces, en fin, se toma en el sentido de iniquidad e injusticia, que los griegos llaman *adixixp*. En efecto, así se dice de aquél contra quien el pretor o el juez han pronunciado una sentencia injusta, que por tanto le ha inferido una injuria.¹⁰

Recordemos con precisión que la *ley Aquilia* contemplaba las dos disposiciones que ahora vamos a reiterar:

¹⁰ *Ibidem*, p. 543.

6. Si un médico después de haber operado a tu esclavo, abandona el cuidado de su curación y el esclavo muere, hay culpa.

7. La impericia se cuenta también como culpa; por ejemplo, si un médico ha muerto a tu esclavo por haberlo operado mal, o por haberle administrado inoportunamente algún medicamento.

La primera de las dos hipótesis consideradas en las reglas antes señaladas —como consecuencia de la relación de causalidad—, integran la siguiente tipicidad culposa:

A) La intervención quirúrgica practicada por un médico a un esclavo.

B) El abandono por parte del médico que ha operado, de los cuidados que requiere el paciente para su curación.

C) La muerte del paciente.

Conclusión: Existe culpa del médico.

XIII. LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MÉDICO EN LA NORMATIVIDAD ROMANA

Al observar las reglas que se comentan, está implícita la responsabilidad profesional del médico en cuidar la recuperación de la salud por parte del paciente, de manera que logre cabalmente su total restablecimiento, dado que la desatención de su parte puede propiciar que se frustre la curación. En todo ello está latente —en forma simultánea— la actualización de la llamada teoría de la responsabilidad objetiva o del riesgo creado, que permanecerá alerta durante toda la gestión del profesional, para sancionar sea su negligencia, descuido, impericia o imprudencia.

XIV. LA PRESUNCIÓN DE PERICIA

En la segunda hipótesis que examinamos, la relación de los acontecimientos sigue la misma causalidad:

A) La ausencia de pericia en la práctica de una operación por parte de un médico.

B) La mala o errónea práctica de la intervención quirúrgica.

C) La mala, errónea o inoportuna administración de algún medicamento.

D) La muerte del paciente resultante de la culpa del médico.

En esta segunda hipótesis, el sustrato de la operación quirúrgica —que en el desempeño de su función profesional va a ejecutar el médico— está apoyada en la *presunción de pericia* que debe asistirle para la práctica de la labor que acepta desempeñar. Por tanto, la calificación que la ley atribuía a la acción inexperta, era el haber *operado mal*, o sea, el haber ejecutado —en la labor integral— alguna acción que no debía haberse llevado a cabo o, en una alternativa diversa, haber operado *bien*; pero administrándole imprudentemente un medicamento inoportuno, que le provocara al paciente la muerte.

XV. CRITERIO JURISPRUDENCIAL MEXICANO

El análisis de las alternativas que generan los casos que se examinan, ha permitido históricamente que de ellos se deslinden las reglas que se incorporan a la normatividad jurídica vigente, en la que está latente la sanción que corresponde a la responsabilidad objetiva —no intencional— y al riesgo creado; resultando oportuno mencionar el criterio expuesto por la entonces Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de nuestro país en una sentencia dictada y publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, correspondiente a su sexta época, cuarta parte, vol. LVII, p. 133, en el amparo directo 669/58 propuesto por Azucarera Veracruzana, S. A. y resuelto por unanimidad de los cinco votos de los ministros que integraban dicho tribunal; criterio vinculado —entonces— con la tesis jurisprudencial número 1639 sobre *responsabilidad objetiva*, que en lo conducente declara:

La legislación contemporánea consigna la teoría objetiva del riesgo y no la subjetiva de la culpa. El derecho moderno, ha explicado la doctrina, sustituye el concepto de responsabilidad por el de reparación; no se trata ya de atribuir la responsabilidad por la intención o la culpa, sino establecer quien debe reparar el daño. Al producirse el daño por el uso de las cosas peligrosas, es opinión corriente la que atribuye la reparación a quien cause el daño.

La referencia al criterio que transcribimos en el párrafo que antecede, se acrecienta por cuanto a que en la primera parte de la ejecutoria de referencia, se exponen también los criterios de nuestro máximo tribunal en relación con lo que puede preverse; con lo no previsto y con el caso fortuito:

Responsabilidad objetiva. La legislación, la jurisprudencia y la doctrina, han analizado la responsabilidad en el accidente de automóvil, y, si bien en derecho penal el caso fortuito es una circunstancia que exime de la responsabilidad criminal, y en los casos de accidentes automovilísticos es donde con más frecuencia suele aplicarse esta circunstancia eximente, puesto que el daño se produce por causas normalmente ajenas a la voluntad y previsión del sujeto que, habiendo puesto todo el cuidado que los hombres diligentes emplean en el ejercicio de su actividad para evitar la lesión de los derechos ajenos, el evento se produce. El caso fortuito, en lo penal, concurre en gran parte de los accidentes que no pueden preverse o que previstos, no pueden evitarse. Típico es el ejemplo de la rotura involuntaria de algún elemento esencial de los mecanismos de conducción. Los hechos no son consecuencia de un acto negligente cuando se ha cuidado de los mecanismos, su reparación y normal funcionamiento, de manera que suele absolverse al conductor que no puede dominar el movimiento del vehículo por rotura de los frenos. En resumen, se trata de un acto lícito llevado a cabo con la debida diligencia, no sólo con la ordinariamente exigible, sino con la requerida para el caso particular. Penalmente no puede exculparse al chofer en los casos de imprudencia, diversa del caso fortuito, mas debe demostrarse que no hubo diligencia suficiente en el responsable, faltando el cuidado o la previsión adecuados. Estas consideraciones no son aplicables al supuesto de la responsabilidad objetiva que regula el artículo 1913 del Código Civil al señalar: “Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima”. Este precepto establece el concepto de naturaleza objetiva de que las cosas peligrosas son aquéllas que normalmente causan daños, es decir, aquellas que llevan virtualmente o en potencia el daño, de manera que su simple empleo es el supuesto de que parte la ley para atribuir la consecuencia de la responsabilidad de su propietario...

XVI. REFRENDO DEL CRITERIO HISTÓRICO

Al volver la mirada hacia la parte histórica que hemos venido contemplando en este tema, estimamos oportuno incluir el comentario que en el siglo XIX exponía el maestro español Pedro Gómez de la Serna en cuanto a que la *ley Aquilia* —al hablar de hombres— se limitaba a los *esclavos*, porque los hombres libres no son capaces de su evaluación,

por lo que en el caso de que se matase a uno de éstos, era aplicable únicamente la *ley Cornelia de Sicariis*, si hubiera habido intención de cometer el homicidio.¹¹

XVII. LA IMPRUDENCIA RELATADA POR ULPIANO

El mismo analista invocado en el párrafo precedente, relata el interesante caso real —ocurrido en la antigüedad— recopilado en el *Digesto* de Justiniano (& 4, ley 9, tít. II, lib. IX) en el que Ulpiano se refiere al jurisconsulto Mela en los siguientes términos:

si jugando algunos a la pelota, uno de ellos la arrojare con violencia de modo que viniese a dar a la mano de un barbero que estaba afeitando a un esclavo, y por consecuencia de esto quedare el esclavo degollado, debería estar obligado por la ley Aquilia, aquel de quien fuere la culpa; Próculo opinaba que la culpa era del barbero si ejercía su industria en el lugar en que se jugaba por costumbre, o en donde era muy frecuente el tránsito de la gente —y añade después— que puede quejarse de sí mismo el que se encomendó a un barbero que tenía puesta su silla en un lugar peligroso. Fuera de toda duda se halla que la imprudencia no estaba de parte del barbero, sino del que jugaba a la pelota, contra éste tenía lugar la ley Aquilia...

Verifiquemos el comentario con el que Gómez de la Serna completaba la referencia de este tema:

La impericia, por regla general, no es culpa; pero se considera como tal en aquellos que profesan un arte o ciencia si por un error o por falta de suficiencia causaron un daño.

No deben confundirse los efectos naturales de las enfermedades con la impericia de los médicos llamados a curarlas. Difícil, sin embargo, debió ser en todos tiempos ejercitar la acción de la ley Aquilia por impericia de los médicos, cuyos errores, como se ha dicho oportunamente, sepulta la tierra, y cuyos beneficios el sol pone en descubierto...

Así por el tercer capítulo de la ley Aquilia como por el primero, se castiga la culpa igualmente que el dolo; por esto dice Paulo (& 3, ley 30, título II, lib. IX del *Digesto*), Que si alguno pegare fuego a un rastrojo o a un zarzal suyo, y el fuego saliendo de su heredad causare daño a mies o a viña ajena, si esto hubiere sucedido por impericia o por negligencia, por ejemplo, si lo

¹¹ Confírmese este criterio en *ibidem*, p. 539.

hiciera en un día de viento, entonces será responsable, porque el que da ocasión al daño, se entiende que ha hecho el mismo daño; otro tanto debe decirse de aquel que no estuvo a la mira o no adoptó las disposiciones convenientes para que no saliese el fuego de su heredad; pero si después de observar las reglas que la prudencia dicta, sucediera el mal, por ejemplo, por haberse levantado repentinamente un viento fuerte, estará exento de culpa, y por lo tanto no quedará obligado por este capítulo de la ley Aquilia...¹²

XVIII. DISPOSICIONES VIGENTES SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL

La recepción de la tradición romana realizada en 1804 al promulgarse el Código Civil de los franceses —tres años más tarde denominado Código Napoleón— ha sido la fuente directa de la legislación civil de nuestro país, que desde luego en el Código promulgado en 1870 en el Distrito Federal, acogió las fórmulas correspondientes a la *responsabilidad civil*, mismas que ahora —en lo conducente— se encuentran vigentes en el Código Civil de 1928, en los siguientes preceptos:

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 de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

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

Art. 1914. Cuando sin el empleo de mecanismos, instrumentos, etcétera, a que se refiere el artículo anterior, y sin culpa o negligencia de ninguna de las partes, se producen daños, cada una de ellas los soportará sin derecho a indemnización.

Art. 1915. La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios...

Art. 2615. El que preste servicios profesionales sólo es responsable, hacia las personas a quienes sirve, por negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito.

¹² *Ibidem*, pp. 539-541.

XIX. OTRAS EJECUTORIAS SOBRE RIESGO CREADO

Recordamos dos casos reales que trataba y resolvía la jurisprudencia mexicana: aquel en el que un albañil sube a la azotea de un edificio en construcción, y en un momento determinado —sosteniendo con las manos una varilla de acero en posición vertical— ésta alcanza a entrar en contacto con un cable de alta tensión, que está instalado a considerable altura sobre el nivel de dicho lugar; produciéndose la violenta descarga eléctrica que fulmina la vida del portador. En el procedimiento judicial, la entonces Compañía Mexicana de Luz y Fuerza, S. A., resulta demandada y se excepciona atribuyendo el accidente a la culpa o negligencia inexcusable de la víctima. Sin embargo, la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce la existencia del riesgo creado por la propia demandada, al instalar el cable y la condena al pago de la responsabilidad objetiva.

El otro caso se genera con el contrato de transporte que celebra una empresa que deposita en una compañía ferrocarrilera un importante número de cajas que contenían dinamita. Durante el viaje se produce la explosión, con los daños inherentes a dicha conflagración. La sentencia condena a la porteadora al pago de los daños causados, en razón del reconocimiento de que al aceptar la carga hizo frente a la responsabilidad objetiva con el inherente riesgo creado.

El maestro español Felipe Clemente de Diego explicaba que *dolo* se entendía como equivalente a malicia, fraude, engaño, mala fe, y que esas expresiones eran contrarias a la *culpa*, que entraña fundamentalmente una negligencia. De ello resultaba que el dolo se manifestaba como una intención de dañar o como una conciencia del daño inferido al violar el derecho de un tercero; entendiéndose que para actuar con dolo es suficiente la convicción de que se actúa mal, causando daño a otro, y que en numerosas ocasiones no era la intención de provocar un mal a un acreedor lo que movía al deudor, sino el propósito de ganar una situación ventajosa. Por ello, el maestro español apreciaba que la responsabilidad resultante del dolo puede hacerse exigible, sin que la ley apruebe una renuncia para reclamarla, ya que eso equivaldría a permitir

tanto la mala fe como el fraude en las relaciones sociales, que significaría la supresión de la seguridad en el trato y el sentido ético de la vida.¹³

El artículo 2025 del Código Civil vigente especifica con claridad, cuando se de la culpa o la negligencia: “Hay culpa o negligencia cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa o deja de ejecutar los que son necesarios para ella”.

En el texto transcrito está a la vista la idéntica significación genérica de ambos conceptos gramaticales, cuya diferencia específica sólo localizamos en cuanto al resultado, ya que la culpa debe ser activa —en el orden de que con ella se ejecutan actos contrarios a la conservación de la cosa— y en la negligencia se manifiesta su pasividad —pues permite que se dejen de ejecutar los que son necesarios para su conservación—.

XX. DISYUNTIVAS ENTRE CULPA Y NEGLIGENCIA

Sobre el mismo aspecto antes referido, es interesante confirmar la misma conceptualización que antes exponemos, que se localiza en la interpretación disyuntiva de los vocablos *culpa o negligencia*, dentro del análisis que elaboró la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de nuestro país, al resolver con ese mismo criterio, el juicio de amparo propuesto por Compañía de Tranvías de México, S. A., publicado en el tomo LXXXV del *Semanario Judicial de la Federación*, p. 1804, en el que formula las siguientes consideraciones:

RESPONSABILIDAD CIVIL, CULPA O NEGLIGENCIA EXCUSABLE DE LA VÍCTIMA, EN CASO DE. El artículo 2025 del Código Civil del Distrito Federal, determina el concepto “culpa”, al establecer que “hay culpa o negligencia, cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa, o deja de ejecutar los que son necesarios para ella”. No es cierto que la culpa sea siempre inexcusable, ni apoya conclusión contraria, la circunstancia de que la Ley de Partida, al referirse a la culpa grave, establezca que de la misma, ninguno se puede excusar, pues esto no atañe a la culpa leve ni a la levísima. Negligencia significa “descuido”, en su primera acepción; tal como la palabra culpa, en sus diversos grados, se explica también en funciones del descuido, y Valbuena traduce la culpa, por “negligencia y el daño que causa”. Con el mismo método proceden los autores, entre los que puede citarse a Planiol

¹³ *Instituciones de derecho civil español*, tomo II: *Derecho de obligaciones. Contratos. Derecho de Familia*, Madrid, 1959, pp. 28-29 y 31-35.

y Ripert. En su acepción restringida, esto es, prescindiendo del perjuicio causado de manera consciente y voluntaria, la culpa se da en lenguaje técnico jurídico, como equivalente de la imprudencia o la negligencia. Aparte de los artículos 1914 y 1936 del Código citado, el enunciado del artículo 2025 antes transcrito disipa toda la incertidumbre, supuesto que son exactamente los mismos actos los que determinan la culpa o la negligencia, sin matiz que las distinga. Es inadmisibles que el adjetivo “inexcusable” repetido por el legislador en los artículos 1910, 1913 y 1936 de la Ley Civil, se refiera solamente a la negligencia, por ser “disculpable” y “culpa”, términos repugnantes, pues es notorio que no habría razón para no admitir como excusable la culpa, siéndolo en cambio la negligencia cuando ambas se constituyen por los mismos elementos. La existencia de culpa por parte de la víctima se aprecia según los mismos principios que la culpa del autor del daño y puede o no, ser excusable, según las circunstancias del caso concreto, cuya estimativa corresponde a los tribunales de instancia.

XXI. JURISPRUDENCIA COMPLEMENTARIA

Para ampliar el criterio expuesto, estimamos conveniente reproducir las tres tesis jurisprudenciales siguientes —identificadas respectiva y sucesivamente con los números 1646, 1647 y 1648—, visibles en las páginas 2669 y 2670 del Apéndice del *Semanario Judicial de la Federación* 1917-1988:

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. Tratándose de responsabilidad derivada de algún acto ilícito, de dolo o de culpa grave, no puede decirse que tal responsabilidad tenga como base el incumplimiento del contrato, porque esos actos trascienden el contenido y alcance de la convención. Quien intencionalmente causa un daño a otro es responsable de esos actos, independientemente de que exista entre él y la víctima un vínculo contractual. El que incurra en falta grave y causa con ello daños que van más allá del incumplimiento del contrato, como sería la muerte de los pasajeros en el transporte, incurre en responsabilidad extracontractual. Los actos que dan origen a este tipo de responsabilidades, colocan al causante en la condición de un tercero extraño.

RESPONSABILIDAD OBJETIVA. Cuando una de las partes contratantes incurre en una responsabilidad extracontractual, que es además objetiva, por haber empleado instrumentos peligrosos por sí mismos, es claro que el fundamento de esa responsabilidad no puede ser un contrato sino la ley. El artículo 1913 del Código Civil dispone que quien haga uso de instrumentos peligrosos por sí mismos, está obligado a responder del daño que cause, aunque no obre ilícita-

mente, a no ser que demuestre que el daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima. En estos casos tampoco es necesario recurrir a la ilicitud del acto, al dolo o la culpa grave, para establecer que la persona que cause el daño con tales instrumentos debe repararlo independientemente de que esté vinculado o no con la víctima en forma contractual. El acto dañoso no queda ya comprendido dentro de los límites del contrato, y cualquier convención relativa al mismo no deroga las disposiciones que la rigen.

RESPONSABILIDAD OBJETIVA. ES INDEPENDIENTE DE LA CULPABILIDAD. Para que proceda la indemnización a causa del daño producido por el uso de instrumentos peligrosos, no se requiere la existencia de un delito y ni siquiera la ejecución de un acto civilmente ilícito, pues lo único que debe probarse es que el daño existe, así como la relación de causa a efecto. Los elementos de la responsabilidad objetiva son: 1o. Que se use un mecanismo peligroso. 2o. Que se cause un daño. 3o. Que haya una relación de causa a efecto entre el hecho y el daño, y 4o. Que no exista culpa inexcusable de la víctima.

XXII. *TORTS* EN LA FUENTE DEL *COMMON LAW*

Independientemente de las consideraciones expuestas en esta labor, debemos agregar que aunque nuestra legislación civil está impregnada —como lo podemos constatar— de una viva tradición romana, el tema del riesgo creado o de la responsabilidad objetiva no es exclusivo de ella, pues la fuente principal consuetudinaria del *common law* del derecho anglosajón, es aquella en la que prevalece el principio de la creación de la regla jurídica por el Poder Judicial, ya que a él le corresponde la función jurisdiccional, al conocer y resolver cada uno de los casos concretos que se le presentan para su decisión, por lo que de su propia casuística la ha recogido válidamente, de manera que constituye un abundante venero de litigios que se apoyan en los mismos principios, que de una u otra manera se traducen en la no satisfacción de las conductas que habrían sido previstas en los convenios, o que son resultantes de la comisión de hechos ilícitos como consecuencia de una conducta negligente, imprudente, inexperta, intencional y dolosa, que en el lenguaje jurídico de esa tradición histórica se denominan *torts*, cuyo significado lo encontramos en la raíz latina del vocablo *tortus*, que adjetiva lo *torcido* o *retorcido* y del que proviene *tortuoso*, que significa lo que es contrario a lo que es derecho; reconociendo en ellos un origen extracontractual de obligaciones, consistente en el desempeño de conductas negligentes, que propician el que se actualice la responsabilidad objetiva.

En efecto, en la definición de los términos y frases de la jurisprudencia americana e inglesa —tanto antigua como moderna— el *Black's Law Dictionary* reconoce que *tort* significa una injuria —que como la ley de las doce tablas colegía— entraña una conducta injusta ausente de legalidad; mala o dañina que viola o lesiona a otro; incluyendo las acciones ejecutadas de mala fe para incumplir un contrato, en cuyo caso la corte debe proveer a su remedio mediante la acción de daños. En esa conducta siempre debe darse la violación de un deber en perjuicio del demandante, el que generalmente se produce como consecuencia de la misma ley y no por el solo acuerdo de las partes. Dentro de ese criterio puede concurrir la negligencia, que se da por el incumplimiento de un deber a cargo del demandado.¹⁴

Como consecuencia de los principios que antes enunciamos, ahora señalamos que en el derecho anglosajón se localiza la figura de lo que se denomina *foreseeability* —que se traduce al castellano como previsión o habilidad para ver con anticipación o prever el resultado de los actos u omisiones de toda conducta— que al no haberse dado —antes de 1854— en la legislación de los Estados Unidos de América una resolución judicial que constituyera un precedente, conocido como *stare decisis* que por sí mismo se convirtiera en ley forjada judicialmente, a partir de ese año, por el caso *Hadley vs. Baxendale* se decidió y ganó reconocimiento general en el mundo del derecho común y sigue siendo el criterio básico en esta materia.

En el caso referido en las líneas que anteceden, los demandantes operaban un molino de granos que se vio obligado a suspender sus operaciones en razón de haberse roto una de las flechas de su maquinaria. Como consecuencia de ello, uno de los empleados de la negociación llevó la flecha rota a los que después resultaron demandados, con el fin de que la misma se enviara a una compañía de ingeniería, con el propósito de que ésta manufacturara una nueva pieza, usando la rota como modelo. Sin embargo, quienes adquirieron el compromiso de enviar la flecha rota actuaron con negligencia, pues inexcusablemente demoraron su envío durante varios días. Como resultado de tal conducta, el molino permaneció cerrado e inactivo por un periodo mayor de tiempo de aquél que lo hubieran hecho si el embarque hubiera sido despachado oportu-

¹⁴ Campbell Black, Henry, *Black's Law Dictionary*, 6a. ed., St. Paul, Minnesota, The Publisher's Editorial Staff, West Publishing Co., 1990, p. 1489.

namente. La sentencia se dio como resultado de la decisión del jurado en favor de la demandante; incluyendo el otorgamiento de daños por la pérdida de utilidades que había sufrido el molino. Esta decisión estaba basada claramente en la política protectora de las empresas en la entonces creciente revolución industrial. Al sustanciar el caso, la corte estableció dos reglas: Primera. La parte agraviada puede recuperar esos daños *como puedan justa y razonablemente ser considerados... resultantes naturalmente, del mismo incumplimiento contractual*. Segunda. Ella puede recuperar daños tales como razonablemente puedan suponerse que hayan sido considerados por las dos partes, en el tiempo en el que hicieron el contrato, como el probable resultado de su incumplimiento. La demora de unos días en el embarque de una flecha *en el curso natural de las cosas* no resulta de consecuencias catastróficas. Usualmente, la demora en el embarque de ciertos bienes se traduce en la pérdida en el valor de su uso por el periodo de la demora; esto es, el valor de su renta. La responsabilidad por los daños en exceso de su valor, de acuerdo con la segunda regla del caso *Hadley vs. Baxendale*, sólo será otorgada si tales daños adicionales habían sido considerados por las dos partes, como una probable consecuencia del incumplimiento. Como se aplicó en este caso y en los subsiguientes, esto quiere decir que tales consecuencias deben ser previsibles. Por tanto, si el porteador hubiera sabido que el molino estaba cerrado por la necesidad de la flecha y que no se tenía ninguna de reemplazo, el mismo porteador hubiera sido responsable por los daños consecuentes resultantes en la pérdida de utilidades del molino.