

CONSIDERACIONES TEÓRICAS Y FILOSÓFICAS SOBRE EL MAL LLAMADO DERECHO DE DAÑOS*

RODOLFO GÓMEZ ALCALÁ

“Los hombres estaban reunidos en el foro, pues se había suscitado una contienda entre dos varones acerca de la multa que debía pagarse por un homicidio. El uno, declarando ante el pueblo, afirmando que ya la tenía satisfecha; el otro negaba haberla recibido, y ambos deseaban terminar el pleito presentando testigos. El pueblo se hallaba dividido en dos bandos que aplaudían sucesivamente a cada litigante; los heraldos aquietaban a la muchedumbre y los ancianos, sentados sobre pulimentadas piedras en sagrado circulo, tenían en las manos los cetros de los heraldos, de voz potente, y levantándose uno tras otro publicaban el juicio que habían formado. En el centro estaban los dos talentos de oro que debían darse al que mejor demostrara la justicia de su causa.”

(Homero, *Ilíada*, canto XVIII, 495-508)

RESUMEN: Con la introducción en el país de la figura de los daños punitivos, se ha renovado el interés por el estudio del llamado “Derecho de daños”. Las presentes notas tienen como propósito llamar la atención sobre la necesidad de que los abogados modifiquen tanto la forma de enseñar, aprender y aplicar las disposiciones relativas a la responsabilidad civil extracontractual, indagando no sólo el sentido y el alcance de las normas que lo establecen sino sobre todo las motivaciones económicas, éticas y filosóficas que puedan servirle de sustento y justificación, lo que nos permitirá mejorar no solo su comprensión sino también su aplicación en beneficio de la sociedad.

Palabras clave: Daños punitivos, responsabilidad civil extracontractual, análisis económico del derecho, teoría de la justicia.

ABSTRACT: With the introduction of the concept of “punitive damages” in the country, there has been renewed interest in the study of the so-called “tort law”. These notes aim to highlight the need for lawyers to reconsider how they teach, study, and apply the rules governing non-contractual civil liability. This involves analyzing the meaning and scope of the applicable legal provisions and examining the economic, ethical, and philosophical foundations that support and justify them. A deeper understanding of these elements will enhance both the interpretation and practical application of tort law, ultimately contributing to the benefit of society.

* Se agradecen los comentarios que se tuvo de mi amigo y colega Sergio Escutia Samperio.

Keywords: Punitive damages, tort liability, economic analysis of law, theory of justice.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y PUNTOS QUE SE PRETENDEN ATENDER EN EL ARTÍCULO. 3. LA FORMA TRADICIONAL DE ENTENDER, ENSEÑAR Y APLICAR EL LLAMADO DERECHO DE DAÑOS. 4. BREVE HISTORIA DEL LLAMADO DERECHO DE DAÑOS EN MÉXICO. 5. ALGUNOS ANTECEDENTES SOBRE LA REGULACIÓN HISTÓRICA SOBRE ESTA CLASE DE RESPONSABILIDAD. 6. LA NECESIDAD PARA LOS ABOGADOS DE CONTAR CON UNA TEORÍA NORMATIVA DE LA CONDUCTA HUMANA. 7. ALGUNAS CONCLUSIONES RELEVANTES. 8. OBRAS QUE SE RECOMIENDAN.

1. INTRODUCCIÓN

Por las sentencias que se dictaron en los juicios de amparo directo acumulados: A.D. 30/2013 y A.D. 31/2013 resueltos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver dos juicios de amparo directo del asunto identificado coloquialmente como “*Mayan Palace*”, cuyas tesis salieron en el Semanario Judicial de la Federación el 11 de julio del 2014¹, se introdujo en México la figura de los “*daños punitivos*”, lo que causó sorpresa y expectación en el Foro mexicano.

En efecto, en esas resoluciones se determinó que el carácter punitivo de la reparación del daño, se deriva de una interpretación literal y teleológica del artículo 1916 del Código Civil de la Ciudad de México, que dispone que en la determinación de la “*indemnización*”, se valoren, entre otras circunstancias, los derechos lesionados, el grado de responsabilidad y la situación económica del responsable. De esta forma, el juez no debe solamente considerar en su condena aquellos aspectos necesarios para borrar, en la medida de lo posible, el daño sufrido por la víctima, sino que existen agravantes que deberán ponderarse en el monto de la indemnización, en el entendido de que no se busca únicamente reparar el daño en los afectos de la víctima, sino que permite valorar el grado de responsabilidad de quien causó el daño y así, al imponer al responsable la obligación de pagar una indemnización, la víctima obtiene la satisfacción de ver sus deseos de justicia cumplidos. En ese sentido la medida cumple una doble función, ya que las personas evitarán causar daños para evadir tener que pagar una indemnización y, por otra, resultará conveniente desde un punto de vista económico sufragar todos los gastos necesarios para evitar causar daños a otras personas².

Por otro lado, a raíz de la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos del año 2011³, se ha venido dando paulatinamente una llamada “*constitucionalización*”

1 Visibles en la página electrónica del Semanario Judicial de la Federación, específicamente en las siguientes ligas: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006805> y <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006959>, consultado el 7 de junio del 2024.

2 Véase las tesis indicadas y también el Registro digital: 2006958, Instancia: Primera Sala, Décima Época, Materia(s): Civil, Tesis: 1a. CCLXXII/2014 (10a.) Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 8, Julio de 2014, Tomo I, página 142.

3 Publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011

por parte de estos derechos en todas las ramas del sistema jurídico y de las distintas instituciones del país y por ello, el Derecho Civil y su derecho procedimental no son la excepción, lo que se ha venido entendiendo aunque no de una manera clara que las normas y regulaciones que se hacen en la materia deben guardar subordinación y dependencia con estos derechos y por ello se debe buscar una unificación entre ambos al momento de atender las respuestas que se deben dar a los problemas concretos que se presentan. No obstante esto se percibe que esta unión ha perjudicado indebidamente a algunas instituciones de Derecho Civil y es posible que el mal llamado “Derecho de Daños” sea una de ellas.

Además por la globalización e integración económica que vivimos no solo con los EE. UU., sino con el mundo en general ya sea a través de los tratados de la ONU o del libre comercio en general, o los que derivan de la Comisión para el Desarrollo Mercantil Internacional, mejor conocida por sus siglas en español CNUDMI o en inglés UNICTRAL⁴, hemos uniformado pero también importado y asimilado figuras de otras partes del mundo, como fue precisamente y al parecer, el caso que analizamos de los daños punitivos, por lo que resulta relevante tomar en cuenta estos aspectos cuando nos adentramos a alguna interrogante que pueda existir en el Derecho Civil.

En ese tenor, se debe también partir de la base de que el tema del presente trabajo es el de realizar una serie de reflexiones sobre el estado actual que presenta la responsabilidad extracontractual en el país a la que actualmente se le está conociendo como “Derecho de Daños”, sin duda copiando la denominación que se usa en el mundo anglosajón (“*Tort law*”) lo cual no es muy afortunada en nuestro Derecho ya que como se expondrá más adelante, tanto el sistema latino de los que siguieron al Código Civil francés y por ello, el nuestro y el sistema anglosajón no siguieron los mismos derroteros, de tal manera que no se pueden confundir y además no se puede hablar de una rama independiente del Derecho Civil, sino debe entenderse íntimamente relacionada y dependiente de ella, por lo que no puede ser individualizada de esa manera como se pretenden ahora por los abogados postulantes interesados más en un prestigio personal o económico que en un debido tratamiento doctrinal de las distintas figuras que conforman la idea misma del Derecho.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y PUNTOS QUE SE PRETENDEN ATENDER EN EL ARTÍCULO

Tomando en cuenta lo señalado anteriormente, lo que me propongo es llamar la atención sobre la forma que adoptamos como abogados para acercarnos a estos retos y cómo nuestra actitud tradicional es insuficiente para obtener debidas respuestas a los

4 Para conocer más de este organismo internacional, su forma de trabajar y la forma en que opera con los países y los logros obtenidos en la unificación del Derecho puede consultarse <https://uncitral.un.org/es>, consultado el 7 de junio del 2024.

interrogantes que se nos presentan ahora en el tema de la responsabilidad civil extracontractual, específicamente con la introducción de los daños punitivos. En particular, si queremos entender y afrontar correctamente este tema debemos acudir no solo a la ciencia jurídica sino sobre todo a la filosofía jurídica, sólo así podremos ver si son adecuados a nuestra legislación y a nuestra idea que tenemos de la justicia.

Vamos más allá, si deseamos estar mejor preparados para enfrentar todas estas retos, debemos dejar nuestras concepciones tradicionales acerca del Derecho y la forma en que debemos resolver los casos cuando se nos presentan. Esto nos lleva a vincular estas preguntas con la naturaleza y fin del propio Derecho.

3. LA FORMA TRADICIONAL DE ENTENDER, ENSEÑAR Y APLICAR EL LLAMADO DERECHO DE DAÑOS

Si nos preguntáramos cuál ha sido el origen de las normas que regulan el régimen de responsabilidad, es posible que se señale que las ha establecido la autoridad (el legislador) de manera unilateral y autoritativa, donde ha creado un régimen de consecuencias jurídicas y materiales derivado de una sola idea coherente y sistemática que hay que seguir y aplicar en cada caso. En ese sentido es ese legislador el que ha establecido a su voluntad ese sistema de responsabilidad y sólo él, a su sola discreción, puede modificarlo. Esa imposición por supuesto toma en cuenta antecedentes normativos anteriores e ideas de doctrinarios en la materia pero lo relevante es su “*auctoritas*”.

Las normas han tenido este origen y antigüedad y sólo causas extraordinarias reconocidas por el propio legislador motivan su modificación. En ese sentido, sólo es el poder legislativo quien crea el Derecho, siguiendo los lineamientos constitucionales; a él solo está reservado el monopolio de la producción legislativa, siendo que es al Poder Judicial al que le corresponde aplicarlas, pudiendo colmar lagunas, crear normas en casos concretos donde la norma no era aplicable o dudosa en su texto. Por ello, el Poder Judicial no puede crear nuevas figuras o instituciones.

Sin duda estas ideas tan simplificadas de la forma de concebir y aplicar al Derecho nos pueden dar ciertos indicios de por qué a los abogados nos puede molestar que sea este Poder Judicial el que de vez en cuando pueda crear nuevas normas e instituciones como lo sería ahora la figura de los “*daños punitivos*”. Si es así, cabe la posibilidad de que esta idea es la que estaría detrás de la sorpresa y al parecer el malestar que causó a los litigantes la introducción de la figura de estos daños en nuestro Derecho.

Si estamos atentos a este punto todavía podríamos ir más allá y cuestionarnos si para que exista el Derecho debe haber un legislador que lo forme como por ejemplo con la creación y promulgación del Código Civil que ahora nos rige o si en verdad esas regulaciones, sobre todo en las cuestiones particulares entre personas que suelen estar a un mismo nivel se darían, a pesar de no existir tal legislador, ya que de cierta manera, son la expresión de la actividad y de la actitud humana de sentir, manifestarse e interactuar frente a los demás. Es decir, la creación de ciertas normas e instituciones, sobre

todo en la rama privada, son respuestas sociales que los antiguos llamaban normas naturales a los problemas que tenemos teniendo en cuenta el tipo de sociedad con la que contamos, los individuos que la conforman junto con sus ideas y sentimientos sobre cómo deberíamos comportarnos. El legislador sólo intervendría para dar forma jurídica a esa actividad y actitud, pero en realidad no la crea.

Siguiendo la idea anterior, de un supuesto monopolio legislativo estatal en la producción y aplicación del Derecho, al abogado le basta conocer estas leyes y saberlas interpretar para poder operar normalmente obteniendo de la sociedad una buena recepción. Así, tiene que detectar cuáles son las normas aplicables en cada caso y utilizarlas de manera deductiva y sólo en casos oscuros y difíciles se recurre a la que hoy se llama argumentación jurídica, donde siguiendo lo señalado anteriormente el juzgador podría crear, de manera limitada y especial derecho y subsanar deficiencias en el Derecho positivo.

Pero como lo hemos señalado ¿es correcto lo anterior? ¿Es el Poder Público quien únicamente crea el Derecho Civil? ¿Si se tiene el monopolio de la creación jurídica en qué se debe basar? ¿En estos temas el abogado sólo aplica la normativa positiva y sólo en caso de penumbra o de insuficiencia puede contribuir a desarrollar el propio Derecho?

Por otro lado, la forma usual de enseñar y aplicar el Derecho es en base al Código Civil, las jurisprudencias que se han dictado y los libros de Derecho Civil en este caso en la rama de las “*Obligaciones*” que en términos generales han conservado su estructura, contenido y puntos de vista, por lo menos desde hace casi ochenta años!! Prácticamente desde que se inició la dogmática nacional (Esto si no queremos averiguar sus “*fuentes*” que seguramente nos llevarían más atrás a tratados similares). Lo anterior se puede apreciar en los clásicos y más usuales desde el escrito por Manuel Borja Soriano (1939)⁵ hasta los más recientes como el de los profesores Fausto Rico Álvarez, Patricio Garza Vándala y Mischel Cohen Chicuerel (2013)⁶ o José Alfredo Domínguez Martínez (2018)⁷ Estos dos últimos en su últimas versiones difundidas con posterioridad a la introducción jurisprudencial de los daños punitivos donde por cierto, no los tratan, lo que no deja de ser sintomático de lo que estamos hablando. Tal vez porque estos daños no están regulados en el Código y la materia de estudio solo debe enfocarse a figuras que encuentren cabida en ese texto normativo.

5 Borja Soriano, Manuel, “*Teoría General de las Obligaciones*”, 8.ª ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1982. La primera edición es del año 1939. Por cierto, como lo reconoce el autor, su experiencia como profesor en la Escuela Libre de Derecho le sirvió para crear su obra. Aquí también podríamos introducir a otros de los clásicos de la materia: Rojina Villegas, Rafael, “*Derecho Civil Mexicano*”, particularmente sus dos volúmenes dedicados a “*obligaciones*” el Tomo V y VI, 3.ª ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1976, pero la primera edición es del año 1962.

6 Rico Álvarez, Fausto, et al., “*Tratado Teórico - Práctico de Derecho de Obligaciones*”, 2.ª ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2015. La primera edición es del año 2013.

7 Domínguez Martínez, José Alfredo, “*Derecho Civil. Obligaciones*”, Editorial Porrúa, S.A., México, 2018.

4. BREVE HISTORIA DEL LLAMADO DERECHO DE DAÑOS EN MÉXICO

El Derecho de Daños pretende constituirse como una rama autónoma del Derecho privado, como ya se ha dicho, para asimilarse en su estudio a lo que sucede en los países anglosajones de tradición jurídica distinta. Pero en nuestro sistema jurídico constituye una parte relevante del Derecho de las Obligaciones, a esto habría que preguntar la razón de ello. De hecho, surgen de un concepto fundamental como es el de “*responsabilidad*” que instituye una de las columnas vertebrales de todo sistema jurídico y que es incluso materia de estudio por la Teoría del Derecho.

El profesor Herbert Hart ha sido el que más se ha detenido a estudiar lo que comprende este término, asignando varios posibles significados como relación causal, aptitud de ser sujeto de las consecuencias jurídicas de determinados actos, como capacidad y como sinónimo de deber jurídico⁸ Y por ello, este concepto se vincula con las grandes ramas del Derecho, como es el Público o el Privado. Dentro del primero tenemos por ejemplo la responsabilidad constitucional, administrativa, ambiental y en el segundo la responsabilidad civil o mercantil. Todos bajos las pautas principales que se establecen en los códigos civiles por ser las herederas del pensamiento jurídico occidental.

Cuando se acuden a estos tratados de Derecho Civil, se establece como una fuente de las obligaciones la responsabilidad civil y por ello se puede decir que esta figura comprende la obligación de atender con sus bienes el incumplimiento de cualquier deber jurídico (2964 del Código Civil). Ahora bien la responsabilidad general o civil se suele distinguir en contractual y extracontractual⁹ y derivado del Código Civil Alemán se ha seguido una teoría pretendidamente unitaria en la responsabilidad civil, lo que como expondremos no es así en nuestra regulación. La primera tiene como origen el incumplimiento de un contrato o de una obligación contraída frente a una persona. En cambio la responsabilidad extracontractual es el incumplimiento a una obligación legal, que sucede por acto ilícito, o por el uso de instrumentos peligrosos, sin que exista el contrato o la voluntad del agente agresor. En las páginas siguientes sólo nos ocuparemos de la responsabilidad extracontractual o también llamada de los hechos ilícitos, aunque como después se expone se le añadió la de los riesgos creados y ahora los daños punitivos como un agravante de este tipo de responsabilidad extracontractual. De hecho, un estudio más detenido de estas dos maneras en que se desarrolla el régimen de responsabilidad, nos lleva a los dos aspectos principales de la conducta humana: la parte volitiva y finalista para la obtención de satisfactores o la atención de necesidades mediante el empleo de la voluntad y la asunción libre de compromisos y por el otro, al vivir en sociedad adquirimos un compromiso latente (los filósofos llamarían un deber moral) de un debido cuidado en nuestras conductas cuya infracción genera el surgimiento de otra clase distinta de responsabilidades (y con ello un deber ahora jurídico

8 Hart, H.L.A., “*Castigo y responsabilidad*” (traducción de Jacobo Barja de Quiroga y León García-Comendador Alonso) Marcial Pons, Madrid, 2019 pp. 200 y ss.

9 Rico, Fausto, op. cit. pp. 767 y ss.

de reparar). Sin embargo los tratados de derecho sobrevaloran la primera forma y no le dan la debida importancia a la segunda, tal vez por la idea derivada del liberalismo económico o político de que nuestra libertad es lo único que nos motiva pero sobre todo nos debe mover en sociedad, distorsionado con ello la dimensión completa del actuar humano y dando ideas falsas a los habitantes de los estados liberales.

La responsabilidad extracontractual ya tenía sus antecedentes en los Códigos Civiles de 1870 y 1884. El Código de 1928 la reprodujo de manera similar¹⁰. En cambio, la responsabilidad objetiva o por el riesgo al parecer constituyó una innovación del Código de 1928 como apuntan los autores civilistas. En realidad, como lo deja ver el tratadista Gutiérrez y González, ya desde la Roma antigua se habían dado antecedentes de esta figura lo mismo que en nuestro Código de 1870, pero se introdujo de manera plena en el año de 1917 en la Constitución actual en el artículo 123 Fracción XIV con el tema de los accidentes de trabajo, pero en los tratados no se remite a una mayor información en este tema, debido a que lo supuestamente importante es el contenido de la norma y saberla aplicar “correctamente”¹¹.

Por lo que hace al daño moral si bien tuvo una existencia también ya antigua, sufrió al decir de los tratadistas con una gran modificación y desarrollo en el año de 1982 con la reforma al artículo 1916 del Código Civil¹². Todo lo anterior se dio por medio legislativo.

En cambio, los daños punitivos aparecen, como ya se ha indicado de manera excepcional por la vía jurisprudencial en el año 2013 como una forma de entender “*puntualmente*” y aplicar el artículo 1916 del citado Código en el tema del daño moral. Esto tuvo una reacción en términos generales adversa por parte de los abogados debido a se considera que si bien al día de hoy constituye “*derecho vigente*” por instituir la interpretación “*auténtica*” de la ley, la misma se extralimitó tomando en cuenta que el juzgador no puede en realidad crear derecho, menos a espaldas del legislador. Por otro lado se consideró que con esta modificación en realidad se “*importó*” una figura extranjera “*ajena*” sin al parecer antecedentes normativos y por ello ajena a la tradición civilista mexicana, del Derecho Romano y su tradición continental.

En ese sentido se excedió el Poder Judicial en los efectos de la reparación, al condenar al demandado en mayor medida hacia los afectados con una indemnización adicional, confundiendo y amalgamando reparación con castigo, sin tomar en consideración que a nivel también jurisprudencia (lo que no molesta a los abogados) ya estaban establecidas las consecuencias adecuadas con el pago de daños y perjuicios y hoy, gracias

10 Como nos lo señala Borja Soriano, nuestro régimen actual en este tema, está apoyado además de los anteriores códigos mexicanos en el propio código napoleónico y los códigos civil alemán, el suizo y aún el ruso. Op. cit. 355.

11 Sobre los antecedentes de esta figura puede consultarse, Gutiérrez y González, Ernesto, “*Derecho de las Obligaciones*”, 5.ª Ed. Primera reimpresión, México, 2005 pp. 863 y ss.

12 Op. cit. 884 y ss.

al tema de los Derechos Humanos, a un nuevo concepto creado como la: “*reparación integral a la víctima*”, que deriva de compromisos internacionales.

Al establecer esta figura y diversificar las consecuencias normativas, de acuerdo a los detractores, se pone en riesgo a las personas y a las empresas, se afecta en su seguridad jurídica y al mercado porque no se pueden prever los resultados de un juicio en donde se reclamen esta clase de daños, lo que afectará además negativamente los seguros de responsabilidad que tendremos que pagar todos los consumidores y a quienes se nos obligue a tener seguros en el desarrollo de nuestras actividades. En fin, los afectados serán los propios individuos y los mercados, por medio de una regulación que se antoja improcedente además de innecesaria.

Pero debemos detenernos a pensar si lo anterior es lo correcto no solo desde el punto de vista de la ciencia jurídica sino también respecto de la manera en que deben ser las cosas

Por ahora me interesa destacar y espero haber podido demostrar lo anterior, que desde la perspectiva tradicional que ya hemos expuesto, no contamos con muchos elementos para poder responder a estas dos preguntas, por lo que propongo para salir de este problema en que nos encontramos el que acudamos en una primera instancia a la historia jurídica mundial y a la reflexión teórica que la misma ha dejado pero sobre todo a la Teoría y más que nada a la Filosofía del Derecho.

5. ALGUNOS ANTECEDENTES SOBRE LA REGULACIÓN HISTÓRICA SOBRE ESTA CLASE DE RESPONSABILIDAD:

Desde el Derecho Romano se conocían dos fuentes principales de producir obligaciones en las relaciones entre los particulares: el *contrato* y el *delito* de ahí se generaron más adelante las otras dos formas como los “*cuasi*” *contratos* y los “*cuasi*” *delitos*. En efecto, como lo indica Jorge Adame Goddard durante toda la historia del Derecho Romano aparecieron diferentes clasificaciones de las fuentes de las obligaciones, siendo la más conocida la que formuló el jurista sabiniano de la época clásica, Gayo (130–180 d.C.) en sus *Instituciones* y que se complementó en tiempos de Justiniano en sus propias instituciones y que aparecen en su *Digesto*. Según Gayo se dan dos fuentes claras de las obligaciones entre los particulares los contratos y los delitos y así una persona adquiriría una obligación si cometía un delito o un acto indebido o celebraba un contrato. A su vez estos últimos los dividía en: a) reales (que requerían entrega de la cosa); b) los verbales (que requerían el empleo de palabras formales); c) los literales (que requerían del documento escrito) y d) los consensuales (que bastaba para su origen el consentimiento de las partes). Hasta ahí llegaba el jurista.

Más tarde con Justiniano (482–565 d.c.) se le añadieron dos categorías más: los llamados *cuasidelitos*, que lo constituían aquellas acciones que no eran propiamente delitos por no haber una intención maliciosa o dolo en el autor del hecho pero que producían un daño que había que reparar, como la caída de un objeto de un balcón (por cierto,

éste es el origen perdido de la responsabilidad objetiva que posteriormente apareció en el siglo XIX). También los cuasicontratos, para incluir a todas aquellas figuras en donde propiamente no había un acuerdo de voluntades, pero generaban una obligación como por ejemplo, el recibir algo que no era debido. Se recomienda a quien me lea estudiar este punto, ya que como lo señala Adame Goddard esta clasificación no es la correcta desde los últimos estudios que hay en el Derecho Romano, pero en el tema que nos atañe no nos afecta porque se conservaría en base a esta clasificación¹³.

En este sentido, hay que reconocer que al día de hoy no ha variado mucho esta forma de generar obligaciones en el Derecho Civil, ya que tenemos al contrato; las formas especiales de generar obligaciones, como la declaración unilateral de la voluntad, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa y el acto ilícito, etc., junto con la ley y el delito. Así, la responsabilidad extracontractual forma parte de la segunda clasificación.

De lo expuesto podemos plantear la siguiente cuestión: si las fuentes de las obligaciones en lo esencial no han variado ¿podemos seguir insistiendo en que en realidad son obras de un “*legislador*”? pero si es así ¿por qué este “*legislador*” lo ha ordenado de manera constante y sistemática que coincide con las formas que se han dado en la historia o son similares en otras partes del mundo? O si por el contrario, estas normas que han permanecido en el tiempo son el resultado de lo que las personas, incluyendo las autoridades y las que tienen la función de producir las normas “*sienten*”, “*piensan*”, o “*consideran que es lo adecuado*” en sus relaciones con los demás y de ahí que el Derecho y las autoridades encargadas de reflejarlas en textos lo han estudiado, recogido y sistematizado en normas para facilitar el intercambio entre ellas y dar confianza en sus relaciones.

Como lo señalan los romanistas (entre ellos Aldo Petrucci) con la figura del cuasidelito implicaba no solo la responsabilidad civil común tal como la conocemos hoy sino también encontramos un cierto antecedente de lo que se conoce hoy como la responsabilidad por el riesgo creado o responsabilidad objetiva¹⁴. Sin embargo ésta según a los modernos civilistas, hace su nueva aparición ahora de manera plena como lo cuenta Borja Soriano, en los últimos años del siglo XIX.

En efecto, con motivo de la revolución industrial y los cambios sociales que produjeron en las relaciones entre los hombres, se pretendió atribuir una obligación a los dueños de las maquinas o del equipo peligroso por el mero hecho de ser su titular, sin que existiera el dolo o la culpa y sin necesidad de prueba alguna. Como en su momento lo

13 Véase sobre este punto Adame Goddard, Jorge, “*Curso de derecho romano clásico*”, coedición de Editorial Porrúa, S.A. y la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2014, en especial pp. 169 y ss., también del mismo autor, “*Curso de Derecho Romano Clásico, Doctrina y Casos*”, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2024, pp. 257 y ss.

14 Véase Petrucci, Aldo, “*Manuali di Diritto Privato Romano*”, G. Giappichelli Editore, Torino, 2019 pp. 344 y ss., particularmente pp. 349 a 352.

indicaron Ambroise Colin y Henri-Lucien Capitant se introdujo un sistema especial y sin duda muy diferente dentro del propio sistema de responsabilidad extracontractual que, al parecer, rompía con la “*gran tradición posterior a los romanos*”, de la necesidad del acto voluntario e ilícito como uno de los elementos indispensables para el surgimiento de la responsabilidad¹⁵

Por su parte León Duguit, de inspiración socialista nos explica cómo fue necesario a raíz del desarrollo de la revolución industrial el establecer esta obligación a los propietarios de esas herramientas o enseres peligrosos y cómo se introdujo en Francia a partir de la ley del 9 de abril de 1898, pero que ya existía en otros países como Inglaterra y en Alemania y señaló lo siguiente:

*“Los civilistas todavía critican el sistema y no sin viveza. Es evidente que está en contradicción absoluta con los principios individualistas, y la generalización del sistema es incluso una de las mejores pruebas de la ruina del individualismo. Si en las empresas industriales no se considera más que la relación del patrono empresario con el obrero o empleado, no puede producirse evidentemente a cargo del patrono, más que una responsabilidad subjetiva por culpa... pero en nuestras sociedades industriales modernas las cosas son de otro modo; las empresas adquieren un carácter social; el contratista ejerce realmente una función social. En realidad hay aquí dos elementos sociales: el elemento capital y el elemento trabajo, un obrero sufre un accidente en su trabajo, u ocasión de su trabajo: El patrono le debe una indemnización cuyo importe está fijado por la ley, sobre la base del salario. **Toda la cuestión está en saber cuál de los dos elementos debe soportar los riesgos de la empresa o si los riesgos deben ser soportados por los dos; y, en fin, si el accidente, la muerte del obrero, son parte de ese riesgo. Como el capital tiene, al menos aparentemente todo el beneficio de la empresa, se ha decidido que es él quien debe soportar los riesgos, y que es, por consiguiente, responsable de los accidentes. Pero es una responsabilidad en la cual el elemento culpa resulta absolutamente extraño...**”¹⁶ (El subrayado es nuestro).*

Como lo recalca este jurista, la visión tradicional de la culpa o dolo como característico en el tratamiento de la responsabilidad civil a finales del siglo XIX fue desplazada en este supuesto por otro elemento relevante y que consiste en que cuando se produce el daño debe repararlo quien obtiene un beneficio o una ganancia por la utilización de las herramientas en sí mismas peligrosas frente a quien no la obtiene, con esto al parecer se “*rompe*” el esquema unitario y tradicional que tenía la regulación civilista, si es que alguna vez se tuvo, lo que como se ha visto nunca fue así. En todo caso es ilustrativo de estas dos figuras el siguiente criterio jurisprudencial:

15 Colin, Ambroise y Henri-Lucien Capitant, “*Curso Elemental de Derecho Civil*”, sin datos del traductor, una reedición por parte del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, de una edición al español de 1920, México, 2013, Tomo III, dedicado a las obligaciones pp. 807 y ss.

16 Duguit, León “*Las Transformaciones del Derecho Público y Privado*”, traducido del francés por Adolfo G. Posada y Ramón Jaén, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2001, p.233.

“Suprema Corte de Justicia de la Nación, Registro digital: 2004312, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Materias(s): Civil, Tesis: I.5o.C.53 C (10a.) Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXIII, agosto de 2013, Tomo 3, página 1719, Tipo: Aislada:

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL SUBJETIVA Y OBJETIVA. SU DISTINCIÓN. La responsabilidad extracontractual responde a la idea de la producción de un daño a una persona por haber transgredido el deber genérico de abstenerse de un comportamiento lesivo para los demás. Puede ser subjetiva si se funda exclusivamente en la culpa, y objetiva cuando se produce con independencia de toda culpa, de manera que, en el primer caso, el sujeto activo realiza un hecho ilícito que causa un daño al sujeto pasivo, y en el segundo, obra lícitamente pero el daño se produce por el ejercicio de una actividad peligrosa o por el empleo de cosas peligrosas, razón por la cual también se conoce a la responsabilidad objetiva como responsabilidad por el riesgo creado. **Un común denominador de ambos tipos de responsabilidad, es el daño,** entendido éste como toda lesión de un interés legítimo, y puede ser de carácter patrimonial, cuando implica el menoscabo sufrido en el patrimonio por virtud de un hecho ilícito, así como la privación de cualquier ganancia que legítimamente la víctima debió haber obtenido y no obtuvo como consecuencia de ese hecho, o moral en el supuesto de que se afecten los bienes y derechos de la persona de carácter inmaterial, es decir, cuando se trate de una lesión sufrida por la víctima en sus valores espirituales, como el honor, los sentimientos y afecciones diversas.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 740/2010. Spectrasite Communications, Inc. 15 de diciembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca.”

Ahora con el tema de los daños punitivos parece ser que se intenta atentar de nuevo contra el tratamiento legal que se ha dado a esta forma de producir obligaciones mediante una figura del derecho anglosajón, al parecer ajena a nuestra forma de regular las relaciones entre los particulares. Así, se introdujo a nivel jurisprudencial desde el año 2013. Pero si revisamos una vez más la historia y como lo ha recalcado Martínez García de León, ya desde el Derecho Romano la *ley aquilia* (286 a.C.) proporcionaba al afectado por una conducta indebida que causaba daños una acción procesal correspondiente que contaba tanto con una función resarcitoria pero también sancionatoria siendo este último parte determinante en la configuración¹⁷. Asimismo en nuestros anteriores Códigos ya existía una pena en el tema de la responsabilidad extracontractual en el Código de 1870 como se desprende de su artículo 1574 y en el Código de 1884 en su artículo 1471. Así se puede comprender que pese a su origen judicial la idea que está detrás de esta clase de obligaciones no es ni ha sido del todo ajena a nuestro sistema jurídico ni a nuestra tradición jurídica.

17 Martínez García de León, Fernando, “Los daños punitivos en México”, Tesis para obtener el Grado de Doctor en la Escuela Libre de Derecho, Ciudad de México, 2022, pp. 26 y ss.

Si bien en su versión moderna se trata de una implantación del derecho norteamericano lo que se busca en base a las tesis señaladas es el de distinguir y establecer consecuencias jurídicas respecto de la conducta indebida distinguiéndola de la que ha ocurrido sin mediar intención alguna o cuando ha sido de carácter culposo, o cuando va más allá, con un mayor dolo que en otros casos, procurando obtener una reparación completa y la satisfacción de los deseos de justicia por parte de la o las víctimas. Con esta figura, los daños también se revierten a su autor y previenen conductas similares futuras en beneficio no solo de las personas que se vieron afectadas sino de toda la sociedad.

Derivado de nuestro Código vigente, como de los precedentes y lo que indica la doctrina podemos decir que son tres los elementos para que se configure esta obligación: a) la producción de un daño o perjuicio hacia una persona; b) que esa acción sea imputable a una persona y c) la relación de causalidad entre la producción del daño y la acción de una persona que debe cumplirlo. Algunos autores tratando la responsabilidad civil señalan también la mora.¹⁸

Esto es lo que nos marca la ley y la historia y creo que sigue siendo insuficiente para atender a nuestras dudas en lo principal. Frente a ello y fuera de los Códigos e historia nos hacemos las siguientes preguntas, que como podremos apreciar están fuertemente vinculadas a los elementos regulativos de la responsabilidad civil:

¿Por qué tengo que responder a los demás por mis actos o por cierta clase de bienes que poseo?

¿Qué tengo que responder?

¿A quién tengo que responder?

Si bien como ya se ha expuesto el Derecho ofrece soluciones a esas tres preguntas lo que necesitamos saber ahora es la razón del por qué existen esas respuestas normativas, si dependen del arbitrio del legislador u obedecen a otras razones más impor-

18 Borja Soriano, Op. Cit. Pp.454 y ss. También es útil el siguiente criterio: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Registro digital: 174610, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Materias(s): Civil, Tesis: III.2o.C.117 C, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIV, Julio de 2006, página 1370, Tipo: Aislada: *“RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA. ELEMENTOS QUE LA CONFIGURAN. Para que se configure la responsabilidad que genera el actuar ilícito de una persona, en términos de lo preceptuado en los artículos 1910 y 2110 del Código Civil Federal, es menester la concurrencia de cuatro presupuestos básicos: 1. El incumplimiento objetivo, o material, que consiste en la infracción al deber, sea mediante el incumplimiento de un contrato, sea a través de la violación del deber general o específico establecido en una norma jurídica. 2. Un factor de atribución de responsabilidad (subjetivo), esto es, una razón suficiente para asignar el deber de reparar al sujeto señalado como deudor. 3. El daño; y, 4. Una relación de causalidad suficiente entre el hecho y el daño, es decir, que pueda predicarse del hecho que es causa (fuente) inmediata y directa de tal daño. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO. Amparo directo 756/2005. Álvaro de Jesús Campos Acosta. 20 de enero de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: Jair David Escobar Magaña.”*

tantes y básicas que no se encuentran en los textos legales. Ahora nos tenemos que abandonar nuestro seguro campo de la “ciencia” del Derecho para adentrarnos a la teoría, a la especulación y a la filosofía misma:

6. LA NECESIDAD PARA LOS ABOGADOS DE CONTAR CON UNA TEORÍA NORMATIVA DE LA CONDUCTA HUMANA

De lo señalado se desprende que desde tiempo inmemorial existen en las sociedades un clamor de reparar los daños que nos deja el actuar indebido de las personas y por ello debemos tomar en cuenta lo que significa esa actuación de las personas, lo que presupone por un lado que se puede hacer socialmente un reproche a ellas por la conducta que desplegaron y por el otro, que se le puede imponer una carga social ciertamente por la realización de esas conductas, precisamente porque no era la socialmente esperada de ella¹⁹:

Como se suele señalar en los libros de Derecho (y en otros fuera del propio Derecho) el ser humano por sus limitaciones corporales y necesidades para la consecución de sus objetivos vitales y ante su situación de sedentarismo que presentan las sociedades modernas, tiene que interactuar con otras personas ya sea en su sociedad o fuera de ella para lograr estos objetivos y lo realiza a través de dos medios: el primero, a través de aquellas conductas que van dirigidas conscientemente a la consecución de las finalidades por medio de la cooperación social, que es lo que los abogados identifican como actos jurídicos, ya sea unilaterales, bilaterales o plurilaterales, junto con las formas excepcionales de creación de actos jurídicos como la promesa de recompensa, la estipulación a favor de tercero, etc. En pocas palabras y como los identificaban los romanos (también los griegos) los contratos (conmutativos o de asociación). En segundo lugar tenemos las conductas de los hombres que realizan directamente en estos objetivos sin necesidad de una manera inmediata interactuar con las demás personas. Aquí lo puede hacer de tal manera que con su actuación no se interfiera con nadie y lo que es más importante no se cause alguna afectación al otro.

Por el contrario, hay acciones humanas a veces por culpa o por descuido u otras eventualidades que independientemente si se concluyeron o no provocan menoscabos o daños a otras personas respecto a los cuales no se quería afectar o interactuar con ellas. Por supuesto también hay conductas que se realizan para dañar directa o indirectamente a las personas, lleguen a constituir delitos o no.

Estas últimas acciones producen una obligación por los daños que se producen. Aquí estaríamos hablando de lo que se conoce como responsabilidad civil extracontractual y es de lo que nos estamos ocupando.

19 Véase más al respecto: Scanlon, Thomas Michael, *“Lo que nos debemos unos a otros ¿Qué significa ser moral?”*, traducción de Ernest Weickert García, Editorial Paidós, Buenos Aires, 2003, pp. 315 y ss.

En síntesis estas acciones para los romanos constituían la naturaleza del Derecho (civil) como se aprecia en el Digesto de la mención de Ulpiano: “*iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*: (los principios del derecho son estos: vivir honradamente, no hacer daño a otro, dar a cada uno lo suyo”²⁰.

Con esto los romanos no creaban una nueva teoría o regulación sino que recogían las enseñanzas de pueblos anteriores a ellos, los egipcios, los judíos, los griegos. Otro tema es que al establecer esta distinción y regulación no tomaban en cuenta que lo hacían de manera autoritativa, sino que consideraban que era la manera correcta de reconocerla o de tratarla, ya que derivaba de lo que ellos pensaban que era lo correcto o lo “justo”. Vamos a enfocarnos sólo en la responsabilidad extracontractual:

La reparación del daño ha estado presente en las sociedades humanas desde su origen, como lo podemos apreciar por ejemplo desde el Código de Hammurabi (aproximadamente 1750 a. C.) donde se establecía la ley que posteriormente se conoció como del talión: ojo por ojo y diente por diente, hay que recordar que este Código es uno de los primeros de los que tenemos evidencia de su existencia y que podemos presumir que se transmitieron a los nuevos estados que fueron surgiendo como el egipcio, el griego o posteriormente, el romano. Así frente a un daño cometido se tenía derecho a infringir otro a la persona que lo causaba, para reestablecer la situación que se daba antes de la afectación. Es decir la responsabilidad extracontractual nació no solo con un carácter compensatorio sino también sancionatorio y la idea como posteriormente analizará Aristóteles tendía hacia reestablecer una situación anterior al daño causado.

Esta antigua ley llegó a los romanos quienes en las doce tablas la permitían y regulaban (talió nos llega del latín “*talio*” que deriva del adjetivo indefinido “*talis*”, que sirve como correlativo de “*qualis*” en referencia al delito o daño causado) y fue tan importante que como nos lo señala el profesor Petrucci permitió la transformación del concepto mismo de “obligación” dándose el primer lugar en el tema de la fractura de un hueso (*membrum ruptum*) donde el cuerpo del agresor se vinculaba al cuerpo del acreedor y por ello tenía que sufrir la misma lesión que había ocasionado como pena, de ahí el talió, para pasar posteriormente solo al patrimonio. Esto es ya no es el cuerpo el que estaba sujeto a la víctima sino que ahora se unía el acreedor como víctima al cumplimiento de una obligación ahora pecuniaria con el causante de la misma, muchas veces mediante un acuerdo con la propia víctima.²¹ Reiteramos, la forma más antigua que sabemos de responder frente al daño es producir otro daño similar ahora en el agresor para recobrar la igualdad completa entre agresor y víctima. Como vemos la idea de la justicia está detrás de la primera regulación en el tema de daños.

Aristóteles ya muchos años después es quien de manera permanente nos brinda la idea más clara sobre la forma en que se debe de actuar cuando se ha ocasionado un

20 Véase Ulpiano: *Digesto*: 1, 1, 10, 1.

21 Petrucci, Aldo, op. cit. pp. 232 y ss.

daño. Así, en la “*Ética a Nicómaco*” al tratar de desarrollar la virtud de la justicia nos señala que esta última puede ser de dos maneras: de forma distributiva, que se aplica sobre todo en lo que hoy conocemos como Derecho Público o de manera correctiva en el tema del Derecho Privado, donde de igual modo puede existir de dos formas: en las relaciones personales mutuas tanto voluntarias como involuntarias. La primera tiene que ver con los contratos, la cual no nos ocuparemos ahora, pero la segunda se vincula a lo que hoy identificamos como responsabilidad extracontractual:

“En cambio en las relaciones entre individuos, lo justo es, sin duda una igualdad y lo injusto una desigualdad, pero no según aquella proporción (se refiere a la geométrica) sino según la aritmética. No importa, en efecto, que un hombre bueno haya despojado a uno malo, o al revés, que un hombre bueno o malo haya cometido algún adulterio, la ley solo mira a la naturaleza del daño y trata ambas partes como iguales, al que comete la injusticia y al que la sufre, al que perjudica y al perjudicado. De suerte que el juez intente igualar esta clase de injusticia, que es una desigualdad; así cuando uno recibe y el otro da un golpe, o una mata y otro muere, el sufrimiento y la acción se reparten desigualmente, pero el juez procura igualarlos con el castigo quitando de la ganancia...”²²

De esta forma dejó claro que detrás de las normas de Derecho Público tenemos una forma de juzgar los vínculos entre individuos y la denominamos justicia distributiva y las de Derecho Civil que es la justicia conmutativa que regula las relaciones entre particulares ya sea que celebren entre ellos contratos o se produzcan actos ilícitos donde se busca reestablecer una igualdad que se daba antes de producirse el acto jurídico o del hombre en este caso afectado por el indebido actuar de otro, teniendo como reminiscencia la propia ley natural del talión. En todo caso refleja también que la ordenación jurídica debe respetar la idea de justicia que está detrás de ella. Todavía podríamos buscar la manera en que la idea de la afectación a las personas se siguió analizando por la filosofía jurídica en la escolástica, con Hugo Grocio y Kant, pero esto nos llevaría a extendernos demasiado y sólo dejamos constancia de la permanencia del problema a lo largo de nuestra cultura y de la necesidad de una adecuada regulación y por ello el reflejo de esta temática en normas que deben aspirar a cumplir con un criterio de justicia.

En el siglo XX y particularmente en el mundo anglosajón se buscó dar respuesta a la forma en que se regula la responsabilidad civil extracontractual, mediante lo que ellos identifican como “*Derecho de Daños*” por el desorden que existe en los diversos precedentes que se han dictado. De ahí que se busque la razón de su regulación. Lo peculiar de esto es que se partirá prácticamente de la nada sin ahondar en los antecedentes filosóficos que existían en el tema.

La primera explicación que se dio fue dentro de lo que se conoce como la “*Teoría del Análisis Económico del Derecho*” en donde las instituciones jurídicas y por ello el tema

22 Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 1131 b 30 a 1132 a 5. Utilizo la traducción de Julio Pallí Bonet. Editorial Gredos, S.A., Madrid, 1985.

de la responsabilidad civil debe verse no como problemas jurídicos de derechos o deberes legales o éticos de asumir responsabilidades por conductas realizadas, sino como respuestas económicas que se han traducido en normas, que se han derivado del comportamiento de los individuos dentro del mercado y por ello, los temas de quién debe pagar a quién y cuánto se resuelven en aras de una mejor eficiencia económica, tomando en cuenta que los individuos que actúan en ese mercado lo hacen tomando en cuenta solo consideraciones económicas de un observador racional. Si revisamos los precedentes que se han dictado en el país se puede apreciar la influencia de esta explicación en ellos.

Luego entonces, las personas se cuidan de no provocarse afectaciones no porque deban actuar en base a un deber de cuidado u otras consideraciones éticas sino como la única manera de evitar los altos costos económicos que les puedan afectar. De lo anterior se desprende que la finalidad que debe buscar la ciencia jurídica consiste en estudiar y valorar cuáles de las distintas formas de regular la responsabilidad constituye la más eficiente desde el punto de vista económico, evaluando los costos asociados con los daños causados por la actividad irregular y por otro lado con los costos asociados con el nivel de precaución y el nivel de los agentes económicos involucrados, de tal manera que el sistema de responsabilidad civil actúa como si antes de la lesión o el daño, se hubiera celebrado un contrato entre las partes bajo el supuesto de que estamos ante personas pensantes que buscan lo más posible minimizar sus costos y por ello, sus riesgos. De tal forma que los individuos no gastarán más dinero en tomar precauciones para evitar esos daños si estas precauciones resultan ser más onerosas que los costos que implican la reparación de los propios daños.

Lo anterior se plasmó, entre otros, en lo que se conoce como la “Fórmula Hand”, por el Juez Learned Hand en el caso “*United States v. Carroll Towing Co.*” Del año de 1947²³ donde se estableció que la responsabilidad civil estaba ligada o se debía analizar en función de tres variables:

“El deber del propietario, al igual que en otras situaciones similares, de prevenirlo es una función de tres variables: (1) La probabilidad de que ella se escape; (2) la gravedad de la lesión resultante, si la tiene; (3) la carga de las precauciones adecuadas. Posiblemente sirva para poner de relieve esta noción para enunciarla en términos algebraicos: si la probabilidad se llama P; la lesión, L; y la carga, B; la responsabilidad depende de si B es menor que L multiplicado por P: es decir, si $B > PL$.”

En ese tenor, se efectúa una optimización en los recursos, tomando en cuenta que cuando el daño puede evitarse a bajo costo, el sistema legal requiere precauciones. Donde las precauciones son prohibitivamente costosas, no se imponen. En términos de costo marginal, requerimos que los individuos inviertan en precauciones hasta el punto en que esas precauciones eviten exactamente una unidad de daño, y no menos.

23 *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d. Cir. 1947) La traducción que sigue es propia.

Bajo esta teoría, se debe ver al Derecho como el medio social a fin de generar incentivos para que las personas no realicen acciones que tienden a producir daños, a fin de que adopten otras medidas que eviten estas conductas y así eludir los sucesos accidentales y que éstos puedan ser dañosos²⁴.

Los presupuestos sobre los que se basa esta concepción del Derecho recientemente han sido puestos en duda por el llamado enfoque conductual de la economía, donde se ha planteado la falsedad en los supuestos rigores que se dan en los estudios económicos, por la existencia de tres elementos esenciales que representan limitaciones a los análisis económicos tradicionales, debido a que en la realidad, nos enfrentamos que los hombres tienen una racionalidad, fuerza de voluntad y egoísmo limitados y que contrario a lo que pudiera parecerse, existen reales consideraciones éticas que deben necesariamente tomarse en cuenta si queremos apreciar de manera correcta los fenómenos sociales, particularmente los identificados como económicos.²⁵ En ese sentido, puede plantearse si los hombres cuando interactúan entre sí toman en cuenta sólo costos y ganancias monetarios o si por el contrario, se dan consideraciones en torno a una idea de justicia que debe respetarse.

En ese tenor, John Finnis quien en su momento renovó el pensamiento aristotélico-tomista en su famosa obra: “*Ley Natural y los Derechos Naturales*”²⁶, para intentar superar la teórica brecha que se da entre el ser y el deber ser, revalorando la razón práctica en su búsqueda de los bienes humanos básicos entre los que se encuentran precisamente la justicia, misma que constituye una exigencia elemental por el que se quiere realizar y respetar los bienes humanos no solo en sí mismos sino sobre todo en beneficio de la comunidad. Ahora bien, en el tema que hoy nos ocupa, según este autor, si queremos las respuestas correctas debemos enfocarlo dentro del tema de la justicia. Si bien en un inicio y retomando el enfoque de Aristóteles se apreciaba como uno de los elementos de la justicia conmutativa y por ello ante un problema entre dos individuos colocados en un mismo plano de igualdad, debe verse de mejor manera como un tema de justicia correctiva en los propios términos aristotélicos (como ya lo había señalado el estagirita) y así una persona debe realizar un pago o restitución a otra solo si se ha comportado injustamente con esta última por haberla afectado sin una causa debida.

Pero debemos examinar mejor este punto y reflexionar, en opinión de Finnis, que pertenece más a un aspecto de la justicia distributiva. Desde esta perspectiva, la pregunta

24 Para un mayor análisis de esta concepción puede verse la clásica obra de Richard A. Posner: “*El Análisis Económico del derecho*” (traducción: Eduardo L. Suárez) 3.ª Edición a partir de la 9.ª en inglés, Fondo de Cultura Económica, México, 2023, capítulos I, pp. 15 a 44; y VI, pp. 229 a 300).

25 Para tener una visión general sobre esta nueva forma de analizar los fenómenos sociales puede verse: Richard H. Thaler: “*Portarse mal. El comportamiento irracional en la vida económica*” (traducción: Iván Barbeitos) Ediciones Culturales Paidós, S.A. de C.V., México, 2018. Se recomienda en particular el capítulo 27, donde explica sus desacuerdos con el profesor Posner, pp. 361 y ss.

26 Finnis, John “*Ley Natural y Derechos Naturales*” (traducción y estudio preliminar de Cristobal Orrego S.) Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

correcta debe ser: ¿cómo deben repartirse los riesgos de la vida en común? especialmente los riesgos en las actividades o empresas esencialmente colaborativas como lo son los transportes de las personas o el tráfico por las calles, particularmente el daño que sufren las personas en esta participación social. Puntualmente debe valorarse en el sentido de que la pérdida incidental ha de ser contrastada con los grandes beneficios que resultan para todos los que participan en esta esfera de la vida común, de ahí que los costos de esta pérdida incumben repartirse entre aquellos que más se benefician de su parte en toda esta empresa y/o los que pueden pagar con el menor daño para sus propios intereses o deberían incluso ser repartidos entre todos los participantes. Esto representa que ya el tema de los daños, no debe considerarse solo como una relación de dos personas como la filosofía y el derecho antiguo lo estimaban, sino debe abrirse hacia un espacio mayor donde nuestras afectaciones que sufrimos al vivir en ciudades populosas y complejas nos deben llevar a asumir de manera previa ciertas garantías que nos permitan habitar en ellas de manera tranquila, pero sobre todo, el asumir ciertos riesgos y lesiones que esa convivencia nos provoca.

Así, resulta necesario para una mejor regulación en estos tiempos, la intervención del poder público con el establecimiento de leyes que deben reconocer mejor este punto. De tal manera que la cuestión de que si el daño fue causado por alguien con culpa o debe ser considerado sobre todo como intereses que tienen los particulares sobre los recursos comunes y la necesidad de exigir una mutua aseguración para evitar en la medida de lo posible estos daños y en su caso la debida reparación, por lo que se da una cierta tensión entre las ideas de la justicia conmutativa con la justicia distributiva.²⁷

El jurista Jules Leslie Coleman, que podemos considerar asimismo como otro pionero en la búsqueda de abrir nuevas brechas en el campo de la ciencia jurídica y basado en el jurista Guido Calabresi en su obra clásica obra: “*Los costos de los accidentes*”²⁸ empezó a interesarse en el tema, ya no desde el punto de vista del derecho penal que había sido el enfoque tradicional como se había venido analizando en los Estados Unidos, sino ahora dentro del Derecho Civil y particularmente en el tema de la responsabilidad extracontractual.

Para él existen razones para pensar que la manera en que debemos distribuir quién debe pagar por esos daños se haría de mejor forma si llevara a que los Estados Unidos se abandonara su sistema actual de responsabilidad extracontractual por su falta de ideas torales en su regulación. En su obra “*Riesgos y daños*”²⁹ indica que si queremos entender y evaluar la figura de la responsabilidad extracontractual no debemos tomar en cuenta la eficiencia económica ni la idea de que se trata de una regulación consciente y deliberada por parte del legislador. Por el contrario, tenemos que tomar en cuenta la idea moral que está detrás de ella.

27 Op. cit. pp. 208 y 209.

28 Calabresi, Guido “*The cost of Accidents*” Yale University Press, New Haven, 1970.

29 Coleman, Jules L., “*Riesgos y daños*” (traducción: Diego M. Papayannis) Marcial Pons, Madrid, 2010.

Así considera que todos los casos de ilícitos extracontractuales, pueden ser nítidamente unificados como la expresión de una idea o principio fundamental. No se puede encontrar ésta ni en la idea de la autonomía personal ni como una mera lista de injustos que se pueden encontrar en el Derecho como lo hace el derecho norteamericano, sino que la verdadera forma de analizarlo es a la luz de nuestra comprensión de la justicia correctiva y las condiciones en las cuales el Estado puede legítimamente ejercer su fuerza coercitiva para realizar las exigencias de la justicia en el Derecho.

Dentro de esta idea de la justicia correctiva tenemos que apreciar que existen normas dirigidas a los particulares que establecen implícitamente deberes relacionales que consisten en el cuidado que uno debe a quienes pueden resultar afectados por el riesgo de nuestras propias acciones. No son simplemente deberes de comportarse con cuidado, sino deberes de reparar ante la omisión del debido cuidado. De ahí se desprenden los elementos esenciales para configurar la responsabilidad civil que nos ocupa:

“*Deber*” de las personas para no afectar a otras, que de no cumplir se incurre en un “*incumplimiento*” que cuando surge hace nacer una “*relación específica entre ellos*”. El “*daño*” que es la afectación que sufre una persona y que constituye la “*medida*” de lo que hay que resarcir, produciéndose así una “*relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento*”.

Si nos fijamos en la regulación de nuestro Código Civil podemos apreciar que coincide con la concepción jurídica del tema que nos expone este autor. La nota esencial de este concepto es el auténtico deber que tenemos frente a los demás y que está implícitamente en la estructura de nuestra sociedad, pero ¿se entiende así por las personas comunes? Esto es, más que ver al hombre como un individuo autónomo, consciente y libre en poder realizar sus acciones, que reflejaría una idea parcial del mismo, debemos también considerarlo como un sujeto que se encuentra en una comunidad y que por ello, también detenta un deber primordial de no dañar con sus deliberaciones y acciones a los demás seres que lo rodean, dándole así una dimensión social que no es valorada por nuestras sociedades liberales. El Derecho mediante su sistema debe advertir al propio hombre de su ser social y de los compromisos que adquiere al vivir en comunidad y como lo apunta Finnis obligarle no solo a conducirse de manera adecuada absteniéndose de realizar conductas dañinas sino también el contar con seguros tanto en su vida privada como profesional para poder atender a los reclamos que se le presentan cuando llega a afectar a otras personas.

Por último, cuando habla de justicia correctiva la tenemos que enclavar en una visión más alta de justicia social donde se identifica un problema particular como es la idea del daño que la sociedad debe resolver como un tema relevante de justicia colectiva y la respuesta que se ofrece, que en este caso sería la norma jurídica y que indica qué es lo que debe hacerse para resolver adecuadamente este problema, más que verlo como un tema de justicia entre las partes como se ha señalado, es una justicia que nos atañe a todos como la comunidad en la que vivimos. De tal forma que deja de ser solo un tema de justicia conmutativa como lo llegó a ver Aristóteles sino parte de la justicia

distributiva del propio Estado en la forma de regular las relaciones interpersonales y las que se tienen frente al propio sujeto público, como lo recalca Finnis.

Si bien ya dentro del Derecho tenemos el concepto de vínculo o relación jurídica Coleman lo retoma para aplicarlo a una previa relación moral del deber de cuidado y con ello relaciona a cada persona con las restantes, pero es esto posible ¿no nos llevaría al tema central de si se puede dar esa relación de manera similar a lo que ocurre con los derechos reales, donde se duda de su verdadera existencia? ¿Pero también en verdad existe tal relación jurídica o ésta sólo se da cuando se ha producido un daño? ³⁰

Con este autor junto a lo dicho por Finnis me parece que se ha respondido a la pregunta a la cuestión del por qué hay que reparar el daño, lo que debe tenerse presente en cada caso.

Evidentemente lo que hay que reparar es precisamente ese daño causado, que cuando es solo pecuniario no es difícil de determinar o precisar, pero cuando involucra elementos importantes de las personas como su salud, su integridad corporal, su propia vida o la de sus familiares o elementos espirituales, morales o intangibles de ella, planes de vida o pérdidas de oportunidades, sin duda constituye un gran reto para el Derecho, tomando en cuenta que la reducción de este tema a la satisfacción monetaria es imposible y por ello insuficiente ante el deber de reparar el daño efectivamente causado en todas sus etapas. Como es de todos conocido, muestra legislación positiva ha cambiado de una idea original de cubrir de manera pecuniaria los daños y perjuicios con su cuestionable y posible cuantificación en los términos de los artículos 1910, 2108, 2109 y 2110 del Código Civil para la Ciudad de México, a su ampliación al daño moral mediante decreto que reformó el Código el 31 de diciembre de 1982 y ahora a nivel jurisprudencial a lo que se identifica como la reparación integral del afectado por el hecho ilícito, si es que tal cosa es posible y cuantificable. Tal parece ser que en algunos casos, en donde no haya habido solo afectaciones materiales o patrimoniales, sino que se haya afectado la vida, la salud, los proyectos de vida o el honor o la imagen de las personas se interroga ante la posibilidad misma que se pueda dar en realidad esa reparación completa y que el propio Derecho logre dar una respuesta efectiva y clara en este punto, que de por terminada la controversia que surge en estos casos.

Si bien lo que se tiene que responder en un principio se reduce a cubrir lo que se identifica como daños y perjuicios y que como hemos visto se ha ampliado hacia una repara-

30 Para ver una visión general de su teoría y de la evolución de su pensamiento en este tema, puede verse su obra ya citada, Coleman, Jules L., op.cit. 437 y ss., donde reconoce que ya no comparte todas las ideas que expuso en la versión original del libro. Por otro lado para ver una posición mixta ante una teoría de la justicia y análisis económico del derecho puede verse a Diego M. Papayannis en la obra colectiva: *Derecho de Daños, Principios Morales y Justicia Social*, Marcial Pons, Madrid, 2013, donde el autor es coordinador de la obra en particular su artículo "Justicia correctiva, bienestar y responsabilidad" pp. 101 a 126.

ción integral, tendríamos que interrogarnos sobre si esto es posible. John Gardner³¹ ha indicado que lo que nos mueve tanto a reparar el daño causado como a pedir perdón es la idea de restaurar en la medida de lo posible la “normalidad” que se ha perdido con el actuar indebido, esto es, intentar que las cosas sean como solían ser antes del agravio o del daño.

Pero como se sabe, cambiar el pasado es imposible dice el autor británico: ni el dinero, ni las flores, ni mil cartas pidiendo perdón modificarán el hecho de que en virtud del agravio, la vida de alguien jamás volverá a ser lo que fue. En ese sentido se pregunta ¿cuál es entonces el sentido de las acciones reparadoras? y propone lo que llama la tesis de la “continuidad”, es decir, la propuesta según la cual “cuándo ha habido un incumplimiento contractual o se ha hecho cualquier otro tipo de agravio a otra persona, varias razones quedaron insatisfechas y esas razones todavía exigen conformidad con ellas”. La pregunta, entonces, es cuál es la mejor manera de actuar con base en esas razones ahora que la conformidad es imposible. En otras palabras: “lo que debiera hacer a modo de reparación es lo que sea que me lleve más cerca, dado cómo son las cosas ahora, a hacer lo que debiera haber hecho desde un comienzo”³². El Derecho y la condena que se da, tan amplia como sea posible puede permitir cerrar la afectación que se abrió con el actuar ilícito.

Si lo anterior sucede cuando a pesar de tomar precauciones o por descuido ya sea culpa grave, leve o levísima se debe responder ¿qué sucede cuando existe el dolo o la intención consciente de causar el daño? o cuando este dolo es en extremo grave ¿se deben atribuir las mismas consecuencias en todos estos casos? Nosotros pensamos que no ni tampoco la ley y de ahí la justificación de cubrir no solo los daños causados, sino incluso sancionar al transgresor, específicamente en los eventos donde como se ha señalado ha habido un dolo muy grave. Sólo así se podrá hablar de una reparación integral. Es en este punto donde se debe buscar la procedencia de los daños punitivos, hoy cuestionados.

Como se ha expuesto, detrás del régimen de responsabilidad civil extracontractual está la idea de justicia, tanto es su vertiente correctiva pero también distributiva, pero la existencia de solo esta idea resulta insuficiente para lograr su concreción en la sociedad, de ahí que se requiera que el Derecho positivo recoja estas ideas y provea y complemente en un sistema adecuado de responsabilidad que en la medida de lo posible logre el restablecimiento de los afectados en los daños sufridos incluyendo en su caso, los daños punitivos que a algunos juristas les ha parecido extraño al tema de la responsabilidad pero que en nuestra tradición legislativa, como hemos intentado demostrar, no es así.

31 Gardner, John, en su obra relevante: “*From personal life to private law*”, Oxford University Press, United Kingdom, 2018, 242 pp.

32 Op. cit. pp. 98 y ss.

El gran psicólogo de la segunda mitad del siglo XX Daniel Khaneman, ha destacado que no es ajeno a nuestra psique y a la manera en que nos comportamos el tener miedo a los daños, constituye la parte medular de lo que se identifica como “*aversión a la pérdida*”³³, pero tampoco es extraño señalar que en nuestras transacciones diarias y forma de actuar frente a los demás, existan conductas que traen aparejados castigos y reclamos de compensación frente a quienes sufren nuestro comportamiento inadecuado, no obstante no sea un delito, ni un acto estrictamente ilícito. Por ello, no debemos considerar como ajeno a nuestra forma de sentir o razonar que de la existencia de una afectación, cuando no hay causas que lo exoneren, debe existir un deber de reparación y en algunos casos, una sanción social y además jurídica para restablecer de cierta manera una situación preexistente y que por ello debemos insistir en que existan buenas normas que animen a la vida en común, lo que nos dará más confianza en nuestras vidas para desarrollar nuestros proyectos vitales.

7. ALGUNAS CONCLUSIONES RELEVANTES

Si tuviéramos que dar razón del por qué se obliga a las personas a reparar los daños cuando se comportan indebidamente, la respuesta que debemos dar es que tiene su sustento en una idea de justicia reparadora y distributiva que nos obliga desde el punto de vista moral al igual que el jurídico a reestablecer las cosas y situaciones que existían antes de nuestro actuar incorrecto, hasta donde esto sea posible.

Como se ha señalado, nuestra legislación vigente todavía adolece de ciertos sesgos individualistas y liberales que no nos permiten a nosotros como abogados ver que en realidad es una institución social que lo que trata es de que exista concordia en la comunidad cuando no se llega a actuar de manera debida.

En un inicio la responsabilidad que hablamos era tanto compensatoria como sancionatoria y de hecho nuestros dos anteriores Códigos conservaban el aspecto punitivo en algunas circunstancias. El hecho de que existan daños punitivos al amparo de los criterios judiciales emitidos, no debe sorprendernos, sino al contrario, se debe reconocer que han formado parte de la regulación que acompaña la responsabilidad civil. Este sesgo individualista, se apreció cuando se introdujo en nuestra legislación la responsabilidad objetiva por el riesgo creado que trajo en un inicio sorpresa y negación pero que hoy se acepta normalmente.

Se ha considerado un déficit en nuestra regulación la reparación del daño ya que ni los términos tradicionales de años y perjuicios o ahora reparación integral de la víctima logran satisfacer en justicia los daños causados, por lo que se debe insistir en otras acciones que logren reestablecer el equilibrio perdido en beneficio de las víctimas, no

33 Kahneman, Daniel “*Pensar rápido, pensar despacio*” (traducción: Joaquín Chamorro Mielke) Editorial Debate, S.A., segunda reimpresión febrero 2013, pp. 369 y ss.

solo sanciones, sino también disculpas públicas, actos en beneficio o en recuerdo de las víctimas. Sobre esta falta es un tema que tanto psicólogos, filósofos y juristas deben seguir discutiendo para dar mejores alternativas a los remedios con que contamos ahora.

8. OBRAS QUE SE RECOMIENDAN

Para salir del ámbito jurídico y tener una más amplia visión de las cosas se recomienda:

1. Posner, Richard A., *“El análisis económico del derecho”* (traducción: Eduardo L. Suárez) 3.^a Edición a partir de la 9.^a en inglés, Fondo de Cultura Económica, México, 2023, capítulos I, IV a VI.
2. Coleman, Jules L., *“Riesgo y daños”* (traducción: Diego M. Papayannis) Marcial Pons, Madrid, 2010, Si hay mucha prisa solo el epílogo a la edición en castellano.
3. Gardner, John, *“From personal life to private law”* Oxford University Press, United Kingdom, 2018.
4. Kahneman, Daniel *“Pensar rápido, pensar despacio”* (traducción: Joaquín Chamorro Mielke) Editorial Debate, S.A., segunda reimpresión febrero 2013, particularmente capítulo 28.

