

La *culpa in vigilando* en la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Culpa in vigilando in the Federal Electoral Court precedents

Andrés Cruz Mejía*

RDP

RESUMEN

El autor analiza el concepto de culpa en el derecho, su evolución a través de la Prehistoria, derecho romano clásico, Edad Media y la apor-tación de la práctica en el derecho común; revisando la teoría de culpa levísima y grados de culpa, con el aporte de la Escuela del Derecho Natural, las reelaboraciones de los estudiosos: Domat y Pothier; los códigos civiles de Napoleón, los mexicanos del siglo XIX, es decir, el Federal de 1928 y del Distrito Federal de 2000. Asimismo, se refiere a la *culpa in vigilando*, su cadena causal y problemas de aplicación; ob-servando la responsabilidad objetiva y la superación de la culpa como factor único de atribución de responsabilidad civil. El autor propone un nuevo concepto de culpa social o culpa sin culpabilidad; señalando la crisis del concepto de culpa, como fundamento de la responsabi-lidad civil, el “derecho de daños” y los cambios sufridos en la mate-ria, habidos en la sociedad posindustrial, a la vez que analiza el “de-ber de cuidado” derivado de la posición de garante y su delimitación conceptual. Al efecto, analiza la tesis de jurisprudencia con la que se resolvió la problemática planteada en el recurso de apelación SUP-RAP-018/2003 interpuesto por el Partido Revolucionario Institucional en contra de la resolución del 14 de marzo de 2003, dictada por el

* Doctor en derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM; secretario auxiliar de la Ponencia del magistrado Flavio Galván Rivera en la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, y responsable de investigación en el área de derecho de la Universidad Cristóbal Colón, Veracruz.

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

Consejo General del Instituto Federal Electoral dentro del Procedimiento Sancionatorio Q-CFRPAP 01/02 PRD vs. PRI, mediante la cual se determinó imponer al Partido Revolucionario Institucional una sanción por la suma de 1'000,000.000.00 (mil millones de pesos 00/100 M. N.); impugnación que refiere, se resolvió mediante sentencia del 13 de mayo de 2003, dictada por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; jurisprudencia; *culpa in vigilando*; responsabilidad civil; culpa social; derecho de daños; deber de cuidado; PRI.

ABSTRACT

The author analyzes the concept of negligence in law, its evolution through prehistory, classical Roman law, Middle Age and the contribution of practice in the common law, reviewing the slight negligence theory (*culpa levisima*) and the degrees of negligence, with input of the Escuela del Derecho Natural, the elaborations of scholars: Domat and Pothier, the Napoleon civil codes, the nineteenth century Mexican civil codes, i.e., the 1928 Federal and 2000 Federal District codes. The author also analyzes the *culpa in vigilando*, its causal chain and application problems, observing strict liability (*responsabilidad objetiva*) and overcoming of negligence as a unique factor of attribution of civil liability. The author proposes a new concept of social negligence or negligence without responsibility, explaining the crisis of the concept of negligence, as a basis for civil liability, "tort law" and the changes experienced in the field, which have occurred in post-industrial society, and simultaneously examines the "duty of care" derived from the guarantor and its conceptual definition. To this effect, the author analyzes the court precedent which resolved the issues raised in the SUP-RAP-018/2003 appeal filed by the Institutional Revolutionary Party (*Partido Revolucionario Institucional*), against the ruling dated as of March 14, 2003, issued by the General Council of the Federal Electoral Institute (*Consejo General del Instituto Federal Electoral*) within the Q-CFRPAP01/02 PRD vs. PRI sanctioning procedure, whereby it was determined to impose the Institutional Revolutionary Party, a penalty in the amount of 1'000,000.000.00 (a billion pesos 00/100 M.N.). The aforementioned challenge was resolved by judgment dated as of May 13, 2003, issued by the Superior Chamber of the Federal Electoral Court.**

** Traducción realizada por la licenciada Ximena Armengol Silenzi. SOLCARGO, www.solcarga.com.mx.

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

KEY WORDS: Federal Electoral Court; court precedents; *culpa in vigilando*; civil liability; social negligence; tort law; duty of care; PRI.

Sumario

1. Tesis relevante y preceptos materia de interpretación
2. Inclusión en el glosario de términos y lista de acrónimos
3. Desarrollo
 - A. Concepto de culpa en el derecho
 - B. Evolución del concepto en el campo del derecho
4. Código Civil Francés de 1804 (Código Napoleón)
 - A. Líneas generales
 - B. Regulación
 - C. Códigos civiles mexicanos del siglo XIX
 - D. Código Civil de 1928
 - E. Código Civil para el Distrito Federal de 2000
5. *Culpa in vigilando*, factor de atribución de responsabilidad civil derivada de hecho ajeno
 - A. Cadena causal
 - B. Problemas de aplicación
6. Responsabilidad objetiva o por riesgo y superación de la culpa como factor único de atribución de responsabilidad civil
7. Evolución hacia un concepto de culpa social o culpa sin culpabilidad
8. Crisis del concepto culpa como fundamento de la responsabilidad civil
9. El derecho de daños y los cambios sufridos en la materia en la sociedad posindustrial
10. Deber de cuidado derivado de la posición de garante
 - Delimitación conceptual
11. El caso
 - A. Los hechos
 - B. Argumentos de agravios
 - C. Argumentos de la decisión
12. Enunciado normativo jurisprudencial
 - Componentes del enunciado normativo jurisprudencial
13. Crítica

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

- A. Principio de respeto absoluto a la norma
- B. Posición de garante respecto a la conducta de miembros y simpatizantes
- C. Posición de garante respecto a la conducta de terceros
- D. Referencia a la *culpa in vigilando* como refuerzo para fundamentar la decisión de imponer una sanción al partido político por actos de terceros

- 14. La tesis del deslinde
- 15. Conclusión
- 16. Bibliografía

1. Tesis relevante y preceptos materia de interpretación

De la interpretación sistemática de los artículos 41 y 38, apartado 1, inciso a), constitucionales, y 354 (antes 269) del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, la Sala Superior de Tribunal Electoral de la Federación construye y emite la tesis relevante de jurisprudencia objeto de estudio en este artículo.

El artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su segundo párrafo, bases I y II, lo siguiente:

I. Los partidos políticos son entidades de interés público; la ley determinará las normas y requisitos para su registro legal y las formas específicas de su intervención en el proceso electoral. Los partidos políticos nacionales tendrán derecho a participar en las elecciones estatales, municipales y del Distrito Federal.

Los partidos políticos tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional y como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan y mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo. Sólo los ciudadanos podrán formar partidos políticos y afiliarse libre e individualmente a ellos; por tanto, quedan prohibidas la intervención de organizaciones gremiales o con objeto social diferente en la creación de partidos y cualquier forma de afiliación corporativa.

Las autoridades electorales solamente podrán intervenir en los asuntos internos de los partidos políticos en los términos que señalen esta Constitución y la ley.

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

II. La ley garantizará que los partidos políticos nacionales cuenten de manera equitativa con elementos para llevar a cabo sus actividades y señalará las reglas a que se sujetará el financiamiento de los propios partidos y sus campañas electorales, debiendo garantizar que los recursos públicos prevalezcan sobre los de origen privado.

El financiamiento público para los partidos políticos que mantengan su registro después de cada elección, se compondrá de las ministraciones destinadas al sostenimiento de sus actividades ordinarias permanentes, las tendientes a la obtención del voto durante los procesos electorales y las de carácter específico. Se otorgará conforme a lo siguiente y a lo que disponga la ley:

a) El financiamiento público para el sostenimiento de sus actividades ordinarias permanentes se fijará anualmente, multiplicando el número total de ciudadanos inscritos en el padrón electoral por el sesenta y cinco por ciento del salario mínimo diario vigente para el Distrito Federal. El treinta por ciento de la cantidad que resulte de acuerdo a lo señalado anteriormente, se distribuirá entre los partidos políticos en forma igualitaria y el setenta por ciento restante de acuerdo con el porcentaje de votos que hubieren obtenido en la elección de diputados inmediata anterior.

b) El financiamiento público para las actividades tendientes a la obtención del voto durante el año en que se elijan Presidente de la República, senadores y diputados federales, equivaldrá al cincuenta por ciento del financiamiento público que le corresponda a cada partido político por actividades ordinarias en ese mismo año; cuando sólo se elijan diputados federales, equivaldrá al treinta por ciento de dicho financiamiento por actividades ordinarias.

c) El financiamiento público por actividades específicas, relativas a la educación, capacitación, investigación socioeconómica y política, así como a las tareas editoriales, equivaldrá al tres por ciento del monto total del financiamiento público que corresponda en cada año por actividades ordinarias. El treinta por ciento de la cantidad que resulte de acuerdo a lo señalado anteriormente, se distribuirá entre los partidos políticos en forma igualitaria y el setenta por ciento restante de acuerdo con el porcentaje de votos que hubieren obtenido en la elección de diputados inmediata anterior.

La ley fijará los límites a las erogaciones en los procesos internos de selección de candidatos y las campañas electorales de los parti-

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

dos políticos. La propia ley establecerá el monto máximo que tendrán las aportaciones de sus simpatizantes, cuya suma total no podrá exceder anualmente, para cada partido, al diez por ciento del tope de gastos establecido para la última campaña presidencial; asimismo ordenará los procedimientos para el control y vigilancia del origen y uso de todos los recursos con que cuenten y dispondrá las sanciones que deban imponerse por el incumplimiento de estas disposiciones.

De igual manera, la ley establecerá el procedimiento para la liquidación de las obligaciones de los partidos que pierdan su registro y los supuestos en los que sus bienes y remanentes serán adjudicados a la Federación.

El Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, en su artículo 38, apartado 1, inciso a), señala que son obligaciones de los partidos políticos nacionales, entre otras: “a) Conducir sus actividades dentro de los cauces legales y ajustar su conducta y la de sus militantes a los principios del Estado democrático, respetando la libre participación política de los demás partidos políticos y los derechos de los ciudadanos”.

Y en el artículo 354 (antes 269) el mismo ordenamiento dispone:

1. Las infracciones señaladas en los artículos anteriores serán sancionadas conforme a lo siguiente:

a) Respecto de los partidos políticos:

I. Con amonestación pública;

II. Con multa de hasta diez mil días de salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, según la gravedad de la falta. En los casos de infracción a lo dispuesto en materia de topes a los gastos de campaña, o a los límites aplicables en materia de donativos o aportaciones de simpatizantes, o de los candidatos para sus propias campañas, con un tanto igual al del monto ejercido en exceso. En caso de reincidencia, la sanción será de hasta el doble de lo anterior;

III. Según la gravedad de la falta, con la reducción de hasta el cincuenta por ciento de las ministraciones del financiamiento público que les corresponda, por el periodo que señale la resolución;

IV. Con la interrupción de la transmisión de la propaganda política o electoral que se transmita, dentro del tiempo que le sea asignado por el Instituto, en violación de las disposiciones de este Código;

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

V. La violación a lo dispuesto en el inciso p) del párrafo 1 del artículo 38 de este Código se sancionará con multa; durante las pre-campañas y campañas electorales, en caso de reincidencia, se podrá sancionar con la suspensión parcial de las prerrogativas previstas en los artículos 56 y 71 de este ordenamiento; y

VI. En los casos de graves y reiteradas conductas violatorias de la Constitución y de este Código, especialmente en cuanto a sus obligaciones en materia de origen y destino de sus recursos, con la cancelación de su registro como partido político.

b) Respecto de las agrupaciones políticas nacionales:

I. Con amonestación pública;

II. Con multa de hasta diez mil días de salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, según la gravedad de la falta, y

III. Con la suspensión o cancelación de su registro, que en el primer caso no podrá ser menor a seis meses;

c) Respecto de los aspirantes, precandidatos o candidatos a cargos de elección popular:

I. Con amonestación pública;

II. Con multa de hasta cinco mil días de salario mínimo general vigente para el Distrito Federal; y

III. Con la pérdida del derecho del precandidato infractor a ser registrado como candidato, o en su caso, si ya está hecho el registro, con la cancelación del mismo. Cuando las infracciones cometidas por aspirantes o precandidatos a cargos de elección popular, cuando sean imputables exclusivamente a aquéllos, no procederá sanción alguna en contra del partido político de que se trate. Cuando el precandidato resulte electo en el proceso interno, el partido político no podrá registrarlo como candidato;

d) Respecto de los ciudadanos, de los dirigentes y afiliados a los partidos políticos, o de cualquier persona física o moral:

I. Con amonestación pública;

II. Respecto de los ciudadanos, o de los dirigentes y afiliados a los partidos políticos: con multa de hasta quinientos días de salario mínimo general vigente para el Distrito Federal; en el caso de aportaciones que violen lo dispuesto en este Código, o tratándose de la compra de tiempo en radio y televisión para la difusión de propaganda política o electoral, con el doble del precio comercial de dicho tiempo; y

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

III. Respecto de las personas morales por las conductas señaladas en la fracción anterior: con multa de hasta cien mil días de salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, en el caso de aportaciones que violen lo dispuesto en este Código, o tratándose de la compra de tiempo en radio y televisión para la difusión de propaganda política o electoral, con el doble del precio comercial de dicho tiempo;

e) Respecto de observadores electorales u organizaciones de observadores electorales:

I. Con amonestación pública;

II. Con la cancelación inmediata de la acreditación como observadores electorales y la inhabilitación para acreditarlos como tales en al menos dos procesos electorales federales; y

III. Con multa de hasta doscientos días de salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, tratándose de las organizaciones a las que pertenezcan los observadores electorales.

f) Respecto de los concesionarios o permisionarios de radio y televisión:

I. Con amonestación pública;

II. Con multa de hasta cien mil días de salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, que en el caso de concesionarios o permisionarios de radio será de hasta cincuenta mil días de salario mínimo; en caso de reincidencia hasta con el doble de los montos antes señalados, según corresponda;

III. Cuando no transmitan, conforme a las pautas aprobadas por el Instituto los mensajes, a que se refiere este capítulo, además de la multa que en su caso se imponga, deberán subsanar de inmediato la omisión, utilizando para tal efecto el tiempo comercializable o para fines propios que la ley les autoriza.

IV. En caso de infracciones graves, como las establecidas en el artículo 350, párrafo 1, incisos a) y b), y cuando además sean reiteradas, con la suspensión por la autoridad competente, previo acuerdo del Consejo General, de la transmisión del tiempo comercializable correspondiente a una hora y hasta el que corresponda por treinta y seis horas. En todo caso, cuando esta sanción sea impuesta, el tiempo de la publicidad suspendida será ocupado por la transmisión de un mensaje de la autoridad en el que se informe al público de la misma. Tratándose de permisionarios, la sanción será aplicable respecto del tiempo destinado a patrocinios.

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

V. Cuando la sanción anterior haya sido aplicada y el infractor reincida en forma sistemática en la misma conducta, el Consejo General dará aviso a la autoridad competente a fin de que aplique la sanción que proceda conforme a la ley de la materia, debiendo informar al Consejo.

g) Respecto de las organizaciones de ciudadanos que pretendan constituir partidos políticos:

I. Con amonestación pública;

II. Con multa de hasta cinco mil días de salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, según la gravedad de la falta; y

III. Con la cancelación del procedimiento tendente a obtener el registro como partido político nacional;

h) Respecto de las organizaciones sindicales, laborales o patronales, o de cualquier otra agrupación con objeto social diferente a la creación de partidos políticos, así como sus integrantes o dirigentes, en lo relativo a la creación y registro de partidos políticos:

I. Con amonestación pública; y

II. Con multa de hasta cinco mil días de salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, según la gravedad de la falta.

Como se ha anotado, con motivo de la interpretación para la aplicación de los preceptos señalados, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, emitió la tesis relevante de jurisprudencia que aparece publicada en su compilación oficial bajo el rubro:

PARTIDOS POLÍTICOS SON IMPUTABLES POR LA CONDUCTA DE SUS MIEMBROS Y PERSONAS RELACIONADAS CON SUS ACTIVIDADES. La interpretación de los artículos 41, segundo párrafo, bases I y II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 38 apartado 1 inciso a) y 269 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales permite concluir, que los partidos políticos son personas jurídicas que pueden cometer infracciones a disposiciones electorales a través de sus dirigentes, militantes, simpatizantes, empleados e incluso personas ajenas al partido político. Para arribar a esta conclusión, se tiene en cuenta que las personas jurídicas (entre las que se cuentan los partidos políticos) por su naturaleza, no pueden actuar por sí solas, pero son susceptibles de hacerlo a través de acciones de personas físicas, razón por la cual, la conducta legal o ilegal en que incurra una perso-

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

na jurídica, sólo puede realizarse a través de la actividad de aquéllas. El legislador mexicano reconoce a los partidos políticos como entes capaces de cometer infracciones a las disposiciones electorales a través de personas físicas, tanto en la Constitución federal, al establecer en el artículo 41 que los partidos políticos serán sancionados por el incumplimiento de las disposiciones referidas en el precepto, como en el ámbito legal, en el artículo 38 que prevé como obligación de los partidos políticos conducir sus actividades dentro de los causes legales y ajustar la conducta de sus militantes a los principios del Estado democrático, este precepto regula: a) el principio de respeto absoluto a la norma, que destaca la mera transgresión a la norma como base de la responsabilidad del partido, lo que es acorde con el artículo 269 mencionado, el cual dispone que al partido se le impondrá una sanción por la violación a la ley y b) la posición de garante del partido político respecto de la conducta de sus miembros y simpatizantes, al imponerle la obligación de velar porque ésta se ajuste a los principios del Estado democrático, entre los cuales destaca el respeto absoluto a la legalidad, de manera que las infracciones que cometan dichos individuos constituyen el correlativo incumplimiento de la obligación del garante —partido político— que determina su responsabilidad por haber aceptado o al menos tolerado las conductas realizadas dentro de las actividades propias del instituto político; esto conlleva, en último caso, la aceptación de las consecuencias de la conducta ilegal y posibilita la sanción al partido, sin perjuicio de la responsabilidad individual. El partido político puede ser responsable también de la actuación de terceros que no necesariamente se encuentren dentro de su estructura interna, si le resulta la calidad de garante de la conducta de tales sujetos. Lo anterior sobre la base de que, tanto en la Constitución como en la ley electoral secundaria, se establece que el incumplimiento a cualquiera de las normas que contienen los valores que se protegen con el establecimiento a nivel constitucional de los partidos políticos, acarrea la imposición de sanciones; estos valores consisten en la conformación de la voluntad general y la representatividad a través del cumplimiento de la función pública conferida a los partidos políticos, la transparencia en el manejo de los recursos, especialmente los de origen público, así como su independencia ideológica y funcional, razón por la cual es posible establecer que el partido es garante de la conducta tanto de sus miembros, como de

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

las personas relacionadas con sus actividades, si tales actos inciden en el cumplimiento de sus funciones, así como en la consecución de sus fines. Lo anterior se ve reforzado con lo establecido en la doctrina, en el sentido de que los actos que los órganos estatutarios ejecutan en el desempeño de las funciones que le competen se consideran como actos de la propia persona jurídica, y del deber de vigilancia de la persona jurídica —*culpa in vigilando*— sobre las personas que actúan en su ámbito (Jurisprudencia XXXIV/2004).

Con base en esta tesis de jurisprudencia, el Tribunal Electoral ha venido resolviendo diversos asuntos en los que autoriza la aplicación de sanciones por la responsabilidad derivada de la tesis en cuestión, misma que identifica bajo el rubro: *CULPA IN VIGILANDO*.

2. Inclusión en el glosario de términos y lista de acrónimos

La referencia a la *culpa in vigilando* ha tomado carta de naturalización en la materia, al grado que aparece publicado en el “Glosario de términos y lista de acrónimos en Reforma Electoral 2007-2008”, consultable en la página electrónica del tribunal en los términos siguientes:

CULPA IN VIGILANDO. Con este término, el TEPJF determinó que el partido político es garante de la conducta de sus miembros, y demás personas relacionadas con sus actividades, en cumplimiento a sus funciones y/o en la consecución de sus fines y, por ende, responde de la conducta de éstas, con independencia de la responsabilidad que corresponda a cada sujeto en lo particular, que puede ser sólo interna ante la organización, o rebasar esos límites hacia el exterior, por responsabilidad civil, penal o administrativa de su propia conducta. Lo que significa que se puede dar tanto una responsabilidad individual (de la persona física integrante del partido, o de una ajena), como una responsabilidad del partido como persona jurídica encargada del correcto y adecuado cumplimiento de las funciones y obligaciones de dichos miembros, por inobservancia al deber de vigilancia. Así, las conductas de cualquiera de los dirigentes, miembros, simpatizantes, trabajadores de un partido político, o incluso de personas distintas,

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

siempre que sean en interés de esa entidad o dentro del ámbito de actividad del partido, con las cuales se configure una transgresión a las normas establecidas sobre el origen, uso y destino de todos sus recursos, y se vulneren o pongan en peligro los valores que tales normas protegen, es responsabilidad del propio partido político, porque entonces habrá incumplido su deber de vigilancia (SUP-RAP-018/2003, y tesis relevante S3EL 034/2004).

Relacionada con el mismo tema, en fecha más reciente, se emitió la tesis de jurisprudencia que también ahora se transcribe:

RESPONSABILIDAD DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS POR ACTOS DE TERCEROS. CONDICIONES QUE DEBEN CUMPLIR PARA DESLINDARSE. De la interpretación sistemática y funcional de los artículos 38, párrafo 1, inciso a); 49 párrafo 4; 341, párrafo 1, inciso a); 345, párrafo 1, inciso b), y 350, párrafo 1, inciso b), del Código Federal de Instituciones y Procesos Electorales, se desprende que los partidos políticos, como garantes del orden jurídico, pueden deslindarse de responsabilidad respecto de actos de terceros que se estimen infractores de la ley, cuando las medidas o acciones que adopten cumplan las condiciones siguientes: a) Eficacia: cuando su implementación produzca el cese de la conducta infractora o genere la posibilidad cierta de que la autoridad competente conozca el hecho para investigar y resolver sobre la licitud o ilicitud de la conducta denunciada, b) Idoneidad: que resulte adecuada y apropiada para ese fin; c) Juridicidad: en tanto se realicen acciones permitidas por la ley y que las autoridades electorales puedan actuar en el ámbito de su competencia; d) Oportunidad: si la actuación es inmediata al desarrollo de los hechos que se consideran ilícitos, y e) Razonabilidad: si la acción implementada es la que de manera ordinaria se podría exigir a los partidos políticos (Jurisprudencia 17/2010).

3. Desarrollo

La voz latina *culpa in vigilando*, que en traducción libre significa “culpa por falta u omisión en vigilancia”, y que impone responsabilidad a quien incurre en esa omisión, es una elaboración conceptual que se

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

desarrolla en el ámbito del derecho civil, dentro del campo de la responsabilidad civil.

A. Concepto de culpa en el derecho

Con referencia al concepto de culpa, el *Diccionario jurídico mexicano* señala que:

En el lenguaje alemán (derecho penal) se sostiene por algunos que la palabra culpa (Fahrlässigkeit, de fahren Lassen) puede tener tres significados: a) dejar fuera de cuidado, descuidar o actuar sin atención; b) actuar sin dolo, y c) dejar las cosas al acaso. Conforme a otros, la culpa (de warlose) sería falta de observación, atención, cuidado y vigilancia. Y aún cuando no hay unidad de pareceres, lo cierto es que en la raíz de la culpa hay siempre la omisión de algo: cuidado, atención, etc.¹

En lenguaje no específicamente penal, señala el mismo diccionario: “la culpa equivale a imputación personal de responsabilidad”.

En el libro *Teoría general de la responsabilidad civil*, de Adriano de Cupis, se dice que la culpa constituye un estado anímico que, con relación a un daño concreto, puede apelarse de *reprobable*. De hecho, se precisa que la culpa: “...es un estado de ánimo disforme del que suele encontrarse en los individuos dispuestos a evitar los efectos perniciosos (daño)”.²

Este autor considera que la calificación del estado anímico como reprobable es de carácter jurídico, y que la culpa se pone en correlación con la antijuridicidad, al constituir el estado anímico que integra psicológicamente el hecho dañoso, y agrega: “se puede afirmar que hay culpa cuando no se ha empleado aquella tensión de las facultades mentales que habrían permitido prever el daño previsible, al igual que aun habiéndose previsto el daño, no se ha impreso a la propia energía

¹ *Diccionario jurídico mexicano*, 12a. ed., México, 1998, p. 791.

² Cupis, Adriano de, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Barcelona, Bosch, 1975, p. 672.

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

volitiva aquella orientación que, con la finalidad de evitarlo, habría sido necesaria”.³

En la obra denominada *La responsabilidad civil, derecho sustantivo y derecho procesal*, de Jaime Santos Briz, se atribuye al profesor Iglesias la siguiente afirmación:

...la culpa entraña una conducta deshonesta, una inobservancia de un deber de prudencia que pesa sobre cada miembro de la comunidad ciudadana en la vida de relación. La culpa es desviación de un modelo ideal de conducta: modelo representado, unas veces por la *fides* o *bona fides* y otras por la diligencia de un *pater familias* cuidadoso.⁴

Conforme a lo anterior, es claro que el concepto jurídico de culpa refiere una calificación del comportamiento humano, un matiz del proceder, un reproche de una conducta.

B. Evolución del concepto en el campo del derecho

a. Prehistoria

En la Prehistoria, explica Alterini, para aplicar la pena por responsabilidad no se distinguía entre los conceptos de autor y autor culpable, *la pena se aplicaba bajo la más rigurosa imputación objetiva*. Cita como ejemplo los numerales 229 y 230 del Código de Hammurabi, conforme a los cuales si la casa construida por un arquitecto se derrumbaba y mataba al dueño, el arquitecto era responsable de la muerte, y si el que había muerto era el hijo del dueño de la casa, la responsabilidad recaía en el hijo del arquitecto.

Las leyes de Manú, en cambio, admitieron la imputabilidad de ciertos actos convencionales (L° IX, 230), pero no formularon distingo alguno en torno de esa cuestión al regular los hechos ilícitos (L° IX, 230).

³ *Idem*.

⁴ Santos Briz, Jaime, *La responsabilidad civil, derecho sustantivo y derecho procesal*, Madrid, Edit. Montecorvo, 1993, p. 45.

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

En derecho hebreo rigió, por su parte, la ley del Talión (infra N° 221).

En Roma la tabla VIII de la Ley de las XII Tablas —del siglo V antes de Cristo, consagró, como ley 2, un precepto según el cual mutilado un miembro, si no había transacción, correspondía aplicar al autor la pena del talión. Pero varias disposiciones incorporaron distingos acerca de la imputabilidad del sujeto: correspondía pena de muerte por ahorcamiento para el adulto que hacía pacer por el ganado furtivamente y de noche; una cosecha, y sólo azotes si el autor era menor impúber (ley 8); en caso de hurto manifiesto el mayor era azotado y sometido a la esclavitud, y el menor impúber sólo azotado, sin perjuicio de la reparación (ley 13). Otras lo hacían en torno de la culpabilidad: el homicidio por imprudencia sólo acarrea por multa un carnero (ley 23); el que incendiaba a sabiendas y a conciencia un edificio o una parva de trigo junto a una casa, atado y azotado, era quemado vivo, pero debía únicamente reparar el daño si solo mediaba negligencia.⁵

b. *Derecho romano clásico*

La aparición del concepto de culpa como inobservancia de un deber de prudencia ocurre en la etapa del derecho romano clásico (correspondiente al principado), que es cuando este derecho alcanza su mayor grado de evolución, pero todavía no se identifica con el concepto de negligencia elaborado posteriormente por los pandectistas.

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

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

⁵ Alterini, Atilio Anibal, *Responsabilidad civil*, 3a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, pp. 85 y 86.

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

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

En esta etapa de desarrollo, para tener una conducta como ilícita se efectuaba una calificación del caso concreto de que se tratara, sin bastar la imputabilidad genérica. Pero aún no coincidía la noción de culpa con la idea de la negligencia, con que los pandectistas tienden posteriormente a identificarla.⁶

Corresponde también a esta etapa la extensión de la responsabilidad derivada de culpa a las consecuencias no previstas, y la aparición de otros supuestos que daban lugar a responsabilidad y que posteriormente se identificaron como cuasidelitos. En *Instituciones 4,5* se refieren los principales.

1o. “Si iudex litem suam fecerit”. Se produce cuando el Juez, por dolo o negligencia, ha faltado a sus deberes de juzgador.

2o. “Positum et suspensum”. Cuando alguien tiene, en un edificio o parte de él, cosas colgadas o suspendidas, de manera que, cayendo sobre una vía pública, puedan causar daños, se concede al dañado una acción de resarcimiento. Se trataba de una acción popular, que prescindía de la culpa y que se ejercitaba no contra el que había colocado las cosas, sino contra aquel que habitaba en la casa.

3o. “Effusum et deiectum”. Si desde un edificio o lugar público se derrama líquido o se arroja y se causan daños, se concede una acción de resarcimiento contra el “habor” independientemente de su culpa.

4o. “Receptum, nautae, cauponae et stabulari” Contra los que gobiernan una nave, un local o un establo, con independencia de las correspondientes acciones contractuales, el pretor concedió acción por el daño o el hurto aunque el daño o el hurto hubieran sido cometidos por terceras personas, siempre que interviniera algún tipo de “culpa in eligendo”.⁷

⁶ Cruz Mejía, Andrés, *Revista de Derecho Privado*, Novena Época, año IV, núm. 11, mayo-agosto de 2005, p. 22.

⁷ Díez-Picazo, Luis, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 71 y 72.

c. *Edad Media*

Durante esta época inicia la declinación del derecho romano. No hay un enlace entre Justiniano y los Glosadores. Aún no se ha explicado definitivamente el problema histórico de si subsistieron (en Roma y Rávena) las escuelas jurídicas que, ocupándose de la ciencia del derecho romano, marcaran siquiera un enlace débil, pero sin interrupción, a través de los siglos VIII-X.⁸

Son los trabajos de las escuelas de la glosa y de los comentaristas los que marcaron una importante evolución en materia de responsabilidad civil. Con base en el trabajo de Mario Rotondi, publicado en 1917 en la *Rivista del Diritto Commerciale* bajo el título “Dalla lex Aquilia all’ artículo 1.161 del Codice civile (Ricerche storico.dogmatiche)”, se señalan como los puntos más significativos de esta evolución: la interpretación restrictiva y superación del carácter penal que presentaban los textos sobre la acción de la Ley Aquilia, hasta convertirlos en acción indemnizatoria; la admisión de la responsabilidad directa del amo por los daños causados por sus dependientes, superando las dificultades de aplicación de la acción noxal cuando los dependientes era libres (esta acción se aplicaba solo para responsabilizar al amo respecto de los daños causados por sus esclavos); la atribución de un carácter general a la acción de la Ley Aquilia y la posibilidad de que con el ejercicio de la acción de la Ley Aquilia se pueda obtener la restitución *in natura* y no solo un resarcimiento pecuniario.

Entre los comentaristas de este periodo hay que citar, como es lógico, a Bartolo y a Baldo. No se puede decir que la doctrina sobre la acción de la Ley Aquilia haya profundamente elaborada por Bartolo, que se atiene fundamentalmente a los textos y a los puntos de vista de la glosa: admite la responsabilidad del amo por el hecho de los dependientes, lo que no es ya una novedad, y el carácter penal de la acción y, como consecuencia de ello, la intransmisibilidad mortis causa, aunque señalando que el principio contrario se seguía ya en el Derecho canónico y que las fuentes romanas lo habían establecido

⁸ Enneccerus, Ludwig *et al.*, *Tratado de derecho civil*, trad. Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, Bosch, 1981, t. I-1, p. 65.

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

en el caso de la *condictio furtiva*, de lo que da una justificación simplemente práctica. Además, Bartolo y Baldo admiten el carácter general de la acción de la Ley Aquilia, por lo menos como *actio in factum*.⁹

d. *Aportación de la práctica del derecho común*

La obra de los glosadores provocó un resurgimiento en el estudio del derecho romano, profundizando el conocimiento del derecho justineano y posibilitando a los comentaristas la elaboración de un derecho privado sobre bases romanas, con materiales derivados del derecho canónico, consuetudinario, estatutario, germano, capaz de adaptarse a las relaciones creadas por las nuevas condiciones históricas y de imponerse, por su carácter de universalidad, como regla común a todo el mundo occidental.

La formación de un derecho privado común sobre bases romanas, preparó el camino a la unificación del derecho privado. Debía considerarse como un progreso notable el hecho de que por encima de los derechos particulares se reconociese la autoridad de un derecho común que, sin sustituirlos, los integraba y rectificaba cooperando en la solución de numerosos e inevitables conflictos de la vida real. Pero la causa de la unificación del derecho privado, impuesta por los tiempos y favorecida para fines políticos por los príncipes, se encaminó hacia una decisiva solución sólo cuando se estrecho la alianza del derecho romano resurgido en sus genuinas fuentes por obra de los juristas filólogos, con los principios elaborados por la escuela del derecho natural.¹⁰

En este periodo aparece el *Speculum Iuris* de Guillermo Duranti, en cuyo título “*In iuris et damno dato*”, se exponen algunos de los criterios evolutivos de la responsabilidad civil, que aún subsisten hasta la actualidad, tales como: la desaparición del carácter penal de la Ley Aquilia (que ya había iniciado con la distinción de los glosadores entre

⁹ Diez-Picazo, Luis, *op. cit.*, pp. 72 y 73.

¹⁰ Solari, Giole, *Filosofía del derecho privado I. La idea individual*, Buenos Aires, Depalma, 1946, p. 67.

la acción *poenabilis* y la acción *poenalis*); la distinción de las consecuencias provocadas por el delito: por una parte la pena y por otra el resarcimiento y la vinculación de la idea del resarcimiento con la acción de la Ley Aquilia.¹¹

Esta nueva concepción de la Ley Aquilia permitió la transmisión vía hereditaria del derecho a la indemnización por la muerte de una persona (cuando esta ley tenía carácter penal o punitivo, tales derechos eran intransmisibles); también autorizó la indemnización por lesiones o muerte de una persona libre; estableció el lucro cesante como criterio de indemnización, y quizá por influencia de la moral de los teólogos con raíces en la patrística, se limitó el importe de la indemnización al valor del daño producido.¹²

e. *Culpa levísima y grados de culpa*

También, como aportación del derecho común, aparece el elemento subjetivo de la culpa, entendida como culpa levísima, y el brocado *in lege aquilia culpa levissima venit*.¹³

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

En esta etapa ya se identifica a la culpa con el actuar negligente del imputado (quien ha actuado sin considerar la ofensa al derecho ajeno y sin hacer lo que debía), y se considera que este criterio aplica igual para la responsabilidad contractual como para la extracontractual.

La culpa como acto ilícito tiene siempre su especial razón de ser en la negligencia (*negligentia, imprudentia, ignavia*) imputable al agente, que no ha tenido presente, según debía y podía hacerlo, la ofensa al derecho ajeno inherente al acto mismo incumplido, o las consecuencias injuriosas de un acto lícito en sí, lo cual, por lo demás, no implica

¹¹ Díez-Picazo, Luis, *op. cit.*, p. 73.

¹² *Ibidem*, p. 75.

¹³ *Ibidem*, p. 74.

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

confusión de los dos aspectos que puede revestir, porque la identidad del motivo no contradice en ella la diversidad del modo de aparecer. El principio generador es uno; el factor de la culpa es idéntico, tanto en la contractual como en la extracontractual; sin embargo, la existencia de la relación contractual, con respecto de la que aquella resulta, influye poderosamente sobre su carácter, haciéndola como un modo de manifestación, o como una continuación de la misma, que obra, no sólo sobre la prueba y sobre la estimación del daño sino también, y mucho, sobre la medida de la responsabilidad.¹⁴

Se advierte, sin embargo, que en la responsabilidad contractual la fuerza de la autonomía de la voluntad va a influir sobre la calificación de la gradación de la culpa, se precisa que la preexistencia del vínculo entre las partes determinaba el grado de diligencia que se había de observar en la ejecución del contrato, conforme a la intención de las partes (dado que la ley que rige en este caso sólo es supletoria de esa voluntad), lo que no ocurre respecto de la responsabilidad extracontractual, en que la ley aplicable siempre es preceptiva.

La ley romana da seguro testimonio de que la culpa contractual difiere de la aquiliana, por entrañar la falta de diligencia debida respecto a una obligación, y porque, al contrario de lo que ocurre con la otra, tiene grados. No importa investigar ahora cuáles sean los principios en que tal graduación tiene su fundamento y medida: refiriéndonos a una indagación próxima, bastará observar que este es el concepto en que se informa la mayoría de las modernas legislaciones.¹⁵

En cuanto a los grados en que puede medirse la negligencia, el autor indica que la tradición aceptó los tres que recogió de los textos romanos la escuela de los glosadores: grave o lata, media o leve y extrema o levísima; las dos primeras aplicables en responsabilidad contractual y la última en la extracontractual; aun cuando en la práctica, nos dice, se llegaron a considerar hasta seis diversos niveles o grados de comportamiento negligente.

¹⁴ Chironi, Giampietro, *La culpa en el derecho civil moderno*, trad. A. Posada, 2a. ed., Madrid, Hijos de Reus, 1907, pp. 43 y 44.

¹⁵ *Ibidem*, p. 44.

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

El desenvolvimiento que ha tenido la institución demuestra la exactitud de cuanto se ha afirmado antes acerca de la diferencia de grado: en cuanto a la culpa contractual, las leyes romanas enseñan que es preciso de ordinario responder, según que sea lata o levis, y en cuanto a la aquiliana, que se responde también de la culpa levísima: *in lege Aquilia et levissima culpa venit*. Sobre estos textos, la interpretación, aunque entreviendo el concepto fundamental de la entidad jurídica de la culpa, idéntica en sus varios aspectos, hubo de trabajar de modo vario hasta llegar así a consecuencias diversas; la escuela de los glosadores, recogiendo las tres gradaciones enunciadas en los fragmentos, las refiere todas a la misma institución, vislumbrando así el principio unitario, sin darse, por lo demás, cuenta de su razón suficiente. Y esta teoría se hizo después tradicional; porque, aun cuando a partir del carácter de la diligencia para inferir qué gradaciones se podrían atribuir a la negligencia, y por tanto a la culpa, algunos la dividen en seis grados, la proposición no fue admitida; y aun cuando deduciendo de las indagaciones exegéticas sobre las fuentes, otros habían reducido estos grados a dos, la opinión común se atuvo siempre a las enseñanzas de la doctrina más antigua. Autoridad ésta, por lo demás, que no impide el que, sometidos a nueva investigación los textos, no resultase verdadera la teoría que atribuye a la culpa contractual sólo dos grados, excluyendo la *levissima*; y si a veces puede ocurrir que esté ésta en la culpa *lata* o en la *levis*, o que aparezca bajo una forma especial de diligencia, la custodia, esto nada implica contra la exactitud de la regla general.¹¹ Sin embargo, aunque sea reconociendo a esta teoría una mayor correspondencia con las fuentes, no se puede acusar como absolutamente errónea la doctrina que distingue en la culpa tres grados (*lata*, *levis*, *levissima*); pero es necesario indagar cuál sea la parte de verdad en ella contenida; y si puede precisársela observando que, considerada la diligencia como concepción abstracta, se debe tener en cuenta también la extrema (*culpa levissima*).¹⁶

f. *Escuela del derecho natural*

La influencia del pensamiento iusnaturalista en el desarrollo del derecho es fundamental. La idea de que además, y sobre el derecho posi-

¹⁶ *Ibidem*, p. 50.

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

tivo, existe otro derecho basado en el orden divino, en la razón o en la naturaleza humana, cobra pujanza y especial significación durante los siglos XVII y XVIII.

Las doctrinas iusnaturalistas han sido de enorme trascendencia para el desarrollo del derecho. En aquel tiempo eran una de las armas más eficaces de la lucha espiritual por la libertad. La abolición de las servidumbres y el vasallaje, la liberación de la tierra de las cargas feudales, la libertad de conciencia y de cultos, la libertad de la ciencia y de cátedra, la libertad de domicilio y la paulatina liberación de la industria, la supresión del tormento y de los juicios de Dios y la mitigación de las penas demasiado severas, finalmente la formación y el reconocimiento general de los principios del derecho internacional.¹⁷

Sólo la alianza del derecho romano con los principios de la escuela del derecho natural puede explicar cómo es que el derecho romano, después de haber sido invocado durante la Edad Media y en el periodo de formación de los estados modernos, en contra de la libertad individual, en favor del derecho de los príncipes y en apoyo del absolutismo, haya servido a la causa de la libertad y del individualismo.

El cambio del paradigma absolutista al régimen de libertad en la reforma del derecho privado se obtuvo a partir de las formas derivadas del genio romano.

Uno de los mayores méritos de la Escuela del Derecho Natural es haber dotado a la responsabilidad extracontractual de una nueva base y servir para la configuración dogmática que posteriormente aparecerá en el Código Civil francés de 1804.

La primera formalización de esta nueva construcción doctrinal se encuentra en Grocio, en el Libro II del Título XVII, de *De iure belli ac pacis*, publicada en 1625.

Aunque con una rúbrica que es todavía de corte romano (*De damno per iniuriam dato*), su contenido es enteramente nuevo. Grocio establecía —como es sabido— una tripartición de las fuentes de obligaciones (*pacta, maleficia, lex*), en la cual, así como la *pactio* no es ya

¹⁷ Enneccerus, Ludwig et al., *op. cit.*, p. 73.

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

el *contractus* romano, el *maleficium* no es tampoco un simple denominador de delitos y cuasidelitos, sino una figura autónoma caracterizada por un único elemento común, que es la culpa.¹⁸

Nace así la noción del hecho ilícito, como fuente extracontractual y autónoma de la obligación de reparar los daños e indemnizar los perjuicios causados por el responsable. Esta obligación se denomina responsabilidad civil se encuentra separada de la idea de pena o castigo y se sustenta en la noción de la culpa como único factor de atribución de esa responsabilidad.

Comentando la obra de Grocio, Diez-Picazo refiere que, en el derecho natural, los derechos personales u obligaciones surgen del pacto o de la desigualdad (que resulta por un enriquecimiento injusto o que es causada por delito) y distingue entre las consecuencias que se producen por un delito evidente (necesidad de sufrir un castigo y obligación de reparar el daño ocasionado) y las obligaciones que nacen de una mera construcción del derecho (el ordenamiento jurídico imputa algún suceso a una persona aunque no exista delito) colocando dentro de este último rubro a las categorías que en derecho romano se contemplaban como cuasidelitos.¹⁹

g. *Reelaboración de Domat y de Pothier*

El pensamiento jusnaturalista de los siglos XVII y XVIII influye notoriamente en las obras de Domat y Pothier autores franceses ordinariamente considerados como precedentes del Código Civil de 1804.

Jean Domat, jurisconsulto y filósofo francés, considerado como el restaurador de la razón en la jurisprudencia y a quien se atribuye haber elaborado el plan más ordenado de la sociedad civil que se haya conocido, publicó su obra más importante *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, en 1694.²⁰

¹⁸ Diez-Picazo, Luis, *op. cit.*, p. 76.

¹⁹ *Ibidem*, p. 77.

²⁰ Planiol, Marcel y Ripert, George, *Tratado elemental de derecho civil*, trad. José M. Cajica Jr., México, Cárdenas Editor, 1981, t. I, p. 40.

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

En relación con el tema que nos ocupa, Domat consideró que todas las pérdidas y daños que puedan acontecer por la imprudencia, ligereza o ignorancia de la persona que las causa, deben ser reparadas por la persona cuya imprudencia, ignorancia o ligereza, por leve que sea, las haya causado.

Junto a la responsabilidad por hechos personales Domat menciona la responsabilidad por hechos de terceros, que obliga al padre y a la madre, a los maestros, comitentes y artesanos; la responsabilidad por causa de los animales cuya guarda se tiene, y la responsabilidad de pleno derecho en caso de derrumbe de un edificio.

Más tarde el Código Civil consagrará estas reglas.

En efecto, el Código civil de 1804 reglamenta la responsabilidad por hechos personales, en los artículos 1382 y 1383: “Todo hecho del hombre que cause a un tercero un daño, obliga a la persona por cuya culpa se ha causado, a repararlo” dice el artículo 1382 y el 1383 precisa que la culpa comprende tanto la imprudencia como la negligencia.

De esta manera se encuentra consagrado el principio de la responsabilidad civil con una generalidad absoluta...²¹

En relación con la responsabilidad impuesta a los padres, tutores, maestros artesanos y otros por hechos ajenos y con base en la culpa en que incurren por no vigilar o elegir debidamente a las personas que se encuentran bajo su control o dependencia (*culpa in vigilando* o *culpa in eligendo*), señala:

Junto a los artículos 1382 y 1383, que reglamentan la responsabilidad por hechos personales, se encuentra el 1834 que reglamenta la responsabilidad por hechos de tercero; el padre y la madre son responsables por los daños causados por sus hijos menores; los patrones y comitentes, del daño causado por sus domésticos y prepósitos; los institutores y artesanos, del imputable a sus alumnos y aprendices.

El artículo 1385 prevé por otra parte la responsabilidad por causa de los animales, y el 1386, la responsabilidad de los daños causados por la ruina de una construcción.

²¹ Marty, Gabriel, *Derecho civil*, México, Cajica, 1952, p. 275.

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

Cuando se remite uno a los trabajos preparatorios del Código civil, no cabe duda que en el pensamiento de sus redactores, la idea de culpa constituye la base de todas las disposiciones que acabamos de enumerar.

Por ello los jurisprudencias clásicos, intérpretes dóciles del pensamiento del legislador, organizaron toda la teoría de la responsabilidad civil, fundada en la idea de culpa. He aquí el resumen de la teoría clásica sobre el fundamento de la responsabilidad civil.

Si somos responsables de nuestros hechos personales, lo somos en la medida en que se ha cometido una culpa, una imprudencia o una negligencia. Así lo dicen expresamente los artículos 1382 y 1383. No basta pues, que la víctima de un daño pruebe que el daño ha sido materialmente causado, por la persona contra la cual ejercita la acción de responsabilidad. Es necesario además, que pruebe que el autor del daño ha incurrido en culpa, es decir, que ha dejado de observar una regla legal positiva o que no se ha conducido como un hombre normalmente diligente o cuidadoso. Esta culpa explica que esté él obligado a la reparación.

Los artículos 1384 y siguientes relativos a la responsabilidad por hechos ajenos, por causa de los animales o de las construcciones, no son excepciones a esta regla, y la idea de culpa se encuentra también en ellos como fundamento de la acción de reparación.

El padre y la madre son responsables del daño causado por su hijo menor, porque el legislador supone que si el hijo ha causado ese daño, se debe a que ha sido mal vigilado. Ha habido falta de vigilancia, *culpa in vigilando*.

La misma presunción de culpa en la vigilancia explica la responsabilidad de los institutores y artesanos, la responsabilidad por causa de los animales y de los edificios.

Por último si el doméstico o el servidor de que habla el artículo 1384 ha causado un daño, esto sólo puede explicarse en dos formas: o bien el patrón ha escogido mal y hay culpa en la elección *culpa in eligendo* o bien el patrón ha vigilado mal y volvemos a la falta de vigilancia o *culpa in vigilando*.

Por tanto, la culpa es el fundamento de toda responsabilidad delictuosa.

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

Tal es la concepción clásica del fundamento de la responsabilidad delictuosa. Esta concepción se llama subjetiva; es una responsabilidad unida al examen de la conducta del agente.²²

Sólo a través de este pasaje evolutivo podemos comprender el discurso en que se sustenta la construcción de la *culpa in vigilando*.

Se trata, como vemos, de una construcción levantada sobre la base ideológica de considerar que no hay responsabilidad sin culpa.

La obligación de reparar los daños y los perjuicios que se hayan ocasionado a otra persona, por hecho propio del responsable o por hecho ajeno requiere estar sustentada en esa idea abstracta de culpa.

Sobre esta base era fácil establecer la responsabilidad cuando los daños resultaban de actos propios del responsable, pero no así respecto de hechos ajenos, y como no se encontraba un fundamento sostenible cuando los daños se habían producido por una persona distinta del responsable (el menor, el incapaz, el dependiente, etcétera) se acudió entonces al argumento de la *culpa in vigilando*, pues sólo en la medida que se pudiera imputar un comportamiento culpable al responsable (padres, tutores, patronos, etcétera) podría justificarse el nacimiento de la obligación a su cargo, aun cuando la relación causal entre el proceder y el resultado se diera con respecto a sujeto diverso (el menor, el incapaz, el pupilo, etcétera).

Robert Joseph Pothier, profesor de la Universidad de Orléans, quien publicó su obra (una colección completa sobre el derecho civil, bajo la forma de tratado) de la que fue tomado el orden y contenidos con que se redactó el Código Civil francés de 1804,²³ considera a los delitos como hechos por los cuales una persona, por dolo o por malignidad, causa perjuicio o daño a otra, y a los cuasidelitos como hechos por los cuales una persona, sin malignidad, por una imprudencia, que no es excusable, causa algún daño a otro. La comisión de un delito o cuasidelito obliga a la reparación del daño que se ha causado.

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

²² *Idem.*

²³ Planiol, Marcel y Ripert, George, *op. cit.*, p. 40.

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

Las nociones de menoscabo patrimonial y cesación del lucro también provienen de este autor, para quien daño y perjuicio es tanto la pérdida que uno tiene como la ganancia que uno deja de obtener. Aun cuando proporciona la noción al referirse a la responsabilidad contractual, constituye una idea general aplicable a todo tipo de responsabilidad. Nos brinda igualmente la idea de una cierta reducción del deber de indemnización fuera de los casos de dolo.²⁴

4. Código Civil Francés de 1804 (Codigo Napoleón)

Sobre las bases ideológicas del pensamiento de Domat y de Pothier, se elabora la estructura dogmática del Código Francés de 1804 en el tema relativo a la responsabilidad civil.

A. Líneas generales

La legislación francesa de 1804 fijó las líneas generales que en materia de responsabilidad civil siguieron el Código Civil Italiano de 1865, el español de 1889 y en general todas las legislaciones posteriores de corte francés, incluidas las mexicanas, bajo las siguientes características.

a) Ante todo, se recibe en los códigos la idea, muy extendida en el Derecho común y entre los “iusnaturalistas”, de la función o del alcance generalísimo de la vieja acción de la Ley Aquilia. Se encierra en una fórmula de carácter abstracto y por consiguiente abierto, que comprende todo tipo de daño y todo tipo de acción (u omisión) sin más que se encuentre en el comportamiento del causante algún tipo de culpa, negligencia o imprudencia.

b) Según señaló Geneviève Viney, en los Códigos, como había ya ocurrido en la tradición del Derecho común, la obligación de indemnizar se estructura con un carácter netamente individualista. Es un conflicto que concierne exclusivamente al perjudicado y al causante del daño, sin tomar en cuenta otro tipo de factores.

²⁴ Díez-Picazo, Luis, *op. cit.*, p. 79.

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

c) La solución que los Códigos de corte francés, arrancando de la situación contemplada a finales del siglo XVIII, dieron al problema de la responsabilidad civil, se funda en unos presupuestos ideológicos y sociales, aunque no resulten demasiado fáciles de esquematizar. Ante todo se contemplaba un determinado modo de ser de las relaciones económicas y sociales. Se trataba de un mundo en que, aún cuando la primera revolución industrial se había producido ya, no se había dejado sentir en profundidad. La actividad económica continuó siendo básicamente de carácter agrícola, ganadera y artesanal, y en ella, el número de daños a las personas y a las cosas no debió ser muy elevado. Por otra parte, esa misma estructura de las relaciones sociales, la intensidad de la actividad económica y el nivel de los acontecimientos existentes debió determinar la inexistencia de graves complejidades en los problemas de imputación. Y ello en un doble sentido: en gran parte porque la imputación debió resultar por sí sola, casi una manera casi inmediata; y, en otro sentido al revés, porque la capacidad de investigación de las posibles causas no podía llegar nunca muy lejos.²⁵

B. Regulación

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

- a) Como efecto del incumplimiento de las obligaciones;
- b) Como facultad soberana de la voluntad de las partes para fijar los límites de la reparación, y
- c) Como fuente extracontractual y autónoma de obligaciones.

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

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

El artículo 1.384 establece que no sólo se responde por hecho propio, sino también por el daño que causen las personas por las que se

²⁵ *Ibidem*, p. 83.

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

debe responder o por las cosas que se tengan en custodia (*culpa in vigilando*).

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

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

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

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

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

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

Por Ley del 5 de abril de 1937 se adicionaron dos párrafos más:

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

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

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

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

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

C. Códigos civiles mexicanos del siglo XIX

El pensamiento de Domat y los enunciados normativos del Código francés de 1804 fueron recibidos por la legislación civil mexicana del siglo XIX, particularmente en las nociones de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil y la *culpa in vigilando* como elemento que autoriza la imputación de responsabilidad a un sujeto distinto del causante del daño, cuando se considera que el resultado dañoso se realiza por la inobservancia de la vigilancia debida o por la incorrecta elección.

En el Código Civil del Distrito Federal y territorio de la Baja California de 1870 se adopta como base la distinción contenida en el artículo 1574, que expresa las dos únicas fuentes de que puede dimanar la responsabilidad civil y ofrece además la ventaja de reducir a este tratamiento todas las antiguas disposiciones sobre la responsabilidad que nacían del cuasidelito. “Artículo 1574. Son causa de responsabilidad civil: 1o. La falta de cumplimiento de un contrato; 2o. Los actos u omisiones que están sujetos expresamente a ella por la ley”.

Y en relación con la responsabilidad por hecho ajeno establece:

Artículo 1592. El dueño de un edificio es responsable del daño que cause la ruina de éste, si depende de descuido en la reparación o de defectos de construcción.

Artículo 1593. En el segundo caso del artículo anterior queda salvo al dueño su derecho contra el arquitecto, conforme al artículo 2604.

Artículo 1594. Lo dispuesto en el artículo 1592, comprende los daños causados por la caída parcial de algún edificio, o de árboles o de cualquiera otro objeto de propiedad particular; los que provengan de descomposición de canales y presas; los que se causen en la construcción y reparación de edificios y los que sean resultado de cualquier acto lícito en sí mismo, pero en cuya ejecución haya habido culpa o negligencia.

Artículo 1595. También habrá lugar a la responsabilidad civil por los daños que causen los establecimientos industriales, ya en razón del peso y movimiento de las máquinas, ya en razón de las exhalaciones deletéreas, o por la aglomeración de materias o animales nocivos a la salud, o por cualquier otra causa que realmente perjudique a los vecinos. Esta materia queda sujeta a los reglamentos de policía.

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

Artículo 1596. El daño causado por animales, se regirá por las disposiciones del Código penal.

Artículo 1597. La responsabilidad que provenga de hecho ageno (*sic*), se regirá por las disposiciones especiales de este Código, y a falta de ellas por las relativas del Código penal.

El Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California reprodujo textualmente los enunciados normativos del Código de 1870, bajo los siguientes numerales:

CC 1870	CC 1884
Artículo 1574	Artículo 1458
Artículo 1592	Artículo 1476
Artículo 1593	Artículo 1477
Artículo 1594	Artículo 1478
Artículo 1595	Artículo 1479
Artículo 1596	Artículo 1480
Artículo 1597	Artículo 1481

D. Código Civil de 1928

Aun cuando el Código Civil mexicano de 1928 se dictó más de un siglo después de la legislación francesa de 1804, y por tanto es ya receptor de los cambios producidos en la materia (sobre todo por el nacimiento de la responsabilidad objetiva sustentada ya no en la idea de culpa, sino en la de peligro o riesgo creado), en lo que ahora identificamos como responsabilidad civil subjetiva, se conserva la base ideológica fundada en la idea de la culpa como factor de atribución de responsabilidad civil, proveniente de los siglos XVII y XVIII y expresada en el Código Napoleón en los términos antes expuestos, conforme a los siguientes enunciados normativos:

El artículo 1910 contiene el principio al regular la responsabilidad civil extracontractual subjetiva, y se completa el sistema con los artículos 1911, 1914, 1919-1926 y 1928 en los términos siguientes:

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

Artículo 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.

Artículo 1911. El incapaz que cause daño debe repararlo, salvo que la responsabilidad recaiga en las personas de él encargadas conforme a lo dispuesto en los artículos 1919, 1920, 1921 y 1922.

Artículo 1919. Los que ejerzan la patria potestad tienen la obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos.

Artículo 1920. Cesa la responsabilidad a que se refiere el artículo anterior, cuando los menores ejecuten los actos que dan origen a ella, encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios, de talleres, etc., pues entonces esas personas asumirán la responsabilidad de que se trata.

Artículo 1921. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores es aplicable a los tutores, respecto de los incapacitados que tienen bajo su cuidado.

Artículo 1922. Ni los padres ni los tutores tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapaces sujetos a su cuidado y vigilancia, si probaren que les ha sido imposible evitarlos. Esta imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si aparece que ellos no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados.

Artículo 1923. Los maestros artesanos son responsables de los daños y perjuicios causados por sus operarios en la ejecución de los trabajos que les encomienden. En este caso se aplicará también lo dispuesto en el artículo anterior.

Artículo 1924. Los patrones y los dueños de establecimientos mercantiles están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus obreros o dependientes, en el ejercicio de sus funciones. Esta responsabilidad cesa si demuestran que en la comisión del daño no se les puede imputar ninguna culpa o negligencia.

Artículo 1925. Los jefes de casa o los dueños de hoteles o casas de hospedaje están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus sirvientes en el ejercicio de su encargo.

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

Artículo 1926. En los casos previstos por los artículos 1923, 1924 y 1925, el que sufra el daño puede exigir la reparación directamente del responsable, en los términos de este Capítulo.

Artículo 1928. El que paga los daños y perjuicios causados por sus sirvientes, empleados, funcionarios y operarios, puede repetir de ellos lo que hubiere pagado.

E. Código Civil para el Distrito Federal de 2000

También la legislación mexicana actual regula el tema de la responsabilidad civil en tres apartados diferentes:

- a) Como cláusula que pueden contener los contratos en la regulación de la pena convencional;
- b) Como fuente extracontractual creadora de obligaciones, y
- c) Como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones (responsabilidad contractual).

En los incisos *a* y *c* se mantiene el pensamiento de la escuela francesa en cuanto a la regulación de la responsabilidad civil dentro del campo de la autonomía de la voluntad; en el inciso *b*, en la regulación de la responsabilidad extracontractual es en donde se manifiestan los cambios que ha experimentado la materia al regular la responsabilidad objetiva en el artículo 1913; se regula por primera vez el daño moral y los cambios que se han generado respecto a la responsabilidad civil del Estado, que ha dado lugar incluso a la emisión de leyes especiales, razón por la cual no se incluye el artículo 1927 que regulaba la responsabilidad de éste, antes que se emitiera la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado y la Federación y la Ley de Responsabilidad Patrimonial de las diversas entidades federativas que las contemplan; ni al artículo 1916, que regulaba la responsabilidad civil derivada del daño moral, hasta la reciente Ley de Responsabilidad Civil para la Protección de los Derechos a la Vida Privada, al Honor y a la Propia Imagen en el Distrito Federal. Ni a la emisión de las nuevas leyes como la Ley de Responsabilidad Civil por Daños Nucleares; la Ley Federal de Protección de Datos Privados en Posesión de Particulares, etcétera.

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

5. *Culpa in vigilando*, factor de atribución de responsabilidad civil derivada de hecho ajeno

En la obra *Responsabilidad por culpa “in eligendo” o “in vigilando”*, de González Orviz, se atribuye un origen remoto al concepto de *culpa in vigilando*, referida a la *acción noxal* contenida en la Ley de las XII Tablas, que establecía que si el delito cometido por el hijo o por esclavo lo hubiere sido por orden del padre o del amo, existía la posibilidad de ejercitar directamente la acción contra el padre o el amo e, incluso, si el hijo de familia o esclavo hubiera obrado espontáneamente, la parte lesionada también podía perseguir al padre.

En este caso el padre no estaba obligado personalmente “ex delicto” sino que debía solamente entregar al culpable y podía dispensarse de todo ello pagando a la víctima la pena correspondiente del delito, era la denominada acción noxal, el hijo conservaba la libertad y el derecho de ciudadanía solo pasaba bajo el *mancipium* del perjudicado demandante cuando había llegado mediante su trabajo a indemnizarle del daño causado por el delito podía exigir su liberación.²⁶

Sin embargo, como hemos visto en este breve pasaje evolutivo, la noción de la *culpa in vigilando* fue reelaborada bajo el pensamiento de Domat, con base en los cambios provenientes, desde la separación de la responsabilidad civil y la responsabilidad penal; la distinción entre represión y reparación; la concepción de la idea del cuasidelito; la distinción entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual; la despenalización de la culpa aquiliana; la identificación de la culpa con la negligencia; la gradación de la culpa contractual, hasta la determinación de la culpa como único factor de atribución de responsabilidad civil y, por ende, la necesidad de justificar la imposición de la obligación de responsabilidad civil a los padres, tutores, amos, patronos etcétera, por los daños cometidos por los hijos, pupilos, dependientes, empleados, etcétera, con base en esa idea de culpa que es el factor sobre el que se sostiene, hasta la actualidad, el concepto de la *culpa in vigilando*.

²⁶ González Orviz, María Eloina, *Responsabilidad por culpa “in eligendo” o “in vigilando”*, Barcelona, Bosch, 2007, p. 14.

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

Se trata de una figura creada para justificar la imputación de responsabilidad civil por los daños causados por una persona distinta del responsable.

Justifica que la responsabilidad directa del autor del daño se expanda para recaer sobre persona extraña a su producción causal.

Su diseño responde a la necesidad de resolver un problema práctico relativo a reparación de daños, *no* para prevenir actividades antisociales, ni para servir de base para fijar parámetros en la aplicación de sanciones por conductas delictuales o infractoras. *No* es apta para estos fines.

Se responde por *culpa in vigilando* cuando hay un daño (menoscabo que emerge o lucro que cesa) causado injustamente por un incapaz o un dependiente, a alguien que reclama y tiene derecho a la reparación. Se da en el ámbito de la justicia conmutativa entre víctima y responsable.

Al tratarse de un hecho ilícito (responsabilidad civil extracontractual), la *culpa in vigilando* no admite grados (se responde aun de la culpa levísima).

La extensión de la obligación de reparación se mide por la dimensión de los daños causados, no por la peligrosidad, ni por el nivel del comportamiento (gradación de la culpa) del sujeto responsable.

La consecuencia de incurrir en *culpa in vigilando* es la creación de una obligación a cargo del responsable, de reparar los daños causados de manera directa o indirecta a la víctima. Su función normativa es indemnizatoria, no punitiva.

El bien tutelado es de carácter privado, concierne exclusivamente al perjudicado y al causante del daño, sin tomar en cuenta otro tipo de factores.

A. Cadena causal

Cuando se establece responsabilidad por hecho ajeno (*culpa in vigilando* o *culpa in eligendo*) nos encontramos frente a un daño producido por dos causas distintas:

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

1. El hecho de la persona incapaz de entender o querer, o del hijo menor no emancipado, o del sometido a tutela o del discípulo o aprendiz, y

El hecho negativo de la persona obligada al cuidado del incapaz, del padre, del adoptante, del preceptor o del maestro de arte. Hecho negativo que consiste en no haber impedido la acción del incapaz, del menor, etc.²⁷

El mismo autor explica que son dos causas distintas las que integran los anillos de la cadena causal del daño producido.

Se responde del daño causado por el hecho de un tercero, si bien en cuanto tal hecho, se ha fundado en otro hecho propio, por la razón decisiva de que es el comportamiento propio el que lo ha hecho posible mediante una omisión; por tanto, en definitiva, se responde por hecho propio del daño indirectamente causado por uno mismo.

Los anillos de la cadena causal y su engarce o vinculación se advierten con claridad en el caso de “los pelos de cabra” que se cita a propósito de los delitos de omisión.

...el propietario de una fábrica de pinceles entrega a sus empleadas pelos de cabra chinos sin desinfectar, produciendo la sustancia tóxica la muerte de algunas de ellas. En este caso existe una omisión —no desinfectar— que precede a la acción de entregar los pinceles. Ello lleva a Gimbernat a considerar que la previa omisión por sí sola y sin un comportamiento activo, no es objetivamente típica, de ahí que el único comportamiento que fundamenta la responsabilidad jurídico-penal sea el activo de proporcionar material de trabajo no desinfectado, esto es, estamos ante un delito imprudente por acción aunque en un momento anterior se haya omitido el cuidado necesario al no comprobar el material.²⁸

²⁷ Cupis, Adriano de, *op. cit.*, p. 672.

²⁸ Chocan Montalvo, Antonio, *Deber de cuidado y delito imprudente*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 72.

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

Por tanto, para que haya responsabilidad por *culpa in vigilando* es necesario que exista un resultado dañoso, pues si no existe el daño, aun cuando el encargado de la vigilancia descuide totalmente su encargo o su función, no habrá lugar a condenarlo a reparación alguna.

Para Santos Briz, la *culpa in vigilando* establece una clara presunción de culpa de la persona que se encontraba a cargo de la vigilancia de quien ocasiona el daño en forma directa, presunción que admite prueba en contrario.²⁹

Las nociones de falta de diligencia, evitabilidad y previsibilidad van a estar referidas no a la conducta —acción omisión— del menor, incapaz, dependiente o alumno, sino a la conducta de padres, tutores, empresarios y centros docentes, por su falta de diligencia y cuidado, sea por haber vigilado mal a sus hijos o pupilos o por haber elegido mal a sus empleados, dependientes o incluso a sus visitantes.³⁰

Con referencia al derecho español, González Orvís también distingue, en la responsabilidad por hecho ajeno, una doble culpa; por una parte, la situada en quien con sus hechos directamente causa el daño y referida a quien lo ha causado (el menor, el incapaz, el empleado) y, por la otra, la derivada y extendida por disposición legal a las personas que se designan responsables, ya que éstos no son culpables de la acción dañosa, sino de no haber impedido el daño con su vigilancia o su competencia en la elección.

Conforme a lo anterior, el demandado por hecho ilícito ajeno podrá buscar amparo en la exclusión de ambas culpas para defenderse de la acción entablada contra él, y si en el primer hecho (el comportamiento de su protegido) hubiere una exclusión por ruptura del nexo causal —caso fortuito, fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima— ya no llegaríamos a tener que demostrar nuestra diligencia en la vigilancia o en la elección.

Y en relación con el nexo causal cita a Santiago Cavanillas Mugica para explicar la *función indicativa* que consiste en que al indicarse que

²⁹ Santos Briz, Jaime, *op. cit.*, p. 483. “El responsable queda libre de la obligación de reparar los daños resultantes, si acredita haber empleado «toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño»”.

³⁰ González Orvís, María Eloina, *op. cit.*, p. 11.

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

ciertas personas responden por su culpa en no haber evitado la actuación dañosa de un tercero lo que el derecho está expresando es que considera que las facultades que tiene atribuidas el responsable en su relación con el causante del daño no se agotan en su relación particular sino que también deben ejercitarse con objeto de no perjudicar a terceros. Dicho simplemente, que su función no se agota en la relación inter partes sino que se orienta *erga omnes*.³¹

B. Problemas de aplicación

Conforme a la naturaleza jurídica de este instrumento, se presentan algunos problemas de aplicación que no tendrían respuesta con el alcance interpretativo que da la jurisprudencia del Tribunal Electoral que nos ocupa.

Si la obligación de reparar los daños se impone al responsable de la vigilancia, es inconcuso que el causante directo del daño no tiene responsabilidad frente a la víctima, bien sea que se considere que otro queda obligado por él (responsabilidad indirecta), o que el daño se produjo por causa de la omisión en la vigilancia en que incurrió el responsable y no por la del sujeto vigilado (responsabilidad directa).

Si se admite que hay una conexión de segundo grado (primero ocurre la omisión en la vigilancia y, en ese estado de descuido, el sujeto que debió ser vigilado realiza la conducta dañosa), pudiera interpretarse como coparticipación o coautoría del vigilante y del vigilado, la obligación sería en mancomún (el daño tendría que repararse por ambos pero el objeto de la obligación sería único), o bien solidaria si así lo impone la ley.

Puede darse el caso en que habiendo una absoluta y deliberada inobservancia del deber de vigilancia no exista responsabilidad, en el supuesto que no hubiera ningún resultado dañoso derivado del comportamiento del vigilado.

³¹ *Ibidem*, p. 13.

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

Y aun en el supuesto de resultado dañoso derivado de actos del vigilado, tampoco habrá responsabilidad para el vigilante si acredita:

- a) Que empleo toda la diligencia debida y a pesar de ello el daño se produjo, o
- b) Que el vigilado se hallaba bajo el cuidado y gobierno de otra persona a quien la ley le impute responsabilidad.

La pregunta obligada es saber si la relación entre vigilado y vigilante impone deberes entre ellos, y si otorga facultades que fuera necesario ejercer para cumplir con el deber.

En el supuesto de que el daño se produjera por acción del vigilado, pero el vigilante acreditara en la reclamación que empleó toda la diligencia debida y a pesar de ello el daño se produjo y por tanto queda liberado, ¿quién soporta el daño?, ¿puede la víctima enderezar su acción en contra del vigilado sin que ésta se considere subsidiaria? o ¿queda el daño sin reparación?

La presunción de culpa que se genera en los casos de responsabilidad civil indirecta se regula bajo diversos componentes normativos:

La responsabilidad de quienes ejerzan patria potestad (ambos padres, uno solo o ascendientes en segundo grado) sobre los daños que causen los menores sujetos a esa potestad se generará a condición de que el daño se produzca en ocasión en que los menores estén *bajo su poder y habiten con ellos*. De no ser así, y de no encontrarse el menor bajo la autoridad y vigilancia de otra persona a quien la ley imponga la obligación de indemnizar por él, el menor responderá de manera directa frente a la víctima (artículos 1911 y 1919 del Código Civil para el Distrito Federal).

La responsabilidad que puede resultar a cargo del obligado a la vigilancia, no es permanente ni continua, sino temporal y discontinua, pues dicha responsabilidad cesa cuando el menor ejecute los actos dañosos en oportunidad que esté bajo la vigilancia y autoridad de persona diversa, como directores de colegio o de talleres, en cuyo caso esa persona diversa asumirá la responsabilidad (artículo 1920, CCDF).

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

La presunción de culpabilidad se destruye con la prueba de imposibilidad de evitación del resultado dañoso, que debe rendir el encargado de la vigilancia (artículo 1922, CC).

Estas mismas reglas se aplican a los tutores en relación con los daños que causen los incapacitados que se encuentren bajo su cuidado (artículo 1921, CCDF).

En cuanto a la responsabilidad de maestros artesanos y dueños de establecimientos mercantiles, por los daños que ocasionen sus operarios, obreros o dependientes, la regulación es distinta, en tanto que la víctima *sí* puede reclamar la reparación de los daños directamente al causante de los mismos (artículo 1926, CCDF).

Si esto ocurre, obviamente, se extinguirá la acción de responsabilidad por *culpa in eligendo*.

Por lo demás, en estos supuestos, el maestro artesano, el patrón o el dueño del establecimiento mercantil que pague la indemnización tiene acción para repetir en contra del causante material de los daños, quien finalmente será quien soporte la carga de la indemnización (artículo 1928, CCDF).

Tratándose de la reparación del daño ocasionado a la víctima por los menores, incapacitados, operarios, obreros o dependientes, nada impide que el sujeto responsable, por vigilancia o elección, pueda contratar un seguro de daños contra terceros para que en caso de que resulte responsable, el seguro cubra la indemnización correspondiente.

Esto ocurre en muchos centros educativos, en donde el director del colegio contrata el seguro contra daños que puedan ser causados por los alumnos cuando se encuentran bajo su autoridad y vigilancia y también ocurre respecto de los accidentes automovilísticos, en los que, aun en el supuesto de que los daños se hubieren cometido por falta de precaución, por la falta en la elección o por descuido en la vigilancia, los daños son indemnizados por la empresa aseguradora.

No existe doble penalización, ni doble obligación de reparación, si la víctima recibe la indemnización del responsable, ya no puede ir en contra del autor material del daño. Tampoco se establece solidaridad entre el autor material del daño y el responsable.

6. Responsabilidad objetiva o por riesgo y superación de la culpa como factor único de atribución de responsabilidad civil

Poco tiempo después de la publicación del Código francés de 1804, los cambios sociales obligaron a la superación de la idea de la culpa como único fundamento de la responsabilidad civil.

El desarrollo industrial por el maquinismo, que cobró inusitado impulso hacia la mitad del siglo XIX, así como la sensibilidad social por la suerte de las víctimas de accidentes de trabajo y automovilísticos obligó a los juristas a buscar los medios para mejorar su situación.³²

La víctima tenía graves dificultades para probar la culpa del autor del daño cuando éste se producía por maquinarias complicadas, pues no quedaba claro si podría imputarse culpa al constructor de la maquina, al propietario o al operador. El accidente se transformaba en anónimo y muchas ocasiones la víctima no recibía indemnización alguna al no poder acreditar la culpa.

En paralelo, y seguro por la misma causa, inicia el desarrollo del derecho obrero. Generalmente, la víctima era un obrero pobre, en tanto que el patrón era un empresario rico favorecido por el empleo de la maquinaria.

Se intentó enfrentar el problema a través de la responsabilidad contractual invocando una pretendida obligación de seguridad a cargo del patrón, derivada del contrato. De esta manera, la carga de la prueba se revertía hacia el patrón, y el obrero no tenía que demostrar la culpa, y bastaba con demostrar el daño; sin embargo, no se aceptó la existencia de esa obligación de seguridad y, por tanto, la propuesta no tuvo éxito.

En tales condiciones, sostiene Marty,³³ autores como Saleilles y Josserand consideraron que acudir a la responsabilidad contractual para enfrentar esta nueva situación era sólo un paliativo artificial e insuficiente, por lo que propusieron desterrar de la responsabilidad civil la idea de la culpa como único factor de atribución para proponer la idea del riesgo como nuevo patrón de asunción de responsabilidad civil.

³² Marty, Gabriel, *op. cit.*, p. 277.

³³ *Ibidem*, p. 279.

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

Esta nueva teoría se conforma de un apartado crítico a la teoría clásica que sustenta la culpa, y uno de construcción del nuevo factor de atribución.

Los partidarios del riesgo reprochan, en primer lugar, a la idea de culpa, por ser incierta. ¿Cómo definirla? Se ha dicho que es un “Proteo inaccesible”. Por otra parte, la noción de culpa es una idea moral o aún penal de un individuo. Puede observarse además, que una escuela de criminalística, la escuela sociológica italiana, se niega a tener como fundamento de la represión, la culpa moral del delincuente. Únicamente considera el peligro social que representa y que revela el acto delictuoso.

Sea de ello lo que fuere, la idea de culpa nada tiene que ver en materia de responsabilidad civil.

En efecto, la responsabilidad civil no tiene por objeto la represión de una culpa según su gravedad, sino la reparación del daño. Por ello la indemnización concedida a la víctima, no se calcula según la gravedad de la culpa, sino según la extensión del perjuicio.

Por tanto, debe suprimirse la noción de culpa del vocabulario de la responsabilidad.³⁴

En la parte constructiva de esta nueva tarea aparece la idea del riesgo. Sobre la base de la causalidad material se considera que la responsabilidad no es una cuestión de culpabilidad sino de causalidad material.

Es responsable quien materialmente ha causado el daño, la responsabilidad ya no es subjetiva (fundada en la conducta culpable del autor del daño), sino *objetiva*, y se *funda* en el hecho material de la causalidad.

La víctima nada ha hecho, y ha sufrido; injusto sería hacerle soportar el daño. En cambio el autor del daño ha obrado. Si su actividad hubiera tenido consecuencias provechosas, él hubiera sido beneficiado de ellas. Puesto que su actividad ha sido perjudicial, el daño debe ser puesto a su cargo. *Ubi emolumentum ibi onus*: quien recibe los beneficios debe soportar los riesgos.³⁵

³⁴ *Idem*.

³⁵ Marty, Gabriel, *op. cit.*, p. 280.

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

La argumentación de la nueva teoría es particularmente impresionante en materia de accidentes de trabajo, pues siendo incuestionable que el patrón recibe los beneficios de la empresa, aplica con toda claridad la idea de la correlación entre riesgo y beneficio: si quien soporta los riesgos de su actividad tiene derecho a recibir los beneficios, a la inversa, es inconcuso que quien recibe los beneficios debe de soportar los riesgos.

En adición, la nueva fórmula es sencilla, elimina la necesidad de probar un elemento indefinible e inaprensible como lo es la culpa, el demandado sólo debe probar la causación material del daño, y el demandado sólo podrá rechazar la responsabilidad probando que el daño no se debe a un hecho suyo, sino a otra causa.

Por lo demás, la tesis es *socialmente útil*, pues el saber que se es responsable de las consecuencias de los actos perjudiciales de sus actos se constituye en la mejor invitación a la prudencia.³⁶

El actual sistema jurídico mexicano acepta plenamente la teoría de la responsabilidad civil objetiva o responsabilidad sin culpa (artículo 1913, CCDF), aun cuando conserva el viejo sistema de la responsabilidad por culpa, y así conviven los dos tipos de responsabilidad: la subjetiva fundada en la idea de culpa, cuyo principio se encuentra establecido en el artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal, que ya antes ha sido transcrito, y la responsabilidad civil objetiva en el artículo 1913, cuyo contenido es del siguiente tenor:

Quando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos, vehículos automotores 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 obligado 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.

En todos los casos, el propietario de los mecanismos, instrumentos, aparatos, vehículos automotores o sustancias peligrosas, será responsable solidario de los daños causados.

³⁶ *Idem.*

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

7. Evolución hacia un concepto de culpa social o culpa sin culpabilidad

En nuestros días, la culpa civil ha tomado un matiz social que torna la mirada hacia la víctima o hacia la sociedad. Se considera que el patrón de medida general a que se alude en el concepto abstracto de la culpa importa un cierto sacrificio hacia los individuos menos dotados, para quienes resulta más difícil llegar al tipo medio de persona diligente, y se precisa que en relación con los daños producidos, lo que se pretende es el restablecimiento del equilibrio roto por la actividad perjudicial del agente, con independencia de su nivel de diligencia.

No puede afirmarse para la culpa civil o para la acción socialmente nociva el principio penalista *nullum crimen sine culpa*; en todo caso, las excepciones al mismo en el ámbito civil son numerosas.

Al llegar a la conclusión de que hoy se defiende la existencia de una “culpa social” que atiende a las consecuencias nocivas de una conducta y que prescinde en gran medida de la diligencia del responsable, surge la discordancia de esa denominada culpa social con la culpa propiamente dicha, noción de origen ético y religioso que quedaría desvirtuada si se separara de estas fuentes. Para obviar este inconveniente se acude a reconocer la autonomía de la culpa jurídica frente a la culpa moral (59), autonomía que es defendida en mayor medida en la culpa civil que en la penal. Ratificando esta postura se habla de “neutralismo moral” de la culpa civil y de una “culpa sin culpabilidad”, lo que, a primera vista, parece herético. Poco resta por consiguiente, en esta dirección, de una culpa civil propiamente dicha, en el sentido clásico; así, la culpabilidad civil no sería otra cosa que la disconformidad del acto con la norma de conducta. Es decir, se llega a una noción puramente positivista y amoral.³⁷

8. Crisis del concepto de culpa como fundamento de la responsabilidad civil

La exigencia de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil está en crisis, no sólo porque se diluye en sistemas de seguridad so-

³⁷ Santos Briz, Jaime, *op. cit.*, p. 63.

cial y de seguros, que prueban que lo importante es que la víctima sea indemnizada y no que necesariamente sea el culpable quien realice la indemnización, sino porque en la responsabilidad civil, propiamente dicha, es objeto de fuertes embates.

En palabras de Tunc, “la idea de que se debe responder de las consecuencias de sus culpas y que no se es responsable si no se ha cometido culpa está acompañada de tales demonios que debe ser exorcisada antes de resultar posible una apreciación objetiva de las funciones y de los medios de la responsabilidad civil en una sociedad moderna”. Reconociendo, claro está, el valor ético de la noción de culpa, se entiende que la decisión del tema no concierne al juzgamiento moral del autor (Josserand, a principios del siglo, proclamaba que “el legislador se separa de la moral para inspirarse precisamente en la economía política”, en una:

segunda secularización del derecho, que, luego de haberse diferenciado de la religión, se aleja ahora de la moral para devenir más utilitario); que, desde el punto de vista social, no hay relación directa entre la culpa y la existencia y extensión de la responsabilidad; que la exigencia de culpa desatiende los intereses de la víctima; etcétera.³⁸

9. El derecho de daños y los cambios sufridos en la materia en la sociedad posindustrial

El arribo de la llamada sociedad posindustrial, luego de la Segunda Guerra Mundial, los avances científicos y tecnológicos, causantes de grandes progresos al igual que grandes daños, y ahora sin vuelta atrás, provoca nuevos cambios en el pensamiento y nuevos paradigmas que guían el proceder humano frente a los nuevos retos; la responsabilidad civil abandona la búsqueda de culpables cuando ya no es posible identificarlos para reaccionar en contra de ellos, como ocurre en el caso de los daños difusos; se atiende el mal inmediato y se paradigma la atención a las víctimas sobre la búsqueda del responsable, las teorías y elaboraciones de la responsabilidad civil, así como su regulación

³⁸ Alterini, Atilio Anibal, *op. cit.*, p. 347.

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

dogmática en las codificaciones elaboradas conforme al pensamiento de doscientos años atrás se abandonan, se habla ya de un derecho de daños cuya función primordial es la distribución del infortunio y las normas de prevención; se procede al análisis económico del fenómeno dañoso y se actúa en consecuencia, la antigua responsabilidad civil, hoy derecho de daños, se descodifica y se regula en una serie de leyes especiales, dada la incapacidad de atender a la realidad social con las codificaciones elaboradas para una sociedad que dejó de existir; los seguros y los fondos de apoyo a las víctimas son las manifestaciones más evidentes del cambio de rumbo.

Muy lejos se encuentra ahora el avance de la teoría de la responsabilidad civil; sin embargo, el lector podrá convenir conmigo en que la construcción dogmática del Código civil francés de 1804 se mantiene viva en muchas de las legislaciones civiles en la actualidad. Prueba de ello son nuestros códigos civiles para el Distrito Federal y el mal denominado (y equívocamente promulgado) Código Civil Federal del año 2000, que conservan la misma estructura del Código de Napoleón, al regular la responsabilidad civil como efecto del incumplimiento de las obligaciones previamente contraídas entre las partes (responsabilidad civil contractual) y por separado, como fuente autónoma creadora de obligaciones (responsabilidad extracontractual), fundándose ambas en la idea de la culpa (responsabilidad subjetiva) y también, en apartado diverso (cláusulas que pueden contener los contratos), el reconocimiento a la autonomía de la voluntad de las partes para regular por convenio la extensión de la responsabilidad mediante la cláusula penal o pena convencional. Por supuesto no niego los avances evidentes de las legislaciones civiles patrias, acordes a los avances doctrinarios de la materia, pues es claro el adelanto del Código civil distritense de 1928 al regular la responsabilidad civil por riesgo, así como el establecimiento de límites a la autonomía de la voluntad, en cuanto a la cláusula penal o a las cláusulas excluyentes de responsabilidad; la regulación casi completa de la forma de reparación el daño moral con total independencia del daño material; la responsabilidad del Estado por los daños cometidos por los servidores públicos en ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas, incluso a nivel de solidaridad, cuando se trate

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

de actos ilícitos dolosos, avances que son resultado de la sensibilidad del legislador siempre atento a los adelantos de la doctrina y de la ciencia; pero ello no niega que la estructura dogmática de nuestra vigente legislación civil, sea la misma que se estableció en el Código civil francés de 1804, según se demuestra en este estudio.

Ahora bien, para la segunda mitad del siglo XX se produce un desarrollo inusitado en la doctrina de la responsabilidad civil. Se habla ya de un derecho de daños como centro nervioso del Derecho privado; se abandona la vieja teoría de la culpa al volver la mirada hacia la víctima, preocupándose más por la reparación que por la búsqueda de culpables; se hacen interesantísimos estudios sobre los costos económicos de los daños y las diversas formas de enfrentarlos; se identifica como función esencial de la responsabilidad civil la distribución de los infortunios; se intenta una distribución social de los daños, destacando la importancia de la seguridad social y la creación de fondos de reparación; los seguros toman un papel relevante en la reparación de daños en la sociedad actual; crece la nómina de los daños reparables y se descodifica la materia al no encontrar posibilidades de desarrollo en el molde estrecho de la legislación civil. El intenso crecimiento de daños y de situaciones de riesgo en las sociedades altamente tecnificadas de la época posindustrial, nos obliga a concluir que es momento de repensar sobre nuevas estructuraciones normativas que den respuesta a la necesidad urgente de la sociedad para enfrentar el fenómeno del daño. Es necesario tener presente que como dijera Portalis (Discurso Preliminar al Código Civil Francés, 1o. de pluvioso del año IX), “unas buenas leyes civiles son el mayor bien que los hombres pueden dar y recibir”, teniendo en cuenta además que, en concepto de este genio, las leyes no son puros actos de poder, sino que son también actos de prudencia, de justicia y de razón.³⁹

10. Deber de cuidado derivado de la posición de garante

En el sistema dogmático del delito culposo, la infracción de la norma de cuidado presenta dos aspectos:

³⁹ Cruz Mejía, *op. cit.*, p. 45.

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

- a) El deber de cuidado interno: advertir el peligro que consiste en la observación de las condiciones en que se realiza una acción, calcular su curso y las probables modificaciones de las circunstancias, reflexionando sobre la evolución y efectos que pueda tener el peligro advertido, todo ello conforme al patrón de un hombre concienzudo y reflexivo de la esfera de tráfico a que pertenece el agente, y
- b) El deber de cuidado externo, que consisten en acomodar la conducta a la situación peligrosa advertida a fin de evitar un resultado típico, lo que en muchas ocasiones requerirá la omisión de acciones peligrosas. En el supuesto de que la utilidad social de la conducta autorice la creación de un riesgo, dentro de determinados causes, el deber de cuidado externo consistirá en la observancia de un comportamiento adecuado para contener el riesgo dentro de los márgenes autorizados.⁴⁰

Delimitación conceptual

En relación con los delitos culposos, se distingue el delito culposo de acción del delito culposo por omisión; En el primero se infringe la prohibición de realizar acciones peligrosas (se realiza lo prohibido), y en el delito culposo por omisión se infringe el mandato del deber de obrar (no se hace lo ordenado).

Aun cuando en la práctica resulta difícil la distinción conceptual entre deber de garante y deber de cuidado, dada la superposición parcial o total entre sus contenidos, no sólo es posible sino, inclusive, es necesario distinguirlos porque los efectos que se producen son distintos.⁴¹

Mientras el deber de cuidado importa la abstención de desencadenar todo proceso que sea, en general o en concreto, incontrolable o que sea considerado como carente de toda funcionalidad social, el deber de garante requiere de la prestación necesaria para impedir la confluencia de un curso de riesgo con un bien jurídico protegido.

⁴⁰ Chocan Montalvo, *op. cit.*, p. 34.

⁴¹ *Ibidem*, p. 71.

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

El deber de garantía supone la adopción de un comportamiento de evitación de resultados ante un proceso de peligro, en tanto el deber de cuidado supone la no adopción de un comportamiento de creación de ciertos procesos de peligro para bienes jurídicos penales.

La distinción es necesaria porque en caso de omisión, faltando el deber de garante, no puede responderse por el resultado producido aunque fuere posible afirmar una infracción de la norma de cuidado.

A menudo se ha considerado en la doctrina tradicional que hay una identidad entre el delito imprudente y el delito de omisión. Así NIESE considera que los delitos imprudentes son, en todo caso, delitos de omisión impropia pues el deber de cuidado tiene en el delito culposo idéntico cometido que el deber de garante en el delito de omisión. También RODRÍGUEZ MUÑOZ, siguiendo a MEZGUER opina que en el fondo los delitos culposos son delitos impropios de omisión. Y es que MEZGUER afirmaba, en este sentido, que «al igual que la omisión, la culpa es también un no hacer algo (exigido), a saber: el no cumplimiento de un deber de cuidado, cuya observancia hubiera permitido al autor evitar el acto y sus consecuencias.

Pese a ello resulta necesario distinguir entre un delito culposo de acción (se infringe la prohibición de realizar acciones peligrosas) y un delito culposo de omisión (se infringe el mandato del deber de obrar), y establecer la precisa delimitación conceptual entre el deber de cuidado y el deber de garante, pues resulta evidente que, en caso de omisión, faltando el deber de garante no puede responderse por el resultado producido aunque fuera posible afirmar una infracción de la norma de cuidado. En este sentido, dice SILVA SÁNCHEZ que la comprensión de la infracción del deber de cuidado como omisión supone la conversión de todas las imprudencias activas en omisivas, con la consecuencia de que la responsabilidad por hechos imprudentes se podría atribuir únicamente a los garantes.⁴²

En mi opinión, la dificultad puede zanjarse si se admite que en verdad no se trata de dos deberes (un deber de cuidado y un deber de garante), sino que la naturaleza del llamado deber de garante es en verdad una calidad o situación jurídica en la que se encuentra una perso-

⁴² Chocan Montalvo, *op. cit.*, p. 71.

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

na, en virtud de la cual le nace el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es de evitable estado.

No hay deber de cuidado y deber de garante, la situación de garante es fuente del deber de cuidado.

La tesis aislada de jurisprudencia que en seguida se transcribe, relativa a los servidores públicos cuya función a desempeñar consiste, precisamente, en custodiar, vigilar y dar seguridad a personas, lugares, instalaciones u objetos, nos da mayor claridad:

SERVIDORES PÚBLICOS, COMETEN EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DE SERVICIO PÚBLICO, INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 214 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. Los elementos materiales y objetivos constitutivos del delito de ejercicio indebido de servicio público, son: a) Que el sujeto activo del delito sea servidor público; b) Que éste, por razón de su empleo, cargo o comisión, tenga obligación de custodiar, vigilar, proteger o dar seguridad a personas, lugares, instalaciones u objetos; y c) Que por el incumplimiento de su deber, el sujeto activo, en cualquier forma, propicie daño a las personas, lugares, instalaciones u objetos o bien, que por lo mismo haya pérdida o sustracción de objetos que se encuentren bajo su cuidado. De lo anterior se concluye, que el tipo penal requiere además de que el sujeto activo tenga el carácter de servidor público, *que se acredite su posición de garante* respecto al bien jurídico lesionado. Ahora bien, las formas en que se puede colocar un servidor público en calidad de garante respecto a diversos bienes son tres: a) La ley, b) El contrato de trabajo y c) Orden emitida por personas facultadas para que el garante ocupe ese cargo. Una posición de garante alcanzada por la vía del deber legal, se produce cuando de la propia ley se desprenden deberes jurídicos de garante en sentido estricto; ejemplo el artículo 51, fracción XIII de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, impone a los agentes del Ministerio Público, la obligación de usar el equipo a su cargo con el debido cuidado y prudencia en el cumplimiento de sus funciones, así como conservarlo. El contrato como fuente de posición de garante, opera por ejemplo, cuando se trata de un contrato de trabajo que crea para una de las partes, la obligación de garantía implícita en el puesto a desempeñar, como ocurre con los guardias, vigilantes y custodios; por último, la orden emitida por personas facultadas para

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

que el garante asuma ese cargo, es cuando mediante una orden de persona facultada se da en resguardo para su guardia y custodiar diversos bienes a los servidores públicos; por ende, para acreditar la calidad de garante que establece el tipo penal en comento, debe acreditarse de dónde le surge al sujeto activo ese carácter, y no sólo con el hecho de ser servidor público.

En este sentido, el artículo 16 del Código Penal para el Distrito Federal (GO, 16 de julio de 2002) establece:

Artículo 16 (Omisión impropia o comisión por omisión). En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:

- I. Es garante del bien jurídico;
- II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo; y
- III. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.

Es garante del bien jurídico el que:

- a) Aceptó efectivamente su custodia;
- b) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;
- c) Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico; o
- d) Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o de su pupilo.

En términos similares se regula la figura en los artículos 22 del Código Penal de Campeche, 12 del Código Penal de Chiapas y 16 del Código Penal de Chihuahua, por citar algunos, de donde se obtiene que la posición de garante es la situación que le resulta a la persona que se coloca dentro de algunos de los supuestos normativos señalados y que, por ende, tiene el deber jurídico de obrar para impedir que se produzca un resultado lesivo, que es evitable.

Abandona la posición de garante quien estando en esa situación no se comporta conforme a lo que se espera de ella, pues omite impedir

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

un resultado, que tenía el deber y la posibilidad de evitarlo; es decir, defrauda las expectativas y por tanto resulta imputable por el abandono.

11. El caso

El caso concreto del que deriva la tesis de jurisprudencia en análisis fue la sentencia emitida el 13 de mayo de 2003 por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, al resolver el recurso de apelación SUP-RAP-018/2003 interpuesto por el Partido Revolucionario Institucional en contra de la resolución del 14 de marzo de 2003, dictada por el Consejo General del Instituto Federal Electoral dentro del Procedimiento Sancionatorio Q-CFRPAP 01/02 PRD vs. PRI, mediante la cual se determinó imponer al Partido Revolucionario Institucional, una sanción por la suma de 1'000,000.000.00 (mil millones de pesos 00/100 M. N.) mediante la supresión total de la entrega de las ministraciones del financiamiento que le correspondían por concepto de gasto ordinario permanente en 2003, y a partir de enero de 2004, con la reducción del 50% de las ministraciones del financiamiento público que le correspondían por el mismo concepto, durante los meses subsecuentes hasta que el monto total de las ministraciones retenidas complete dicha cantidad.

A. Los hechos

Los hechos materia del juzgamiento consistieron en la denuncia presentada por el Partido de la Revolución Democrática en contra del Partido Revolucionario Institucional, denunciando que este último recibió, fuera del marco de la Constitución y de la ley, recursos provenientes de la empresa paraestatal Petróleos Mexicanos (Pemex) a través del Sindicato de Trabajadores Petroleros de la República Mexicana (STPRM).

El 5 de junio de 2000, Petróleos Mexicanos y el Sindicato de Trabajadores Petroleros de la República Mexicana celebraron un Convenio Administrativo Sindical mediante el cual la paraestatal concedió al Sindicato un préstamo por \$640,000,000.00 (seiscientos cuarenta millo-

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

nes de pesos 00/100 M. N.), cantidad que fue recibida por el sindicato mediante cheque que fue depositado en su cuenta bancaria el 8 del mismo mes, fecha en que el secretario tesorero del mismo sindicato instruyó por escrito al banco para que entregara a las personas físicas designadas en el escrito, y con sus firmas para identificación, diversas cantidades de dinero en efectivo a través de “traslado de valores”, emitiéndose 86 comprobantes de Servicio de Valores en Tránsito del Banco, mediante los cuales fueron entregadas, en efectivo, diversas cantidades de dinero que suman un total de \$640,000,000.00 (seiscientos cuarenta millones de pesos 00/100 M. N.), \$500,000,000.00 (quinientos millones de pesos 00/100 M. N.) a las personas autorizadas por el secretario tesorero del sindicato, y \$140,000,000.00 (ciento cuarenta millones de pesos 00/100 M.N.) al propio secretario. Algunas de las personas autorizadas laboraban en la Secretaría de Administración y Finanzas del Partido Revolucionario Institucional, al momento de recibir el dinero.

Por otra parte, el Partido Revolucionario Institucional celebró, entre junio y septiembre de 2000, con autorización de la Dirección General de Gobierno, de la Secretaría de Gobernación, un sorteo denominado “PRIMER SORTEO MILENIO MILLONARIO”, obteniendo por la venta de boletos e intereses generados por los depósitos la suma de \$125,287,539.65 (ciento veinticinco millones doscientos ochenta y siete mil quinientos treinta y nueve pesos 65/100 M. N.), y luego de celebrado el sorteo, los ganadores reintegraron al partido el importe de los premios obtenidos, reconociendo que ellos no habían comprado los boletos.

Con base en el material probatorio acumulado en el procedimiento sancionatorio, y atendiendo lo alegado por los contendientes, se tuvo por acreditado que el Partido Revolucionario Institucional recibió recursos de la paraestatal por conducto del sindicato de manera ilegal, y que con esos recursos excedió los topes de campaña autorizados, dado que los hechos ocurrieron en año electoral, así como que el partido acudió a otros expedientes ilegales, como la simulación de sorteos para legitimar ingresos por aportaciones ilegales, por lo cual se determinó, por el Consejo General del Instituto Federal Electoral, la aplicación de la sanción que es materia del recurso de apelación resuelto por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación que nos ocupa.

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

B. Argumentos de agravios

Es precisamente al estudiar los agravios formulados por la parte apelante que se emite el criterio de la tesis de jurisprudencia que ahora nos ocupa.

La argumentación fundamental de un grupo de agravios expresados por la recurrente consistió en la imposibilidad de que las conductas de ciertos individuos generen responsabilidad a un partido político, por la cual éste deba ser sancionado, y que no se rindió prueba directa de que el partido político hubiera recibido el dinero, sino que tal circunstancia se obtuvo de manera inferencial. Por lo tanto, se procedió al estudio de los agravios, iniciando por precisar los casos y la manera en que una persona moral puede ser responsable de una conducta ilícita.

C. Argumentos de la decisión

Se alude al principio *societas delinquere et punire non potest*, conforme al cual las personas morales parecían quedar fuera del orden jurídico, dado que se consideraba que no eran susceptibles de comportamientos ni de juicio de reproche alguno, por carecer de capacidad volitiva de querer y entender su conducta, así como por la imposibilidad física de aplicación de penas, como el castigo corporal o la privación de la libertad, lo cual provocó que las legislaciones punitivas de antaño no las contemplaran, ni se ocuparan de ellas.

Sin embargo, se dice, con la relevante actuación de estos entes en los Estados contemporáneos, la aparición de sindicatos, partidos políticos y diversos tipos de empresas, con organizaciones y estructuras complejas, se advierte que son cada vez más los casos en los que una persona jurídica o moral puede afectar derechos fundamentales e intereses generales, tanto de los individuos como de la sociedad en general. Así, podemos ver que el daño económico o ecológico que algunas empresas causan con su forma de proceder, o bien el daño político, económico o social que pueden generar distintos grupos y organizaciones, entre los que destacan los partidos políticos.

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

Si bien la conducta legal o ilegal en que incurra una persona jurídica sólo puede realizarse a través de las personas físicas que las representan (la celebración de contratos, el pago de salarios o comisiones, etcétera) los beneficios o dividendos de esos actos repercuten en la persona jurídica, independientemente de las ganancias o beneficios que obtengan las personas físicas que actuaron y de la responsabilidad individual de éstas.

En el campo de la ilicitud, también la conducta realizada por una o varias personas físicas beneficia o perjudica a las personas colectivas o morales en cuya representación o en cuyo beneficio se realizan, y es en este terreno donde aparece la problemática respecto de la relación y proporción que existe entre la conducta de una persona física y la existencia de una persona moral, independientemente de que aquélla pertenezca o no a ésta.

El principio de irresponsabilidad penal de las personas morales, se dice en el fallo, ha sido reconsiderado por los especialistas, toda vez que, a través de ellas, es posible llevar a cabo conductas que pueden vulnerar derechos fundamentales o intereses sociales de aquélla, conductas que no pueden quedar impunes.

Por tanto, al ser posible que las personas morales, como tales, puedan infringir una norma, tal comportamiento puede ser calificado como delictual y, por ende, pueden ser pasibles de sanción, acudiendo para ello a una serie de principios y postulados, como el “respeto absoluto de la norma legal”, el “riesgo creado”, el “deber de cuidado” y la “imputación objetiva”.

La culpabilidad de las personas jurídicas y las sanciones aplicables encuentran sustento en el derecho positivo mexicano, como es el caso de los códigos penales de los estados de Hidalgo (artículo 70), Michoacán (artículos 9o. y 70) y Veracruz (artículos 31 y 73), que hacen referencia expresa a la persona moral que facilita los medios para la comisión del delito, de modo que éste resulte cometido a su nombre o bajo su amparo o en beneficio de ella, así como a las reglas para la imposición de sanciones.

Por otra parte, se dice, en el ámbito del derecho administrativo sancionador se reconoce que las personas jurídicas puedan cometer in-

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

fracciones y ser sancionadas con motivo de ellas, sobre la base de un conjunto de elementos y principios tendentes a evidenciar la responsabilidad de las personas jurídicas, como son la *culpa in vigilando*, la *culpa in eligendo*, el “riesgo”, la “diligencia debida” y la “buena fe”, entre otros.

Con referencia al caso concreto, se precisa que el legislador mexicano reconoce a los partidos políticos como entes capaces de cometer infracciones a las disposiciones electorales, a través de personas físicas y, específicamente, en relación con el origen, uso y destino de sus recursos; por tanto, tienen responsabilidad que los hace acreedores a la imposición de sanciones, con independencia de la responsabilidad en que pudieran incurrir sus dirigentes, miembros o simpatizantes, de conformidad con la interpretación de los artículos 41, segundo párrafo, bases I y II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como 38, apartado 1, inciso a) y 269 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Se alude a los valores contenidos en la alta función pública que la Constitución encomienda a los partidos políticos (la promoción de la participación del pueblo en la vida democrática, su contribución en la integración de la representación nacional y posibilitar el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo), y se advierte que, a nivel constitucional, se busca tutelar ciertos valores encaminados hacia la consecución de otro fin fundamental, que es la democracia, mediante la imposición de sanciones por infracción a las normas reguladoras sobre el origen, uso y destino de los recursos de los partidos políticos, lo que permite afirmar la posibilidad de que estos últimos sean válidamente sujetos de imputación por infringir las normas respectivas.

12. Enunciado normativo jurisprudencial

El núcleo de la argumentación formulada en la sentencia de la Sala Superior se recoge en la tesis de jurisprudencia, materia de este estudio, en los términos siguientes:

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

El legislador mexicano reconoce a los partidos políticos como entes capaces de cometer infracciones a las disposiciones electorales a través de personas físicas, tanto en la Constitución federal, al establecer en el artículo 41 que los partidos políticos serán sancionados por el incumplimiento de las disposiciones referidas en el precepto, como en el ámbito legal, en el artículo 38 que prevé como obligación de los partidos políticos conducir sus actividades dentro de los causes legales y ajustar la conducta de sus militantes a los principios del Estado democrático, este precepto regula: a) el principio de respeto absoluto a la norma, que destaca la mera transgresión a la norma como base de la responsabilidad del partido, lo que es acorde con el artículo 269 mencionado, el cual dispone que al partido se le impondrá una sanción por la violación a la ley y b) la posición de garante del partido político respecto de la conducta de sus miembros y simpatizantes, al imponerle la obligación de velar porque ésta se ajuste a los principios del Estado democrático, entre los cuales destaca el respeto absoluto a la legalidad, de manera que las infracciones que cometan dichos individuos constituyen el correlativo incumplimiento de la obligación del garante —partido político— que determina su responsabilidad por haber aceptado o al menos tolerado las conductas realizadas dentro de las actividades propias del instituto político; esto conlleva, en último caso, la aceptación de las consecuencias de la conducta ilegal y posibilita la sanción al partido, sin perjuicio de la responsabilidad individual. El partido político puede ser responsable también de la actuación de terceros que no necesariamente se encuentren dentro de su estructura interna, si le resulta la calidad de garante de la conducta de tales sujetos. Lo anterior sobre la base de que, tanto en la Constitución como en la ley electoral secundaria, se establece que el incumplimiento a cualquiera de las normas que contienen los valores que se protegen con el establecimiento a nivel constitucional de los partidos políticos, acarrea la imposición de sanciones; estos valores consisten en la conformación de la voluntad general y la representatividad a través del cumplimiento de la función pública conferida a los partidos políticos, la transparencia en el manejo de los recursos, especialmente los de origen público, así como su independencia ideológica y funcional, razón por la cual es posible establecer que el partido es garante de la conducta tanto de sus miembros, como de las personas relacionadas con sus actividades, si tales actos inciden

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

en el cumplimiento de sus funciones, así como en la consecución de sus fines. Lo anterior se ve reforzado con lo establecido en la doctrina, en el sentido de que los actos que los órganos estatutarios ejecutan en el desempeño de las funciones que le competen se consideran como actos de la propia persona jurídica, y del deber de vigilancia de la persona jurídica —*culpa in vigilando*— sobre las personas que actúan en su ámbito.

Componentes del enunciado normativo jurisprudencial

Son componentes de este enunciado normativo jurisprudencial los siguientes:

- Que el sistema jurídico mexicano reconoce a los partidos políticos como entes capaces de cometer infracciones a las disposiciones electorales a través de personas físicas y, por tanto, como entes pasibles de sanción.
- Que conforme a la ley es obligación de los partidos políticos conducir sus actividades dentro de los causes legales y ajustar la conducta de sus militantes a los principios del Estado democrático.
- Que de esta obligación derivan: el principio de respeto absoluto a la norma y la posición de garante respecto de la conducta de sus miembros y simpatizantes.
- Que el principio de respeto absoluto a la norma importa la aplicación de sanciones por violación de la ley (la mera transgresión a la norma como base de la responsabilidad del partido), y la posición de garante impone al partido político la obligación de velar porque la conducta de sus miembros y simpatizantes se ajuste a los principios del Estado democrático.
- Que las infracciones cometidas por los miembros o simpatizantes constituyen el correlativo incumplimiento de la obligación del garante (partido político).
- Que la responsabilidad de este último deriva de haber aceptado, o al menos tolerado, las conductas realizadas dentro de las

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

actividades propias del instituto político, lo que conlleva la aceptación de las consecuencias de la conducta ilegal, y posibilita la sanción al partido, sin perjuicio de la responsabilidad individual de los autores de las conductas.

- Que el partido político es responsable también por la actuación de terceros, que no necesariamente se encuentren dentro de su estructura interna, cuando le resulta calidad de garante de la conducta de tales sujetos.
- Que el partido es garante de la conducta tanto de sus miembros como de las personas relacionadas con sus actividades, si tales actos inciden en el cumplimiento de sus funciones y/o en la consecución de sus fines.
- Que los valores que justifican la imposición de sanciones consisten en la conformación de la voluntad general y la representatividad a través del cumplimiento de la función pública conferida a los partidos políticos; la transparencia en el manejo de los recursos, especialmente los de origen público, así como su independencia ideológica y funcional.
- Que la imposición de sanciones a los partidos políticos, por actos ajenos, se sustenta en la doctrina que establece que los actos que los órganos estatutarios ejecutan en el desempeño de las funciones que le competen se consideran como actos de la propia persona jurídica, y en el deber de vigilancia de la persona jurídica —*culpa in vigilando*— sobre las personas que actúan en su ámbito.

13. Crítica

El caso presenta un problema de aplicación de la norma en el ámbito del derecho sancionador, conforme al cual la imposición de una sanción sólo procede en los casos de texto claro y expreso de la ley, interpretado conforme a su sentido literal, sin posibilidad de acudir a la analogía para tales efectos.

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

Tradicionalmente, para aplicar el derecho, se ha recurrido al método de subsunción, conforme al cual la aplicación de las normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formuladas abstractamente.⁴³

La decisión es fundada cuando se sigue lógicamente de la subsunción de los enunciados empíricos, dentro de los componentes de los supuestos hipotéticos normativos vigentes; sin embargo, no siempre es posible efectuar tal subsunción, o cuando menos no es posible efectuarla con la precisión que requiere el método, ello por la vaguedad del lenguaje jurídico; por la posibilidad de conflictos de normas; por posibles casos que requieren de una regulación jurídica, sin que exista una norma vigente que los regule, o porque el caso obligue, incluso, a decidir en contra del sentido literal de una norma vigente.⁴⁴

En los casos en que no es clara la subsunción de los enunciados empíricos (hechos fijados en el procedimiento) en la formulación de la norma jurídica, es necesario, para fundamentar la decisión, acudir a la interpretación de la norma, lo que desde luego no podría válidamente hacerse tratándose de la aplicación de una sanción.

Así ocurrió en el caso que nos ocupa, en el que la fundamentación de la decisión sancionatoria sólo se obtuvo acudiendo a la interpretación del apartado I, inciso a, del artículo 38 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

El artículo 41 constitucional y el 269 (hoy 354) del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales no fueron suficientes para fundamentar la decisión de imposición de la sanción, pues si bien nos dicen que los partidos políticos son entidades pasibles de sanción y determinan cuáles son las sanciones que pueden aplicarse, no resuelven, y por tanto no pueden fundamentar si en el caso concreto el partido po-

⁴³ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 24. “Una decisión jurídica U, que se sigue lógicamente de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, N1, N2...Nn, y de los enunciados empíricos A1, A2,...An, puede ser calificada de *fundamentable* a partir de N1, N2...Nn, y A1, A2,...An,. Si hay decisiones que no se siguen lógicamente de N1, N2...Nn, conjuntamente con A1, A2,...An, entonces se plantea la cuestión de cómo pueden ser fundamentadas tales decisiones. Este es el problema de la metodología jurídica”.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 23.

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

lítico denunciado incurrió o no en conductas ajustables a los supuestos hipotéticos que condicionan la aplicación de la sanción.

Por lo que el fundamento toral de la decisión se obtuvo de la interpretación del supuesto abstracto contenido en el inciso a, del apartado I, del artículo 38 del ordenamiento legal en cita.

Esta norma establece la obligación, cuya inobservancia se imputa al partido político, haciéndolo acreedor a la sanción por transgresión de la ley.

Conforme a este precepto, los partidos políticos están obligados a:

- a) Conducir sus actividades dentro de los cauces legales;
- b) Ajustar su conducta y la de sus militantes a los principios del Estado democrático, y
- c) Respetar la libre participación política de los demás partidos políticos y los derechos de los ciudadanos

De la inteligencia de la norma, se sostiene por la Sala que la misma regula:

1. El principio de respeto absoluto a la norma;
2. La posición de garante que corresponde a partidos políticos, respecto de la conducta de sus miembros y simpatizantes (la norma sólo se refiere a militantes), y
3. Aquí el intérprete adiciona una consecuencia más, que no deriva del supuesto normativo, sino que llega a ella extendiendo la responsabilidad a ámbitos no contemplados por la norma y sustentando esa extensión en la calidad de los valores y la importancia de la función encomendada por la Constitución a los partidos políticos.

El agregado consiste en llevar la posición de garante de los partidos políticos respecto de la actuación de “terceros, que no necesariamente se encuentren dentro de su estructura interna”, cuando los actos de dichos terceros incidan en el cumplimiento de las funciones y/o en la consecución de los fines del partido político.

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

De igual forma extiende la obligación del partido político de ajustar su conducta y la de sus militantes a los principios del Estado democrático, también a la conducta de “miembros y simpatizantes”.

A. Principio de respeto absoluto a la norma

En mi opinión, la pretensión de fundamentar la decisión de imposición de la sanción en el principio de respeto absoluto a la norma (la mera transgresión a la norma es base de la responsabilidad del partido) no es acertada, por lo siguiente:

Conforme a la sentencia, la función pública encomendada por la Constitución a los partidos políticos consiste en:

- a) Promover la participación del pueblo en la vida democrática;
- b) Contribuir a la integración de la representación nacional, y
- c) Hacer posible el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público, mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo.

Se dice en el fallo que, a fin de permitir que los partidos cumplan tales funciones, la Constitución ordena que la ley garantice que cuenten de manera equitativa con ciertos elementos o prerrogativas, entre otros, el financiamiento público y privado. Esto es, que el financiamiento a partidos políticos es un medio para el cumplimiento de la función que les fue encomendada, un medio muy importante, pero que no puede confundirse con las funciones que, en nuestro sistema, la carta magna encomienda a los partidos políticos.

Se agrega que para garantizar su adecuado origen, manejo y destino, la Constitución ordena que la ley señale las reglas a que se sujetará el financiamiento de los partidos y sus campañas, y que también deben preverse los procedimientos para el control y vigilancia del origen y uso de los recursos, así como las sanciones que se impondrán por incumplimiento de estas disposiciones.

Las normas secundarias que regulan el control y vigilancia del origen y uso del financiamiento a partidos políticos, así como las sanciones

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

que proceden en caso de transgresión, tienen por finalidad garantizar el adecuado origen, manejo y destino de tales recursos.

De lo anterior, advierte el fallo que, a nivel constitucional, se busca tutelar ciertos valores encaminados a la consecución de otro fundamental, que es la democracia, mediante la imposición de sanciones por infracción a las normas reguladoras sobre el origen, uso y destino de los recursos de los partidos políticos, lo que permite afirmar la posibilidad de que estos últimos sean válidamente sujetos de imputación, por infringir las normas respectivas.

Conforme a esta argumentación, los valores referidos se jerarquizan. El valor fundamental es la democracia y los otros valores (secundarios) solo están encaminados a la consecución de ese valor fundamental.

Y aún cuando no precisa los valores secundarios, el argumento permite suponer, que se refiere a las normas jurídicas que regulan el origen, manejo y destino del financiamiento (que no son fines ni valores, son normas jurídicas tuitivas de los medios establecidos para que los partidos políticos puedan cumplir las funciones que se les encomiendan).

Tales “valores”, encaminados a conseguir la democracia (normas reguladoras del origen, manejo y destino del financiamiento), se tutelan mediante otras normas que regulan la imposición de sanciones en caso de transgresión a los que se consideran valores secundarios.

Hasta aquí el argumento aparece construido con elementos heterogéneos de difícil conexión.

Primero se habla de las funciones que la Constitución encomienda a los partidos políticos y de los medios que se les otorgan para que cumplan dicha función (financiamiento).

En seguida se hace referencia a valores y su jerarquía. Es valor principal la democracia y “ciertos valores” (secundarios) encaminados a obtener el primero, pero en verdad, los que denomina “ciertos valores”, son normas jurídicas que regulan el origen, manejo y destino del financiamiento (confundiendo a la norma jurídica con su contenido axiológico).

Se agrega que estos “valores” se tutelan con normas diversas que regulan la imposición de sanciones en caso de transgresión.

El argumento elaborado así, no permite precisar cuál es, o cuáles son, el bien o los bienes jurídicos tutelados, cuya transgresión justifi-

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

cara la imposición de la sanción, no se advierte si son las funciones que se encomiendan a los partidos políticos; si son los medios que se otorgan para que puedan cumplirse las funciones; si es valor principal o los valores secundarios; o si se trata de valores o de normas jurídicas.

El argumento continúa sosteniendo que, en armonía con el mandato constitucional, en el artículo que se interpreta se recoge el principio de “respeto absoluto de la norma legal”, precisando que este principio impone el respeto a la norma en sí misma, al emanar de un órgano que encarna la soberanía y que lo manda tomando en cuenta el bienestar social, por lo que la violación de la norma importa afectación de los derechos esenciales de la comunidad y, su sola contravención justifica la imposición de una sanción.

De manera que, finalmente, entre funciones, medios, valores principales, valores secundarios y normas tuitivas, el intérprete decide fundamentar, o sustentar la decisión de aplicación de la sanción al partido político, en “un principio”, el de “respeto absoluto a la norma”.

Debe advertirse además, que la norma de la que el intérprete hace derivar el llamado “principio de respeto absoluto a la norma” es una disposición legal y no constitucional como se sostiene en el fallo, por lo que el argumento de validación de la decisión por emanar el mandato transgredido de un órgano que encarna a la soberanía, es falso.

Se agrega en el fallo que, con tal disposición, el sistema legal positivo se aparta del concepto clásico de culpabilidad, elemento que tradicionalmente sólo podía existir si se comprobaba un nexo causal entre determinada conducta y un resultado, y siempre sobre la base del dolo o de la culpa (imprudencia) en su forma de expresión clásica. En el precepto en examen se resalta, como violación esencial, la simple trasgresión a la norma por sí misma, como base de la responsabilidad.

Pero enseguida, el mismo argumento, invalida esta aseveración al acudir, para reforzar la decisión de imponer la sanción, a conceptos de una subjetividad extrema, como el deber de cuidado y la *culpa in vigilando*, con lo que el argumento resulta incongruente.

Por otra parte, con independencia de que el origen, formulación y validez de los principios, no se siguen lógicamente de las normas propuestas, al pretender aplicarlos como fundamento de una decisión es-

pecífica, plantean severos problemas, dado que, conforme a su naturaleza, los principios carecen de concreción, requieren de valoraciones adicionales a realizar particularmente por el juez, de tal forma que no son los principios, sino el aplicador, quien actúa considerando, en todo caso, el contenido significativo que despliega el principio, en relación con las circunstancias y estimativas del caso concreto, lo que pueden entrar en contradicción con el principio que, por supuesto, no rige sin excepción.⁴⁵

No es aceptable considerar que toda inobservancia de una norma jurídica o que cualquier ilícito de lugar a su tipificación como infracción o falta electoral de manera omnicompreensiva, sin considerar las variadas facetas del quehacer humano, esto sólo es propia de un régimen totalitario.

Es racionalmente insostenible que cualquier violación a la norma provoque la aplicación de una sanción, sin considerar las valoraciones particulares necesarias para decidir un caso concreto, aun al margen de las endiabladas complicaciones de la culpa.

La determinación de la transgresión depende en un alto porcentaje, sino es que en su totalidad, del significado que el aplicador le dé a la norma. Esto puede conducir a resultados contrapuestos ante diferentes concepciones del objetivo de la norma.

El enunciado de respeto absoluto a la norma puede implicar desde la absurda consideración de que frente al respeto absoluto existiera la posibilidad de un “respeto relativo” a la norma jurídica, hasta las diversas concepciones acerca de, si lo respetable de la norma jurídica es su literalidad, su jerarquía, su validez formal, su contenido axiológico,

⁴⁵ Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 26. Un sistema de principios generales de un ordenamiento jurídico (sistema axiológico-teleológico) nos remite a la cuestión inmediata de cómo pueden obtenerse estos principios, ya que los mismos no se siguen lógicamente de las normas presupuestas. También es problemático el uso de tales principios para fundamentar decisiones jurídicas, en tanto que los principios no rigen sin excepción, y pueden entrar en oposición o contradicción; no contienen una pretensión de exclusividad; solo despliegan su contenido significativo propio en un juego conjunto de complemento y limitación recíprocos, y necesitan para su realización de concreción a través de principios subordinados y valoraciones particulares con contenido material independiente. El sistema axiológico-teleológico no permite, por sí solo, una decisión sobre cómo tiene que ser el juego de los principios en un caso concreto y que valoraciones particulares hay que realizar.

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

su trascendencia social, su importancia económica, etcétera, lo que finalmente deja un campo muy amplio al aplicador, quien deberá elegir entre múltiples soluciones, a partir de normas jurídicas, reglas metódicas y enunciados de sistemas jurídicos no determinados ulteriormente.

B. Posición de garante respecto a la conducta de miembros y simpatizantes

Se sostiene en el fallo que otro de los aspectos relevantes del precepto que se analiza es la figura de garante, la cual permite explicar satisfactoriamente la responsabilidad del partido político, en cuanto que éste debe garantizar que la conducta de sus militantes se ajuste a los principios del Estado democrático, entre cuyos elementos destaca el respeto absoluto a la legalidad, de tal manera que las infracciones por ellos cometidas constituyen el correlativo incumplimiento de la obligación del garante (partido político), que determina su responsabilidad por haber aceptado, o al menos tolerado, las conductas realizadas dentro de las actividades propias del instituto político, lo que implica, en último caso, la aceptación de sus consecuencias y posibilita la sanción al partido, sin perjuicio de la responsabilidad individual.

De esta forma, si el partido político no realiza las acciones de prevención necesarias será responsable, bien porque acepta la situación (dolo) o bien porque la desatiende (culpa).

Es incuestionable que la posición de garante del partido político, deriva del inciso a) de apartado I del artículo 38 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, respecto a la conducta de los militantes, pero no es tan claro si se pretende sostener que esa misma posición de garante derive del mismo precepto, respecto de las actividades de miembros y simpatizantes, a quienes no menciona la norma materia de interpretación.

Puede concederse que los conceptos miembros y militantes se utilicen en el fallo como sinónimos, pero de ninguna manera entrarían en este rubro los simpatizantes.

Es verdad que la ley alude a los simpatizantes, sobre todo tratándose de la regulación de las aportaciones voluntarias, pero de ahí a derivar

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

para el partido político posición de garante respecto a la conducta de tales simpatizantes, hay una distancia muy larga por recorrer.

El partido podrá ser sancionado si recibe aportaciones de éstos, sin verificar su origen y su licitud, pero de ninguna manera podría responsabilizársele por los comportamientos o por las actividades de tales simpatizantes, ni es su función, ni tiene herramientas para fiscalizarlos.

También es claro que el precepto de la ley electoral en comento impone a los partidos políticos la obligación de conducir sus actividades dentro de los causes legales y ajustar su conducta y la de sus militantes (no miembros y simpatizantes, como dice la tesis) a los principios del Estado democrático, y que esto hace a los partidos, responsables ante de las infracciones cometidas por aquéllos, en tanto que tales infracciones constituyen el correlativo incumplimiento de la obligación del garante (partido político), al aceptar, o al menos tolerar, las conductas realizadas dentro de las actividades propias del instituto político, lo que conlleva la aceptación de las consecuencias de la conducta ilegal, y posibilita la sanción al partido, sin perjuicio de la responsabilidad individual de los autores de las conductas.

Lo que es inaceptable es que conforme a los términos en que está redactada la jurisprudencia (los partidos políticos responderán por las actuaciones infractoras de la ley, de sus militantes, miembros, simpatizantes e incluso terceros, importando sanción para los partidos políticos, independientemente de la que pudiera corresponder a los infractores) pudiera pretenderse convertir a los partidos políticos en censores de la conducta de sus agremiados.

La obligación de conducir a los militantes por los causes de los principios democráticos no puede interpretarse como deber de cuidado, de vigilancia o de adecuada elección de sus miembros, militantes, simpatizantes o terceros vinculados. En principio, porque el partido político no elige a sus militantes, sino que son los ciudadanos los que eligen al partido con el que consideran comulgar en ideales o por cualquier otra consideración que ni siquiera es necesario expresar y, enseguida, porque la libertad de expresión política (que incluye las libertades de participación política, de asociación, de expresión, de prensa, de información, de voto y de acceso a los cargos públicos) es esencial

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

para garantizar que los ciudadanos se conviertan en actores activos en la formación y elección del gobierno que represente los intereses de la mayoría, y donde las minorías sean respetadas y logren participar como oposición en las instancias legislativas, o incluso en el gobierno.⁴⁶ ¿Cómo podría un partido político controlar o restringir la libertad de sus militantes?

No pueden los partidos políticos censurar los comportamientos de sus militantes, miembros o simpatizantes, en tanto que, tratándose de la libertad de expresión política, cualquier restricción se estima, *prima facie* como ilegítima, salvo razones poderosas que autoricen su excepcional restricción.⁴⁷

Por otra parte, tanto el argumento del fallo como la tesis de jurisprudencia tratan al concepto de democracia, como una cuestión de legalidad y de observancia ciega de la ley, cuando la democracia autoriza el análisis, la valoración y el cuestionamiento del mismo sistema jurídico y de sus fundamentos, con independencia de las dificultades para la determinación del contenido o del sentido que el aplicador considere que debe darse a la ley en el caso concreto.

Por ejemplo, en un ejercicio democrático, el ciudadano puede elegir afiliarse al partido político que considere que la interrupción del embarazo (aborto) es un derecho esencial de la mujer y que la legislación que lo prohíba es incorrecta, o bien al partido político que dentro de su plataforma considere que la legislación prohibitiva de tal acto es correcta y que lo indebido es el comportamiento abortivo. Lo anterior con independencia de que un aplicador inquisitivo considere que la práctica del aborto debe sancionarse sin posibilidad de argumentar justificación o excepción alguna, y de que, otro aplicador, dentro del mismo sistema, considere que la norma puede permitir casos de excepción. La obediencia ciega de la ley, al margen de valoraciones es un acto carente de racionalidad y no propio de regímenes democráticos.

A propósito de la reforma al artículo 41 constitucional, apartado C, fracción III, referente a la difamación y a la calumnia que autoriza res-

⁴⁶ Cruz Parceró, José Antonio, “La libertad de expresión y los límites impuestos por la reforma del artículo 41 constitucional. Aspectos problemáticos”, *Estudios sobre la Reforma Electoral 2007. Hacia un nuevo modelo*, México, TEPJF, 2008, p. 295.

⁴⁷ *Idem*.

tricción a la libertad de expresión en general, al ser incompatibles con la dignidad de la persona, Cruz Parceró⁴⁸ sostiene que tratándose de la libertad de expresión política, siendo el honor o la reputación un interés siempre valioso para la persona, por sí no se puede considerar suficiente para restringir la libertad de expresión.

...si bien pueden causar daño y por ello debe de estar protegidas, más daño hace en ocasiones que se sepa algo que es verdad a que se sepa algo que es mentira, por ello el problema con los límites en el caso de la difamación no es que se produzca un daño. El daño puede provenir de información precisa y verdadera que lesiona gravemente la reputación de una persona. Sin embargo —como sostiene Schauer— la falsedad consideramos no suele contribuir al debate público, sino que le resta valor. El honor o la reputación es un interés siempre valioso para la persona, pero por sí no se puede considerar suficiente para imponer una restricción a la libertad de expresión.⁴⁹

C. Posición de garante respecto a la conducta de terceros

La afirmación de que la posición de garante resulta para los partidos políticos respecto de la actividad de terceros se sostiene bajo el argumento de que, de las prescripciones que los partidos deben observar en materia del origen, uso y destino de sus recursos, se advierte que pueden ser incumplidas a través de sus dirigentes, miembros, simpatizantes e inclusive terceros que no estén dentro de su organigrama.

Lo anterior, sólo cuando los actos de los terceros incidan en el cumplimiento de las funciones y/o en la consecución de los fines del partido político.

Y con base en el mismo argumento que expone, tratándose de militantes, sostiene que las infracciones cometidas por los terceros constituyen el correlativo incumplimiento de la obligación del garante (partido político), y que ello determina su responsabilidad al haber aceptado, o al menos tolerado, las conductas realizadas dentro de las actividades

⁴⁸ Cruz Parceró, José Antonio, *op. cit.*, p. 295.

⁴⁹ *Idem.*

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

propias del instituto político, lo que implica, en último caso, la aceptación de sus consecuencias y posibilita la sanción al partido, sin perjuicio de la responsabilidad individual que corresponda a los infractores.

Para sustentar esta afirmación se procedió, en el fallo, a hacer un análisis de los artículos 22, apartado 3, 23, 25, apartado 1, incisos a) y c), 26, apartado 1, inciso d), 27, apartado 1, inciso c), fracción IV, e inciso g), 36, apartado 1, inciso c), 38, apartado 1, incisos k) y n), 39, 40, 41, apartado 1, inciso d), 49, 49-A, 49-B, 82, apartado 1, incisos m) y w), y 269 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, vigente en la fecha de emisión de la sentencia.

Del análisis de estos preceptos, se dice en el fallo, se desprenden las bases, con las que se explica porqué se ha de considerar que la posición de garante resulta a los partidos políticos respecto de las actividades de tales terceros, justificándose la imposición de la sanción al garante (partido político) por infracciones cometidas por los terceros y con total independencia de la que pueda corresponder a estos últimos.

Las bases son las siguientes:

1. El régimen del financiamiento tiene como modalidades: el público, el proveniente de la militancia, el aportado por simpatizantes, el autofinanciamiento y el originado por rendimientos financieros, fondos y fideicomisos. De estas clases de financiamiento debe prevalecer la primera modalidad.

2. La prohibición de que los partidos políticos reciban aportaciones o donativos, en dinero o en especie, de las siguientes entidades o personas:

- a) Los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Federación, de los estados y de los ayuntamientos.
- b) Las dependencias, entidades u organismos de la administración pública federal, estatal o municipal, centralizada o paraestatal, y los órganos de Gobierno del Distrito Federal.
- c) Partidos políticos, personas físicas o morales extranjeras.
- d) Organismos internacionales de cualquier naturaleza.
- e) Ministros de culto, asociaciones, iglesias o agrupaciones de cualquier religión o secta.

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

- f) Personas que vivan o trabajen en el extranjero.
- g) Empresas mexicanas de carácter mercantil.

3. La prohibición de que los partidos soliciten créditos provenientes de la banca de desarrollo para el financiamiento de sus actividades.

4. La prohibición de recibir aportaciones de personas no identificadas, con excepción de las obtenidas mediante colectas realizadas en mítines o en la vía pública.

5. El financiamiento público se otorga para el sostenimiento de actividades ordinarias y permanentes, gastos de campaña y actividades específicas, como entidades de interés público, relativas fundamentalmente a educación, capacitación e investigación política.

6. La autoridad electoral (Consejo General del Instituto Federal Electoral) determina los topes de gastos de campaña, tomando en cuenta los costos mínimos que ella misma calcula con base en los estudios que le presenta al efecto el consejero presidente, y cada año se actualiza conforme al Índice Nacional de Precios al Consumidor establecido por el Banco de México.

7. El financiamiento de la militancia se conforma con las cuotas obligatorias ordinarias y extraordinarias de sus afiliados, por las aportaciones de sus organizaciones sociales y por las cuotas voluntarias y personales de candidatos, exclusivamente para sus campañas, de las cuales se debe expedir el recibo correspondiente, del que ha de conservar una copia el partido político para demostrar el ingreso.

8. El financiamiento de simpatizantes se conforma con las aportaciones o donativos, en dinero o en especie, en forma libre y voluntaria, de personas mexicanas residentes en el país, que no sean de las que con anterioridad se señalaron como prohibidas. Este financiamiento no puede ser, anualmente, superior al 10% del total del financiamiento público para actividades ordinarias que corresponda a todos los partidos políticos, y por cada aportante tiene un límite anual equivalente al 0.05% del monto total de financiamiento público para actividades ordinarias permanentes otorgado a los partidos políticos; también deben expedirse recibos por tales aportaciones.

9. El autofinanciamiento se constituye de los ingresos por actividades promocionales, como conferencias, espectáculos, juegos y sorteos,

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

eventos culturales, ventas editoriales, de bienes y de propaganda utilitaria, y cualquier otra similar.

10. Para el financiamiento por rendimientos financieros se permite crear fondos o fideicomisos con el patrimonio de los partidos o las aportaciones que reciban de manera adicional a las anteriores, con excepción de la adquisición de acciones bursátiles.

11. El partido político debe tener un órgano interno encargado de la obtención y administración de sus recursos generales y de campaña, y de la presentación de los informes.

12. El Consejo General del Instituto Federal Electoral es el órgano encargado de la fiscalización de los recursos de los partidos políticos, a través de la Comisión de Fiscalización de los Recursos de los Partidos y Agrupaciones Políticas.

13. Los partidos políticos deben rendir informes a la autoridad, señalada en el punto anterior, sobre el origen y monto de los ingresos que reciban por cualquier modalidad de financiamiento, así como su empleo y aplicación.

14. Los informes son de dos tipos: anuales, donde se reportan los ingresos totales y gastos ordinarios que los partidos hayan realizado durante el ejercicio bardas, mantas, volantes, pancartas, equipos de sonido, eventos políticos en lugares alquilados y otros similares, así como los gastos operativos de campaña, consistentes en sueldos y salarios del personal eventual, arrendamiento eventual de bienes muebles e inmuebles, gastos de transporte personal y material, viáticos, y otros similares.

15. Con la presentación de los informes inicia un procedimiento de fiscalización por la Comisión mencionada, en el que se hace una revisión de las finanzas del partido, se le hacen observaciones, se verifican los datos reportados, para lo cual incluso se pueden practicar auditorías, para terminar con la aprobación de los informes, o bien con la imposición de sanciones por los incumplimientos que se detecten.

De las quince bases mencionadas (consideradas en lo individual y en su conjunto) no se deriva que resulte posición de garante a los partidos políticos respecto a los terceros con quienes puedan vincularse en la consecución de sus fines o en el cumplimiento de sus funciones.

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

La base uno determina cuáles son las fuentes públicas y privadas del financiamiento de los partidos.

La base dos enumera las entidades respecto de las que el partido tiene prohibición de recibir financiamiento.

La base tres refiere la prohibición a los partidos de solicitar y obtener créditos de instituciones financieras para el desarrollo de sus actividades.

La base cuatro refiere la prohibición de recibir aportaciones de personas no identificadas, excepto si proceden de colectas en mítines o en vía pública.

La base cinco señala los fines para los cuales se otorga el financiamiento público.

La base seis precisa el organismo que determina los topes de los gastos de campaña y los instrumentos que considera para tal efecto y para su actualización.

La base siete refiere la regulación y control del financiamiento de la militancia.

La base ocho a la regulación, control y límites del financiamiento por aportación de simpatizantes.

La base nueve refiere la regulación de los medios de autofinanciamiento.

La base diez refiere la regulación del financiamiento por rendimientos financieros y la creación de fondos o fideicomisos con el patrimonio del partido político o con aportaciones adicionales a las anteriores, así como la prohibición de adquisición de acciones bursátiles.

La base once refiere la obligación de creación del órgano interno de cada partido, encargado de la obtención y administración de los recursos y de la presentación de los informes correspondientes.

La base doce refiere a la Comisión de Fiscalización de los Recursos de los Partidos y Agrupaciones Políticas como el órgano del Consejo General del Instituto Federal Electoral encargado de la fiscalización de los recursos de los partidos políticos.

La base trece refiere la obligación de rendir informes a la autoridad sobre origen, monto, empleo y aplicación de los ingresos de los partidos políticos.

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

La base catorce refiere los tipos de informe, su contenido y la frecuencia con que se deben rendir.

La base quince precisa que a partir de la presentación de los informes inicia un procedimiento de fiscalización por la Comisión precisando en qué consiste dicha fiscalización.

Y si bien de las actividades precisadas en estas bases pueden resultar algunas que supongan vinculación del partido político con terceros que no necesariamente estén dentro de su organigrama, de ninguna de ellas se deriva que el partido deba responder por las infracciones que tales terceros cometan, ni tampoco justifican que, por las infracciones de tales terceros, se deba sancionar al partido político.

Por lo contrario, en la base doce se precisa que es al Consejo General del Instituto Federal Electoral a quien compete la función de fiscalización, a través de la Comisión de Fiscalización de los Recursos de los Partidos y Agrupaciones Políticas y que éste es el órgano al que los partidos deben informar de tales actividades, en la manera y temporalidad que la ley señala.

En seguida, el intérprete retoma su discurso sobre la importancia de los valores que se protegen con las normas que regulan los recursos que reciben los partidos, así como su manejo y destino e incluye un valor que antes no había referido, que identifica como el valor de “la transparencia en el manejo de los recursos, especialmente los de origen público”.

Y sostiene que este “valor” responde a la necesidad de que haya certeza sobre el manejo de todo tipo de recursos en entidades que cumplen una función pública, sobre todo cuando se trata de recursos públicos, ya que son los que provienen de toda la sociedad para el desempeño de ese tipo de funciones, de manera que es preciso que la sociedad conozca que sus recursos están siendo utilizados debidamente en tales funciones.

Lo que tampoco es argumento para derivar de la norma que fue materia de interpretación, ni de los preceptos de los que hace derivar de las normas reguladoras del financiamiento, la posición de garante de los partidos políticos respecto de las actividades de los terceros con quienes se vincule y que incidan en el cumplimiento de sus fines o de sus funciones.

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

No se puede confundir transparencia con responsabilidad por hechos de otros.

Yo respondo por los daños cometidos por el menor sujeto a mi potestad y vigilancia, pero de ninguna manera puedo responder por el daño que un tercero cause a mi hijo, por más que considere que es bajo mi responsabilidad su cuidado.

Es claro que en sus relaciones con terceros, el partido puede incurrir en hechos de simulación, encubrimiento, coautoría, coparticipación u otros, por los que debe responder como hechos propios, pero de ninguna manera de ello puede derivarse situación de garante respecto a las actividades de tales terceros, actividades de las que, incluso el propio partido, puede resultar víctima (puede un tercero cometer fraude al partido político en relación con negocios referentes a los recursos materia del financiamiento) e imponer una sanción al partido político por resultar sujeto pasivo del fraude sería no solamente absurdo, sino totalmente injusto, y exigir que el partido quede blindado en contra de actos infractores o delictuales, de los que eventualmente puede resultar víctima, es una quimera, por más que se insista en el discurso de los valores o de la importancia de las funciones.

D. Referencia a la culpa in vigilando como refuerzo para fundamentar la decisión de imponer una sanción al partido político por actos de terceros

Nada más desafortunado que acudir al auxilio de la *culpa in vigilado*, para pretender el sustento ideológico de la decisión de imponer la sanción al partido político por actos de terceros pues, como antes se ha señalado, esta figura es una construcción del derecho civil que opera en el ámbito de la justicia conmutativa entre víctima y responsable.

Su diseño responde a la necesidad de resolver un problema práctico relativo a reparación de daños, *no* para prevenir actividades anti-sociales, ni para servir de base para fijar parámetros en la aplicación de sanciones por conductas delictuales o infractoras. *No* es apta para estos fines.

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

La consecuencia de incurrir en *culpa in vigilando* es la creación de una obligación a cargo del responsable, de reparar los daños causados de manera directa o indirecta a la víctima. Su función normativa es indemnizatoria, no punitiva.

Se responde por *culpa in vigilando* cuando hay un daño (menoscabo que emerge o lucro que cesa) causado injustamente por un incapaz o un dependiente, a alguien que reclama y tiene derecho a la reparación.

La extensión de la obligación de reparación se mide por la dimensión de los daños causados, no por la peligrosidad, ni por el nivel del comportamiento (gradación de la culpa) del sujeto responsable.

El bien tutelado es de carácter privado, concierne exclusivamente al perjudicado y al causante del daño, sin tomar en cuenta otro tipo de factores

De ser la *culpa in vigilando* el fundamento de la sanción impuesta al partido político, legalmente nada impediría que el partido pudiera repetir en contra de los terceros para que fueron éstos.

Otorga derecho a quien responde por *culpa in vigilando* para repetir en contra del infractor, obteniendo que finalmente sea éste quien soporte las consecuencias del maleficio.

Y además presenta graves problemas de aplicación.

Puede existir un descuido y hasta abandono total de la vigilancia y no generar responsabilidad, si no se produjeron daños.

E incluso en el supuesto de resultado dañoso derivado de actos del vigilado, tampoco habrá responsabilidad para el vigilante si acredita que empleó toda la diligencia debida y a pesar de ello el daño se produjo, o que el vigilado se encuentra bajo el cuidado y gobierno de otra persona a quien la ley le impute responsabilidad.

La cuestión es saber si la relación entre vigilado y vigilante impone deberes entre ellos y si otorga facultades necesarias que ejercer para cumplir con el deber.

Si se admite que hay una conexión de segundo grado (primero ocurre la omisión en la vigilancia, y en ese estado de descuido, el sujeto que debió ser vigilado realiza la conducta dañosa), pudiera interpretarse como coparticipación o coautoría del vigilante y del vigilado, la obligación sería en mancomún (el daño tendría que repararse por am-

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

bos pero el objeto de la obligación sería único), o bien solidaria si así lo impone la ley.

En el supuesto de que el daño se produjera por acción del vigilado, pero el vigilante acreditara en la reclamación que empleó toda la diligencia debida y a pesar de ello el daño se produjo, y por tanto queda liberado, ¿quién soporta el daño?, ¿puede la víctima enderezar su acción en contra del vigilado sin que ésta se considere subsidiaria? o ¿queda el daño sin reparación?

La presunción de culpa que se genera en los casos responsabilidad civil indirecta se regula bajo diversos componentes normativos:

La responsabilidad de quienes ejerzan patria potestad (ambos padres, uno solo o ascendientes en segundo grado) sobre los daños que causen los menores sujetos a esa potestad se generará a condición de que el daño se produzca en ocasión en que los menores estén *bajo su poder y habiten con ellos*.

De no ser así y de no encontrarse el menor bajo la autoridad y vigilancia de otra persona a quien la ley imponga la obligación de indemnizar por él, el menor responderá de manera directa frente a la víctima (artículos 1911 y 1919 del Código Civil para el Distrito Federal).

La responsabilidad que puede resultar a cargo del obligado a la vigilancia no es permanente ni continua, es temporal y discontinua pues dicha responsabilidad cesa cuando el menor ejecute los actos dañosos en oportunidad que esté bajo la vigilancia y autoridad de persona diversa, como directores de colegio, o de talleres, en cuyo caso esa persona diversa asumirá la responsabilidad (artículo 1920, CCDF).

La presunción de culpabilidad se destruye, con la prueba de imposibilidad de evitación del resultado dañoso, que debe rendir el encargado de la vigilancia (artículo 1922, CC).

Estas mismas reglas se aplican a los tutores en relación a los daños que causen los incapacitados que se encuentren bajo su cuidado (artículo 1921, CCDF).

Por cuanto a la responsabilidad de maestros artesanos, y dueños de establecimientos mercantiles, por los daños que ocasionen sus operarios, obreros o dependientes, la regulación es distinta en tanto que la víctima sí puede reclamar la reparación de los daños directamente al causante de los mismos (artículo 1926, CCDF).

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

Si esto ocurre, obviamente, se extinguirá la acción de responsabilidad por *culpa in eligendo*.

En estos supuestos, el maestro artesano, el patrón o el dueño del establecimiento mercantil que pague la indemnización tiene acción para repetir en contra del causante material de los daños quien, finalmente será quien soporte la carga de la indemnización (artículo 1928, CCDF).

Tratándose de la reparación del daño ocasionado a la víctima por los menores, incapacitados, operarios, obreros o dependientes, nada impide que el sujeto responsable por vigilancia o elección, pueda contratar un seguro de daños contra terceros, para que en caso de que resulte responsable, el seguro cubra la indemnización correspondiente.

No existe doble penalización, ni doble obligación de reparación, si la víctima recibe la indemnización del responsable ya no puede ir en contra del autor material del daño.

Tampoco se establece solidaridad entre el autor material del daño y el responsable.

14. La tesis del deslinde

Con intención de disminuir los graves efectos producidos por un criterio tan cerrado, sustentado en un “principio de absoluto a la norma” que autoriza la imposición de sanciones a los partidos políticos ante cualquier infracción a la ley, cometida por ellos, por sus militantes, sus miembros, sus simpatizantes e incluso por terceros vinculados con el cumplimiento de sus fines y funciones se emitió la tesis: RESPONSABILIDAD DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS POR ACTOS DE TERCEROS. CONDICIONES QUE DEBEN CUMPLIR PARA DESLINDARSE (Jurisprudencia 17/2010), que establece los requisitos que deben observar las medidas que deben tomar los partidos políticos para librarse de sanción en relación con infracciones cometidas por terceros vinculados con el cumplimiento de sus fines y funciones, con lo que se reconoce lo arbitrario del criterio anterior, aun cuando la tesis de jurisprudencia que ahora citamos no elimina los errores, ni la gravedad de la que ha motivado la presente crítica.

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

Los requisitos de las medidas que deben tomar los partidos políticos para deslindarse (liberarse de responsabilidad) por los actos infractores de los terceros, son los siguientes:

- a) Eficacia: cuando su implementación produzca el cese de la conducta infractora o genere la posibilidad cierta de que la autoridad competente conozca el hecho para investigar y resolver sobre la licitud o ilicitud de la conducta denunciada;
- b) Idoneidad: que resulte adecuada y apropiada para ese fin;
- c) Juridicidad: en tanto se realicen acciones permitidas por la ley y que las autoridades electorales puedan actuar en el ámbito de su competencia;
- d) Oportunidad: si la actuación es inmediata al desarrollo de los hechos que se consideran ilícitos, y
- e) Razonabilidad: si la acción implementada es la que de manera ordinaria se podría exigir a los partidos políticos.

15. Conclusión

De la lectura de los argumentos del fallo se advierte que se pretendió fundamentar la decisión de imponer la sanción al partido político con motivo de infracciones cometidas por terceros vinculados con el cumplimiento de sus fines y funciones, justificando el sentido de la sentencia no sólo desde el punto de vista formal, sino por su contenido ético, es decir, que la decisión fue justa; pues nada más justo sería que sancionar a quien puso en peligro y no cumplió con la expectativa de vigilar los altos valores que se pusieron en sus manos.

Sin embargo, el discurso es desacertado como hemos visto, y lo es no por cuanto al discurso ideológico en sí, sin en cuanto a las dificultades que plantearon las cuestiones de hecho que fueron materia de la queja.

El problema radica en que la averiguación del caso no logró obtener prueba plena de los hechos que generarían esa responsabilidad.

Los hechos, que sólo con demostración plena de haber ocurrido verdaderamente justificarían la aplicación de la sanción, consistieron en

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

que el Partido Revolucionario Institucional recibió recursos provenientes del Sindicato de Trabajadores Petroleros de la República Mexicana, y que éste actuó como interpósita persona para que la paraestatal transmitiera el dinero al partido, o bien que el sindicato actuó en ello de manera independiente.

En el primer caso, la sanción al partido sería procedente ante el incumplimiento de lo previsto en el artículo 49, párrafo 2, inciso b), en relación con el artículo 38, párrafo 1, inciso a), del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, por haber recibido recursos de una entidad paraestatal de la administración pública federal mediante interpósita persona.

En el segundo supuesto, la sanción procedería por haber omitido reportar al Instituto Federal Electoral aportaciones de sus organizaciones sociales en sus respectivos informes del origen y monto de los ingresos que reciban por cualquier modalidad de financiamiento, incumpliendo lo establecido en los artículos 49-A, párrafo 1, y 49, párrafo 11, inciso a), fracción II, en relación con el artículo 38, párrafo 1, inciso a), del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales vigentes en aquella época.

De ser ciertos los supuestos fácticos anteriores, y de resultar cierto también que con los recursos transmitidos de esta manera al partido político se hubieran rebasado los montos máximos determinados para las aportaciones de sus organizaciones sociales, aplicaría la sanción ante el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 49, párrafo 11, inciso a), fracción II, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, así como de lo establecido en el artículo 41, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigentes en la época en que ocurrieron los hechos, al haber rebasado el monto máximo de recursos de origen privado que los partidos políticos tienen permitido obtener, incumpléndose también lo dispuesto en el artículo 182 A del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales si con tales aportaciones se rebasaron los topes de campaña, dado que éstos hechos ocurrieron dentro de un año electoral.

Adicionalmente, se justificaría la imposición de la sanción, demostrando la realidad del hecho, consistente en que una parte de los recur-

Los así obtenidos por el Partido Revolucionario Institucional fue utilizada para simular sorteos con premios en efectivo, en los que las personas designadas como ganadores reintegraron el dinero recibido como premio a la Secretaría de Finanzas del Partido Revolucionario Institucional, con lo que se habría incumplido con lo dispuesto en los artículos 49-A, párrafo 1, inciso a), y 49, párrafo 11, inciso c), en relación con el artículo 38, párrafo 1, inciso a), todos ellos del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales vigente en la época en que tuvieron verificativo los hechos.

Sin embargo, ello no ocurrió así, sino por lo contrario, de los hechos que pudieron ser acreditados resultó que en la realización de tales actos intervinieron terceras personas que no se encontraban dentro del organigrama del partido y no se logró prueba plena de que los recursos que salieron de la paraestatal hubieran ingresado a las arcas del partido, ni que parte de esos recursos se hubieran empleado para simular los sorteos. La verdad de esos sucesos sólo se obtuvo por la vía inferencial.

Ésta es la razón fáctica por lo que el resolutor tuvo que acudir a la justificación de la aplicación de la sentencia, en la infracción objetiva de la ley y en la responsabilidad proveniente del incumplimiento del deber de cuidado derivado de la posición de garante que corresponde al partido político respecto de actos de terceros, militantes, miembros, simpatizantes o terceros vinculados con el cumplimiento de las funciones y de los fines encomendados a aquéllos por la Constitución.

Es loable el esfuerzo intelectual del aplicador del derecho para justificar éticamente la decisión en el caso que nos ocupa, pero lo cierto es que fue una averiguación deficiente, incapaz de descender el velo tras el que se ocultó la artimaña (en caso de que fuera cierta), lo que dificultó el fundamento de la decisión.

Por ello es que fácilmente se descubren las incongruencias de la argumentación, que se ve forzada a acudir a enunciados incompatibles, como la aplicación de sanciones sin ulterior examen por infracción de la ley y que intente, reforzar esta aseveración con argumentos relativos a la responsabilidad por incumplimiento del deber de cuidado derivado de la posición de garante y a figuras extraídas de otras materias, con

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

matices endiabladamente subjetivos, además de superados, como la *culpa in vigilando* o la *culpa in eligendo*.

El caso es que el criterio asumido en esta resolución generó una tesis de jurisprudencia, en cuya redacción no se dejan ver las complicaciones empíricas que obligaron a la toma de la decisión, porque la tesis se nutrió exclusivamente con el discurso axiológico.

Y lo grave es que la tesis ha dado lugar al pronunciamiento de más de tres mil resoluciones posteriores que, acudiendo a un argumento, sólo sería válido para el caso que generó la sentencia, y que, como aquí hemos visto, sólo podría justificarse de resultar ciertos los hechos que se narraron en la queja con que inició el procedimiento sancionatorio.

Nunca habrá sentencias justas si los hechos juzgados no son verdaderos.

Si los hechos no ocurrieron como se plantearon a la autoridad y se trató de actos de pillaje de terceros de los que el partido no recibió beneficio alguno, ni intervino en su diseño, ni en su realización, pues no hay prueba directa de que ello haya ocurrido así, entonces la sentencia podría ser legal pero nunca justa, y por ende impropia para tomarse como criterio de ulteriores decisiones.

Siempre será importante realizar en análisis económico no sólo de la sanción sino también, y fundamentalmente, de los efectos de la sanción, pues la privación de los recursos otorgados a un partido político para el desarrollo de sus actividades ordinarias o las relativas a las campañas puede afectar a la democracia misma y tal vez a una considerable porción de la población civil inocente que vea frustrados sus anhelos de participación política, de integración del gobierno y de conformación de la voluntad general, sin razón suficiente que lo justifique.

16. Bibliografía

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ALTERINI, Atilio Anibal, *Responsabilidad civil*, 3a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992.

LA CULPA IN VIGILANDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEPJF

- CRUZ MEJÍA, Andrés, *Revista de Derecho Privado*, Novena Época, año IV, núm. 11, mayo-agosto de 2005.
- CRUZ PARCERO, José Antonio, “La libertad de expresión y los límites impuestos por la reforma del artículo 41 constitucional. Aspectos problemáticos”, *Estudios sobre la Reforma Electoral 2007. Hacia un nuevo modelo*, México, TEPJF, 2008.
- CHIRONI, Giampietro, *La culpa en el derecho civil moderno*, trad. A. Posada, 2a. ed., Madrid, Hijos de Reus, 1907.
- CHOCAN MONTALVO, Antonio, *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona, Bosch, 1998.
- CUPIS, Adriano de, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Barcelona, Bosch, 1975.
- DIEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 2000.
- ENNECCERUS, Ludwig et al., *Tratado de derecho civil*, trad. Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, Bosch, 1981.
- GONZÁLEZ ORVIZ, María Eloina, *Responsabilidad por culpa “in eligendo” o “in vigilando”*, Barcelona, Bosch, 2007.
- MARTY, Gabriel, *Derecho civil*, México, Cajica, 1952.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, George, *Tratado elemental de derecho civil*, trad. José M. Cajica Jr., México, Cárdenas Editor, 1981, t. I.
- SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil, derecho sustantivo y derecho procesal*, Madrid, Edit. Montecorvo, 1993.
- SOLARI, Giole, *Filosofía del derecho privado I. La idea individual*, Buenos Aires, De Palma, 1946.
- Diccionario jurídico mexicano*, 12a. ed., México, 1998.
- Glosario de términos y lista de acrónimos en Reforma Electoral 2007-2008*, México, TEPJF.

Ordenamientos jurídicos

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1928.
- Código Civil para el Distrito Federal de 2000.

ANDRÉS CRUZ MEJÍA

Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, México, Aguilar e Hijos, 1879.

Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884, México, La Europea, 1908.

Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Código Civil Francés de 1804 (Código Napoleón), concordado y comentado por Francisco Laurent, La Habana, Ed. Juan Boxo, 1921.

Código Penal de Campeche.

Código Penal de Chiapas.

Código Penal de Chihuahua.

Código Penal para el Distrito Federal.

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año II, núm. 4, julio-diciembre 2013