

300009
29
rej



UNIVERSIDAD LA SALLE

ESCUELA DE DERECHO
INCORPORADA A LA U.N.A.M.

EL ACTO DE RESTITUCION EN EL
DERECHO NATURAL

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JOSE EDUARDO RIBE MARTINEZ DE VELASCO

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

México, D. F.

1988



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

	Pág.
INTRODUCCION.....	1
I.- LA JUSTICIA Y SUS CLASES.....	4
A) Justicia Objetiva.....	5
1. Proporcionalidad.....	6
2. Igualdad.....	6
3. Alteridad.....	6
B) Justicia Subjetiva.....	7
C) Clases de Justicia.....	8
1. Justicia Conmutativa.....	10
2. Justicia Distributiva.....	11
3. Justicia Legal o General.....	12
D) Diferenciación de la Justicia respecto de otras virtudes.....	14
E) Exigibilidad Coactiva de la Obligación.....	15
F) El Objeto de la Justicia.....	15
1. Bienes Personales.....	17
2. Bienes Patrimoniales o Reales.....	17
II.- LA INJUSTICIA.....	20
III.- CONCEPTO DE RESTITUCION.....	24
IV.- LA OBLIGACION DE RESTITUIR Y SU FUNDAMENTO.....	30
V. FUENTES DE LA RESTITUCION.....	44

	Pág.
A) La Posesión de cosa ajena contra las Normas del Derecho.....	46
1. Axiómas Jurídicos.....	46
2. El Poseedor de la cosa.....	46
a) De buena fe.....	46
b) De mala fe.....	47
c) De fe dudosa.....	47
3. Los frutos de la cosa.....	47
a) Naturales.....	47
b) Industriales.....	47
c) Mixtos.....	47
4. Los Gastos en favor de la cosa.....	48
a) Necesarios.....	48
b) Útiles.....	48
c) Voluntarios.....	48
1. El poseedor de buena fe.....	49
2. El poseedor de mala fe.....	52
3. El poseedor de fe dudosa.....	55
B) La Damnificación injusta.....	57
1. La comisión de un daño.....	57
2. La Culpa.....	59
3. Relación de causalidad.....	61
VI. LA INJUSTA COOPERACION.....	67
A) Cooperadores Positivos.....	70
B) Cooperadores Negativos.....	77

	Pág.
VII. CIRCUNSTANCIAS DE LA RESTITUCION.....	78
A) Exactitud en la Persona.....	78
B) Exactitud en el orden.....	80
C) Exactitud en el modo.....	83
D) Exactitud en la Substancia.....	85
E) Exactitud en el tiempo.....	85
F) Exactitud en el lugar.....	86
VIII. EXTINCION DE LA OBLIGACION DE RESTITUCION.....	88
IX. RESTITUCION DE BIENES NO MATERIALES. RESTITUCION IMPROPIA Y CASOS ESPECIALES DE RESTITUCION.....	90
A) Restitución por daños contra la salud Corporal y por homicidio.....	92
B) Restitución por lesión al derecho a la libertad sexual.....	94
1. Restitución por violación y estrupo.....	95
2. Restitución por Adulterio.....	96
C) Restitución por difamación o calumnias.....	97
D) Restitución por el impago de impuestos.....	98
X. CONCLUSIONES.....	105
BIBLIOGRAFIA.....	109

INTRODUCCION

Los hombres del siglo XX venimos descubriendo que la historia no se amolda ni al pelagianismo naturalista y superficial del falso optimismo liberal, ni al pesimismo luterano de la naturaleza corrompida ni, mucho menos, al determinismo -- marxista de una sociedad materialista, que sólo ofrece una -- paz sepulcral bajo una apariencia de libertad.

La comunidad humana no se forjará sólo con sistemas teóricos especulativos, sino sobre todo con realizaciones morales que exigen tomar en cuenta a la persona como ente racional-relacional en su integridad comunitaria. La Justicia necesita liberarse de esas constantes deformaciones por obra de viejas ideologías sociales y políticas, y cuando esto se dé, todas las figuras que son respaldadas por ésta serán colocadas en su justa medida.

Para tratar el tema de la Restitución, hay que partir -- del estudio de la Justicia, ya que ésta es la esencia de aquella; y una vez analizada esta virtud, es posible penetrar más a fondo en el problema de la reparación de la injusticia que es precisamente la Restitución.

Los problemas a que da lugar la Restitución son diversos y abundantes. Si se parte de la definición, se llega al problema de la concretización del término que en la realidad es sumamente general y amplio; ya definida la Restitución, se entra al problema de su obligatoriedad y fundamento que, aunque

parece de rápida apreciación, viene la pregunta, y por tanto, la controversia de autores, sobre en qué tipos de clases de - justicia obliga. Deslindado este problema, se encuentra uno con el de las fuentes o el surgimiento de la Restitución que también ha sido ampliamente discutido sin llegar a ninguna -- conclusión definitiva.

Analizando el problema teórico sobre el surgimiento y la obligatoriedad de la Restitución viene a crear controversia - el modo de restituir, es decir, la aplicación práctica del ac to de restitución, lo cual trae consigo oposición entre el De rocho Natural y el Derecho Positivo de algunos países, sobre todo al diferenciar los conceptos de buena y mala fe. Pero - si parece complicada la Restitución de bienes tangibles, lo es - más aún la de bienes no materiales o insustituibles como son el honor, la fama, un miembro del cuerpo, etc., que claman -- una reparación con otro bien distinto al lesionado.

El tema de la restitución es quizás uno de los más impor- tantes de la práctica de la abogacía: no sólo en sí, sino ade más porque sirve de eficaz contrapunto a algunas costumbres - admitidas pero no del todo claras, ya que todos los problemas que se llevan a tribunales, tienen por objeto la restitución de algún bien, es decir, de dar a cada quien lo suyo, lo que le corresponde, lo que se merece, en pocas palabras, lo justo.

El presente trabajo pretende resolver todas estas cues- ciones a la luz del Derecho Natural y de la razón, teniendo -

como fundamento a la Justicia como virtud. Pretendiendo dar un punto de partida a efecto de profundizar en la abundante problemática a que da lugar el tema que, sin más es universal y sin ningún límite cronológico.

CAPITULO I

LA JUSTICIA Y SUS CLASES

Entre las cosas que hoy nos importan, pocas hay al parecer, que no guarden relación con la Justicia. El valor de la Justicia lo empieza a vivir el hombre mucho antes que pueda razonar sobre él, pero esto no quiere decir que sea capaz de definir su noción. San Agustín decía que sabía perfectamente lo que es el tiempo pero que, si alguien le preguntaba qué es el tiempo, era incapaz de dar una respuesta. (1) Con mayor razón esto se puede decir de la Justicia.

Ante la variedad de opiniones y sobre todo cuando nos preguntamos sobre la Justicia misma -no como un elemento del Derecho Positivo, sino como ese valor que sólo pertenece al hombre-, es cuando nos encontramos con lo complejo de la idea y, por tanto, con la necesidad de tratar de esclarecerla mediante la reflexión y el análisis como el que aquí se intentará hacer.

La Justicia comprende dos sentidos, el objetivo y el subjetivo. Por el primero se entiende a ésta como la recta disposición del grupo social y de las relaciones entre los hombres de acuerdo con lo que a cada uno corresponde. La Justicia, en su sentido subjetivo, es la virtud de la Justicia, es

1 SAN AGUSTIN. La Ciudad de Dios. Editorial Rialp, Madrid 1981, pág. 12.

decir, un hábito que hace bueno el acto humano y perfecciona al hombre mismo que lo posee.

A) Justicia Objetiva.

Hablando de la Justicia Objetiva, se puede decir que tiene 3 elementos:

- 1) Proporcionalidad.- La Proporción significa dos cosas: primero, que no se trata de un igualitarismo que de a todos lo mismo, sino que se otorgue a cada cual lo que le corresponde. A derechos desiguales corresponde un "suum" desigual que será proporcional a la desigualdad. Pues - aunque todos somos igualmente hombres, diferimos en grados de inteligencia, responsabilidad, habilidad, utilidad y en nuestros méritos a la comunidad. En segundo lugar, quiere decir proporcionalidad entre los hechos y -- sus consecuencias, entre lo que se dá y lo que se recibe, entre lo que se exige y se presta. Por el criterio proporcional la Justicia tiende a armonizar las desigualdades. (2)

2 Aristóteles decía al respecto: "lo justo es cosa que consiste en proporción". *Ética Nicomaquea*, LV. c. VII. I.- citado por VILLORO Toranzo M. *Introducción al Estudio del Derecho*. Ed. Porrúa, México 1980, pág. 32. Dante Alighieri, definió a la Justicia como "realis et -- personalis hominis ad hominem proportio, quae servate hominum servat societatem, et corrupta, corrumpit" (la real y personal proporción del hombre hacia el hombre, que -- guarda y conserva la sociedad de los hombres y, corrompida la corrompe). *La Divina Comedia*. (Trad. Juan Soto I) - Montaner y Simón Editores. Barcelona 1884, pág. 115.

2) Igualdad.- La Justicia implica no sólo la proporción en el objeto de cada caso, sino que la haya entre los distintos casos que se regulen. Por el criterio igualitario, la Justicia tiende a nivelar las desigualdades que puedan existir en el orden social. El fundamento filosófico de toda igualdad entre los hombres se reduce, en última instancia, a la igualdad de la dignidad de cada persona humana. Todos los hombres somos iguales en cuanto poseemos naturaleza racional. Esta naturaleza tiene sus exigencias que debe reconocer, en forma igualitaria el Derecho. La regulación de un caso ha de guardar proporción con la regulación de otro caso, y esto implica que ha de existir una regulación a una conducta similar en casos iguales. Cuando lo mío, lo tuyo, y lo suyo tienen por fundamento derechos que son comunes a todos los hombres, habrá que aplicar el criterio igualitario.

3) Alteridad.- Hace referencia a las relaciones y comportamientos con los otros. El distintivo peculiar de la virtud de la Justicia es que tiene por misión ordenar al hombre en relación al otro. (3) La Justicia requiere, en un sentido estricto la recíproca diversidad de sus partes. Ser justo significa reconocer al otro en cuanto --

3 "Iustitia est ad alterum" La Justicia implica una referencia al otro. SANTO TOMAS DE AQUINO. Suma Teológica. Ed. Rialp, Barcelona 1947. II-II q. 62 a 1, pág. 362.

otro. La Justicia enseña que hay un otro que no se confunde conmigo, pero que tiene derecho a lo suyo. El individuo justo es tal en la medida misma en que confirma al otro en su alteridad y procura darle lo que le corresponde.

B) Justicia Subjetiva.

En su sentido subjetivo, es decir, la Justicia como virtud, se puede definir como la constante disposición e inclinación de la voluntad a respetar el derecho ajeno y dar a cada cual lo suyo. (4)

En su aspecto formal, la Justicia tiene una íntima relación con el Derecho, ya que es una virtud de la voluntad que rige la conducta del hombre respecto a la sociedad en sus relaciones fundamentales. A causa de estas relaciones con los demás, su contenido primordial ha de consistir en prestaciones y abstenciones externas, siendo la conducta externa de los individuos, el objeto directo a regular del Derecho. (5)

4 La definición de Ulpiano "Iustitia est constantis et perpetuae voluntas ius suum unicuique tribuendi" ha servido de base para muchos tratadistas modernos. Digesto I, l. citado por VILORO Toranzo Miguel op. cit., pág. 23

5 "Toda acción externa cae dentro de la esfera de la Justicia. PIEPER Josef. Justicia y Fortaleza. Ed. Rialp, Madrid 1972, pág. 59.

El objeto inmediato de la voluntad y de la acción "justa", es el "derecho" ajeno. Derecho y Justicia son conceptos correlativos y suponen una relación jurídica. Es decir, lo suyo de cada quien es un derecho que tiene, o sea, algo que se le debe. Este derecho está fundado en la naturaleza misma del ser a quien es debido.

También se entiende aquí por "ius" al derecho subjetivo (respetar los derechos de cada uno), o sea, el poder jurídico del sujeto sobre un bien determinado a considerarlo y reclamarlo como suyo. Este poder jurídico es aquel poder moral de reclamar y poseer según la razón y orden jurídico, natural o positivo; que se confunde muchas veces con la mera fuerza física, con la posesión externa del objeto y con la capacidad de retener o recobrar un objeto con las propias fuerzas, es decir, la simple voluntad de considerar y reivindicar una cosa como propia.

C) Clases de Justicia,

Las tres principales clases o formas de relación entre los hombres, o lo que viene a ser lo mismo, las estructuras fundamentales de la vida común, son "rectas", es decir, ordenadas. Estas estructuras son las siguientes: en primer lugar, las relaciones de los individuos entre sí (ordo partium ad partes); en segundo lugar, las relaciones del todo social con los individuos ("ordo totius ad partes"); y en tercer lugar, las relaciones de los individuos para con el todo social ("or

do partium ad totum").

A estas tres formas básicas de relación social, responden las tres principales formas de Justicia, de suerte que - cada una de éstas viene a ser la norma o regla por la que se debe imponer el orden en cada una de aquellas: la Justicia - Conmutativa o reparadora ("iustitia conmutativa"), que regula la relación del individuo con el individuo; la Justicia - Distributiva o asignadora ("iustitia distributiva"), que regula la relación de la comunidad en cuanto tal para con sus miembros, es decir, los individuos; y la Justicia Legal o general ("iustitia legalis, generalis"), que regula la relación de los miembros para con el todo social.

Estas tres formas principales de Justicia se caracterizan porque en cada una de ellas presenta lo "debido" una configuración distinta. "Así, por ejemplo -dice Joseph Pieper- el deber de pagar impuestos pesa sobre el individuo de otro modo que la obligación de pagar una deuda personal. Y recíprocamente, el derecho que se tiene a la protección del Estado es distinto por principio al que asiste a reclamar el pago de un crédito". (6)

Tomando en cuenta lo anterior y siguiendo con la distinción de clases de Justicia establecida por Aristóteles, la cual Santo Tomás agrupa bajo el nombre de "justicia particu-

6 Op. cit., pág. 83.

lar" a la Justicia Conmutativa o Distributiva y las opone a la Legal como "Justicia general", se pueden analizar cada una de la siguiente manera:

- 1) Justicia Conmutativa.- A los individuos como personas físicas corresponde el derecho primordial. El hombre, - podría decirse, es en cierto modo su propio fin como ser existente para sí, ya que puede ordenar los bienes internos y externos usando de su razón y su libertad para su propio bienestar. El sentido del Derecho Subjetivo, es el poder usar y disponer de una cosa como propia. Ahora bien, el "ser para sí" que corresponde a la persona, lo tienen todos los hombres formalmente de la misma manera, por lo tanto, este hecho los distingue entre sí como sujetos de derecho. El respeto recíproco de los derechos individuales constituye el contenido de la Justicia Conmutativa.

La Justicia Conmutativa conserva su significado tradicional: "es aquella especie de la Justicia que inclina al hombre a dar a sus semejantes iguales derechos, lo que les pertenece hasta su completa cancelación". (7) Su nombre proviene de las obligaciones jurídicas onerosas destacando el intercambio. - El principio de la compensación se manifiesta en la igualdad

7 Welty, E. Catecismo Social.- Ed. Herder. Barcelona 1956, Pág. 94.

material de la prestación y la contraprestación; (8) este principio actúa en todo el ámbito de la Justicia Conmutativa. En dicho ámbito, las personas se consideran completamente iguales y, por tanto, sus obligaciones de Justicia Conmutativa se miden con la misma regla. Solamente la cosa o la prestación es la medida de la obligación.

2) Justicia Distributiva.- En esta clase de Justicia, el individuo no se encuentra enfrentado con otro individuo, ni tampoco con muchos individuos, sino con el todo social. De esta suerte se hace patente que las partes aquí comprendidas no son de un mismo rango, pues el bien común es de un orden distinto y más elevado que el bien de los individuos. Lo que se da por Justicia Distributiva a la persona privada, se le da en la medida en que debe darse a la parte lo que pertenece al todo. En la situación de la Justicia Distributiva no puede establecerse la justa compensación atendiendo pura y exclusivamente a los valores reales que en cada caso estén en litigio; lo justo se determina según la proporción de las cosas a las personas. Las obligaciones a que la comunidad ha de cumplir respecto de sus miembros, forman el contenido de la Justicia Distributiva.

8 "Aequalitas rei ad rem." GONZALEZ y González Felipe y -- HERVADA Javier. Derecho Natural. Departamento de Filosofía del Derecho. Universidad Panamericana, pág. 27.

La Justicia Distributiva hace referencia a los bienes - de que la comunidad dispone en provecho de sus miembros, en consecuencia, se refiere también a la concesión de - beneficios económicos, culturales, políticos, honores, - etc. En general, un miembro de la comunidad carece de título jurídico estricto para exigir como propio un determinado bien; lo único que puede reclamar es la igualdad en la proporción, existente entre los beneficios -- concedidos y los méritos y necesidades de los distintos miembros de la comunidad. (9)

- 3) Justicia Legal.- La Justicia Legal o general, ordena -- las partes respecto del todo, a los individuos respecto de la comunidad. "Es la virtud que inclina la voluntad de los gobernantes a la organización de la sociedad y a la formulación de las leyes conforme a las exigencias - del bien de todos, e inclina la voluntad de los súbditos al cumplimiento de la ley y a la cooperación al - bien común". (10)

El sujeto de derechos es la sociedad como todo y el término o sujeto de deberes son las partes de la sociedad. La alteridad se establece entre el todo-parte; gobernantes y go

9 "Aequalitas proportionis"; "aequalitas rei ad personam"; "paridad". GONZALEZ y G. Felipe y HERVADA Javier, Op.Cit. pág. 26

10 MARTINEZ Saez Santiago, La Justicia: Editora de Revistas S.A. México 1985; Colección Temas de Actualidad. Pág. 27.

bernados. Esta justicia se da entre organismos sociales y --
ahora también entre internacionales.

El objeto de la Justicia Legal es el bien común y, por --
lo tanto, el buen funcionamiento del organismo social y el --
ajuste de sus partes con el todo. Cuando en una sociedad la
Justicia Legal no se practica, el orden social se descompone.
También la finalidad de la Justicia Legal es el bien común, --
así como dar sentido a las leyes como expresión escrita de la
misma.

4. Justicia Social.- El término Justicia Social es moderno.

"Aparece en el ambiente revolucionario del siglo pasado.
Entre los sociólogos, lo utilizan Pesch, Taparelli, Ros-
mini, etc. Se encuentra en las Encíclicas Pontificias -
Iucunda Sane del 12 de marzo de 1904 de Pio X y Quadragé-
simo Anno y Divinis Redemptoris (19 de marzo de 1937) de
Pfo XI." (11) Hoy es de uso común en todos los ambientes,
pero la pregunta clave es la siguiente: con el término -
"Justicia Social" ¿se habla de una nueva especie de Jus-
ticia o no?

La tesis más sostenida entre los sociólogos, es que no --
se trata de una nueva virtud sino que se reduce a las --
Justicias Legal o Distributiva. Sin embargo, hasta la --
fecha no se ha llegado científicamente a una concepción

11 HEYLEN, Verm. Tratado de Derecho y Justicia (Trad. Dr. --
Carlos Cervantez). Editorial B.A.C. Madrid 1956, Vol. --
VIII, pág. 344 y ss.

unánime sobre el lugar que corresponde a la Justicia Social dentro del sistema de la doctrina tradicional de la Justicia.

D) Diferenciación de la Justicia respecto de otras virtudes.

En general, otras virtudes poseen un fin general obligante, pero dejan, en concreto, una gran libertad (la fortaleza, la magnanimidad, etc.); o imponen obligaciones respecto a determinados sujetos, pero sin crear una verdadera deuda (la equidad, la gratitud); o finalmente, imponen una obligación estricta respecto a una norma ideal, pero no respecto a un determinado sujeto de derecho (la veracidad).

A diferencia de estas virtudes, la Justicia impone una peculiar obligación estricta (debitum), es decir, la deuda. Ella tiende precisamente a asegurar a las personas lo suyo, lo destinado a él de un modo inmediato y exclusivo, y esto de un modo exacto, pues sólo impone como obligación lo que puede exigirse estrictamente,⁽¹²⁾ ya que busca la igualdad real entre lo debido y su satisfacción sin acepción de personas, pero únicamente en la Justicia Conmutativa, ya que en la Distributiva y la Legal, aunque imponen ciertamente una obligación estricta, su delimitación no es tajante, a no ser que la ley positiva lo determine con exactitud. En ellas no existe la distinción total y la igualdad perfecta entre los dos sujetos de Derecho que son la comunidad y uno de sus miembros.

12 "ordo exigentiae vel necessitatis". GONZALEZ y G. Felipe y HERVADA Javier, Op. Cit., pág. 26.

E) Exigibilidad Coactiva de la Obligación.

Como únicamente los actos externos pueden ser objeto de coacción, y los actos de la Justicia como virtud cardinal social, son siempre externos, es posible el recurso de la fuerza para el cumplimiento de las obligaciones en la Justicia - Comutativa. En cuanto a la Justicia Legal, sólo es aplicable cuando la ley ha precisado las obligaciones de los súbditos. En cambio, las obligaciones de la Justicia Distributiva no pueden, en general, ser exigidas mediante el recurso - de la fuerza. Este recurso a la fuerza en la Justicia Comutativa, tiene justificación moral pues, las exigencias del - Derecho se extienden únicamente a lo que pertenece de un modo inmediato y exclusivo al sujeto de ese derecho, a lo que está destinado a sus necesidades vitales. (13) Finalmente, - es posible el recurso a la fuerza sin el peligro de la arbitrariedad, ya que la prestación exigible no depende de la libre estimación, sino que está fijada con precisión antes de recurrir a la fuerza. De esto y de todo lo anteriormente dicho, se deduce que el "carácter coactivo" no pertenece a la esencia del Derecho sino que es solamente una consecuencia - del mismo.

F) El Objeto de la Justicia.

Después de haber analizado a la Justicia en sus clases,

13 PIEPER Josef. Op. Cit., pág. 93.

en su peculiaridad y en su exigibilidad, es necesario referir se a su objeto, es decir, en qué aspectos es donde actúa la - Justicia, sobre qué bienes se puede reclamar esta virtud. Al respecto, se puede decir lo siguiente:

"El bien Jurídico es un valor protegido por el Derecho - Natural y por el Derecho Positivo que de éste se deriva. El objeto de los derechos fundamentales son aquellos valores básicos sin los cuales no podrían existir ni la comunidad ni -- sus miembros, ni tampoco el Derecho. De los derechos funda-- mentales se deducen los derechos derivados que están contenidos en aquellos o que son necesarios para asegurarlos". (14)

"A los valores básicos corresponden una serie de Dere-- chos fundamentales que son cuatro:

1. El derecho a la existencia, en el marco del orden del De recho Natural.
2. El derecho al fin último del hombre y a los fines intermedios libremente elegidos para lograrlo, todo dentro -- del marco de la comunidad social.
3. El derecho a los medios para mantener la existencia y lo grar el fin.
4. El derecho a la conservación y disfrute de la posesión - conseguida". (15)

14 LOPEZ Valdivia Rigoberto. El Fundamento Filosófico del - Derecho Natural, Ed. Jus, México 1956, pág. 122

15 GONZALEZ y G. Felipe y HERVADA Javier, Op. Cit., pág. 28.

De estos derechos, se relacionan con la obligación de restituir aquellos correspondientes a los individuos respecto a su existencia personal y respecto a los medios económicos ordenados a la existencia, los cuales se pueden resumir de la siguiente manera:

"1. Bienes Personales.

- a) Los primeros objetos del Derecho Subjetivo son la -- propia vida, la existencia corporal y la integridad de los miembros del cuerpo y de las potencias anímicas.
- b) También la misión de la vida, el fin natural y sobre natural de la existencia, sea del modo como se piensen estos conceptos.
- c) El uso de las energías corporales y espirituales.
- d) Los efectos y frutos de la actuación libre, por ejemplo, propiedad industrial y derechos de autor.
- e) Del ser de la persona y de su libre actuación se derivan el honor social y el buen nombre". (16)

2) Bienes Patrimoniales o reales.

Consisten en objetos externos, materiales que sirven para satisfacer necesidades humanas y, son, por tanto, -- bienes económicos. Se clasifican en tres grupos:

16 PIEPER Josef, Op. Cit., pág. 97.

- a) Fungibles y no fungibles.
- b) Consumibles por el primer uso y no consumibles.
- c) Bienes con dueño cierto y conocido y bienes sin dueño, abandonados o de dueño ignorado.

Esta clasificación comprende bienes muebles e inmuebles, bienes corpóreos o incorpóreos, bienes de dominio público y de propiedad de los particulares". (17)

En cuanto al derecho de los hombres a su cuerpo y a su vida, la mayoría de los autores concede únicamente un derecho de disfrute sobre estos bienes ("dominium utile"), otros (los menos), afirman un dominio efectivo aunque con fuertes restricciones morales. Sobre esto, fundamentalmente la primera opinión parece más sólida, ya que el hombre recibe los bienes naturales de su existencia como un "comodatario" por parte de su creador. No se da una propiedad sobre los mismos ya que "se expresa la pertenencia jurídica en la relación del miembro a la totalidad" (18) en sentido jurídico humano. Es decir, no es suficiente mencionar que el dominio jurídico del yo supone ya la plena existencia de la persona. De aquí no se podría deducir la propiedad de la persona sobre sus miembros

17 ROJINA Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano. Tomo III Bienes Derechos Reales y Posesión, Editorial Porrúa, México, 1981. Págs. 269 y ss.

18 "relatio partis ad totum" Santo Tomás de Aquino. Op.Cit. II-II q.62 a 1 pág. 363.

y potencias. De hecho, la persona posee y ejercita un dominio moral sobre sus miembros y fuerzas anímicas, ya que su vida y su cuerpo pertenecen a su ser vivo, existencial y esencial.

CAPITULO II

LA INJUSTICIA

La injusticia es el tema fundamental sobre el que se partirá para seguir con nuestro objeto que es la Restitución, -- aunque ésta no parta siempre de aquella, ya que como se verá, no es fuente exclusiva de restitución.

Se define a la injusticia como la lesión de los derechos subjetivos ocasionada por actos externos, los cuales causan un menoscabo de los mismos, es decir, una violación de las -- normas jurídicas naturales o positivas. Estos actos dan origen a un nuevo derecho subjetivo: el de reclamar la Restitución.

Distinguiendo los conceptos de injusticia y de lesión in justa se puede decir que: lesión injusta del propio derecho -- es el menoscabo resultante que padece la persona objeto de -- una injusticia.

"A) La injusticia puede ser:

- 1) Material: Que se considera como toda acción humana -- que daña el derecho ajeno, independientemente de la -- intención del agente, es decir, la injusticia mate- -- rial considera sólo el resultado objetivo sin tomar -- en cuenta la voluntad de quien la comete.
- 2) Formal: Cuando la voluntad del agente quiere la le- -- sión del derecho ajeno, ésta a su vez puede ser direc

ta cuando el agente ha tenido intención deliberada de causar la lesión, o indirecta, cuando falla dicha intención, pero se obra con negligencia, causando un daño que podía preverse y debía evitarse. En esta última distinción se toman en cuenta los conceptos de dolo y culpa respectivamente.

B) La lesión de los propios derechos puede también dividirse en:

- 1) Material: Que es la misma pérdida del bien jurídico, objeto del propio derecho.
- 2) Formal: Que consiste en la oposición que se ejerce sobre la voluntad jurídica del sujeto poseedor del derecho". (19)

Considerando la esencia de la lesión formal del propio derecho se reafirma la validez del siguiente principio: "A quien conoce la pretensión ajena de causarle una lesión del propio derecho, y consciente en ella, no se le infiere ofensa con dicha lesión ni se comete injusticia,⁽²⁰⁾ a menos que quien consciente no obre entonces con plena libertad por sufrir los efectos de una injusta acción ajena o hallarse en --

19 VEERMERSCH A. *Questiones de Iustitia* (Trad. Gilberto Fuentes) Brujas 1901, pág. 163 y ss.

20 "Scienti et volenti non fit injuria". GONZALEZ y G. Felipe y HERVADA Javier, *Op. Cit.*, pág. 27.

una situación agobiante, o cuando el ofensor está obligado - por razones especiales de parentesco o profesión, a proteger de manera positiva el bien del lesionado. (21)

C) División de las lesiones de los derechos ajenos.

Por la naturaleza del bien jurídico que es objeto de le sión, se puede establecer la siguiente división:

- 1) Lesión de bienes personales.- En esta categoría entran la injusta vulneración de la vida psíquica, la destrucción o menoscabo de la vida corporal, la agresión injusta contra la castidad, la privación de la libertad externa, la disminución de la fama, la violación de los derechos matrimoniales y en general, - el ataque a otros derechos adquiridos mediante trato.
- 2) Lesiones contra los bienes materiales.- Comprendiendo principalmente la vulneración en el patrimonio económico de las personas.

Hecha esta división, y para los fines que se persiguen, parece suficiente lo dicho, ya que continuar hablando de la -

21 "La libre resignación de la voluntad con que se sufre el daño inferido, no significa en absoluto el consentimiento de la propia lesión ni la renuncia al derecho propio tal resignación supone que la injusticia se tolera con - una actitud moralmente noble y elevada". GONZALEZ y G. - Felipe. y HERVADA Javier, Op. Cit., pág. 27

injusticia implica tratar en sentido negativo lo estudiado - en sentido positivo, es decir, analizando el valor justicia que afecta profundamente al hombre y a su sociedad, a tal -- grado que como dice Emmanuel Kant, "La más grande y repetida forma de miseria a que están expuestos los seres humanos, -- consiste en la injusticia, más bien que en la desgracia". (22)

22 KANT Emmanuel. Critique de la raison pure. (Trad. Juan - Casals), Ed. PUF Paris, 1971., pág. 236.

CAPITULO III

CONCEPTO DE RESTITUCION

Después de hablar de la Justicia e injusticia, el orden lógico exige hablar del acto de aquellas formas de Justicia que dirigen el intercambio entre los individuos y que se llama restitución, la "restitutio".

Etimológicamente, la palabra "restitutio", usada ya por Cicerón,⁽²³⁾ expresa la idea de reestablecer, es decir, volver a colocar una cosa en su orden primitivo, expresa la -- idea genérica de restablecer, restaurar o reponer una cosa.⁽²⁴⁾

Pero para definir a la Restitución con más exactitud, es necesario hacer una diferenciación entre su sentido amplio y su sentido estricto, en la opinión de Josef Pieper⁽²⁵⁾ la Restitución no se debe reducir a la significación que le otorgue el lenguaje común de nuestros días el cual entiende por "restitutio" la devolución de una propiedad ajena y la -

23 Vocablo Ciceroniano- D. BAÑEZ De iure et iustitia decisionis (Trad. Jorge García) Ed. García y Alvarez, Barcelona 1962, pág. 231.

24 "Restitución es la Acción y efecto de restituir. Volver una cosa a quien la tenía antes". COSSIO y Romero Ignacio. Diccionario de Derecho Privado, Ed. Heliasta. Buenos Aires 1982, pág. 326.

25 Op. Cit., pág. 72.

reparación de un perjuicio causado contra el Derecho. (26) Dice el autor "La Justicia da por supuesto el hecho en verdad - extraño y de ello da testimonio el concepto mismo de "debido" de que no tenga uno lo que pese a todo es "suyo" (por lo que con toda razón se da al reconocimiento del "suum" el nombre - de restitución, resarcimiento, devolución, reposición en el - primitivo derecho)". (27)

No sólo en caso de injusticia puede hablarse plenamente de sentido de Restitución o "restitutio", sino que donde se - de el caso de una obligación de carácter personal, es decir, que deba una persona algo a otra, aunque esto ocurra dentro - del ámbito contractual o como dice el ya citado autor Josef - Peiper "dondequiera que se rinda el honor debido o se den las gracias de esperar", (28) en cualquiera de estos dos casos el dar lo que se debe es invariablemente un restituir.

Uno de varios "estados" que corresponden a la esencia -- del hombre y que es el de igualdad en la convivencia humana - se ve siempre perturbado reiteradamente y necesita, por lo --

26 Así opina también B.H., Merkelbach. Summa T. Moralis. -- (Trad. Elsa Cecilia Frost). 2a. Ed. París, 1936. II., -- pág. 184.

27 Restituir implica el significado de poner por segunda vez en posesión o dominio de aquello que le pertenece (Santo Tomás de Aquino. Op. Cit. II-II q.62 a 1 pág. 942).

28 Op. Cit., pág. 72.

tanto, ser restituido. Pero esta perturbación no forzosamente debe ser entendida en el sólo sentido de injusticia. Dice Josef Pieper "toda acción humana perturba el equilibrio estático, en la medida misma en que convierte en deudor o en acreedor al sujeto que la ejecuta, de ahí que siempre surja y vuelva a surgir la exigencia de que cada cual de cumplimiento mediante la restitución o las obligaciones que sobre él pesen". (29) Sobre esta dinámica dice Santo Tomás de Aquino "jamás podrá ser la igualdad de la justicia "instituida" definitivamente y de una vez por todas, más bien ha de ser en todo momento "vuelta a instituir", "restituida". En la estructura del acto de Justicia cobra expresión el carácter dinámico de la convivencia humana". (30)

Visto lo anterior se puede definir a la Restitución en su sentido amplio como el acto de Justicia que dirige el intercambio entre las personas. Esta definición comprende tanto a la Restitución que surge de una injusticia como aquella que se da en el simple intercambio contractual o en cualquier obligación personal, ya que el contrato no implica únicamente un equilibrio de intereses sino también, y al mismo tiempo, la obligación de dar al otro lo que le corresponde. Lo mismo cualquier obligación personal -así sea de carácter extracon-

29 Op. Cit., pág. 73.

30 "Per restitutionem fit reductio aequalitatem." Op. Cit., II-II 9.62 a 1, pág. 946.

tractual-, si se crea la relación acreedor-deudor, de una u -
otra manera debe de darse la restitución. (31)

Al definir a la Restitución en sentido estricto, comun-
mente se llega a caer en dos errores que limitan a priori e -
indebidamente su campo de aplicación, los cuales son:

- Decir que se trata de un acto propio de la justicia --
conmutativa.

- Hacerla consistir en devolver algo a su dueño (en lo -
cual de forma implícita, se restringe la restitución a la le-
sión de la Justicia Conmutativa, ya que "dueño y suyo" son --
términos que se usan para señalar el derecho más estricto, es
decir, el derecho tutelado por este tipo de Justicia).

Sobre estos dos casos que al fin y al cabo son coinci-
dentes al referirse a la Justicia Conmutativa, se tiene la si-
guiente definición: "Restitución es el acto de la Justicia --
Conmutativa por el que se devuelve a su dueño algo que le per-
tenece o bien se compensa un daño inferido injustamente". (32)
pero si se acepta el sentido literal de esta definición, pue-
de llegarse a afirmar que sólo hay obligación de restitufr --
cuando se ha transgredido la Justicia Conmutativa, y que la -

31 -El que la restitución sea o no un acto propio de la Jug-
ticia Conmutativa se tratará en el siguiente capítulo.

32 SOLOZABAL Barrera. La Restitución, Ed. G.E.R., Barcelona
1963, pág. 20.

lesión de otros tipos de Justicia, ya sean Legal o Distributiva, no lleva aparejada la obligación de Restituir aunque con frecuencia se de "per accidens", es decir, por la lesión de la Justicia Conmutativa que llevaría consigo una transgresión de la Justicia Legal o Distributiva. (33) Para no prejuizar esta cuestión, se prefiere definir a la restitución como: la obligación que dimana de un derecho subjetivo lesionado y que trae como consecuencia la reintegración de ese derecho. De esta definición se puede obtener el fin y objeto inmediato de la restitución que es el restablecer un derecho lesionado en su orden anterior a la perturbación.

Por último, el maestro Eduardo García Maynez hace una clara distinción entre lo que es restitución y lo que es pena, conceptos bien diferentes, y dice: "Cuando la reintegración del Derecho lesionado implica el sacrificio del mismo derecho nos encontramos frente al caso de la restitución; si se trata del sacrificio de un derecho diverso, nos hallamos frente al de la pena". (34) Esto desde luego no quiere decir que la restitución no abarque también el resarcimiento de daños y perjuicios que en la mayoría de los casos es necesario para integrarla totalmente, ya que como se dijo el fin de la Restitu--

33 La mayoría de los autores modernos han abandonado esta teoría.

34 GARCIA Maynez Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Ed. Porrúa. México 1951, pp. 297 ss.

ción es restablecer un derecho lesionado en su orden primitivo. (35)

Y ahora bien, ya habiendo definido a la Restitución en -- sus dos sentidos, nos referiremos a lo largo de los siguientes capítulos a aquella que surge de la posesión injusta o -- del daño injustamente causado, es decir, a la Restitución en sentido estricto, la cual es el modo de reparar las formas de injusticia dentro de los límites establecidos por las características del propio bien lesionado.

35 Indemnización.- Se define como "el resarcimiento de daños y perjuicios" DE PINA Rafael; y DE PINA Vara R. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa. México 1985. pág. 430.

CAPITULO IV

LA OBLIGACION DE RESTITUIR Y SU FUNDAMENTO

El fundamento de la obligación de Restituir se encuentra en la esencia de la Justicia. La Justicia obliga a dar a cada cual lo suyo, es decir, lo destinado al dominio exclusivo que puede exigirse a los demás y de lo que puede disponerse independientemente.

Se trata pues de una obligación grave que cobra importancia cuanto mayor sea el grado de injusticia cometido. La Restitución es una necesidad que se puede llamar esencial, es decir, basada en la misma naturaleza de las cosas y no sólo en un precepto positivo. Pues que la Restitución sea obligatoria es cuestión de la misma razón en cuanto que encuentra su fundamento en la naturaleza misma del perfecto derecho.

El que no restituye cuando debe, entra en una situación de injusticia ya que no está dando al otro lo que es suyo, y el querer que continúe esa situación es lo mismo que aferrarse subjetivamente a la injusticia. Por lo tanto, es necesario restaurar la igualdad y orden de la Justicia mediante la Restitución para poder cesar en la injusticia. Ya que el precepto de la Restitución, aunque positivo en cuanto a su enunciación, es realmente negativo a la vez, y constituye un mismo precepto que prohíbe la posesión o la damnificación injusta.

Y ahora bien, al encontrarse el fundamento de la obligación de restituir en la esencia de la Justicia, es importante por tanto, analizar en cuál o en cuáles clases de Justicia -- obliga la Restitución, ya que la tendencia de muchos autores es concretarla únicamente a la lesión de la Justicia Conmutativa dejando a un lado a las demás clases de Justicia. Esto es porque como dice Josef Pieper, "la Justicia Conmutativa o Reparadora es la figura clásica de la Justicia y ello por dos razones":

"1° Porque sólo en el caso de la mutua relación entre individuos puede realmente decirse que cada una de sus partes - haga frente a la recíproca como un "otro" independiente. De esta manera, se cumple el requisito del "ad alterum".

"2° Porque sólo en la situación de la Justicia Conmutativa se realiza sin restricción la condición de la igualdad y - la paridad de derechos entre las partes. La Justicia absoluta se da tan solo entre aquellas que son absolutamente iguales, entre los que así no fueran, jamás podrá darse". (36)

Las tres condiciones de toda relación de Justicia, alteridad, débito jurídico e igualdad, sólo se dan de manera perfecta en la Conmutativa y de aquí puede llegar a deducirse la no exigencia de restitución en las otras formas de Justicia.

Estos argumentos se pueden resumir de esta manera:

A) Hay autores que, invocando la alteridad imperfecta - entre los miembros y la sociedad, niegan la obligación de reparar en las Justicias Legal y Distributiva. (37) Otros aún - admitiendo esta falta de obligación, no admiten el valor del argumento, ya que en las relaciones reguladas por las Justicias Legal y Distributiva, la sociedad y los miembros actúan como sujetos jurídicos distintos. (38) Es decir, explican que la Justicia Conmutativa regula las relaciones mutuas entre -- personas que se encuentran en un plano de total igualdad entre sí y son sujetos de derechos individuales y con esferas - jurídicas propias separadas. En esta situación, la ganancia injusta de uno constituye una pérdida injusta de otro. Por - esto, la Justicia tiene que reestablecerse mediante una reparación equivalente a la lesión causada (aequalitas rei ad --- rem). Y esto es fácil en este tipo de Justicia ya que la medida de la Restitución puede determinarse con exactitud atendiendo al aspecto objetivo de la lesión causada, pues todas - las personas en cuanto sujetos de Derecho son iguales y ningun na posee una superioridad sobre los demás. Además que, como

37 MARTINEZ Saez Santiago. Op.Cit., pág. 57.

-GONZALEZ y G. Felipe y HERVADA Javier, Op. Cit., pág.27.

-NAVARRO S. El Poseedor de Buena Fe y la Restitución. Ed. H.C.L., Barcelona 1960, pág. 144 y 145.

38 VEERMERSCH, Op. Cit., pág. 163.

-SENENSIS Gerardus La Restitución y la Usura. Salisburg 1957, pág. 590.

JUNG N. Restitución Ed. D.T.C. Barcelona 1965, pág. 40.

seres individuales limitados, dependen de lo suyo como base de su existencia y pueden exigirlo y conservarlo por la fuerza. A este caracter coactivo que posee el propietario corresponde en la otra parte la obligación de Restituir.

Sin embargo, no a todos convencen estas razones para restringir la obligación de restitución a la Justicia Conmutativa. (39) Si bien es verdad que la razón formal de la Restitución, el motivo de la misma, es distinto en cada clase de Justicia, de esto no parece fácil deducir que no existe obligación de restituir. No es lógico que la sociedad en la Justicia Legal y el Ciudadano en la Distributiva sólo tienen un derecho mediato a la cosa, un derecho a exigir la cosa, que pertenece inmediatamente al Ciudadano y a la sociedad respectivamente, por lo que al quebrantarse esas Justicias se ha dispuesto de algo propio, por ejemplo, el Ciudadano que no paga un impuesto justo (obligatorio por Justicia Legal) estaría disponiendo -según esa opinión de algo suyo, que debería entregar al Estado, pero que mientras no lo entrega es suyo, y, por lo tanto, no tiene obligación de restitución. En el terreno del Derecho Patrimonial -campo de la Justicia Conmutativa- hablan los juristas de un "ius ad rem", que conculcado no se puede negar que no queda ninguna obligación posterior.

B) Estos autores hacen más hincapié en el débito y con--

39 PIEPER Josef, Op. Cit., pág. 95.

traponen lo que llaman un débito moral imperfecto, mediato o relativo en las Justicias Legal o Distributiva con el débito perfecto, inmediato y estrictísimo de la Conmutativa. Hablan también de indeterminación de la cantidad frente a la cantidad perfectamente determinada en la Justicia Conmutativa por la contraprestación. (40) Sobre esta idea, dos autores defienden su tesis de esta manera: "la Justicia Legal impone prestaciones personales y reales en favor de la comunidad del bien común, etc. Estas obligaciones poseen tanta fuerza -o mejor dicho más- como las derivadas del Derecho Privado, pero su violación, como tal, no origina obligación de Restituir. La comunidad se encuentra en un plano superior al de los individuos y la relación entre comunidad e individuos que la componen es semejante a la que se da en la religión ("iustitia erga Deum") y en la piedad ("iustitia erga parentes"), y en estas dos virtudes es imposible hallar la exacta equivalencia entre la ofensa cometida y la reparación satisfactoria. Por otra parte, los individuos están incluidos en la comunidad y en consecuencia, no puede darse, como ocurre en el ámbito de los derechos privados, una total

40 MARTINEZ Saez Santiago. Op. Cit., pág. 57
GONZALEZ y G. Felipe y HERVADA Javier. Op. Cit., pág. 28.
NAVARRO S. Op. Cit., pág. 140.
VEERMERSCH V. Op. Cit., pág. 163.
SENENSIS. Gerardus. Op. Cit., pág. 390.
JUNG N. Op. Cit., pág. 40.

separación entre las distintas esferas jurídicas. Además, no existe aquí la posibilidad de determinar con exactitud lo que ha de restituirse, es decir, lo que ha de exigirse objetivamente, porque la norma básica de la Justicia Legal no es "la igualdad entre dos cosas, sino la proporción entre dos cosas. Finalmente, la comunidad no necesita miembros. En efecto, la comunidad cuenta, en general, con recursos legales suficientes para obtener de los individuos las prestaciones necesarias usando, incluso, cuando es preciso, de la coacción legal. En consecuencia, la satisfacción consistiría, en este caso, - en el arrepentimiento, el cumplimiento de la pena impuesta, - la observancia de la ley en el futuro y el abono de lo no satisfecho (por ejemplo, los impuestos)". (41)

"Los partidarios de esta teoría también dicen que los argumentos anteriores, usados para la Justicia Legal, son válidos para la Justicia Distributiva y aún en mayor grado, ya -- que en la distribución de bienes comunes entre los componentes de una comunidad, el derecho de éstos es únicamente relativo o sujeto a una condición: no pueden exigir una distribución de bienes comunes, pero si se hace, pueden ciertamente - exigir que sea justa. Su derecho no tiene por objeto un bien específico o determinado, sino la observancia de la exacta -- proporción en la distribución de bienes o cargas entre los --

41 GONZALEZ y G. Felipe y HERVADA Javier. Op. Cit., pág. 33.

miembros de una comunidad. Este derecho no lleva consigo la facultad de coacción contra la comunidad y las autoridades - que la gobiernan." (42)

De todas maneras -aquí se opina- la indeterminación de - la cantidad como argumento en contra de la obligación de Restituir, no parece convincente, ya que se trata de una indeterminación no en sí, sino en cuanto conocida por nosotros. Si la ley positiva resuelve la indeterminación natural no hay -- problema, y aunque no se resolviera, habrá que decir que, al igual que ocurre en la Justicia Conmutativa, en caso de falta de precisión cuantitativa, la buena voluntad deberá acercarse lo más posible a lo que es objetivamente justo.

El que en la Justicia Conmutativa se de una igualdad perfecta de estricta equivalencia entre lo que se da y lo que se recibe, independientemente de las condiciones subjetivas de - las partes, y en las otras justicias la igualdad no se pueda establecer objetivamente, sino atendiendo a las condiciones - personales, da base también para ahondar las diferencias entre las Justicias cuya consecuencia será el precisar la forma y modo de Restituir.

Para concluir este punto, la cuestión se puede plantear en estos términos. El criterio para fijar el medio o la cantidad de la relación Jurídica es diverso en las distintas cla

42 MARTINEZ Saez Santiago. Op. Cit., pág. 58.

ses de Justicia, en la Conmutativa se fijará atendiendo a lo que estrictamente se recibe, en las otras, atendiendo a las condiciones de los sujetos; pero una vez fijada la cantidad, habrá en todo caso, una igualdad perfectísima entre lo que se da y lo que se debe dar. No se trata, por lo tanto, de problemas de perfecta o imperfecta igualdad, sino de criterio distinto para señalar la cantidad, y una vez señalada, hay que satisfacerla de una manera perfecta en todo caso.

C) Otros autores admiten que la obligación de la Restitución proviene de la lesión de las Justicias Legal o Distributiva, pero que la Restitución del daño económico derivante es un acto de la Justicia Conmutativa. (43)

Así en el ámbito de la Justicia Legal se suele poner el ejemplo de un recaudador de impuestos que cobra más de lo debido o defrauda al Estado, queda obligado a Restituir al contribuyente perjudicado o al Erario Público, igualmente en la Justicia Distributiva, quien distribuye fondos públicos contra las normas concretamente prescritas y defrauda a algún beneficiario queda obligado a Restituir.

Pero esto, a todas luces, parece explicación defectuosa. No es que surja una nueva obligación de la Conmutativa a modo de un contrato. El título exigitivo de la Restitución si

43 WELTY E. Op. Cit., pág. 256.

VEERMERSCH V. Op. Cit., pág. 164.

guen siendo los derechos violados de la Distributiva o Legal, cuando éstas determinan un derecho perfecto.

Cuando, por ejemplo, un recaudador de contribuciones cobra como impuestos legales cantidades indebidas, o un ciudadano percibe de fondos públicos sumas que no le corresponde, o el Estado retiene en prisión preventiva a un inocente causándole así un daño considerable, las lesiones de la Justicia Legal y de la Distributiva que suponen los hechos mencionados, exigen por sí mismas la oportuna Restitución y no sólo por la lesión concomitante de la Justicia Conmutativa.

Como respuesta a todo lo anterior, son contundentes los argumentos por los que R. Egenter demuestra que los autores - que niegan la Restitución en la Justicia Distributiva y Legal no presentan razones concluyentes, ni pueden apoyarse en Santo Tomás de Aquino. (44) Este dice, sencillamente, que la Restitución es un acto de la Justicia Conmutativa por cuanto el daño injusto y su reparación se corresponden exactamente. -- "En la sociedad humana existe un verdadero Derecho, esto es, un orden determinable y concreto en los puntos en que la sociedad y sus miembros se encuentran frente a frente. La violación de este orden exige reparación. Puede discutirse si puede separarse completa o sólo parcialmente el ámbito de los

44 "La Restitución es un acto de la Justicia que dirige las conmutaciones". Santo Tomás de Aquino. Op. Cit. II-II q. 62 a 1 pág. 375.

derechos que a una y otros corresponde, pero esta cuestión - sólo interesa para determinar la medida de la Restitución no para establecer su obligación". (45) Entonces, cabe decir, - que tales obligaciones de Restitución adquieren la forma de la Justicia Conmutativa, en cuanto a perfección en sus elementos se refiere, sin que dichas obligaciones nazcan de nuevo título o fuente de obligación, que de la misma intrínseca eficacia de los derechos violados de aquellos tipos de Justicia que reclaman debida reparación.

Sin necesidad de detallar la significación y alcance de las Justicias Distributiva y Legal, basta decir que, además de la problemática moral basada en las relaciones interindividuales y que en última instancia se basan en el derecho de propiedad individual, existen conexiones entre los miembros de la sociedad y aún entre los miembros en cuanto partes del todo, que plantean situaciones que no pueden abordarse con criterios de mera Justicia Conmutativa. La sociabilidad del hombre, exigencia tan natural como el Derecho de Propiedad, fundamenta una serie de derechos y deberes correlativos que afectan a los elementos que tienen un quehacer común. La sociedad no puede cumplir debidamente su cometido si no son -- respetados por los miembros, por los grupos sociales y por la misma sociedad como un todo, una serie de deberes cuyo in

45 EGENER R. Zur Frage der Restitutionspflicht bei ungerechter Schädigung (Trad. Luis Legaz Lacambra) -Festschrift für Eichman- Padenborn 1940, p. 528-529.

cumplimiento perjudicará a toda la sociedad en su recto funcionamiento, a determinados sectores sociales o a algunos -- miembros en cuanto son partes integrantes de la comunidad.

Cuando se limita la Restitución a la sola Justicia Conmutativa, no se asegura suficientemente la moralidad de la vida social, económica y política y el buen orden de la sociedad. El progreso de las ciencias sociales, en especial -- de la Economía, permite ver con más profundidad las repercusiones e incidencias de determinados comportamientos humanos pertenecientes a la esfera de los fenómenos económicos y sociales.

Los autores que limitan la Restitución a la Justicia -- Conmutativa no es que nieguen tajantemente la obligación de la Restitución en los otros tipos de Justicia, se han planteado también, aunque con menos fuerza, la obligación de la Restitución en los casos de la lesión de la Justicia Legal o Distributiva.⁽⁴⁶⁾ Lo que sucede es que en la Justicia Conmutativa, la Restitución es fácil de determinar, al existir la llamada "estricta igualdad rei ad rem" (entre lo dado y lo -- recibido, entre el daño y su reparación), de ahí que afirmen que la Restitución es el acto propio de la Justicia Conmutativa. Pero también se refieren a la Restitución en los -- otros aspectos de las Justicias Legal o Distributiva, aunque

46 Citas 37 y 38.

éstas, por esa falta de estricta igualdad (sólo existe igualdad de proporción) plantea más dificultades y por eso, en la práctica, puede ocurrir que la Restitución no aparezca como un claro deber.

Se puede añadir otro punto de vista. No hay duda de -- que quebrantando un aspecto de las Justicias Legal y Distributiva, puede uno enriquecerse con perjuicio de otro u otros, tal vez de toda la sociedad. El bien común, la buena marcha de la sociedad, exigen garantizar la disciplina social con -- la obligación de reparar el daño causado, si no existiera esta obligación, no nos parecería suficientemente respaldado, con Derecho, el buen desenvolvimiento de la vida social.

De todas maneras, más que la cuestión teórica sobre si hay o no una obligación de Restitución en los casos de le-- sión de Justicia Legal y Distributiva, lo cual parece claro, las dificultades se plantean en el aspecto práctico de deter-- minar en qué casos se da lesión de la Justicia Legal o Dis-- tributiva. Determinado este punto, aunque pueda ser difícil, se debe concretar la cantidad, modo y circunstancias de la -- Restitución.

Por otro lado y como ya se dijo, la Restitución es una obligación, y como toda obligación Jurídica, origina dos fa-- cultades de orden distinto en el acreedor, facultad de reci-- bir y obtener y facultad de exigir. A su vez, el del débito y obligación impone dos situaciones jurídicas diversas: el --

deber jurídico del deudor y la responsabilidad patrimonial - para el caso de incumplimiento en el deudor o en tercera persona.

Enneccerus dice al respecto "La obligación otorga al - - acreedor el derecho a exigir la prestación y obliga al deudor a hacerla". (47) Por lo tanto, no es característica esencial de dicha obligación que exista la nota coactiva, es decir, -- que el aparato coactivo del Estado, como dice Kelsen, (48) intervenga mediante la "actio" para la ejecución forzada, bas-- tando para la existencia del derecho en el acreedor que haya un deber en el deudor reconocido de tal manera que el cumplimiento de la prestación tenga validez y el acreedor pueda y - deba recibir y retener lo pagado, sin que exista, por consi-- guiente, un derecho en el deudor para exigir la Restitución.

La Restitución es una obligación que exige por sí y no - depende de ninguna otra, es una obligación que nace con o sin consentimiento, ya que, como dice el maestro Rojina Villegas "Sólo en las obligaciones contractuales, como es lógico se re-- quiere el conocimiento y consentimiento del acreedor para que

47 ENNECCERUS Ludwing, KIPP Theodor y WOLFF Martín. Tratado de Derecho Civil (Trad. del Alemán por Blás Pérez -- González y José Alger) Bosch Casa Editorial Barcelona 1953, Tomo I, pág. 103.

48 KELSEN HANS Teoría Pura del Derecho (Trad. del Francés por Moises Nilve y Napoleón Cabrera) EUDEBA. Buenos Aires, 1960, pág. 384.

nazcan, pues sólo en ellas el acuerdo de voluntades crea la -
relación jurídica, pero en las obligaciones extracontractua--
les, no se requiere necesariamente que intervenga el acreedor
para que se constituyan". (49) Es una obligación también que
nace en un ámbito derivado de la licitud o ilicitud, de la ca-
pacidad o incapacidad, de la pureza o de los vicios de la vo-
luntad y de la formalidad o informalidad.

49 Op. Cit. Tomo V, Obligaciones I., pág. 425

CAPITULO V

FUENTES DE LA RESTITUCION

El Tema de Fuentes de la Restitución es fundamental ya - que trata y analiza los hechos que originan la obligación de Restituir, es decir, el origen de la misma, sus raíces, sus - causas, su nacimiento y demás conceptos relativos a la géne- sis del tema.

"La Restitución surge invariablemente de dos fuentes:

- La posesión de una cosa ajena contra las normas del Derecho, independientemente que derive ésta de la buena o mala fe.
- Un acto delictivo o el daño causado a una cosa ajena". (50)

Existen diversos autores que agregan otras dos fuentes - más que son: la injusta cooperación y el incumplimiento de -- contratos o cuasicontratos, que no constituyen, sin embargo, raíces de la restitución porque se reducen fácilmente a una - de las dos anteriores, según los casos. (51)

La posesión de la cosa ajena origina una obligación de - Restituir que se considera ligada a la misma cosa, (52) del ac- to delictivo o del daño causado nace una obligación de resti- tuir ligada a la culpabilidad personal.

50 Santo Tomás de Aquino. Op. Cit., II-II q.62 a 5, pág. 372.

51 Citas 37 y 38.

52 "res clamat dominio, res perit domino, res fructificat do- mino, et nemo ex re aliena injuste locuplerati potest" Lo- cución Latina. CABANELLAS Guillermo. Repertorio Jurídico de Locuciones, Maximas y Aforismos Latinos. Ed. Heliasta. Buenos Aires 1974, pág. 37.

Pero es obvio el fundamento de este doble título de la obligación de Restituir. En ambos casos, se lesiona el derecho de la persona y surge la desigualdad, que la Justicia ha de reparar, restituyendo en un tanto igual al derecho lesionado o daño inferido.

La Restitución va a surgir de la obligación jurídica derivada de hechos, actos o negocios jurídicos. "Los hechos jurídicos en sentido amplio se dividen en destructores del orden social y en edificadores del orden social, y tanto de unos como de otros pueden surgir obligaciones que conlleven a una restitución. Esta obligación puede surgir de los hechos involuntarios o voluntarios que sean destructores del orden social y en aquellos hechos involuntarios edificadores del orden social además de cualquier acto y negocio jurídico".⁽⁵³⁾

Para que surja la Restitución, es requisito indispensable que se de la Relación Jurídica que nace de la estructuración de todos los elementos simples del Derecho, los cuales son la norma, el o los sujetos, los derechos subjetivos, los deberes jurídicos, el o los objetos del Derecho, los supuestos jurídicos y las consecuencias de Derecho. Siendo necesario tomar el elemento norma como de Derecho Natural ya que no en todos los casos del Derecho Positivo existente en las diferentes legislaciones, es contemplada en todos sus aspectos la --

53 VILLORO Toranzo Miguel. Op. Cit., pág. 396.

obligación de Restituir.

A) La Posesión de cosa ajena contra las normas del Derecho.

Como principio general, es evidente que el dueño de una cosa es el único que tiene derecho a poseerla y no pierde ese derecho cualquiera que sea el lugar eventual de la misma. Pero la aplicación de este principio adquiere modalidades muy variadas, según las distintas leyes y según la diversa condición del que posee actualmente aquella cosa. Para proceder a este estudio, es necesario hacer algunos prenotados indispensables:

1. Axiomas Jurídicos:

- a) La cosa clama a su dueño.
- b) La cosa fructifica para su dueño.
- c) La cosa se pierde para su dueño.
- d) Nadie puede enriquecerse injustamente con lo ajeno.
- e) Donde el dueño encuentra lo suyo, allí mismo puede vindicarlo para sí.

2. El poseedor de la cosa puede ser:

- a) De buena fe.- Es aquel que tiene una cosa ajena o ejerce un derecho ajeno con el pleno convencimiento de que tal cosa o derecho son de su propiedad. (54)

54 "Es poseedor de buena fe al que tiene o fundadamente cree tener título bastante para transferir el dominio, lo es también el que ignora los vicios del título. La Ignorancia se presume en este caso". ROJINA Villegas Rafael, Op. Cit., Tomo III, pág. 375.

b) De mala fe.- Es aquel que posee, sabiendo que no tiene título, el que sin fundamento cree que lo tiene y el que sabe que el título es insuficiente o vicioso. Así mismo, el Maestro Sánchez Román define al poseedor de mala fe como "aquel que adquiere una cosa por razón que no es derecho, o sin justo título, o de -- quien supo no tener facultades para enajenarla aunque en este último caso la adquiriera mediante justo título". (55)

c) De fe dudosa.- Es aquel que sospecha en relación a la legitimidad de la posesión de la cosa, pero no -- tiene certeza de ello.

3. Los frutos de la cosa pueden ser:

"a) Naturales.- Los producidos espontáneamente por la naturaleza misma.

b) Industriales.- Llamados también personales, o sea, adquiridos con la industria o trabajo humanos utilizando la cosa ajena tan solo como instrumento.

c) Mixtos.- Cuando proceden, a la vez, de la naturaleza y del trabajo humano." (56)

Desde otro punto de vista, los frutos pueden ser:

55 Estudios de Derecho Civil, Ed. EUDEBA, Buenos Aires 1971, Tomo III, pág. 278.

56 ROJINA Villegas Rafael, Op. Cit., Tomo III, pág. 679.

"a) Pendientes.- Sin poseerse todavía.

b) Ya percibidos.- Estos se subdividen en consumidos - -
(en sí o en su precio) y no consumidos, o sea, no poseídos todavía en sí mismos o en su precio.

4. Los gastos realizados en favor de la cosa ajena pueden ser:

a) Necesarios.- Sin los cuales la cosa hubiere perecido o empeorado.

b) Útiles.- Si mejoran notablemente la cosa, aunque no sean absolutamente necesarios.

c) Voluntarios.- Son aquellos que únicamente sirven de ornato para la cosa. En la práctica, es difícil distinguir los gastos útiles de los lujosos."⁽⁵⁷⁾

Teniendo en cuenta todos estos antecedentes, se pasará al examen por separado de las obligaciones del poseedor de buena fe, mala fe y de fe dudosa.

1. El poseedor de buena fe.

El que posee una cosa ajena, creyendo con absoluta buena

57 ROJINA Villegas Rafael. Op. Cit., Tomo III, pág. 679.

- "Se llama Justo título el que es o fundadamente se crea bastante para transferir dominio". LA FAILLE. Derecho Civil. (Trad. por Juan Laborde) Ed. F.U.C. Barcelona 1960, pág. 308

fe que es realmente suya, al darse cuenta de su error y conocido el verdadero dueño, está obligado (a no ser que la cosa haya prescrito legitimamente) a lo siguiente:

"En cuanto a la cosa misma por Derecho Natural y con obligación de Justicia, debe restituirla a su dueño tal y como la tenga en su poder, sea en todo, en parte o en sus utilidades. Puede también devolvérsela a quien se la vendió, con el fin de recuperar el precio que pagó por ella, a no ser que pueda asegurar de otro modo su suerte y la del propietario o que éste reclame antes su cosa, en cuyo caso el vendedor responde de la evicción. Aunque, según algunas legislaciones, como la española, si la cosa fue comprada en tienda abierta al público o en venta pública, no tiene obligación de restituirla, aunque el dueño pueda recurrir contra el que haya desposeído." (58)

"Si la cosa pereció por causas no imputables al poseedor de buena fe, no está obligado a nada, porque la cosa perece para su dueño. Pero queda obligado a restituir la ganancia o aquello en que se ha enriquecido. Además, si regaló la cosa que había recibido gratuitamente de buena fe (o sea, ignorando que fuese ajena), no está obligado a restituir al dueño, pero debe, por obligación de Derecho Natural, avisar al donatario o al dueño cuando lo sepa". (59)

58 JUNG, N. Op. Cit., pág. 179.

59 NAVARRO S. Op. Cit., págs. 144-145.

En caso de que el poseedor de buena fe haya vendido la cosa sin lucro propio, es decir, al mismo precio en que la compró, no está obligado a la restitución, pero el último comprador, a quien se le reclama el legítimo dueño, puede recurrir contra el que se la vendió, y éste contra el anterior, etc., hasta llegar al primer poseedor. En el caso de que haya recibido la cosa gratuitamente, tiene obligación de restituir al comprador el precio recibido en caso de evicción o de restitución espontánea del comprador al dueño. Si el comprador no quiere restituir la cosa, el vendedor debe entregar al dueño el precio recibido. Y, si la vendió con lucro propio (o sea, más cara de lo que le costó a él), debe restituir al comprador todo el precio recibido, para que éste devuelva la cosa a su dueño, pudiendo el vendedor, a su vez, reclamar contra el que se la vendió a él, perdiendo el lucro de su venta, ya que nadie puede enriquecerse a costa de lo ajeno.

Desde luego, el poseedor de buena fe puede beneficiarse con la propiedad de la cosa por legítima prescripción, (60) -- por presunción a su favor en caso de duda y por apropiación de la cosa cuando se ignora quién sea su verdadero dueño.

60 El Maestro Rojina Villegas, marca los requisitos de la -- prescripción que son: "Posesión en concepto de dueño, pacífica, continua, pública y por el tiempo que marca la -- ley del país de que se trate". Op. Cit., Tomo III, pág. - 646.

En cuanto a los frutos por Derecho Natural, el poseedor de buena fe debe devolver al dueño los frutos naturales y civiles que haya producido la cosa, o su precio correspondiente si los hubiere consumido ahorrando de lo propio (descontando, sin embargo, los gastos y el trabajo), pero son suyos los frutos puramente industriales y los mixtos en la parte debida a su industria.

Diversas legislaciones del mundo, como la de España, la de México, etc., autorizan al poseedor de buena fe a quedarse con todos los frutos percibidos, incluso los naturales y civiles, y puede exigir, además, que el dueño le indemnice los gastos que hubiese efectuado por los frutos naturales o industriales, pendientes y parte del producto líquido de la cosecha proporcional al tiempo de su posesión. Las cargas se pagarán entre los dos a prorrata. Para el Derecho Natural son leyes válidas en conciencia, dadas para evitar litigios y facilitar la restitución de lo principal. (61)

En cuanto a los gastos, el poseedor de buena fe puede exigir o indemnizarse de los gastos necesarios y aún útiles que hayan mejorado la cosa; pero nada puede pedir por los voluntarios, aunque podrá llevarse el ornato si el bien no sufre detrimento, a no ser que el dueño prefiera abonarle su importe.

61 "Fructus etiam restituendi". (También los frutos han de restituirse). PAULO. Ley 173. I Digesto. Citado por CABANELLAS. Guillermo. Op. Cit., pág. 121.

El poseedor de buena fe por Derecho Natural, no está obligado a abonar al dueño los perjuicios causados a la cosa sin culpa propia.

2. El poseedor de mala fe.

Se llama así al que se apodera de una cosa ajena o la retiene injustamente a sabiendas que no tiene derecho. Sus obligaciones son mucho más graves que las del poseedor de buena fe, pues se reúnen en él la injusta retención y un daño injusto.

El Derecho Natural le obliga a restituir al dueño la cosa misma si aún existe, o su equivalente (precio), si ya no existe. Y ello aunque la cosa haya perecido sin culpa propia, es decir, por caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que en manos del dueño hubiere perecido por la misma causa o en el mismo accidente y quizá también en diverso, pero al mismo tiempo. La restitución debe hacerse por el precio máximo de la cosa al momento de la misma, ya que la cosa fructifica para su dueño.

Ha de restituir también todos los frutos naturales (o su precio si se han consumido) y los civiles. Pero puede quedarse con los puramente industriales debidos a su trabajo y propio -

esfuerzo y con los mixtos en lo que tengan de industriales. (62)

Si con la cosa poseída de mala fe levanta una industria o comercio y se ha multiplicado el capital, está obligado a restituir al dueño: a) El capital íntegro; b) Los intereses legales o los más altos a los que hubiera podido invertirse el capital; c) Todas las ganancias que hubiera podido normalmente obtener - el dueño, aunque sean superiores a las obtenidas por el injusto poseedor.

En cuanto a los gastos realizados para conservar o mejorar la cosa, se aplica lo dicho para el poseedor de buena fe. Es decir, puede exigir el pago de gastos necesarios y hasta útiles, pero no los gastos voluntarios.

62 Algunas legislaciones como la Mexicana, admiten que el poseedor de mala fe retenga dos terceras partes de los frutos industriales si ha poseído por más de un año. En cambio, legislaciones como la Española y la mayor parte de los países del mundo castiga al poseedor de mala fe con la devolución de todos los frutos. Art. 813 Código Civil para el Distrito Federal.

- "Certum est, malas fidei poseesores omnes fructus cum ipso repraestare bonas fidei vero existentis, pos litis autem contestationem universos". (Es indudable que los poseedores de mala fe han de restituir todos los frutos juntamente con la cosa misma y que los de buena fe, en cambio, tan sólo los existentes, pero después de la contestación de la demanda. Código de Justiniano (Lib. III. tit. XXXII. ley 22). Citado por CABANELLAS Guillermo, Op. Cit. pág. 238.

Si la cosa hubiese sido poseída sucesivamente por varios poseedores de mala fe, está obligado a restituirla en primer lugar al que la retenga actualmente, o al que la consumió, o al que la poseía cuando pereció, en su defecto, el primer poseedor de mala fe, en tercer lugar, los otros sucesivamente "in solidum", o sea, cada uno integramente en cuanto a la cosa misma (solidariamente, con derecho a exigirles su parte a los demás) y a los daños y perjuicios.

Como la posesión de mala fe supone una previa acción injusta al adquirir la cosa, el poseedor de mala fe está obligado a indemnizar a su propietario todos los daños causados y los beneficios no obtenidos ("damnum emergens" y "lucrum cesans") en la medida en que haya podido prever tales daños y perjuicios. La indemnización ha de ser mayor o menor según la mayor o menor probabilidad de que los daños y perjuicios hayan sido resultado de la acción injusta.

Lo anterior es fundamentado por Santo Tomás de Aquino -- como sigue: "Cuando alguien posee una cosa ajena, produce -- dos consecuencias: una desigualdad objetiva, que algunas veces puede ser injusticia, como sucede en los préstamos; otra es la culpa de injusticia, que puede coexistir con la misma igualdad real. La primera de estas consecuencias se remedia con la restitución, en cuanto que por ella, se repara la -- igualdad, para lo cual es suficiente que se restituya tanto como se posee de otro, pero en lo concerniente a la culpa se

aplica el remedio por la pena o castigo". (63)

La apreciación de estos daños y perjuicios deben correr por cuenta de una autoridad jurisdiccional a efecto de que el afectado no se convierta en juez y parte.

3. El poseedor con dudas sobre la legitimidad de su posesión.

Es aquel que sospecha con verdadero fundamento que la cosa no es suya, pero sin tener certeza de ello. Sus obligaciones por Derecho Natural son las siguientes:

Debe hacer investigaciones para averiguar la verdadera propiedad de la cosa, en proporción al valor de ésta, a la gravedad de sus dudas y a la esperanza de éxito. Si aparece el verdadero dueño, se la debe devolver en las mismas condiciones que el poseedor de buena fe, si con ella comenzó a poseerla, como poseedor de mala fe, si había comenzado la posesión con duda y nada hizo para disiparla.

Si permanece la duda después de la debida investigación, es necesario tener en consideración los siguientes presupuestos: si empezó a poseerla de buena fe, puede conservarla y apropiársela por legítima prescripción, porque es mejor la condición del que posee ("indubido melior est conditio possidentis"). Si comenzó con fe dudosa despojando al poseedor, -

63 Opus, Cit. II-II q.62 a 5, pp. 343 y ss.

debe restituírsela, a no ser que conste que le asiste a él un derecho más probable y el otro hubiera empezado a poseerla -- también con fe dudosa. Si a pesar de ella subsiste la incertidumbre, se puede, lícitamente, recurrir a una vía de media solución, a partir, proporcionalmente ("pro rata dubii") con el otro probable propietario la misma cosa o sus frutos, si la adquirió con fe dudosa gratuitamente o por compra, puede suponer que el dador o vendedor la poseía legítimamente, pues nadie ha de ser tenido por poseedor de mala fe, mientras no se demuestre que lo es, y en consecuencia, puede quedarse con ella.

Si se omite culpablemente la investigación y después aparece el dueño, se considera como poseedor de mala fe desde -- que comenzó la negligencia culpable. Si no aparece el propietario, pero consta con certeza o con gran probabilidad que hubiera aparecido si se hubiera hecho la investigación al momento, se debe esperar un tiempo prudente antes de consumirla, -- enajenarla o usarla por si éste llega a reclamar la cosa. (64)

64 "El Código Civil Mexicano determina que la posesión adquirida de buena fe no pierde este carácter, sino en el caso y desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente".
Art. 808 Código Civil para el Distrito Federal. (vigente).

B) La Damnificación Injusta.

La segunda fuente de la Restitución es el daño injusto, el cual debe reunir 3 elementos esenciales para que se produzca la consecuencia de reparar el daño por parte del culpable. En el Derecho Natural, son elementos de esta fuente de la Restitución: a) La Comisión de un daño; b) La culpa; y c) La relación causal entre el hecho y el daño.

Esta argumentación procede lógicamente, ya que todo - - aquel que causa un daño a otro es como si le substrajera aquello en que le damnifica aunque no reporte para sí algún beneficio. El damnificado tiene entonces menos de lo que es suyo y le corresponde y surge la desigualdad de la injusticia, que no puede ser allanada, sino por la restitución de todo el daño injustamente causado. La igualdad resultará cuando al que padeció el daño se le ponga en posesión de todo aquello a que tenía derecho y en que fue perjudicado.

Haciendo un análisis de estos elementos, se tienen en -- primer término:

1. La comisión de un daño.

La existencia de un daño es una condición "sine qua non" de esta fuente de Restitución, pues es evidente que para que exista la obligación de reparar, es necesario que se cause un daño. Además de este elemento, deberá existir la culpa y la relación causal entre el hecho y el daño. Se ha planteado el

problema importante de determinar si sólo el daño patrimonial es susceptible de reparación o también el derecho debe imponerla cuando se cause un daño moral. En la responsabilidad penal, bastará éste último y aún más, que el pensamiento se haya exteriorizado a través de actos, aún cuando sólo impliquen la preparación de un delito o la tentativa para ejecutarlo.

Por daño patrimonial se entiende todo menoscabo sufrido en el patrimonio por virtud de un hecho ilícito, así como la privación de cualquier ganancia que legítimamente la víctima debió haber obtenido y no obtuvo como consecuencia de ese hecho. El daño moral es toda lesión sufrida por la víctima en sus valores espirituales: honor, honra, sentimientos y aficciones.

Henri Mazeaud, León Mazeaud y A. Tunc mencionan que cualquier perjuicio material permite a la víctima demandar reparación, por lo menos cuando se han reunido los elementos constitutivos de responsabilidad, es decir, cuando el autor del perjuicio ha cometido un daño y existe además un vínculo de causalidad entre la culpa y el daño. (65)

La lesión debe constituir una violación de un derecho, es decir, debe tratarse de la lesión de un bien jurídico aje-

65 Compendio del Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil y Contractual (Trad. de Carlos Valencia E.) Editorial Colmex. México D.F., 1945. Tomo VI, pág. 639.

no, cuyo legítimo poseedor puede conservar o reclamar como suyo. El perjudicado ha de poder reconocer en la acción injusta del otro una violación del Derecho dirigida contra él.

La lesión de la Justicia Distributiva obliga también, -- aunque con menos frecuencia, a la Restitución del daño a diferencia de la lesión que cause a la Justicia Conmutativa que es la más común, así como la Justicia Legal.

2. La Culpa.

Desde el punto de vista de la doctrina tradicional, la culpa es un elemento esencial para que nazca la obligación de Restituir. Dentro del concepto lato de culpa, se entiende -- también el dolo.

De acuerdo con el deber jurídico fundamental que sirve -- de base a la convivencia humana y a la seguridad jurídica, -- así como a la paz pública y al orden, nadie puede interferir en una esfera jurídica ajena si no existe una expresa autorización normativa que faculte ese acto de interferencia. Por consiguiente, lo ilícito se puede definir en el derecho como -- toda interferencia en una esfera jurídica ajena, cuando la -- norma no autorice ese acto de interferencia.

"La interferencia positiva implica un ataque directo a -- la esfera jurídica ajena que se realiza por actos del responsable. La interferencia negativa se manifiesta en omisiones, por el sólo hecho de no cumplir un deber jurídico especial --

que exista a cargo del obligado. Esta forma de interferencia lesiona la esfera del sujeto activo, desde el momento en que el obligado no satisface la prestación a que aquel tenía derecho y disminuye, por lo tanto, injustificadamente esa esfera. Por eso, tan ilícito es ejecutar los actos prohibidos, como omitir los actos ordenados. En la ejecución de los actos prohibidos, hay una interferencia positiva sobre la esfera jurídica ajena, en tanto que en la omisión de los actos ordenados hay una interferencia negativa sobre dicha esfera. En ambos casos se trata de una interferencia ilícita." (66)

De acuerdo con este criterio, el hecho ilícito sería toda intromisión en una esfera jurídica ajena que causa un daño, sin que exista una autorización normativa para llevar a cabo ese acto de interferencia. Generalmente la culpa se define como todo acto ejecutado con negligencia, descuido, falta de previsión, o bien con la intención de dañar en cuyo caso ya esa culpa toma el nombre de dolo. (67) En los primeros casos,

66 MAZEAUD Henri y León y Tunc A., Op. Cit., Tomo VI, pág. 640 y ss.

67 "Demogue define a la culpa en la forma siguiente: Dos condiciones, según la Jurisprudencia, parecen indispensables: la una objetiva y la otra subjetiva, un atentado contra el derecho, y el hecho de haber advertido o podido advertir que se atentaba contra el derecho ajeno". MAZEAUD Henry, León y Tunc A. Op. Cit., T. VI, pág. 641.

aún cuando no haya la intención de dañar, bastará la negligencia, el descuido o la falta de previsión o pericia para que el hecho se repunte ilícito y, por tanto, haga responsable a su autor del daño causado.

En la definición de la culpa, algunos autores hacen figurar no simplemente la ilicitud, sino también la imputabilidad. (68) La imputabilidad requiere que el sujeto sea consciente en la ejecución del acto. Por lo tanto, los niños, los enajenados mentales, los privados de inteligencia y, en general, todos los que sufran perturbaciones graves de sus facultades mentales, no serían responsables del daño que causaren, porque faltaría el elemento de la imputabilidad, recayendo la obligación de restituir en aquellos que tengan bajo su cargo la custodia del inimputable.

3. Relación de Causalidad.

Para que pueda determinarse la Restitución a cargo de un cierto sujeto, es necesario que no sólo sea culpable del daño, sino además, causante del mismo. Propiamente para reputar culpable a alguien, es necesario que sea causante del daño. Es decir, en rigor la noción de culpabilidad entraña necesariamente la de causalidad entre el hecho y el daño. En consecuencia, la relación de causalidad origina el problema relativo a deter

68 CASTAN Tobeñas José. Derecho Civil Español Común y Foral. Ed. Reus, Madrid 1975, Tomo IV, págs. 225 y ss.

-ROJINA Villegas, Rafael. Op. Cit., tomo V, obls. II, págs. 387.

minar si todo daño originado por un cierto hecho debe ser reparado.

Es común que un cierto daño pueda presentar problemas difíciles para determinar cuál fue su causa, por existir varios hechos que aparentemente lo han producido. "Enneccerus - -- Ludwig, Theodor Kipp y Martin Wolff⁽⁶⁹⁾ han hecho notar - que el concepto filosófico de causa no es aplicable de un modo absoluto por el Derecho, ya que por tal debe entenderse el conjunto de condiciones de un resultado".⁽⁷⁰⁾ Y en efecto, - ningún hecho por sí mismo y de manera aislada es capaz de producir total y exclusivamente un determinado efecto, sino que habrán de concurrir con él un conjunto de causas secundarias, de tal suerte que tendrá que distinguirse entre la causa eficiente y las causas concurrentes.

La causalidad no implica la culpabilidad, pero ésta si - entraña o supone a aquella. El causante de un daño, no siempre es culpable del mismo. En cambio, el culpable de un determinado perjuicio, necesariamente debe ser causante del mismo, pues para calificarlo de culpable, ha sido necesario antes que haya causado ese daño, ya que si no lo hubiere originado, jurídicamente no podrá reputarse culpable del mismo.

69 Op. Cit. Tomo I, pág. 103 y ss.

70 STUART Mill Jhon. Sistema de la Lógica deductiva e inductiva. Revisado por G. Gomperz, Barcelona 1885. Tomo III No. 3., pág. 38.

"Para el Derecho Natural, habrá falta de causa cuando el daño se produzca por culpa de la víctima, hecho de tercero, - caso fortuito o fuerza mayor. Desde el punto de vista filosófico es claro que ese daño ha tenido una causa, pero en sentido jurídico se dice que no existe el nexo causal para originar la responsabilidad del que es demandado en el falso supuesto de que fue el que motivó el daño. Si se trata de culpa de la víctima, de caso fortuito o fuerza mayor propiamente no surgirá la obligación de Restituir." (71)

Así también, como en efecto puede tener varias causas, - de la misma suerte un daño puede ser producido por distintos hechos cuya conjunción producen un cierto resultado. Puede darse el caso, aunque raro, que todos los hechos tengan una participación igualmente importante en la comisión del daño - como ocurre cuando varias personas al mantener a otra le causan la muerte o una lesión. De acuerdo con las ideas de Burí, el hecho determinante o condición "sine qua non" de un daño imputable o no al que se demanda la Restitución, debe determinarse de acuerdo con la siguiente base: si el daño se produjo por la actuación del considerado culpable, éste último será responsable, en cambio, si se hubiera producido aún cuando el demandado no hubiere actuado, no habrá base para la responsabilidad.

71 JUNG N. Op. Cit., pág. 158.

Ejemplificando los casos anteriores, como poseedores de buena fe no es difícil que día con día nos surja la obligación de Restituir, por ejemplo, al encontrarnos algo perdido por otra persona, al recibir cantidades indebidas de dinero en una compraventa, y simplemente, al no trabajar con la debida diligencia y esmero. Por lo que respecta al daño causado a una cosa ajena, tal vez sea más frecuente que la primera en virtud de los accidentes con motivo del tránsito de vehículos, los desperfectos ocasionados por menores y en mayor escala, - las huelgas ilícitas que ocasionan trabajadores o sus sindicatos o viceversa, la explotación de los patrones para con sus trabajadores, lo cual se torna más grave si se efectúan ambas situaciones con dolo, lo que conllevaría, además, a una indemnización por daños y perjuicios.

Además, la obligación de restituir se torna más grave para con los delincuentes que no obstante apropiarse de una cosa ajena causan un daño patrimonial y moral a su víctima, como por ejemplo: robo, cohecho, fraude, abuso de confianza, peculado, etc.

El derecho para exigir la Restitución nace en el momento mismo en que se integran los tres elementos que se han analizado: culpa, daño y nexos causal. Se trata de una consecuencia que nace de supuestos complejos que deben fusionarse entre sí, según explica Fritz Scheirer. (72) En el caso se tra-

72 Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho: Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1942. pp. 145-158.

ta de supuestos complejos debido a que la consecuencia jurídica no puede producirse sino hasta que se combinan todos aquellos supuestos que en forma aislada no podrían por sí solos alcanzar ese resultado.

Y tomando en cuenta lo anterior, si una comunidad, por medio de sus autoridades contrae obligaciones y ocasiona daños culpables, pueda hacerla responsable en su totalidad de sus perjuicios, según los principios generalmente admitidos.

Más la restitución a que podrá estar obligada toda la comunidad nacional no ha de pesar discriminatoriamente sobre tal o cual individuo fuera del caso comprobado de que se haya hecho especialmente culpable de alguna falta. Si no es admisible atribuir una culpabilidad colectiva a toda una nación, los ciudadanos, sin embargo, han de reconocer ante las naciones los daños de sus dirigentes y de las grandes masas seducidas y han de estar dispuestos a contribuir a las reparaciones impuestas conforme a sus posibilidades. Claro es que los Estados deben tener también en cuenta los perjuicios por ellos causados. Pero los individuos tienen el derecho de rechazar las acusaciones de culpabilidad personal, no habiendo contribuido positivamente a actos culpables como, por ejemplo, venta de armas, apoyo a guerrilleros, invasiones de otros pueblos, etc. Se puede pedir la justa satisfacción del honor, o sea, del buen nombre, o de los bienes, pero siempre cuidando de no dejarse llevar por el espíritu de odio y venganza. El

peligro de dejarse llevar por dichos sentimientos puede ser -
más grave si se quieren exigir reparaciones inmediatamente y
cuando se está bajo la excitación de la cólera. Es preciso es
perar la calma. El amor a la Justicia es muchas veces un pre
texto falaz para encubrir el espíritu de venganza.

CAPITULO VI

LA INJUSTA COOPERACION

Aunque como ya se dijo, la cooperación injusta no constituye propiamente una tercera fuente de Restitución por que se reduce fácilmente a cualquiera de las dos anteriores se estudiará en capítulo aparte, por la abundante problemática a que da lugar.

"Se entiende por injusta cooperación, el concurso prestado a la acción injusta de otro con daño o perjuicio de tercero". (73) Para resolver con acierto los múltiples casos de injusta cooperación que pueden presentarse en la práctica, hay que tener en cuenta los siguientes principios fundamentales:

- La injusta cooperación induce por sí a la Restitución. La razón es muy clara, porque la obligación de restituir nace de la injusta damnificación, luego todo aquel que contribuya a esa damnificación injusta comparte con el autor principal, en mayor o menor grado, la obligación de Restituir.
- Para que la injusta cooperación induzca obligación de Restituir, se requiere que haya habido un daño, culpable o culpables y un nexo causal entre el daño y los culpables.
- La cooperación puramente material o inculpable no lleva

73 Santo Tomás de Aquino. Op. Cit. II-II q.62 a 6, pág. 379.

consigo la obligación de Restituir antes de la sentencia del juez, pero sí después de ella o si así se hubiere estipulado.

- La medida o grado de la Restitución, depende de la cantidad del daño causado y de la influencia ejercida sobre él con la propia colaboración.

El maestro Fernando Castellanos menciona que "la cooperación precisa de varios sujetos que encaminen su conducta hacia la realización de un acto, el cual se produce como consecuencia de su intervención. Evidentemente, si todos son causa de la infracción, no siempre lo serán en el mismo grado, - éste estará en relación con su actividad (o inactividad) de cada uno, de donde surgen varias formas de participación. Ya Francisco Carrara distinguió entre responsables principales y accesorios. Autor principal es el que concibe, prepara o ejecuta el acto injusto que originará la obligación de Restituir, en cambio, los accesorios o cooperadores son quienes, indirectamente, cooperan para la producción del hecho" (74)

Sebastián Soler, entre otros, habla de autores mediatos para señalar a aquellos que siendo plenamente culpables, se valen para la ejecución material del delito de un sujeto excluido de responsabilidad. El autor mediato no actúa con otro, sino por medio de otro que adquiere el carácter de mero

74 Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México, 1981. pp. 283 y ss.

instrumento. (75)

La cooperación puede ser: positiva o negativa, física o moral, necesaria o contingente, suficiente o insuficiente, -- mediata o inmediata, remota o próxima y, sobre todo, material o formal. La división que más nos interesa aquí, es ésta última, porque sólo la cooperación formal o culpable a la acción injusta lleva siempre consigo la obligación de Restituir, no la puramente material cuando, por el conjunto de -- circunstancias, resulta del todo inculpable. (76)

"Es clásica la división de los cooperadores en seis positivos y tres negativos, en la forma que expresa el siguiente esquema:

A) Positivos.

1. El que manda realizar la acción injusta (iussio, mandans).
2. El que aconseja (consulens)
3. El que consiente (consensus)
4. El que estimula (palpo)
5. El que encubre (recursus)
6. El que toma parte (participans)

75 Derecho Penal. Ed. Bogotá, Colombia, 1961. Tomo II, pág. 108.

76 MAGGIORE L. Derecho Penal Argentino. Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1956. Tomo II, págs. 258 y ss.

B) Negativos.

1. El que calla debiendo hablar (mutus)
2. El que no impide debiendo impedir (non obstans)
3. El que no denuncia debiendo denunciar (non manifestans). (77)

Examinando cada uno por separado, para señalar sus obligaciones de restitución, se tiene:

A) Cooperadores Positivos.

El que manda u ordena a otro causar un daño a tercero en nombre del que lo manda, está obligado a reparar todo el daño que mandó realizar y el que se produjo de hecho por su mandato, con tal que éste último lo haya previsto al menos en confuso. Pero no los que el ejecutor hubiese producido por su propia cuenta. Si antes de la ejecución revocó seriamente su mandato y lo comunicó a tiempo al ejecutor, queda libre de la Restitución, aunque éste la ejecute por su propia cuenta y razón. Pero sí, aunque sea inculpablemente, no llegó a tiempo la retractación al ejecutor, debe reparar los daños al mandante.

Está obligado, además, a Restituir al ejecutor los daños y perjuicios que puedan sobrevenirle por su mala acción si le

77 MAGGIORE, L. Op. Cit., pág. 259.

obligó a ella por la fuerza, fraude o abuso de autoridad, pero no si voluntaria y espontáneamente, se prestó el ejecutor a ella, porque entonces no le afectó de manera alguna.

Si el mandante se negara a realizar la Restitución, caería íntegramente la responsabilidad de la misma sobre el ejecutor, ya que el perjudicado tiene perfecto derecho a que se le restituya lo suyo en una forma u otra.

El que aconseja o persuade a otro a que por su propia cuenta y razón cause un daño a un tercero o le enseñe o sugiera el modo de hacerlo, recibe el nombre de consejero. Se distingue del mandante en que éste ordena que se haga un daño en su nombre, el consejero, en cambio, se limita a aconsejar el daño que habrá de realizarse en nombre y por cuenta del propio ejecutor. Por eso el mandante está obligado a restituir antes que el ejecutor, el consejero sólo después. Pero distinguiendo dos clases de consejos: a) Doctrinal o teórico y b) Impulsivo o práctico, se tiene que el primero es el del que por ignorancia o a sabiendas, declara lícita una acción ilícita o afirma que puede realizarse en vista de aquellas circunstancias, o enseña los medios y procedimientos para realizarla, aunque sin impulsar a ella. El segundo es el que impulsa o persuade a realizar la acción ilícita que perjudica al tercero a sabiendas de su ilicitud. (78)

El que dio el consejo doctrinal, antes de producirse el daño, está obligado a rectificarlo, la buena fe antecedente, le excusa de responsabilidad, pero no de retirar a tiempo el consejo, porque tiene obligación de impedir el daño que con él causaría a la persona. Esta obligación de rectificar a tiempo recae principalmente sobre los que por su propia profesión u oficio, tenían obligación de aconsejar rectamente en su materia profesional. Ya producido el daño, si por razón de su profesión u oficio se le considera perito y experto en la materia de que se trata y dio el consejo por mala fe, o por ignorancia vencible, o por negligencia gravemente culpable, está obligado a reparar el daño del aconsejado y del perjudicado por éste. El que dio el consejo privado sobre materia ajena a su oficio estaría obligado a reparar el daño del tercero, pero no del consultante, ya que éste paga las consecuencias de su imprudencia al consultar a un incompetente.

El que dio el consejo impulsivo, está obligado a reparar el daño que sufra el aconsejado y, además, el que sufrió la tercera persona si el aconsejado (que tiene obligación de restituirse) se niega a ello. Esta segunda obligación no existiría si constara con toda certeza que el aconsejado hubiese realizado igualmente la acción, aunque no hubiere recibido el consejo. Si con el consejo se causó únicamente mayor daño del que se hubiera causado sin él, habría obligación de reparar únicamente este mayor daño. (79)

Si fueron varios los que dieron el consejo, están obligados a restituir solidariamente, o sea, la parte proporcional o el todo, según los demás aporten la parte que les corresponde o se nieguen a ello. Estos últimos estarían obligados a restituir su parte al que lo restituyó por todos ellos.

El que consiente, es decir, el que con su aprobación externa y anterior contribuye eficazmente a la acción injusta - damnificadora, por ejemplo, el elector con su voto, el diputado con el suyo, el miembro del jurado con su dictamen, el juez con su sentencia, etc. Como cualquier otro de los injustos cooperadores, el que consiente en la forma indicada está obligado a reparar todo el daño del que haya sido eficaz. En la práctica envuelve con frecuencia grandes dificultades, que habrá que resolver de acuerdo con los siguientes principios:

"a) Si la ley o sentencia injusta se aprobó simultáneamente por todos a la vez, tienen obligación de restituir todos - ellos solidariamente, porque el daño es imputable a cada uno de ellos por igual. Lo mismo si la aprobación fue sucesiva, pero previo pacto de votar todos en el mismo sentido".

"b) Si la aprobación fue sucesiva y sin previo pacto, probablemente sólo tienen obligación de restituir los que votaron en primer lugar hasta que se completó el número de votos para la aprobación de la ley inicua, porque los primeros, y no los segundos, han sido causa eficaz del daño. Los secundarios cometieron injusticia tanto como los primeros, pero pro-

bablemente no están obligados a restituir, porque el daño estaba ya hecho." (80)

En caso de duda sobre si el propio voto era anterior al número suficiente para la aprobación de la ley o sentencia - inícuca, las opiniones están divididas en la siguiente forma:

- "Unos dicen que están obligados todos a restituir solidariamente. Pero esta opinión no puede aceptarse, pues no es justo imponerle una obligación cierta a quien no la contrajo ciertamente. Sólo podría imponerse con certeza a los que votaron el daño antes de completarse la mitad más uno de los votantes (si ese es el número requerido para la aprobación de la ley o sentencia), porque han sido ciertamente culpables del daño aún en el supuesto de que todos los anteriores hayan votado igual".

- "Otros apoyándose en el falso principio de que la ley dudosa no obliga, dicen que no tiene nadie obligación de restituir. Pero tampoco puede admitirse esto, no sólo por el falso principio en que se apoya, sino porque, aunque es verdad que no consta la injusticia particular de alguno de los que votaron mal, consta ciertamente la injusticia colectiva de todos, luego entre todos tiene que repararla."

- "Finalmente, otros dicen que los que votaron la injusticia deben repararla entre todos proporcionalmente, es decir,

80 HAYLEN V. Op. Cit., pág. 910.

en forma mancomunada." (81)

El que estimula.- Estimular es menos que aconsejar y mucho menos que mandar. Pero el que estimula puede influir eficazmente en la injusta damnificación, en cuyo caso se equipara al que da un consejo impulsivo, y tendrá obligación de restituir, si su estímulo ha sido verdadero, eficaz y formalmente injusto. En la práctica, muchas veces no lo será, puesto que suele provenir de personas ligeras, superficiales, irresponsables, incapaces de medir el alcance de sus palabras y el daño que pueden hacer con ellas. Se comete esta cooperación injusta, con alabanzas, adulaciones, exagerando el daño recibido, etc. Si estos malos consejos surten efecto, se equiparan a un consejo impulsivo. Generalmente, el que estimula será siempre encubridor, para efectos de Derecho Positivo.

Encubrimiento.- "Se llama encubridor al que ofrece al delincuente en cuanto tal, refugio, seguridad o protección posterior a la comisión del delito y que contribuye a la producción del resultado". (82) Este está obligado a restituir en la medida en que su acción contribuya eficazmente al daño causado o por causar. Muchas veces el encubridor participa también en el producto del delito, en cuyo caso tendrá obliga-

81 HEYLEN V. Op. Cit., pág. 910.

82 CASTELLANOS Fernando. Op. Cit., pág. 289 y 290.

ción de restituir por los dos capítulos. (83)

El que participa, es decir, el que coopera físicamente a la acción injusta del autor o recibe parte del resultado del acto injusto se distingue de los cooperadores examinados hasta aquí en que los anteriores participaban intelectualmente - en el daño, mientras que el participante concurre o ayuda a él físicamente. De éste se puede decir lo siguiente:

1° El que participa en el delito o injusticia con participación voluntaria o formal, tiene siempre obligación de restituir todo el daño si no lo restituye el autor principal.

2° El que coopera tan sólo materialmente, puede ser condenado a restituir si la acción con que cooperó no era intrínsecamente la causante del daño y tuvo causa proporcionalmente grave para cooperar materialmente,

3° El que participó en el producto de la acción injusta está obligado a restituir todo lo que recibió del mismo modo que el poseedor de mala fe". (84)

83 En la mayoría de las legislaciones del mundo se dice que no es verdadero encubridor el que recibe u oculta al delincente en calidad de familiar cuando el vínculo es -- muy cercano, ya que entonces, se hace por compasión o caridad mal entendida y no por aceptar el delito.

84 WELTY E. Op. Cit., pág. 268.

B) Cooperadores Negativos.

Los cooperadores negativos son tres:

1. El que calla debiendo hablar. O sea, el que antes de que el daño se cause no advierte al que se dispone a realizar el delito o falta que comete, teniendo obligación de hacerlo.

2. El que no impide la acción mientras se está ejecutando, teniendo obligación de impedirla. (ej. policías, guardián, o cualquier ciudadano siempre y cuando no ponga en peligro su vida).

3. El que no denuncia, teniendo obligación de denunciar ante el dueño de la cosa o autoridad competente.

Los cooperadores negativos tienen obligación de restituir cuando se reúnen las tres condiciones siguientes: A) Si por Justicia Conmutativa, por oficio o pacto, estaban obligados a impedir o denunciar el daño; B) Si pudieron razonablemente impedirlo sin grave daño propio; y C) Si no lo impidieron de hecho. La razón es porque únicamente cuando se reúnen esas tres condiciones su cooperación negativa resulta verdadera, eficaz y formalmente injusta, que son las condiciones que lleva consigo la obligación de restituir. (85)

85 MAGGIORE L. Op. Cit., pág. 259.

CIRCUNSTANCIAS DE LA RESTITUCION

Al momento en que surge la obligación de Restituir, ésta trae consigo diversas circunstancias que deben ser reguladas por el acuerdo de las partes y en el caso que no se estipule nada, seguir las normas del Derecho Positivo del lugar teniendo como guía los siguientes principios lógicos:

A) Exactitud en la Persona.

Por medio de la Restitución se restablece la igualdad de la Justicia, que consiste en una adecuación de las cosas, como se ha dicho. Pero esta adecuación de las cosas no puede hacerse si no se completa al que tiene menos de lo suyo, lo que le falta y para llevar a efecto este complemento es necesario que se haga la restitución a aquel que sufrió una lesión en su esfera patrimonial. Está obligado a restituir al que haya causado el daño o haya cooperado a él de manera verdadera, eficaz y formalmente injusta en la forma ya explicada. (86) La restitución debe hacerse de suyo, a la misma persona o entidad, cuyo derecho ha sido violado o a sus legítimos herederos. (87)

86 GONZALEZ y G. Felipe y HERVADA Javier. Op.Cit., pág. 43.

87 "Restitutio ita faciendā est, ut unusquisque in integrum jus suum reapiant". La Restitución hay que hacerla de modo que cada cual recobre su derecho. Paulo libro - IV. Título IV Ley 24. Digesto. Citado por CABANELLAS Guillermo. Op. Cit., pág. 239.

Pero en la aplicación práctica de esta regla, pueden ocurrir varios casos:

- Si se quitó una cosa al poseedor de la misma y no a su propietario, hay que devolvérsela al poseedor, a quien se le sustrajo, no al propietario.
- Cuando se perjudica a una persona moral, hay que restituir a la administración misma de ésta.
- Si se daña a una compañía de seguros que tenga pacto de retroaseguración con otras compañías, es difícil saber a quién se perjudicó realmente. En teoría, habría que restituir a la compañía directamente afectada o defraudada, pero en la práctica, si hubiera fundada sospecha de que la restitución no habría de llegar a verdaderos afectados, algunos autores creen que podría suspenderse la obligación de restituir. (88)

Si se defraudó al Estado, a él hay que hacerle la restitución por medio de sus oficinas recaudadoras y justamente en la dependencia o entidad afectada.

Muerto el legítimo dueño, hay que restituir a sus legítimos herederos (89) y, por otro lado, los deberes de restitución

88 VASQUEZ Del Mercado Oscar. Contratos Mercantiles, Ed. Porrúa, S.A. México 1982., pág. 231.

89 "Beneficium restitutionis transit ad heredes". El beneficio de restituir se transmite a los herederos. Aforismo Latino. Citado por CABANELLAS Guillermo, Op.Cit., pág. 450.

respecto de los daños reales no se extinguen con la muerte del dueño, sino pasan a los herederos, sean legales o por testamento, a distribuir en forma proporcional, ya que ellos suceden en los derechos reales del "de cuius".

B) Exactitud en el orden.

El orden que hay que guardar en la restitución puede entenderse de dos maneras:

- a) Entre los acreedores de un mismo deudor.
- b) Entre los distintos cooperadores al daño, (90)

Con respecto a los primeros, cuando el deudor tiene diversos acreedores a quienes restituir, debe seguirse el principio de preferir el crédito anterior al posterior, y los créditos vencidos a los pendientes. Si es imposible el cumplimiento de varios créditos vencidos a la vez, se debe de seguir el orden siguiente:

1° Restituir al desposeído de la cosa ajena que tenga en su poder.

2° Créditos Privilegiados como: salarios, honorarios, -- etc.

3° Créditos Hipotecarios o preferenciales.

4° Acreedores ciertos antes que a los inciertos, a los que ostentan título oneroso antes que a los de título gratuito

90 GONZALEZ y G. Felipe y HERVADA Javier. Op. Cit., pág. 44.

y a los más antiguos antes que a los posteriores. Con respecto a esto, es necesario el guardar el orden de pagos determinados por las leyes civiles o mercantiles respectivas, las cuales, en la mayoría de los países, son coincidentes con el modelo mencionado. (91)

El deudor que cede sus bienes puede, por Derecho Natural, reservarse lo necesario para su sustento y el de los suyos, e incluso los medios necesarios para iniciar un medio de vida. Sin embargo, no se libera de la obligación de restituir a sus acreedores cuando esté en posibilidades, a no ser que hubiera mediado pacto especial de condonación entre él y sus acreedores o lo determine así la ley o legítima costumbre. En todo caso, la deuda remanente podrá extinguirse por legítima prescripción de un deudor de buena fe. (92)

Con respecto al orden de la restitución entre los cooperadores injustos, si éstos produjeron el daño del mismo modo y en el mismo grado, tienen que restituir cada uno de ellos -

91 Según el Código Civil Español (Arts. 1921 a 1929), se -- han de pagar ante todo los créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes: Primero muebles, después inmuebles, hasta donde alcance su respectivo valor, luego vienen los créditos privilegiados (salarios, honorarios, etc.) y finalmente los restantes créditos.

92 Santo Tomás de Aquino. Op. Cit., II-II q.62 a 8, pág.390.

igualmente y sin diferencia alguna. Cada uno de ellos su parte correspondiente si su obligación era mancomunada, pero si su obligación era solidaria, ⁽⁹³⁾ tienen obligación de restituir también la parte que omiten los demás (aunque recaiga íntegramente la restitución sobre uno solo de ellos, pudiendo después recurrir contra ellos, para recuperar la parte restituida en su lugar).

Si los cooperadores influyeron en el daño en diverso grado, el orden de la restitución será el siguiente:

1° El que tenga en su poder la cosa (o su precio), "resclamat domino". Si ya no existe, tiene que restituirla el que la consumió.

2° El mandante.- Causa formal y principal de iure.

3° El ejecutor.- Causa principal de facto.

4° Los cooperadores positivos.- Sin orden entre ellos, pues ninguno es causa principal.

5° Los cooperadores negativos.- Por omisión.

Si no se trata de desposesión, sino de simple daño el primer obligado será el mandante, como es obvio, si restituyó el segundo o el tercero, tienen acción contra el causante principal y, en su defecto, contra los que venían obligados a restituir antes que ellos. Si el afectado perdona la deuda al causante principal, quedan libres también los que de él de

93 En cuanto a que su obligación sea mancomunada o solidaria es una circunstancia de modo de acuerdo a la Doctrina de Derecho Civil.

pendieron, pero no al revés. (94)

C) Exactitud en el modo.

Los cooperadores pueden estar obligados a restituir de dos maneras: a) Solidariamente y b) Mancomunadamente. La obligación solidaria es aquella en virtud de la cual cada uno de los injustos damnificadores está obligado a reparar íntegramente todo el daño causado. Pero esta obligación admite dos formas: absoluta o condicional. La solidaria absoluta impone a uno solo de los damnificadores el deber de restituir él solo todo el daño causado, independientemente de los otros colaboradores y sin que pueda exigirles compensación alguna. Los restantes sólo están obligados en defecto de éste y con derecho a reclamarle después íntegramente lo restituido en su lugar. (95)

La solidaria condicional impone a cada uno de los cooperadores, la obligación de restituir todo el daño en caso de que se nieguen a restituir los restantes colaboradores, y con derecho, además a exigir a éstos otros la debida compensación.

La obligación mancomunada impone a cada uno de los colaboradores el deber de restituir, únicamente, la parte que corresponda a su colaboración, independientemente de la conducta de los demás.

94 MARTINEZ Saez Santiago. Op. Cit., pág. 38

95 ROJINA Villegas Rafael. Op. Cit. Tomo V Obligaciones II págs. 499 y ss.

Los principios fundamentales que deben tenerse en cuenta son:

"El que fue causa formal y principal de todo el daño (o sea el mandante), está obligado a restituir él solo, todo el daño (obligación solidaria absoluta), sin que pueda reclamar nada a sus colaboradores, si no quiere restituir, están obligados a hacerlo los colaboradores, pero tienen derecho a recurrir contra el causante principal hasta resarcirse de todo lo restituido en su lugar.

El que juntamente con otros concurrió cierta y eficazmente a todo el daño, está obligado en absoluto a su parte proporcional, y condicionalmente, el daño íntegro, o sea si los otros no restituyen (obligación solidaria condicionada), quedándole recurso de acción contra los que no restituyeron su parte correspondiente. Para saber si se ha contribuido cierta y eficazmente a todo el daño, basta examinar si actuó de común acuerdo por conspiración con los demás, o si negada la propia colaboración, el daño no se hubiera podido causar.

En caso de duda sobre si fue o no la causa eficaz de todo el daño, no habría obligación de restituir más que la parte proporcional correspondiente, pues no pueden imponerse obligaciones ciertas con una responsabilidad incierta. Se exceptúa el caso en el que esa incertidumbre se provocó a sabiendas para evitarse los riesgos de una restitución íntegra". (96)

96 GONZALEZ y G. Felipe y HERVADA Javier. Op. Cit., pág. 44.

El que sin previo acuerdo ha sido conjuntamente con -- otros, causa parcial del daño, tiene que restituir sólo proporcionalmente, de acuerdo a su acción u omisión. Causa parcial es aquella que no es suficiente ni necesaria para causar todo el daño, que se hubiera cometido igualmente sin ella, -- aunque no tan fácilmente.

D) Exactitud en la Substancia.

Como compensación del daño o desposesión hecha, la restitución debe hacerse con el mismo género de bienes en que se hizo el daño o la desposesión. El daño en un orden de bienes no puede compensarse con bienes de otro orden. Hay que restituir la misma cosa si se trata de un bien fungible, y si no es posible, habrá que restituir su valor. (97)

E) Exactitud en el tiempo.

La restitución debe hacerse lo antes posible, por que -- por la retención de la cosa o el retraso en la reparación del daño se prolonga la injusticia. El deber de la restitución puede expresarse negativamente diciendo que no es lícito retener o dejar de reparar los bienes ajenos. El que no puede -- restituir todo de una vez debe, por lo menos, hacerlo parcialmente, previo acuerdo con el afectado y debe, por lo tanto, --

97 La importante problemática que trae consigo esta circunstancia de la restitución, será analizada en el capítulo siguiente de Restitución de bienes no materiales.

procurar crear en corto plazo las condiciones para hacerlo.

La dilación injustificada de la restitución puede acarrear al afectado nuevo daño o incluso la imposibilidad de la restitución, por lo que se irán generando intereses moratorios, independientemente de la nueva indemnización por daños y perjuicios que puedan seguir a causa de la mora. El Derecho Positivo siempre señala el término para el cumplimiento de este tipo de obligaciones, en caso de que no se haya pactado por las partes. (98)

F) Exactitud en el lugar.

En principio, la restitución hay que hacerla donde se provea suficientemente a todos los derechos legítimos del dueño. El poseedor de buena fe satisface su obligación si restituye la cosa en el lugar donde la posee. Basta que avise al dueño para que la recoja sin que tenga que pagar los gastos o riesgos de envío, ya que el poseedor de buena fe no tiene obligación de sufrir ningún daño por la posesión inculpable de la cosa. El poseedor de mala fe y el damnificador, deben restituir a sus expensas, la cosa en el lugar donde el dueño la tendría si estuviera en su poder, deduciendo, sin embargo, los gastos que el dueño mismo hubiese tenido que hacer por su transporte si se hallaba en otro tercer lugar. La razón es porque sólo hay obligación de resarcir todo el daño causado,

98 NAVARRO S. Op. Cit., pág. 144.

pero no más.

Si la cosa perece antes de que llegue a manos del dueño, el poseedor de buena fe no queda obligado a nada, pero el poseedor de mala fe y el damnificado, no quedan libres de su obligación, a no ser que el dueño no hubiere señalado el modo del envío o hubiese designado a otra persona para recogerla en su nombre. (99)

99 NAVARRO S. Op. Cit., pág. 144.

CAPITULO VIII

EXTINCION DE LA OBLIGACION DE RESTITUCION

Las causas de extinción de las obligaciones, en general, valen también para la restitución, es decir, la prescripción, novación, dación en pago, compensación, confusión, condonación o remisión y delegación.

A) La proscricción debe beneficiar, en general, únicamente al poseedor de buena fe y nunca al poseedor de mala fe, -- aunque algunos derechos positivos así lo admiten. (100)

B) Habría novación de la obligación de restituir cuando las partes interesadas la alteran sustancialmente, sustituyendo una obligación nueva a la original en la cual imponía el deber de restituir.

C) Se daría la dación en pago cuando el que está obligado a restituir, con el consentimiento del acreedor, le entrega a éste una cosa distinta de la debida, quien la acepta con todos los efectos legales del pago.

D) Tendría lugar la compensación cuando dos persona, -- siendo una de ellas el obligado a la restitución, reúnen la --

100 Canon "1512.- Ninguna prescripción vale si no hay buena fe, no sólo al comienzo de la posesión, sino todo el -- tiempo de la misma que se requiere para la prescripción" Código de Derecho Canónico Vigente.

calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho. Quedando únicamente obligado a aquella parte excedente que no se pudo compensar.

E) La obligación de Restituir se extinguirá por confusión cuando las calidades de acreedor y de deudor se reunieran en una misma persona. Esto sería, por ejemplo, cuando en los casos de herencia, el acreedor hereda al deudor o viceversa, es decir, que el obligado a Restituir herede a quien estaba obligado a restituirle o al revés.

F) La condonación o remisión del acreedor, ya sea expresa o tácita o incluso presunta cuando se trata de cosas de muy poco valor extingue la obligación de Restituir. Para que sea válida la condonación, es preciso que sea completamente libre y hecha por el que tenga plena potestad para ello según el Derecho Natural y Positivo. No basta que condone un inferior lo que únicamente corresponde al superior o dueño.

G) La delegación también extingue la obligación de Restituir, es decir, la orden dada por una persona obligada a otra para que ésta última realice una prestación o haga una promesa a un tercero, en forma que la prestación o la promesa se sobreentiende hecha por cuenta de la primera. Esto se da comúnmente cuando se realiza el cobro al deudor del deudor. No debe hacerse sin causa justa, porque invierte el orden natural y puede ser impugnada si se hizo sin autorización del primer deudor. (101)

CAPITULO IX

RESTITUCION DE BIENES NO MATERIALES, RESTITUCION IMPROPIA Y CASOS ESPECIALES DE RESTITUCION

Habiendo definido ya a la Restitución en sentido estricto como la obligación que dimana de un derecho subjetivo lesionado consistente en la reintegración del mismo y extrayendo de esta definición el fin y objeto de la Restitución que es el reestablecer un derecho lesionado en su orden anterior a la perturbación, surgen diversos problemas cuando estos derechos lesionados se refieren a bienes no materiales o insustituibles, como son el honor, la vida, la salud, la fama, un miembro del cuerpo, etc.

El primer problema que se presenta ante estas situaciones, es como definir a aquella acción que intenta reestablecer el derecho subjetivo lesionado pero que resulta imposible por la misma naturaleza de ese derecho. Ante la imposibilidad de reparar los valores espirituales lesionados o el dolor causado por un hecho ilícito, al herir los sentimientos o las afecciones de una persona, especialmente por la pérdida de los seres queridos, el derecho no ha encontrado otra forma de lograr una satisfacción para la víctima o sus herederos y una sanción para el culpable, que condenarlo a un pago de una suma de dinero, independientemente de la responsabilidad penal en que pudiere haber incurrido. Se trata de una satisfacción y que jamás podrá alcanzarse la reparación total como suele -

ocurrir tratándose de daños patrimoniales, pero sería injusto que ante la imposibilidad de alcanzar ese resultado, la víctima quedase desamparada. Quienes niegan la procedencia de la reparación por daño moral, alegando que jamás podrá traducirse en dinero un valor espiritual, olvidan que se cometería -- una mayor injusticia, si ante la imposibilidad de una reparación perfecta el derecho no impusiera por lo menos una reparación imperfecta. (102) Además, en ciertos casos la indemnización pecuniaria puede proporcionar a la víctima satisfacciones espirituales que vengan a compensar los daños morales que hubiere sufrido. (103)

La mayoría de los autores están de acuerdo con la interpretación que hacen Henri y León Mazeaud respecto a que el término "restituir" no debe ser interpretado en sentido estricto ni aún en los casos de reparación del daño patrimonial, pues cuando se destruyere una cosa que por su naturaleza sea irremplazable, tampoco se podría restablecer la situación anterior al daño. Por lo que en esta situación se puede hablar de una Restitución impropia, es decir, aquella tentativa de reparar un daño irreparable con un bien o un acto distinto al

102 BAÑEZ es uno de los autores que niegan toda restitución para aquellos bienes que no tienen equivalencia en dinero. Op. Cit., q.62 4 sec., pág. 480.

103 "Ocurren ciertos casos en que el dinero es perfectamente capaz de borrar, ora totalmente, ora en parte, un perjuicio, aunque este perjuicio no tenga carácter pecunario". MAZEAUD Henri y León y Tunc. A. Op.Cit. Tomo VI, pág. 640.

lesionado, que generalmente es una indemnización en dinero.

Para ahondar en este tema de la Restitución impropia, se analizarán algunos casos especiales en los cuales resulta imposible Restituir estrictamente.

A) Restitución por daños contra la salud corporal y por homicidio.

El homicidio y el daño corporal, constituyen un daño mayor que cualquier lesión patrimonial. Una verdadera reparación de estos daños es imposible, sólo cabe una restitución en sentido impropio. Pero la mayoría de las veces, de los daños corporales sufridos se derivan perjuicios económicos, para cuya reparación valen las siguientes normas que son aplicables de los principios desarrollados anteriormente. (104)

El que comete lesiones u homicidio voluntario, intencional o imprudencial, adquiere una triple obligación reparadora:

1. Con relación al sujeto pasivo, es decir, al lesionado tiene que restituirsele todos los daños materiales que le sigan del propio daño (gastos de curación, sanatorio, etc.), --

104 Las leyes de algunos países dan pie para exigir una satisfacción pecuniaria por perjuicios que no proceden directamente de los bienes materiales. Prescindiendo de las leyes positivas y suponiendo que no hay daño en los bienes materiales, el causar injustamente lesiones, no impone Restitución en sentido propio, pero sí una adecuada satisfacción o reparación en alguna forma. Esto lo contemplan, por ejemplo, el Código Civil Alemán, art. 847 y el Código Civil Colombiano. Art. 622.

los perjuicios (salarios u honorarios dejados de ganar) y en caso de incapacidad permanente, una pensión vitalicia equivalente a sus percepciones laborales o lo que disponga la sentencia del juez.

2. Con relación a los dependientes económicos, si el lesionado muere, se ha de restituir a sus dependientes económicos los daños que se les sigan en la medida que determine un juez competente. Por derecho natural estaría obligado el homicida a Restituir las percepciones económicas que recibían del "de cuius", aunque esto es difícil que se de. (105)

3. Con relación a los acreedores del cuius, la mayor parte de los autores no imponen al homicida ninguna obligación, porque esos daños no fueron previstos o se produjeron "per accidens". Independientemente de que en los procesos sucesorios en la mayoría de los países son llamados los acreedores. (106)

Le son imputables a los patrones los daños y perjuicios en la salud o la vida de sus trabajadores y empleados si no han tomado las providencias indispensables para su seguridad. En caso contrario, se debe otorgar una indemnización en caso de accidente sin perjuicio a lo que establezcan las leyes.

105 Desde luego, no se comprende el homicidio con causa justificada como legítima defensa, cumplimiento de un deber, etc.

106 JUNG N. Op. Cit., pág. 79.

B) Restitución por lesión al derecho de la libertad sexual.

Estos casos especiales de restitución tiene su fundamento en el prenotado de que en el ámbito entero de los desórdenes sexuales existe un elemento de injusticia ya que los principales daños que pueden seguirse -algunos reparables y otros irreparables- son: pérdida de la virginidad o fidelidad conyugal, difamación, gastos con motivo de la gestación, nacimiento y educación de los hijos ilegítimos, perjuicio causado a los legítimos herederos si se trata de hijos adulterinos, etc.

Estos daños pueden ser reparados o indemnizados de la siguiente manera:

Si el acto sexual se cometió de común acuerdo y no tuvo consecuencias, la pareja deberá compartir los gastos de gestación, nacimiento, alimentación y educación del hijo natural. Si el acto sexual se cometió libremente, pero bajo promesa de matrimonio, el promitente está obligado en justicia y por Derecho Natural, a cumplir su palabra, y si esto no pudiera hacerse sin que se sigan daños mayores, está obligado a dotarla convenientemente para que pueda casarse según su condición, y debe, además, compensar el daño causado por el engaño. (107)

Aunque no hubiera precedido promesa de matrimonio, la reparación más completa sería la de contraer matrimonio antes --

107 VANGHELUWE V. La restitución por estupro, Fornicación y adulterio. Ed. Brug. Barcelona 1945, pág. 226.

del nacimiento de los hijos, por ser el medio más apto para evitar el escándalo y proveer al bien de todos, pero no se está obligado a ello en justicia si el acto sexual se hizo sin violencia ni previa promesa de matrimonio. Sin embargo, nacería obligación en justicia de reparar los daños si hubiera difamado a la mujer (por ejemplo, divulgando exageradamente el acto cometido).

1. Restitución por violación y estupro.

En el caso de la violación, la Restitución a que da lugar es más bien en un sentido impropio ya que el daño es moral y no tanto pecuniario a menos que tenga consecuencias.

Si tuvo consecuencias, está obligado a reparar integralmente todos los daños que se sigan. Por lo regular, debe casarse con ella, en Justicia y por Derecho Natural, y así lo alientan algunos Derechos Positivos evitándole el ejercicio de la acción penal si se casa con la violada, a no ser que sea imposible o que se sigan mayores inconvenientes. En todo caso, corren integralmente por cuenta del violador o estuprador los gastos de la gestación, nacimiento, alimentación y educación de los hijos, así como los daños y perjuicios que hayan devenido de la violación. (108) Si la mujer rehusa contraer matrimo-

108 La obligación de contraer matrimonio con la violada que obliga por Derecho Natural al violador -si es que la mujer no se rehusa- puede cesar por múltiples motivos, - principalmente si hubiera entre ellos algún impedimento dirimente, que no pueda dispensarse o si se prevee un matrimonio infeliz o desgraciado.

nio con el violador (cosa l6gica), debe 6sto indemnizarla hasta que contraiga matrimonio.

Si no tuvo consecuencias, existe la obligaci6n de reparar en lo posible el da1o moral causado por la p6rdida de la virginidad, el trauma psicol6gico y los dem6s que puedan seguirse. (109)

2. Restituci6n por Adulterio.

Entendiendo por adulterio la c6pula entre dos personas siendo una de ellas o las dos casadas, se puede decir que si fue voluntario por ambas partes y no tuvo consecuencias, no hay ninguna obligaci6n de justicia, a no ser la de reparar - la difamaci6n que se siga por la divulgaci6n imprudente del delito.

Si fue voluntario por ambas partes y tuvo consecuencias, uno y otro ad6ltero est6n obligados solidariamente a reparar todos los da1os causados a la familia. Por lo mismo, si la adúltera tiene bienes propios (parafernales), debe Restituir con ellos los gastos y perjuicios ocasionados al marido e hijos perjudicados, si no los tiene, debe Restituir lo que sea posible en cuanto al da1o moral. Si el ad6ltero - - arranc6 el consentimiento a la mujer con fraudes, violencia, etc., est6 obligado a Restituir integralmente todos los da1os.

109 VANGHELUWE V. Op. Cit., p6g. 227.

Cuando se duda si el hijo es del marido o del adúltero, éste no está obligado a nada, a no ser que las probabilidades sean mucho mayores en contra suya. Si hubo varios adúlteros - y se duda a cuál de ellos pertenece, deberían Restituir entre todos proporcionalmente, porque aunque el autor sea incierto, el daño causado injustamente entre todos es cierto, y tienen, por lo mismo, obligación de repararlo. (110)

C) Restitución por difamación o calumnias.

Si resulta difícil el Restituir daños pecuniarios, más difícil, pero tan necesaria, es la reparación en los casos en los que han resultado ofendidos el nombre o la fama de las -- personas. "Si el daño ha tenido poca o escasa publicidad, la reparación ha de hacerse ante las personas que han sido testigos de esas ofensas. Si la causa ha tenido una resonancia pú**l**ica, una rectificación, quizá a través de los medios de comunicación social o, por lo menos, a través de un documento -- escrito que pueda servir para restituir el buen nombre a la --

110. La Legislación Española es la que más se apega a las -- normas de Derecho Natural en cuanto a los hijos naturales o ilegítimos según los artículos 119 a 143 del Código Civil Español y 429 a 452 del Código Penal Español. Aunque las leyes de casi todos los países establezcan -- multas en dinero para tales casos, las prestaciones impuestas por la ley suelen ser insuficientes desde el -- punto de vista de la justicia.

persona ofendida". (111)

Si la difamación o calumnia se realiza por algún medio escrito o televisivo, la Restitución debería ser por igual medio de comunicación o alguno de mayor difusión, independiente- mente de la indemnización por daño moral que se pueda imponer, (112) la cual, para que no resulte exagerado, debe ser fijada por una autoridad jurisdiccional.

D) Restitución por el impago de impuestos.

Esta es una cuestión que presenta graves dificultades no sólo teórica, sino también prácticamente de la cual hay que dejar claros los siguientes términos:

Tributos.- En general, reciben el nombre de tributos - - aquellas contribuciones que la autoridad pública impone a los ciudadanos para sufragar los gastos públicos de la nación, es tados o municipios. (113)

111 CASTRO Salazar J. Deontología Jurídica. Ed. Arla: Madrid 1978, pág. 181.

112 "En los países de Derecho Anglosajón, es muy común el de mandar pecuniariamente por daño moral y mediante fuertes cantidades a causa de difamación o calumnias". MAGGIORE L. Op. Cit., pág. 260.

113 Para Guliani Fonrouge el tributo es una prestación obligatoria, comúnmente en dinero, exigida por el Estado en virtud de su poder de imperio y que da lugar a relaciones jurídicas de Derecho, Derecho Financiero (trad. Juan Soto) Ed. Eliasta. Bogotá, Colombia 1960 Vol. I. pág. 151

División.- Los impuestos pueden ser directos o indirectos. Los primeros afectan directa e inmediatamente a las personas por razón de los bienes que poseen o de la profesión, arte o negocio a que se dedican. Los segundos recaen directamente sobre las cosas y sólo mediata o indirectamente sobre las personas. (114)

Fundamento.- La necesidad de imponer tributos a los ciudadanos, nace de la naturaleza misma de la sociedad humana, -- que no podrís sin ellos alcanzar su propio fin por falta de recursos económicos. Es, pues, un derecho natural de la autoridad que da origen al correspondiente deber por parte de los -- ciudadanos.

"Condiciones.-

- a) Que el impuesto haya sido establecido por la autoridad legítima con facultades suficientes para ello.
- b) Que se limite a lo que exige el bien común.
- c) Que sea justa la distribución de las cargas fiscales entre todos los miembros que componen la comunidad". (115)

Visto lo anterior, se puede decir que la autoridad legítima tiene perfecto derecho a imponer a los ciudadanos los tri-

114 DE LA GARZA Francisco. Derecho Financiero Mexicano. Editorial Porrúa. México 1985, pág. 489.

115 CHARDIN Delepierre CH. Frauger au pager ses impots. - - (Trad. del Alemán por Jaime Santos Briz). Bruselas, Bélgica 1962. Pág. 1136.

butos que realmente necesite para atender a los gastos públicos y promover el bien común. Autoridad legítima es, ante todo, la que emana de los congresos, parlamentos, gobernantes o jefe supremo de la nación, pero también, en la parte proporcional que les corresponde, la de las autoridades estatales y municipales. (116)

Las leyes que determinan tributos justos, (117) obligan, por Derecho Natural, ya que la autoridad posee el derecho de exigir a los súbditos todo lo necesario para promover el bien común. A este derecho natural responde en los súbditos el deber natural de cumplirlo. Luego las leyes que determinan los tributos justos necesarios para el bien común, obligan en conciencia, ya que los deberes naturales afectan siempre el fuero de la conciencia. Además, no cabe hacer distinción en orden a su obligatoriedad, entre tributos directos e indirectos, aunque puede hacerse entre tributos justos e injustos, -

116 Esta conclusión no necesita ser demostrada, ya que es de evidencia inmediata para cualquiera que tenga una simple noción de la naturaleza misma de la sociedad humana. Existen multitud de teorías para explicar el origen del poder, pero todas admiten, sin distinción, el derecho de la autoridad a imponer tributos justos a los ciudadanos.

117 Francisco de la Garza dice "los impuestos deben ser proporcionales y equitativos, tal requisito puede concretizarse en la afirmación de que los tributos deben ser justos". Esto refiriéndose a la Constitución Mexicana. Op. Cit., pág. 322.

porque, siendo justos los tributos indirectos, obligan en conciencia igual que los directos, ya que el Estado impone con la misma fuerza imperativa los unos y los otros, y de los indirectos proviene la mayor parte de la renta pública. Por lo mismo, si los impuestos indirectos no fueran obligatorios, -- quedaría gravemente comprometido el bien común.

La infracción de las leyes que determinan los impuestos y tributos justos quebranta ciertamente la Justicia Legal y muy probablemente la Justicia Conmutativa, e impone, por consiguiente, la obligación de Restitufr, siendo falso que la -- Justicia Legal no obligue a ello, ya que, según la concepción clásica sistematizada, la Justicia Legal constituye una de -- las tres especies de Justicia perfecta, junto con la Distributiva y Conmutativa.

Además, como es sabido, los juristas clásicos afirmaban rotundamente la obligatoriedad en conciencia de los tributos, e impuestos justos por verdadera Justicia Conmutativa. (118)

Las razones en que se funda esta teoría son principalmente dos:

a) Por la naturaleza misma de la sociedad humana existe una especie de cuasicontrato, o sea, un pacto implícito entre

118 Así lo afirman entre otros, Bauquillón, Prummer, Aertnys-Damen, Marrés. De Iustitia; Tanqueroy; Merkelbach; Sweetns; y Renard. La tehorie des leges "mere paenales" (Paris 1924). Citados por DE LA GARZA Francisco. Op. Cit., - pág. 323.

el gobernante y los súbditos, obligándose aquel a promover el bien común, y los súbditos a proporcionar los medios para -- ello. Ahora bien, todo contrato explicita o implícitamente -- establece una relación de Justicia Conmutativa entre los contratantes.

b) El Estado, por otra parte, posee en orden al bien común un alto dominio sobre los bienes particulares de todos -- los ciudadanos. Luego tiene derecho a reclamar de los mismos lo que necesite estrictamente para el bien común, y a este de recho corresponde en los súbditos el deber de aportar lo que justamente se les pide. (119)

No vale objetar que la Justicia Conmutativa afecta propiamente a las personas particulares, porque esto hay que entenderlo en el sentido de que no puede haber Justicia Conmutativa sino entre personas adecuada o perfectamente distintas, o sea, de las que una de ellas no sea parte de la otra. Ahora bien: "la autoridad pública, en cuanto tal, es adecuadamente distinta de la comunidad que gobierna, no sólo porque no --

119 "Muchos autores modernos ofrecen resistencia a aceptar -- la fórmula clásica del "alto dominio del Estado", pero -- conceden sin dificultad que tiene derecho a imponer los tributos por "cierto poder de jurisdicción" sobre los -- ciudadanos. En teoría, son dos cosas muy distintas, pero en la práctica, producen el mismo efecto, con lo que viene a reducirse a una cuestión de pura terminología". FONROUGE Guliani. Op. Cit., Vol. I. pág. 161.

es parte, sino únicamente propiedad esencial de la comunidad, sino también porque aunque fuera parte esencial, se distinguiría adecuadamente la comunidad en cuanto regente de la comunidad en cuanto regida." (120)

No vale tampoco alegar que la propiedad de los tributos no pertenece a la autoridad pública, sino a toda la comunidad, correspondiendo a la autoridad el mero ministerio de aplicar aquellos tributos al bien público o común. Porque, aunque así sea en el orden real, jurídicamente corresponde al gobernante la administración de aquellos bienes comunes como propietario representativo de los mismos, con lo cual se tiene ya la dualidad o diversidad suficiente para establecer una relación de verdadera Justicia Conmutativa entre el gobernante y los gobernados.

Es una consecuencia inevitable de la doctrina que se acaba de exponer la obligación de Restituir. Un autor contemporáneo reafirma el argumento fundamental: "Cuando una persona tiene un derecho bien determinado sobre otra, hasta el punto de poderlo exigir coactivamente, la primera conserva todo su derecho, sea real o personal, con relación a la segunda, aunque ésta no se lo haya prestado, por fraude o engaño, en el tiempo oportuno. Ahora bien: el derecho de la sociedad está, con frecuencia, perfectamente definido y determinado con

120 AERTNYS DAMEN. Elements of Philosophy I. Brown Publishers. Chicago 1952, pág. 831.

relación a sus miembros, personas físicas bien determinadas y es perfectamente exigible por vía de coacción. Por consiguiente, el derecho violado continúa obligando al culpable por Justicia Legal y por Justicia Conmutativa, y esto obedece al cuasicontrato establecido entre los miembros de la sociedad y los representantes que actúan en nombre de ella". (121)

Sin embargo, si los tributos impuestos por la autoridad pública fueron manifiestamente abusivos, en la parte que excedieran de lo justo no obligarían en conciencia ni inducirían el deber de Restituir. Esto es porque una de las condiciones esenciales para la obligatoriedad de los impuestos o de cualquier otra ley civil es que sean justos. La ley injusta no puede obligar, ya que no es verdadero Derecho, ni responde por consiguiente a ningún Derecho del legislador.

121. LORTAL M. *Lege sociale generale*. (Traducido del Italiano - por Cesar Camargo). (Paris 1935) n. 105.

CAPITULO X

CONCLUSIONES

Del presente trabajo se derivan una serie de conclusiones que reunidas, dan lugar a una tesis fundamentada en los siguientes puntos:

- La Justicia como la constante disposición e inclinación de la voluntad a respetar el derecho ajeno y dar a cada uno lo suyo, es el fundamento de la obligación de Restituir, es decir, de aquel acto de justicia que dirige el intercambio entre las personas; y estrictamente de aquella obligación que dimana de un derecho subjetivo lesionado y que trae como consecuencia la reintegración de ese derecho.
- El título exigitivo de la restitución son los derechos violados de los tres tipos de Justicia: Conmutativa, Distributiva y Legal. A diferencia de otras opiniones, la Justicia Conmutativa no es la única que obliga a la Restitución, las lesiones de las Justicias Legal y Distributiva exigen por sí mismas la oportuna reintegración del derecho conculcado, ya que ésta obliga por sí, por la simple razón de existir el concepto de justicia lesionado no dependiendo de ninguna otra.
- La Restitución en su sentido estricto, surge invariablemente de dos fuentes: la posesión de una cosa ajena contra las normas del Derecho y el daño causado a un bien ajeno. La injusta cooperación y el incumplimiento de contratos o cuasicon-

tratos no constituyen -a diferencia de otras opiniones- raíces de la restitución porque se reducen fácilmente a una de las dos anteriores. Tanto la posesión, como la damnificación injustas, admiten la actuación de buena o mala fe para constituirse en fuentes de restitución, en el caso de que -- haya habido lesión de alguna clase de Justicia.

- El acuerdo de las partes y el Derecho Positivo del lugar, deben regular las diversas circunstancias que trae consigo la obligación de Restituir al momento de su nacimiento, y a falta de ellos, los principios lógicos de Derecho Natural. Las causas de extinción de las obligaciones, en general, son -- aplicables a la Restitución, como son la prescripción, la novación, la dación en pago, la compensación, la confusión, la condonación y la delegación.

- Cuando los derechos lesionados se refieren a bienes no materiales o insustituibles, como son el honor, la vida, la salud, la fama, un miembro del cuerpo, etc. A diferencia de las tesis sostenidas por algunos autores, debe surgir la Restitución en sentido impropio, es decir, aquella tentativa de reparar un daño irreparable con un bien o un acto distinto al lesionado, que generalmente es una indemnización en dinero.

El acto de restitución se ha de dar exista o no en el Derecho Positivo del lugar. Cuando la obligación de Derecho Natural de Restituir y la de Derecho Positivo no coinciden exactamente, se ha de aplicar el siguiente principio: si la obliga

ción más extensa es la de Derecho Natural, hay obligación en conciencia de cumplirla. Si es la de Derecho Positivo, también hay obligación de cumplirla por lo menos después de sentencia judicial. Pero no puede exigirse a una persona de esos casos recursos una Restitución legal superior a la de Derecho Natural, si ello implica para él un sacrificio desproporcionado.

Lo anterior se concluye en base a que un acto humano está de acuerdo o no con el Derecho Natural cuando es o no concorde con las normas de este Derecho. El Derecho Natural es un orden social objetivo conforme al cual el hombre debe actuar. Este Derecho es objeto de conocimiento y al conjunto de conocimiento que cada hombre tiene del Derecho Natural se le llama Ciencia del Derecho Natural. Todo hombre tiene ese conjunto de conocimientos -más o menos amplio- sobre el Derecho Natural y por ello todos los hombres tienen una ciencia del Derecho Natural. Pero esta ciencia no es, de suyo, cumplimiento o vivencia del Derecho Natural. Lo mismo que ocurre en el Derecho Positivo, no es lo mismo conocer el Derecho Natural que aplicarlo o vivirlo, por lo que si se limita la Restitución Únicamente a los dictados del Derecho Natural no se respalda suficientemente el funcionamiento de la vida social, económica y política y el buen orden de la sociedad. El avance de las ciencias sociales, en especial del Derecho, permite observar más a fondo, las repercusiones e incidencias de determinados comportamientos humanos pertenecientes a la esfera de los fenómenos

jurídicos, económicos y sociales como es la Restitución. El bien común, el buen desenvolvimiento de la sociedad, exigen - garantizar la disciplina social con la obligación de reparar el daño causado y restituir la cosa ajena, si no existiera es ta obligación, no estaría fundamentalmente respaldado, con De recho, el buen desarrollo de la vida social.

La Restitución obliga por sí, por el sólo hecho de existir el concepto de Justicia lesionado, por la sola necesidad natural de dar a cada quien lo suyo, por el imperativo de man tener un equilibrio social, en las relaciones individuales o con la comunidad y finalmente para mantener íntegro uno de -- los pilares fundamentales del Derecho: la Justicia.

BIBLIOGRAFIA

- ABAD Vicente J.M. El poseedor de buena fe y la restitución de los frutos según los moralistas clásicos. Editorial Rialp. Madrid 1965.
- AERTNYS - DAMEN. Elements of Philosophy 1 Brown Publishers Chicago 1952.
- AGUSTIN (Santo). La Ciudad de Dios Editorial Rialp. Madrid 1981.
- ALIGHIERI Dante. La Divina Comedia (trad. Juan Soto L.) Fontaner y Simon Editores Barcelona 1884.
- BANEZ. De Iure et iustitia decisiones (trad. Jorge García) Ed. García y Alvarez. Barcelona 1962.
- CABANELLAS Guillermo. Repertorio Jurídico de Locuciones. Máximas y Aforismos Latinos Ed. Heliasta. Buenos Aires, 1974.
- CARNELUTTI F. Sistema de Derecho Procesal Civil (Trad. Juan Bosco Viscani) Editorial Padova. Barcelona 1976.
- CASTAN Tobeñas Jose. Derecho Civil Español Común y Foral Ed. Reus. Madrid 1975.
- CASTELLANOS Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México, 1981.
- CASTRO Salazar J. Deontología Jurídica Ed. Arla Madrid 1978.

- CHARDIN Delepiere Ch. Frauger au pager ses impots.
(traducción de Jaime Santos Briz) Bruselas Bélgica, 1962.
- EGENTER R. Zur Frage der Restitutions pflicht belunge
rechter shädigung - (trad. Luis Legaz Lacabra) - Festhrikt.
Kür Eichman - Padenborn 1940.
- ENNECCERUS Ludwing, KIPP Theodor y WOLFF Martín
Tratado de Derecho Civil (Trad. del Alemán por Blas Pérez
González y José Alger) Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1953
- FONROUGE Gulliani. Derecho Financiero (Trad. Juan Soto)
Ed. Eliasta. Bogotá Colombia 1960.
- GARCIA Maynez Eduardo. Filosofia del Derecho
Editorial Porrúa. México 1984.
- GARCIA Maynez Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho
Ed. Porrúa. México 1951.
- GARZA Francisco de la. Derecho Financiero Mexicano
Editorial Porrúa. México 1985.
- GONZALEZ y González Felipe y HERVADA Javier. Derecho
Natural. Departamento de Filosofia del Derecho.
Universidad Panamericana.
- HARING Bernhard. La Ley de Cristo
Editorial Rialp. Madrid 1972.
- HEYLEN Verm. Tratado de Derecho y Justicia (Trad. Dr.
Carlos Cervantez) Editorial B.A.C. Madrid 1956.

- JUNG N. Restitución
Ed. D.T.C. Barcelona 1965.
- KANT Emmanuel. Critique de la raison pure (trad. Juan Casals) Ed. P.U.F. París 1971.
- KELSEN Hans. Teoría Pura del Derecho (trad. del Francés por Moises Nilve y Napoleón Cabrera) Ed. E.U.D.E.B.A. Buenos Aires 1960.
- LA FAILLE. Derecho Civil (Trad. por Juan Laborde)
Ed. F.U.C. Barcelona 1960.
- LOPEZ Valdivia Rigoberto. El Fundamento Filosófico del Derecho Natural. Ed. Jus. México 1956.
- LORTAL F. Lege Sociale Generale (Trad. Juan Soto L.)
Editorial Milan Barcelona 1957.
- MAGGIORE L. Derecho Penal Argentino
Ed. Heliasta Buenos Aires 1956.
- MARTINEZ Saez Santiago. La Justicia.
Editora de Revistas. Colección Temas de Actualidad
México 1985.
- MAZEAUD Henri y León y Tunc. A. Compendio del Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil y Contractual (Trad. de Carlos Valencia E.)
Ed. Colmex. México 1945.

- MERKELBACH. Summa T. Moralis (Trad. Elsa Cecilia Frost). París 1936.
- NAVARRO S. El Poseedor de buena fe y la restitución Ed. H.C.L. Barcelona 1960.
- PIEPER Josef. Justicia y Fortaleza Ed. Rialp. Madrid 1972.
- ROJINA Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano Editorial Porrúa. México 1981.
- ROYO Marín Antonio. Teología Moral para Seglares Editorial Rialp. Madrid 1977.
- SANCHEZ Román I. Estudios de Derecho Civil Ed. EUDEBA. Buenos Aires 1971.
- SENENSIS Gerardus. La restitución y la usura Slisburg 1957.
- SHEIRER Fritz. Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho. Editorial Losada S.A. Buenos Aires. 1942.
- SOLER Sebastián. Derecho Penal Ed. Bogotá, Colombia 1961.
- SOLOZABAL Barrena. La Restitución Ed. G.E.R. Barcelona 1963.

- STUART Mill Jhon. Sistema de la Lógica deductiva e Inductiva. Revisado por G. Gomperz. Barcelona 1885.
- TOMAS de Aquino (Santo) Suma Teológica Ed. Rialp. Barcelona 1947.
- VANGHELuwe V. La Restitución por Estupro, Fornicación y Adulterio. Ed. Brug. Barcelona 1945.
- VASQUEZ del Mercado Oscar. Contratos Mercantiles Ed. Porrúa, S. A. México 1982.
- VERMEERSCH A.. Questiones de Iustitia (Trad. Gilberto Fuentes) Brujas 1901.
- VILORO Toranzo Miguel. Introducción al Estudio del Derecho. Ed. Porrúa. México 1980.
- WELTY E. Catecismo Social Ed. Herder. Barcelona 1956.

- COSSIO y Romero Ignacio. Diccionario de Derecho Privado. Ed. Hellasta S.R.L. Buenos Aires 1982.
- DE PINA y DE PINA Vara R. Diccionario de Derecho Editorial Porrúa. México 1985, pág. 430.

LEGISLACION

CODIGO CIVIL para el Distrito Federal

CODIGO FISCAL

LEY FEDERAL DEL TRABAJO

CODIGO DE COMERCIO

CODIGO DE COMERCIO COLOMBIANO

CODIGO CIVIL ESPAÑOL

CODIGO CIVIL COLOMBIANO

CODIGO CIVIL BRASILEÑO

CODIGO CIVIL ALEMÁN