

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO

EL DAÑO MORAL EN EL DERECHO PENAL MEXICANO

TESIS

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

PRESENTA

FAUSTO CASTAÑEDA ROSALES

MEXICO, 1970



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.

A María Ceresa, Claudia y Liza

al Sr. Lic. Don José Santos Castañeda

A mis hermanos

P R O L O G O

El presente estudio está ordenado en seis capítulos; trata el primero sobre los antecedentes históricos del daño moral, el segundo habla de la ubicación en el derecho del tema a estudio, el tercero de la responsabilidad penal y civil, el cuarto contiene específicamente el daño moral, el quinto se refiere a la reparación del mismo, el sexto alude a la legislación nacional comparada, a la jurisprudencia y comentarios; se finaliza con las conclusiones.

Independientemente del capitulado, la tesis se puede dividir en tres partes generales con el objeto de sintetizar su contenido.

Primeramente tenemos la que se refiere a la investigación histórica que comprende todo el capítulo inicial. El interés de ésta radica en los datos encontrados bajo la dirección del maestro Guillermo Floris Margadant, que desembocan principalmente en el descubrimiento de normas del derecho romano que regulaban el daño moral en algunos de sus aspectos. Esto en contra de las opiniones de los autores clásicos franceses y por ende los mexicanos, para quienes las leyes latinas nada contenían en relación con éste tema. Para llegar a lo anterior se consultaron las obras originales tanto en latín como en alemán y holandés.

La segunda parte incluye a los capítulos II, III, IV, y V, siendo su contenido de recopilación, exposición y crí

tica de las teorías más importantes que sobre el tema se -- han desarrollado tanto en el derecho penal como en el civil.

Es trascendente el material de estos capítulos porque en ellos el lector se da cuenta de la importancia del tema, de su ubicación en el derecho y de la forma en que la doctrina ha abordado el problema y como ha pretendido solucionarlo.

En esta parte hemos empleado infinidad de conceptos de derecho civil, ello se debe, fundamentalmente, a la ausencia casi total de obras de derecho penal que traten la materia. Durante la elaboración de ésta tesis nos vimos en la disyuntiva de utilizar vocablos del derecho privado o callar. Nos decidimos por el primero de los caminos sabiendo que en ocasiones los términos empleados, las divisiones hechas o las clasificaciones citadas no eran válidas desde el punto de vista del derecho penal; sin embargo preferimos provocar la polémica y soportar la crítica a permanecer mudos ante el problema medular del trabajo.

La tercera y última parte es la que va desde el capítulo VI hasta las conclusiones y su carácter es meramente -- práctico. Allí se hace una comparación de los códigos penales y civiles vigentes en las distintas entidades federativas del país, analizándose sus aciertos e indicándose sus errores, y con base en todo eso, se concluye esta pequeña obra dando las soluciones que de acuerdo con el sustentante

son las más aptas para resolver el problema que se plantea con motivo del agravio moral y su reparación. Tomamos en cuenta a la víctima que casi siempre es la parte débil y a quien poco o nada le importa si sus daños se le reparan mediante un incidente en el procedimiento penal o por una demanda instaurada ante los tribunales civiles, lo realmente importante para ella y para el derecho es que se le imparta justicia rápida y expedita; si en ello pudiere ayudar este trabajo me daría por satisfecho.

Hago patente mi agradecimiento a todos los maestros de la Facultad de Derecho, en especial al Dr. Don Guillermo Floris Margadant, quien en su seminario guía a la juventud por los senderos de la investigación jurídica con una atención y un esmero poco comunes en nuestro medio. Para él mi respeto y admiración.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DAÑO MORAL.

- I.- Introducción.
- II.- El código de Hammurabi y las leyes mosaicas.
- III.- El Chou King de los chinos y las leyes de Ma
nú de los indúes.
- IV.- Derecho azteca.
- V.- Derecho romano.
- VI.- Derecho medieval europeo.
- VII.- Las VII Partidas.
- VIII.- Leyes de indias y época colonial.

I.- INTRODUCCION.

El hombre, desde el momento en que dejó de ser nómada para convertirse en sedentario, ha afrontado el problema - que para él implica convivir con sus semejantes ideando para ello diversas soluciones según el tiempo y lugar donde se han desarrollado esas relaciones interhumanas.

El tema de ésta tesis; el daño moral, trata sobre una pequeña pero muy importante parte de las normas que para solucionar el problema de convivencia inventaron grupos humanos que en diversas épocas han brillado por su capacidad organizadora de lo social, de lo colectivo.

II.- EL CODIGO DE HAMMURABI Y LAS LEYES MOSAICAS.

En el Medio Oriente destacó el Código de Hammurabi, - que estuvo vigente en la antigua Babilonia, aproximadamente en el siglo XX A.C. En sus preceptos estableció la ley del tali6n, orientada 6sta m6s al castigo del culpable que a reparar el da6o causado a la v6ctima. En un principio, la influencia de 6ste C6digo se extendi6 a toda la Mesopotamia y posteriormente, a todo el Mediterraneo conocido en aquella era; as6, por ejemplo, el derecho de Mois6s, que rigi6 en las antiguas comunidades judias, se calcul6 seg6n se dice, de las leyes del rey Hammurabi. A trav6s de aquellas nos lleg6 la cl6sica descripci6n de la Ley del tali6n: "si hubiere muerte entonces pagar6s la vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, --

quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe." (1)

Quince siglos después este principio era formulado de manera diametralmente opuesta por Cristo, quien a la altura de lo místico predicó: "...si alguien te hiere en la mejilla derecha, vuelve también la otra". (2)

III.- EL CHOU KING DE LOS CHINOS Y LAS LEYES DE MANU DE LOS INDUES.

Entre las civilizaciones quizás las más antiguas y -- las menos conocidas para el hombre occidental, sean las del Oriente, sin embargo, tenemos referencias de que el pueblo chino en el libro denominado Chou King, contemporáneo del de Hammurabi, admitía que la pena se reemplazase por una suma de dinero; y el Manava Dharma Sastra, o Leyes de Manú de los indúes, probablemente escrito ocho siglos antes de Cristo, contiene reglas de conducta obligatoria que por su adelanto no puede uno quedarse con la tentación de transcribirlas. Su contenido, aún para las legislaciones modernas, es difícil de superar. "...224.- Que el rey mismo -- haga pagar una multa de noventa y seis panas al que da en matrimonio a una muchacha que tiene defectos, sin prevenir que los tiene. 225.- Pero el que por maldad dice: "esta muchacha no es virgen", debe sufrir una multa de 100 panas,

(1) Antiguo testamento. Deuteronomio XII, 21 22 y siguientes.

(2) Nuevo testamento. Mateo V-38-39-40.

si no puede probar que ha sido manchada. 267.- Un Chatrya, por haber injuriado a un Bracmán, merece una multa de 100 panas; un Vaisya, una multa de 150 a 200, un Sudra una pena corporal. 268.- Un Bracmán será multado con 100 panas por haber ultrajado a un hombre de la clase militar; con 25 si a un hombre de clase comerciante; con 12 si a un -- Sudra. 274.- Si un hombre reprocha a otro el ser tuerto, cojo o tener defectos semejantes, aunque diga la verdad, debe pagar una pequeña multa de una karshapana. 286.- Si se ha dado un golpe seguido de viva angustia a hombres o a animales, el rey debe inflingir una pena al que ha pegado en razón del dolor más o menos grande que ha debido causarle el golpe". (3)

IV.- DERECHO AZTECA.

En América el derecho mexicana con su conocida severidad dice en la novena de las ordenanzas de Netzahualtcoyotl..."que si alguna persona echase mala fama o algunas (malas) nuevas en el pueblo, que fuese cosa de calidad, y se averiguase (no) ser verdad, que aquél que las dijese muriese por ello".

(3) Manava Dharma Sastra o Leyes de Manú.
Casa Editorial Garmier Hnos.
Paris 1924, libro octavo.

(4) Kohler J.
Derecho de los Aztecas
Escuela Libre de Derecho.
México, D.F., 1924. Págs. 64 y 110.

V.- DERECHO ROMANO.

Los autores clásicos franceses, españoles y mexicanos, basándose en las citas del Digesto 9.2.33 y 9.3.7, (5) han negado que el derecho romano admitiera el daño moral. Esto es cierto en parte; efectivamente la legislación latina negaba indemnización por el dolor físico o psíquico causado y el caso de fealdad producto de cicatrices, empero el daño causado al lesionar el prestigio social si obligaba a indemnizar a la víctima, derivando el derecho a pedir el resarcimiento del daño causado, ya de la responsabilidad -

- (5) El Digesto del Emperador Justiniano.
Traducción de Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca.
Madrid 1872. Págs. 361, 362 y 370.

9.2.33.- "Paulo; comentarios a Plaucio, libro II; si diste muerte a mi siervo juzgo que no se ha de apreciar según la estimación que tú hacías de él, sino según la común, como si alguno diese muerte a tu hijo natural que le estimabas en mucho. También dice Sexto Pedio, que las cosas se aprecian, no según la estimación, ni utilidad particular sino la común; y así no es de más valor el hijo natural que uno tiene, porque lo compraría en más si otro lo tuviese, ni el que posee el hijo ageno tiene la cantidad en que él podría venderlo al padre; porque por la ley Aquilia se repite el daño, y decimos que se perdió lo que o pudimos percibir o tenemos presición de ganar".

9.3.7.- "Gayo; comentarios al edicto provincial, libro VI. Quando lo que se echó o derramó causó daño al hombre libre, el juez apreciará lo pagado a los médicos y -- los demás gastos hechos en la curación, y además de esto los salarios que dexó de percibir por razón de su trabajo, o de lo que ha de carecer por haber quedado inútil; PERO NO SE APRECIARA LA CICATRIZ O DEFORMIDAD; PORQUE EL CUERPO DEL HOMBRE LIBRE NO SE PUEDE -- APRECIAR". (en dinero).

contractual o extracontractual, y estableciendo para ello la "actio injuriarum".

Eugene Petit, en su Tratado Elemental de Derecho Romano (6) afirma que la palabra "injuria" tomada en un sentido lato significa todo acto contrario a derecho, pero en una acepción más restringida, designa el ataque a la persona; mientras que el "damnum injuria datum", reprimido por la Ley Aquilia, es un daño causado injustamente a la cosa ajena. Esta última idea fue evolucionando y, como veremos posteriormente, en el medievo fue base para reclamar la indemnización por el daño moral.

En la época de las XII tablas la "injuria" sólo comprendía los ataques a la persona física, siendo sus consecuencias el derecho de ejecutar la pena del talión la víctima sobre el culpable, siempre y cuando no se llegare a un arreglo de tipo económico, lo que de hecho, siempre sucedía.

En el período clásico la noción de "injuria" se amplió desde el punto de vista de los hechos que la constituían, el ataque a la personalidad podía manifestarse bajo las formas más diversas: golpes o heridas, difamación escrita o verbal, violación de domicilio, ultrajes al pudor y -

(6) Petit Eugene.
Tratado Elemental de Derecho Romano.
Editorial Saturnino Galleja, S.A.
Madrid, España. Págs. 464 y 465.

en general, todo acto de naturaleza que comprometiera el honor o la reputación ajena. Por lo que hacía a las consecuencias de la "injuria" en este lapso, el Pretor estableció un sistema en el cual el demandante valuaba el daño sufrido en el caso de injuria ordinaria, pudiendo el juez -- mantener o disminuir en la sentencia la cantidad así fijada. Pero, por las injurias graves, el mismo magistrado hacía la estimación. "Entendiéndose por injuria atróez (grave) la mayor y más afrentosa" (7), o como dice Labeon "se comete injuria atróez, respecto de la persona, el tiempo o el hecho. Se comete injuria atróez respecto de la persona -- cuando se injuria al magistrado, al ascendiente o al patrono: respecto del tiempo si en los juegos, y publicamente; porque hay mucha diferencia cuando se injuria delante del Pretor, o cuando no se haya presente persona alguna; pues es más atróez la injuria respecto del hecho si a alguno se le dá una bofetada en la cara o se le hiere en ella". (8)

Bajo la dictadura de Sila, una Ley Cornelia permitió a la víctima de la injuria escoger entre la actio injuriarum y una persecución criminal, pero sólo en los casos de golpes o violación domiciliaria. Esta disposición fue luego ampliada a todas las injurias.

(7) Digesto 47.10.7

(8) Digesto 47.10.8.

La actio injuriarum fue dada a la persona injuriada, pero la injuria hecha a una persona "alieni juris" recafa sobre el jefe de familia en nombre de la persona que habia sido víctima de la injuria. Lo mismo se concede al marido por el insulto hecho a la mujer; pero no a ésta por la injuria a aquél, pues como dice Paulo, "si se causase injuria al marido, la mujer no puede pedir; por que es justo que los maridos defiendan a las mujeres, y no estas a los maridos". (9)

La acción se ejercitaba en contra del culpable y sus cómplices, pero era intrasmisible, se extinguía por la muerte del ofensor o por la del ofendido. Terminaba también por el perdón de la víctima siendo éste expreso o tácito, demostrándose el último cuando el injuriado no manifestaba ningún resentimiento.

Por lo que hace a la reparación civil del daño moral contractual, tenemos una opinión de Gayo citado en el Digesto. "Gayo comentarios al edicto provincial libro XII, si mi acreedor, a quien estoy pronto a pagar, pidiese a mis fiadores, por causa de injuriarme, me compete contra él la acción de injuria". (10)

VI.- DERECHO MEDIEVAL EUROPEO.

(9) Digesto 47.10.2

(10) Digesto 47.10.19.

Realmente la llamada Edad Media no marca en su inicio una división entre el derecho romano y el derecho medieval, éste, casi en todas sus ramas, consistió en una proyección constante hacia las fuentes romanas. A pesar de ello, en este período el daño moral tuvo un desarrollo bastante aceptable, partiendo siempre de la Ley Aquilia; ésta que en un principio sólo servía para obtener el resarcimiento de los daños causados injustamente a una cosa ajena, llega a tomarse como base para obligar al victimario a indemnizar por los daños morales causados a la víctima.

Gluck, el incansable comentador del Digesto, que forma la transición entre el *Usus Modernun Pandectarum* y la época de Savigny, nos comunica lo siguiente en el párrafo 705 de sus *pandectas* (1808). De acuerdo con la práctica de su tiempo, se admite la *actio legis aquilia utilis* (o sea acción inspirada en la *actio legis equiliae*) para indemnizar el dolor físico, y al respecto se refiere a una monografía sobre este tema, de P. Muller, de *Pecunia Doloris*, Jena 1686. El Código Procesal de Carlos V para Alemania confirma ésta idea en su artículo 20, aunque éste sólo se refiere al dolor infligido durante la tortura injustificadamente decretada.

Las bases para la indemnización eran: la clase de herida y la duración de la curación. La acción respectiva también podía dirigirse contra los herederos del culpable;

a diferencia de lo que es la regla general en materia de - actos antijurídicos. Se trata, por lo tanto, de una acción que recibió un tratamiento favorecido. Por otra parte, -- los herederos del herido solo podían continuar un proceso_ ya iniciado, pero no entablar pleito después de su muerte. Desde otro ángulo, empero, la acción recibió un tratamien- to desfavorable: si el herido había provocado la pelea, y el culpable de la herida se había excedido en su reacción_ el herido tenía derecho a una indemnización pecuniaria por los gastos de curación, pero no por el dolor sufrido.

En cuanto a las cicatrices, el *Usus Modernus Pandecta- rum* permitía una acción para obtener indemnización, no só- lo a favor de las mujeres que vieran sus perspectivas de - matrimonio disminuidas, sino también a favor de hombres -- que quedasen excluidos de ciertas profesiones por las hue- llas de las heridas, (actores por ejemplo). En este tra- tamiento a las cicatrices encontramos, por lo tanto, consi- deraciones morales, (disminución de posibilidades de feli- cidad matrimonial) y patrimoniales (caso de hombres). La idea de una indemnización moral comienza a dibujarse aquí tímidamente. Sin embargo, inclusive en el caso de las mu- jeres, la jurisprudencia renacentista trató todavía de dis- frazar dicho daño moral como daño patrimonial, diciendo -- que con tal cicatriz se necesitaba una mayor dote para ca- sarse.

a diferencia de lo que es la regla general en materia de - actos antijurídicos. Se trata, por lo tanto, de una acción que recibió un tratamiento favorecido. Por otra parte, -- los herederos del herido solo podían continuar un proceso_ ya iniciado, pero no entablar pleito después de su muerte. Desde otro ángulo, empero, la acción recibió un tratamien- to desfavorable: si el herido había provocado la pelea, y el culpable de la herida se había excedido en su reacción_ el herido tenía derecho a una indemnización pecuniaria por los gastos de curación, pero no por el dolor sufrido.

En cuanto a las cicatrices, el Usus Modernus Pandecta- rum permitía una acción para obtener indemnización, no só- lo a favor de las mujeres que vieran sus perspectivas de - matrimonio disminuidas, sino también a favor de hombres -- que quedasen excluidos de ciertas profesiones por las hue- llas de las heridas, (actores por ejemplo). En este tra- tamiento a las cicatrices encontramos, por lo tanto, consi- deraciones morales, (disminución de posibilidades de feli- cidad matrimonial) y patrimoniales (caso de hombres). La idea de una indemnización moral comienza a dibujarse aquí tímidamente. Sin embargo, inclusive en el caso de las mu- jeres, la jurisprudencia renacentista trató todavía de dis- frazar dicho daño moral como daño patrimonial, diciendo -- que con tal cicatriz se necesitaba una mayor dote para ca- sarse.

a diferencia de lo que es la regla general en materia de actos antijurídicos. Se trata, por lo tanto, de una acción que recibió un tratamiento favorecido. Por otra parte, -- los herederos del herido solo podían continuar un proceso ya iniciado, pero no entablar pleito después de su muerte. Desde otro ángulo, empero, la acción recibió un tratamiento desfavorable: si el herido había provocado la pelea, y el culpable de la herida se había excedido en su reacción el herido tenía derecho a una indemnización pecuniaria por los gastos de curación, pero no por el dolor sufrido.

En cuanto a las cicatrices, el Usus Modernus Pandectarum permitía una acción para obtener indemnización, no sólo a favor de las mujeres que vieran sus perspectivas de matrimonio disminuidas, sino también a favor de hombres -- que quedasen excluidos de ciertas profesiones por las huellas de las heridas, (actores por ejemplo). En este tratamiento a las cicatrices encontramos, por lo tanto, consideraciones morales, (disminución de posibilidades de felicidad matrimonial) y patrimoniales (caso de hombres). La idea de una indemnización moral comienza a dibujarse aquí tímidamente. Sin embargo, inclusive en el caso de las mujeres, la jurisprudencia renacentista trató todavía de disfrazar dicho daño moral como daño patrimonial, diciendo -- que con tal cicatriz se necesitaba una mayor dote para casarse.

Para la indemnización por dolor Strikius tiene datos importantes en su comentario Ad Legem Aquiliam, "el juez tuvo que tomar en cuenta la culpa o negligencia del herido, y admitir más fácilmente una indemnización por dolor en los casos en los que la culpa o negligencia había sido mayor". (11)

Entre los glosadores, Rogerio y Azonis, aún en contra de la opinión de Búlgaro justifican que, por la muerte de un hombre libre, se pueda demandar el resarcimiento de los daños que de ella derivan, si bien no llegan hasta admitir que pueda valuarse en dinero la persona del muerto. Ya -- Odofredo, Durati, Bartolo y Baldo reconocen a la Ley Aquilia un carácter generalísimo sobre todo los dos últimos -- que prácticamente hacen de la acción criminal originaria -- proveniente de ésta ley, una de carácter puramente civil.

Existen algunos casos de jurisprudencia muy interesantes relacionados con la extensión de la esfera de aplicación de dicha acción. Una decisión de 1653 referida por -- Mevio concede la acción de la Ley Aquilia al padre por los daños "morales" que le ha causado la muerte del hijo y esto contra la gran autoridad de Carsovio que reconociendo tal --

(11) Strikius.

Ad Legem Aquiliam.

Obras completas, tomo XIV, edición florentina, 1841, la obra misma, empero, es de 1690, página 372, párrafo 10.

posibilidad en el derecho sajón, la negaba absolutamente de acuerdo con el derecho común. La sentencia se basaba sobre los textos relativos a las lesiones de un hombre libre que, en realidad, no tenían nada que ver con el problema de los daños morales; pero el magistrado contestó al demandado, el que objetaba que la Ley Aquilia no daba ningún criterio para la evaluación de éstos daños, "que era suficiente que no fuera prohibido accionar para que la acción existiera". (12)

Después del renacimiento, en Alemania, casos dudosos fueron mandados por los tribunales a las Universidades y es mérito de las Facultades de Derecho de éste país, haber admitido reclamaciones por dolor sufrido, a partir de fines del siglo XVI, aunque durante éste tiempo todavía hubo recaídas sobre la original actitud romana negativa en este aspecto. Es a partir de fines del siglo XVII cuando la jurisprudencia es constante en sentido favorable. (13)

Desde 1631 la Universidad de Tubinga dictaminó un caso de indemnización expresa por pérdida de felicidad. Se tra-

(12) Rossi Masella Blas E.
La Ley Aquilia y la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Romano y su Proyección al Derecho Civil Uruguayo.
Editorial de la Facultad de Derecho. Montevideo 1951.
Pág. 373.

(13) Kaufmann H.
Rezeption und usus modernus der actio legis aquiliae, Colonia 1958.
Pág. 30 y siguientes.

taba de una mujer joven, que el día de su boda había sido - paralizada por una bruja. La sentencia consideraba que la indemnización no sólo debía tomar en cuenta los aspectos patrimoniales, gastos de médicos, medicinas, necesidad de ayuda de sirvientes en la casa, sino que debía aumentarse en consideración de la juventud de la víctima y de la pérdida de la felicidad hogareña. En 1628 la misma facultad había negado indemnización moral a la viuda y al padre de un hombre asesinado, en virtud de que éste había sido un tipo insoportable. A mediados del siglo XVII, un padre recibió indemnización por el homicidio del hijo, no en razón de la pérdida de ingresos, sino "quod inde dolet", a causa del dolor paterno. (14)

VII.- LAS VII PARTIDAS.

No debemos terminar éste capítulo sin referirnos al derecho medieval español que quedó condensado en las VII Partidas, obra en la que el derecho romano queda mezclado con influencias germánicas y canónicas. En el renacimiento las VII Partidas fueron glosadas por Gregorio López un eminente conocedor del Derecho romano, quién las interpretó siempre hacía el Corpus Iuris. Así cuando Gregorio López está comentando la Partida 7.9.21, que se refiere a la indemnización por deshonra, no relaciona esta materia con la Lex Aquilia, sino con la actio injuriarum, más apegada, al

(14) Kaufmann H.
Op. Cit., Pag. 32.

menos al principio, a la idea de la ley de la Partida citada de la ilustre obra de Alfonso el Sabio. Posteriormente nos encontraremos con una referencia del derecho moderno español a ésta ley para fundamentar la condena a la indemnización por daños morales.

VIII.- LEYES DE INDIAS Y EPOCA COLONIAL.

La colonia representó el trasplante de las instituciones jurídicas españolas a territorio americano, aumentadas con las llamadas leyes de indias y con las cédulas, ordenanzas, instrucciones, etc., que las autoridades de la madre patria enviaban a la América hispana.

En lo que a nuestro tema se refiere podemos afirmar que hubo un estancamiento completo que se ha prolongado hasta nuestros días, lo poco que estaba en vigor provenía de las Partidas y, posteriormente, de la Novísima Recopilación que por ley les correspondía ser aplicadas supletoriamente en América, pero que por su fama y justicia se les dió una autoridad mayor a la establecida.

CAPITULO II

UBICACION EN EL DERECHO DEL TEMA A ESTUDIO.

I.- Las fuentes de las obligaciones.

- a) Las creadas por los actos jurídicos.
- b) Las emanadas de los hechos jurídicos strictu sensu.

II.- Los hechos ilícitos.

- a) Diferencias entre los pertenecientes al ambito penal y al civil.
- b) Afectación de los civiles a un patri_{monio}.
 - a" Material o pecuniario.
 - b" Espiritual o moral.

1.- LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES.

Es de suyo conocida la clasificación que la doctrina francesa ha elaborado respecto de los hechos jurídicos (1).

Preciso es que a ella nos refiramos para el efecto de que, por razones de sistematización, englobemos el tema objeto de éste trabajo partiendo inicialmente desde el más amplio género comprensivo del propio tema.

Conforme a tal doctrina, se llaman hechos jurídicos - en sentido amplio, aquellos acontecimientos engendrados -- por la actividad humana o puramente naturales, tomados en consideración por el derecho para hacer derivar de ellos - una situación jurídica general y permanente o por el contrario un efecto jurídico limitado.

Los hechos jurídicos en sentido lato se dividen en actos jurídicos y hechos jurídicos en sentido estricto; someramente daremos la definición de cada uno de ellos y las fuentes a que dan origen, relacionando a éstas con los preceptos respectivos del Código Civil.

a) Las creadas por los actos jurídicos.

El acto jurídico es la manifestación exterior de voluntad formulada con el propósito de crear, transmitir, mo

(1) Bonnacase Julien.
Elementos de Derecho Civil.
Edit. José Ma. Cajica.
Puebla, Méx., 1945.
Tomo I, Pag. 164 y siguientes.

dificar o extinguir una obligación o un derecho, sancionando el derecho objetivo tal voluntad y sus efectos; ahora bien, los actos jurídicos producen las siguientes fuentes de las obligaciones: convenios, que nuestro Código Civil describe en el artículo 1792 como el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones. Contratos, que de acuerdo con el artículo 1793 son los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos. Declaración unilateral de voluntad, contenida en los artículos 1860 y 1861; el primero dice: "el hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio, obliga al dueño a sostener su ofrecimiento" y el segundo "el que por anuncios u ofrecimientos hechos al público se compromete a alguna prestación en favor de quien llene determinada condición o, desempeñe cierto servicio, contrae la obligación de cumplir lo prometido". Remisión de deuda, ordenada en el artículo 2209 de la manera siguiente "cualquiera puede renunciar su derecho y remitir, en todo o en parte, las prestaciones que le son debidas, excepto en aquellos casos en que la ley lo prohíbe. Testamento, definido en el artículo 1295 como un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte.

- b) Las emanadas de los hechos jurídicos estricto sensu.

Hecho jurídico estricto sensu es una manifestación de voluntad que produce, independientemente de la intención del autor, efectos de derecho; o bien, un hecho de la naturaleza al que la ley enlaza efectos jurídicos. A su vez, los hechos jurídicos en sentido estricto pueden ser de la naturaleza o del hombre, que se dividen en lícitos (gestión de negocios regulada por el artículo 1896 que dice: "el que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio"; enriquecimiento sin causa consagrado en la ley civil en el artículo 1882, en estos términos: "el que sin causa se enriquece en detrimento de otro está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que el se ha enriquecido"; y responsabilidad objetiva establecida por el artículo 1913 en estos términos: "cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligado a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima"), e ilícitos (delitos etc.) que se subdividen en penales y civiles, especies ambas que encontramos, aunque eventualmente en la causación del llama-

do daño moral, razón por la cual a tales hechos nos seguimos refiriendo.

II.- LOS HECHOS ILICITOS.

En la antigüedad los hechos ilícitos se encontraban indiferenciados entre sí y sólo adjudicaban el derecho de venganza al agraviado; la separación entre los delitos penales y civiles se fue dilucidando al parejo del paulatino perfeccionamiento del Estado. (2) Así; la autoridad pública fue restando al particular la facultad de resolución -- que a éste le atañía ante los hechos ilícitos de que era víctima. Más dichas limitaciones eran únicamente impuestas cuando los delitos eran de tal manera graves que sus efectos trascendieran del ámbito individual de la víctima a la lesión de los valores generales consagrados en salvaguarda de la sociedad.

a) Diferencias entre los pertenecientes al ámbito penal y al civil.

- (2) Rojina Villegas Rafael.
Derecho Civil Mexicano.
Antigua librería Robredo. México, D.F., 1954.
Tomo V, Vol. II, Pág. 384.

"...En las sociedades preestatales, la función jurisdiccional que después se encomendará al estado, queda conferida por el derecho consuetudinario a la víctima misma o a su familia en caso de que muera. Se considera lícito que el ofendido se haga justicia por su propia mano. Tanto en el derecho civil como en el derecho penal existió el régimen de la autodefensa o venganza privada. Una vez que el Estado se ha constituido, reclama para sí la función jurisdiccional y por lo tanto la responsabilidad civil y penal sólo podrán ser declaradas por el juez".

De ésta suerte, fue perfilándose nítidamente la respectiva consecuencia principal de unos y otros; los penales, dotados de una sanción represiva; los civiles, singularizados por la facultad de la víctima de reclamar la reparación del daño.

Con los orígenes procedentes del derecho romano, el antiguo derecho francés acogió la diferenciación entre los delitos y cuasidelitos civiles y penales, que se basaba en la diversa naturaleza del proceso psicológico causal del hecho dañoso; el delito, tanto penal como civil, supone el ánimo doloso, la intención de perjudicar; el cuasidelito, la ausencia de la intencionalidad, pero la presencia de imprevisión o falta de cuidado. Fue de tal división, que empezó a equipararse el delito con su exponente anímico, el dolo y el cuasidelito con el suyo, la culpa, pero fijándose desde entonces, en la forma precisa que faltó al derecho romano, las diferencias fundamentales entre los delitos penales y civiles. Por una parte, desde el punto de vista axiológico, la lesividad de los primeros a los valores sociales de mayor trascendencia, en contraposición con el daño de los civiles, sólo para la víctima individualmente -- considerada. Por la otra, el distinto alcance de consumación de ambas especies; los delitos penales admitiendo su plena configuración sin que sea menester el daño al bien jurídico tutelado, esto es, tipificándose con la sola pro-

babilidad de daño o puesta en peligro de dicho bien; los - civiles, por lo contrario, integrándose única e ineludiblemente mediante la producción del daño substancial. A tales diferencias habrá que agregar la mencionada con antelación constituida por la diversa consecuencia, esto es, los penales acarrear la medida punitiva y los civiles la sola reparación del daño.

Esta clara separación doctrinaria entre los delitos y cuasidelitos penales y delitos cuasidelitos civiles, fue recogida por el derecho positivo francés premoderno, de cuya legislación napoleónica se desprendieron, según analiza Rojina Villegas ⁽³⁾, las siguientes posibilidades:

- 1.- Hechos ilícitos que son delitos desde el punto de vista penal, que no causan un daño y que por lo - tanto no interesan al derecho civil.
- 2.- Hechos ilícitos que causan daño patrimonial y que no tienen una sanción penal; pertenecen exclusivamente al derecho civil para reglamentar la obligación nacida de los mismos.
- 3.- Hechos ilícitos que causan daño patrimonial y que además tienen una sanción pública; se divide la - materia, para dejar al derecho penal la organización de la sanción pública y al civil la repara--

(3) Op. Cit., Tomo V, Vo., II.

ción del daño (4).

En este punto, cabe destacar que si en el derecho penal la naturaleza del proceso psicológico es de suma importancia para los efectos de la responsabilidad, en el civil sólo en contadas excepciones la diferencia entre dolo y culpa acarrea determinadas consecuencias específicas (5), pues, por lo general, actúe el sujeto con o sin dolo, la nota esencial la proporciona la culpa, usado el término en

(4) Planiol cita los siguientes ejemplos respecto de los tres supuestos citados: "1o.- Un hecho puede ser delito -- desde el punto de vista de la represión, sin ser perjudicial o sin ser intencional. Ejemplos: la tentativa de asesinato cuando faltan totalmente sus efectos perjudiciales; un disparo de arma de fuego que no alcance a la persona apuntada, no origina ninguna acción de indemnización no obstante ser punible. 2.- En sentido inverso, un hecho puede constituir un delito civil sin ser un delito penal. Para ello basta que, siendo a la vez ilícito y perjudicial, no esté penado por las leyes represivas. Tales son el dolo en los contratos, la ingratitud del donatario castigada sólo con una pena civil: la revocación de la donación; el 3o.- Coincidencia común de las dos legislaciones. La mayoría de los delitos civiles son al mismo tiempo delitos criminales, como los atentados contra las personas (homicidios voluntarios de toda clase, golpes y lesiones voluntarias, injurias y difamación), los robos, estafas y otros delitos análogos, el incendio voluntario etc."

(5) Entre dichas excepciones se encuentra una íntimamente relacionada con el tema de ésta tesis, por lo cual la analizaremos en su oportunidad y que es la contenida en el artículo 2116 del Código Civil, que a la letra dice: "Al fijar el valor y el deterioro de una cosa, no se atenderá al precio estimativo o de afección; a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con el objeto de lastimar la afección del dueño; el aumento que por estas causas se haga no podrá exceder de una tercera parte del valor común de la cosa".

su sentido no propiamente psicológico, sino distintivo de que alguien es responsable de un daño; por lo cual es usual decir que se incurre en culpa cuando se cause un daño civil, aunque el hecho haya sido doloso; esto es, se emplee el término culpa en su sentido más general, comprensivo del dolo y de la negligencia, imprudencia, impericia, etc.

Esta especial situación del derecho civil, de prescindencia casi absoluta de la calidad del contenido anímico de la persona que causa un daño, seguramente ha debido influenciar no poco la moderna tendencia que se aproxima a la probable "desobjetivización" de los hechos ilícitos. A éste respecto, es curioso señalar que, en tanto que el perfeccionamiento del derecho penal se ha medido, a través de la historia, en función del proceso anímico tomando como base la culpabilidad (6), en el derecho civil su evolución ha ido exigiendo una menor consideración a lo psicológico en la gestación de los hechos ilícitos dañosos, resultando que como afirma Rojina Villegas, citando a Ihering, "esta teoría (de la culpa) se ha caracterizado en el derecho por irsuprimiendo cada vez más la noción misma de la culpa". La afirmación anterior debe tomarse con ciertas reservas, especialmente en relación con el tema de ésta tesis, pues

(6) Sebastián Soler afirma que: "...el hecho es imputado por el derecho al sujeto no como cosa, sino como persona, lo cual importa que la subjetividad del individuo en el momento de la acción es lo que da el verdadero contenido al delito". Derecho Penal Argentino. Pag. 67.

to que el reconocimiento del "daño moral" es de por sí una contradicción con lo dicho por Rojina Villegas, porque en el se toma en consideración lo psicológico, sentimental o inmaterial tanto desde el punto de vista del que lo causa como del que lo sufre y por lo general importa mucho la intención del ofensor.

b) Afectación de los civiles a un patrimonio:

a") Material o pecuniario.

b") Espiritual o moral.

Todo hecho ilícito civil, para configurarse como tal, debe producir un daño, ya que sin la existencia de éste, sería ilógico hablar de la reparación procedente.

Es precisamente en éste punto, que surge el tema del trabajo, pues en la actualidad los tratadistas discuten -- aún, si debe considerarse como daño únicamente al material, o bien, si cabe considerar y regular el daño moral. Manifestando a priori que nos afiliamos a ésta última posición sólo concluimos en éste capítulo, que dentro de las fuentes de las obligaciones las que eventualmente pueden producir los llamados daños morales son: los hechos ilícitos, -- dolosos y culposos, civiles y penales, responsabilidad objetiva, incumplimiento de los contratos, y, como fuente -- sui generis, el rompimiento de los esponsales contenido en el artículo 143 del Código Civil que en el párrafo relativo dispone: "...también pagará el prometido que sin causa grave falte a su compromiso una indemnización a título de

reparación moral, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras -- causas semejantes, el rompimiento de los esponsales cause un grave daño a la reputación del prometido inocente".

CAPITULO III

RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL.

- I.- Su importancia y alcances.
- II.- Teoría tradicional.
 - 1.- Culpa contractual.
 - 2.- Culpa extracontractual.
 - a) El daño.
 - b) La culpa.
 - c) La relación de causalidad.
- III.- Teoría unitaria.
 - a) Definición y análisis.
 - b) Problemas que supera.
- IV.- Nuestro concepto de responsabilidad civil.
- V.- La responsabilidad penal.

I. - SU IMPORTANCIA Y ALCANCES.

Distingue al problema de la responsabilidad civil una insólita incongruencia. Mientras el contenido de ella ha ido adquiriendo enorme importancia y casi ilimitados alcances, no sólo en el ámbito del derecho civil, sino en todas las demás ramas jurídicas; en su estudio doctrinario, como en su encuadramiento legal; se ha significado por la imprecisión y por la carencia de un ordenamiento sistemático de su propia materia. Por ello, Henry y León Mazeaud expresan: "Si hay un tema que uno se sienta inclinado a abordar sin definirlo, es ciertamente el de la responsabilidad civil. Desde la misma definición surgen, en efecto, divergencias profundas que separan a los autores y no dejan de tener eco en la jurisprudencia y en la legislación. No se trata ya de las disputas de detalle que surgen casi a cada paso, sino de esa discusión tan viva, que domina el conjunto de la materia y pone en juego el fundamento mismo de la responsabilidad civil: la lucha entre la doctrina tradicional de la culpa y la teoría moderna del riesgo" (1)

Por lo que hace a su amplitud, desmesurada casi, se ha dicho que, "la responsabilidad civil comprende múltiples

(1) Mazeaud Henry y León.
Compendio del Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil.
Ed. Colmex, México, D.F., 1945.
Tomo I, Pág. 1.

materias del derecho privado, interfiriendo constantemente en la regulación jurídica de las diversas instituciones, - su ámbito es tan amplio, como extenso es el campo de las - sanciones en el derecho privado. La reparación del daño - por hecho ilícito es una sanción específica de derecho privado en general, pero también encontramos el problema de la responsabilidad civil en los casos de incumplimiento de -- las obligaciones preconstituídas, especialmente las que nacen de contrato, de testamento, de sentencia o de la declaración unilateral de voluntad..." (2)

II.- TEORIA TRADICIONAL.

- 1.- Culpa contractual.
- 2.- Culpa extracontractual. Elementos.
 - a) El daño.
 - b) La culpa.
 - c) La relación de causalidad.

No obstante ese basto contenido de la responsabilidad civil, la teoría tradicional pretende ignorar gran parte - del mismo, y reduce aquélla a la derivada de la comisión - de hechos ilícitos, explicándose ésta restricción (aunque - no justificándose) por la fuerza del prejuicio histórico - dimanado del Derecho Romano, de que para que haya responsabilidad civil es menester la concurrencia de los tres elementos clásicos: El daño, la culpa y la relación de causalidad entre ambos.

(2) Rojina Villegas Rafael.
Op. Cit., Tomo V, Vol., II, Págs. 380 y 381.

1.- Por ello precisamente es que en el estudio de tal responsabilidad civil, no se incluye claramente la responsabilidad proveniente de violación contractual, ya que, según la misma añeja teoría, en ésta última violación no es necesaria la concurrencia de la culpa, pues basta el incumplimiento de los deberes contractuales para producir la específica responsabilidad que no es propiamente la clásica civil. Rojina Villegas resume ésta posición y sus excepciones en la forma siguiente: "...al tratar de la culpa contractual haremos ver cómo en realidad se exige dicho elemento para las obligaciones referidas exclusivamente a la custodia o conservación de las cosas que tiene en su poder el deudor, por virtud de un contrato. En cuanto a las obligaciones que no entrañan conservación o custodia de las cosas, por regla general basta el incumplimiento para que se incurra en responsabilidad contractual, sin que el acreedor tenga que demostrar la culpa del deudor" (3).

2.- Sin embargo, independientemente por ahora de críticas que se harán en posteriores incisos, vemos que la teoría clásica se satisface con exponer que la responsabilidad civil es, pues, la delictuosa o extracontractual; y que consta, como ya dijimos de tres elementos: el daño, la culpa y la relación de causalidad entre ambos. Por tanto, a ellos aludiremos en seguida.

(3) Op. y Vol. cit., Pág. 390.

a) El daño constituye, a no dudarlo, el elemento principal de la responsabilidad civil, pues su ausencia determinaría la inoperancia de las prescripciones civiles en materia de reparación, ya que en tal caso nada habría que reparar.

Respecto del origen etimológico de la palabra daño, no hay unidad de criterio entre los autores. Algunos mencionan el término latino "damnum", neutro de "dare" (lo que es dado); otros, de "dap" (violar); o de "dabh" (destruir); otros más del término sánscrito "da" (vincular, obligar) y otros finalmente, de la palabra latina "demere" (disminuir, cercerar, quitar).

Independientemente de su discutido origen, mencionaremos ahora algunas concepciones:

Enneccerus Lehman: "Daño es toda desventaja que experimentamos en nuestros bienes jurídicos, patrimonio, vida, salud, honor, crédito, bienestar, capacidad de adquisición".

Carnelutti: "Es la lesión a un interés".

Fischer: "El perjuicio sufrido por el sujeto de derechos a raíz de la violación de éstos por un hecho ajeno".

Bevilaquia: "Toda lesión, disminución o menoscabo sufrido por un bien jurídico" (4).

Roberto H. Brebbia: "La violación de uno o varios de los derechos subjetivos que integran la personalidad jurídica".

(4) Citados por José de Aguiar Díaz, en su libro: Tratado de la Responsabilidad Civil, Ed. José Ma. Cajica, Puebla, 1957, Pág. 355.

a) El daño constituye, a no dudarlo, el elemento principal de la responsabilidad civil, pues su ausencia determinaría la inoperancia de las prescripciones civiles en materia de reparación, ya que en tal caso nada habría que reparar.

Respecto del origen etimológico de la palabra daño, no hay unidad de criterio entre los autores. Algunos mencionan el término latino "damnum", neutro de "dare" (lo que es dado); otros, de "dap" (violar); o de "dabh" (destruir); otros más del término sánscrito "da" (vincular, obligar) y otros finalmente, de la palabra latina "demere" (disminuir, cercerar, quitar).

Independientemente de su discutido origen, mencionaremos ahora algunas concepciones:

Enneccerus Lehman: "Daño es toda desventaja que experimentamos en nuestros bienes jurídicos, patrimonio, vida, salud, honor, crédito, bienestar, capacidad de adquisición".

Carnelutti: "Es la lesión a un interés".

Fischer: "El perjuicio sufrido por el sujeto de derechos a raíz de la violación de éstos por un hecho ajeno".

Bevilaquia: "Toda lesión, disminución o menoscabo sufrido por un bien jurídico" (4).

Roberto H. Brebbia: "La violación de uno o varios de los derechos subjetivos que integran la personalidad jurídica".

(4) Citados por José de Aguiar Díaz, en su libro: Tratado de la Responsabilidad Civil, Ed. José Ma. Cajica, Puebla, 1957, Pág. 355.

dica de un sujeto, producida por un hecho voluntario, que engendra a favor de la persona agraviada el derecho de obtener una reparación del sujeto a quien la norma imputa el referido hecho, calificado de ilícito" (5).

Importa destacar en éste punto, que de todas las definiciones transcritas se deduce la existencia de los dos bienes en que generalmente se clasifica el objetivo del daño, los llamados patrimoniales y los morales, siendo aquéllos los que tienen valor pecuniario, y los segundos, los inherentes a la persona como entidad espiritual, y que, no se encuentran dentro del comercio.

Ya que con posterioridad haremos un estudio más detenido de éste elemento, aludiremos enseguida a la culpa.

b) Como vimos en el capítulo anterior los autores de la doctrina civil, en general, son poco escrupulosos en cuanto al uso del vocablo culpa, se tiene la tendencia a significar con él lo que en derecho penal se entiende por culpabilidad; es común que se diga que existe culpa cuando se ha obrado dolosamente o bien cuando la acción u omisión hayan sido negligentes, imperitas o sin cuidado.

No podemos decir lo mismo de los penalistas quienes han ahondado en el tema con meticulosidad mayúscula y no podía ser para menos cuando está en juego una especie de la culpabilidad que a su vez es elemento esencial del delito.

(5) El Daño Moral.
Ed. Bibliográfica Argentina. Pág. 53.

Desde éste último punto de vista, podemos decir con el maestro Fernando Castellanos Tena, que la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto ⁽⁶⁾. Son dos las formas en que se nos presenta la culpabilidad, como dolo y como culpa. Es el primero un actuar consciente y voluntario dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico. La segunda es una acción u omisión negligente, imperita, falta de precaución o de cuidado que produce un resultado dañoso, previsible evitable y penado por la ley.

c) La relación de causalidad se explica con un sentido de lógica elemental: es preciso que el daño causado sea consecuencia del hecho culposo cometido. "Sobre éste punto no hay discusión. El sentido común impone en efecto -- la existencia de un vínculo de causalidad. Evidentemente el autor de una culpa no tiene que reparar sino los perjuicios que sean consecuencia de esa culpa. Nadie piensa en demandar indemnización de una persona que nada ha tenido que ver con la realización del perjuicio experimentado. Por lo demás, los textos confirman en la mayoría de los casos lo que la razón ordena" ⁽⁷⁾.

(6) Castellanos Tena Fernando.
Lineamientos Elementales de Derecho Penal.
Editorial Jurídica Mexicana. México, D.F., 1963.
Pág. 321 y siguientes.

(7) Mazeaud. Op. cit., Tomo II, Pág. 9.

En efecto, nuestro Código Civil, en su artículo 2110, dispone que: "Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse".

Y aunque éste precepto se encuentra en el capítulo relativo a los daños de origen contractual, el principio en él contenido se aplica, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, a los daños provenientes de la llamada culpa extracontractual.

III.- TEORIA UNITARIA.

- a) Definición y análisis de la misma.
- b) Problemas que supera.

La escisión de la responsabilidad en contractual y extracontractual, presenta, o ha conducido, a errores numerosos, tanto doctrinarios, como legales. Ya Planiol señalaba que la responsabilidad contractual y extracontractual tienen un mismo fundamento, por lo que se hayan sujetas en principio a idénticas reglas. Pero ha sido un maestro mexicano, Ernesto Gutierrez y González, quien superando tales errores, ha elaborado una completísima teoría unitaria respecto de esas responsabilidades, a las cuales desde luego unifica bajo el rubro "Los hechos ilícitos como fuente especial generadora de obligaciones".

Parte el citado autor de ésta premisa básica: tanto las violaciones a un deber jurídico general, como las come

tidas al incumplirse un contrato o una manifestación de voluntad, son hechos jurídicos estricto sensu ilícitos, pues en los tres se quiere el hecho pero no se desean las consecuencias. Menciona en seguida que los tres tipos de hechos ilícitos derivan de una conducta culpable-dolosa o negligente y que todos ellos son extracontractuales por esencia, naturaleza que es necesario aclarar especialmente con referencia a las violaciones al contrato, erróneamente consideradas como contractuales, ya que por su origen son también extracontractuales, pues la violación que se hace de un contrato no es parte de la norma contractual; ello, porque ésta tiene por base el que se cumpla, no el que no se cumpla; por lo mismo, el "no cumplir" al no ser ni parte ni esencia del contrato, está fuera de él, y de ahí que el incumplimiento sea extracontractual, aunque se origine con la vida del contrato; esto es: "El contrato obliga a cumplirse y ésa es su esencia. Cuando una parte no lo cumple o lo cumple mal, cae en la realización de un hecho ilícito; realiza una conducta que no está comprendida en el contrato; esa conducta precisamente es contraria a la vida del contrato; está fuera de la hipótesis de la convención... Por ello afirmo que es también un hecho ilícito extracontractual, aunque con motivo de un contrato" (8). De aquí deduce el autor mencionado que, es igualmente erróneo lla-

(8) Derecho de las Obligaciones.
Edit. José Ma. Cajica. Pág. 390 a 394.

mar responsabilidad contractual a la aparejada por el incumplimiento de un contrato, ya que aquélla es en realidad la responsabilidad de cumplir el contrato. Por todo ello, propone que se destierre la terminología de responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual y se hable únicamente de la responsabilidad por hechos ilícitos.

Después de fijar éste encuadramiento común a las tres violaciones citadas, el maestro Gutiérrez y González señala las diferencias específicas:

"a) Son conductas que pugnan con situaciones jurídicas diferentes, y por ello tienen un origen de pugna mediata o inmediata con la ley... Así, el hecho ilícito que va contra un deber jurídico no requiere sino de dos supuestos, una ley, y una conducta que pugna contra ella; en cambio, en el hecho ilícito que pugna con una declaración unilateral de voluntad tiene mayores supuestos una ley que sancione la declaración unilateral, la declaración en sí, y la conducta ilícita contraria a lo dispuesto y declarado. Finalmente, el hecho ilícito que pugna con un contrato tiene también tres presupuestos, la ley que autoriza el contrato, el acuerdo de las voluntades que le dan vida, y la violación de lo acordado por éstas".

"b) En consecuencia de la anterior diferencia, surgen otras más, y alguna de ellas es privativa del hecho ilícito derivado de violar un contrato; en efecto, v.g., la rescisión

sión por el hecho ilícito sólo se puede presentar por su naturaleza en materia de violar un contrato" (9).

Del estudio doctrinario que antecede, el autor deriva las siguientes críticas a nuestro código civil:

1o.- Errónea reglamentación respecto de los hechos ilícitos realizados por violación a los contratos, pues los regula como "efectos de las obligaciones", cuando que el "efecto de las obligaciones" no es que se incumplan, sino precisamente, el de que se cumplan.

2o.- Al no reglamentar dicho "incumplimiento de las obligaciones" en unión de los restantes hechos ilícitos, -- "desgaja la unidad que debe privar en materia de hechos ilícitos como fuente de obligaciones".

3o.- Con ese "desgajamiento" de la materia de hechos ilícitos, se obliga a la escisión responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual, como si fueran dos tipos diferentes de responsabilidades, cuando que por su esencia son iguales.

4o.- De tal erróneo sistema legal, se deducen graves efectos en materia de reparación del daño especialmente al tratarse del daño moral. Por referirse a nuestro tema, lo trataremos en su oportunidad.

5o.- Una última observación hace el autor que venimos citando, al aludir a lo impropio de emplear términos inad-

(9) Op. cit., Pág. 395.

cuados: "...es criticable del código, que se hable "de las obligaciones que nacen de los actos ilícitos" si se observa que el ordenamiento civil en su orientación general adoptó la teoría francesa de los hechos y actos jurídicos, ya que la conducta humana ilícita no puede estimarse como un "acto jurídico", pues quien viola una ley o una norma previa, no desea y espera las consecuencias" (10).

De conformidad con su novedosa teoría, el maestro Gutiérrez y González formula la siguiente definición del hecho ilícito como fuente de obligaciones: "Es toda conducta humana culpable, por dolo o negligencia, que pugna con un deber jurídico, lo acordado por las partes, o con una manifestación unilateral de voluntad sancionada por la ley" (11).

Es una verdadera lástima que el claro ingenio del maestro nombrado no se haya orientado a puntualizar, tal como lo hace con el hecho ilícito el concepto de la responsabilidad civil.

Por lo demás, su teoría constituye, a nuestro humilde parecer, no sólo una trascendente innovación en la materia, sino, también la pauta a seguir para lograr la superación de los seculares tabús que han anquilosado al derecho civil.

IV.- NUESTRO CONCEPTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

(10) Op. cit., Pág. 398.

(11) Op. cit., Pág. 390.

En nuestro concepto, la responsabilidad civil engloba la totalidad de los conjuntos normativos que regulan violaciones de cualquier índole, siempre y cuando éstas causen un daño. Esta posición objetivista congruente con la tendencia moderna del derecho civil, que ya señalamos, adopta como primera de las dos únicas referencias genéricas de dicha responsabilidad, un dato objetivo, el daño, que puede ser material o pecuniario o inmaterial o moral; pero considerando a ambos como lesivos de bienes patrimoniales, ya que concordamos con el concepto de que un patrimonio se integra por la concurrencia de bienes económicos, por una parte, y de valores espirituales, por la otra (12).

El daño se presenta en complejos jurídicos al parecer muy disímbolos y completamente desligados de un encuadramiento común, las llamadas culpa contractual y extracontractual, el incumplimiento de la manifestación unilateral de

(12) "La palabra patrimonio deriva del término latino "patrimonium", que significa: bienes que se heredan de los ascendientes, a los bienes propios que se adquieren por cualquier título. También se identifica la palabra patrimonio con el vocablo riqueza...pero ni la palabra "bien" ni la palabra "riqueza", gramaticalmente se reducen a considerar la noción económica. Riqueza significa abundancia de bienes, y bien o bienes significa "utilidad en su concepto más amplio"...En consecuencia, si el patrimonio está formado por los bienes, no hay razón alguna para suponer que la idea de bien se reduzca a las cosas económicas. Tan es "bien"...el tener un millón de pesos, como es un "bien" tener nombre, un nombre limpio ante la sociedad"...Es indispensable que en lo jurídico, sea más amplio el criterio de lo que es el patrimonio, como lo es en lo gramatical" (Gutiérrez y González, Op. cit., Pág. 92.)

voluntad, el abuso de derechos (13), el riesgo creado (14).

Naturalmente, el sólo daño, como nota común a todos esos problemas, no es suficiente para enlazarlos en la noción de una responsabilidad legal genérica, pues faltaría el ligamen entre dicho daño y la persona responsable del mismo. En el caso, no puede ser la culpa ese otro elemento general, pues falta por completo en el riesgo creado. De ahí que recurramos al concepto de "atribuibilidad" (15). En efecto, la realización de un daño no supone responsabilidad civil sino cuando haya alguien a quien la ley se lo atribuya. Estas dos notas, daño y atribuibilidad, son -- comunes a toda esa gama de conjuntos normativos, ya que éste último concepto no envuelve, sino supera, el problema de la culpa; razón por la cual bien podrían constituir el

(13) Art. 1912 del Código Civil: "Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho".

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

(15) El concepto ha sido manejado en materia penal, especialmente por Luis Jiménez de Asúa en su Tratado de Derecho Penal, pero en un sentido muy diferente al que emplearlo pretendemos. Por lo demás, no creemos que haya vocablos privatísticos de ninguna rama del Derecho.

género próximo de aquéllos, demarcando precisamente la responsabilidad civil. Por ello creemos que el término "atribuibilidad", como capacidad abstracta de una persona para señalarsele como autora de un daño, y el de "atribución", como la adjudicación en concreto de ese daño, son conceptos que engloban, tanto la imputación de las culpas contractual y extracontractual, como la responsabilidad de los -- productores de riesgos; ya que el autor de las primeras le es atribuible, respectivamente, el daño del simple incumplimiento o el culposo y el autor de los segundos le es igualmente atribuible el daño objetivo.

Creemos también que la relación de atribuibilidad de un daño a la persona a la que la ley impone la consecuente reparación, explica mejor la responsabilidad por los hechos de otras personas, hechos previstos por nuestro Código Civil en los artículos siguientes: 1919, 1925 y 1933.

De la lectura de los artículos señalados, se desprende que tanto los que ejercen la patria potestad, como los directores de colegios, los tutores, los maestros artesanos, los patrones y dueños de establecimientos mercantiles, los jefes de casa y los dueños de hoteles, son responsables por los hechos de las personas que en cada caso se indican, más esa responsabilidad por tales hechos no la alcanzan mediante una relación de causación fáctica, sino -- por atribución normativa (de la ley). Por esa razón, es --

dudoso el tino de las siguientes palabras del maestro Rojina Villegas: "Para que pueda determinarse la responsabilidad civil a cargo de un cierto sujeto, es necesario que no sólo sea culpable del daño, sino además causante del mismo". Puesto que, en los casos señalados, los causantes del daño (hijos, sirvientes, etc.) no son los responsables de él.

De lo expuesto, creemos que las dos únicas notas comunes a los conjuntos normativos que hemos citado, son el daño y la atribuibilidad, y que, con ellas, se integra el concepto genérico de responsabilidad civil, la cual envuelve, tanto la responsabilidad subjetiva, que exige la culpa, como la objetiva que prescinde del elemento psicológico.

V.- LA RESPONSABILIDAD PENAL.

Para evitar repeticiones incesarias en la materia, nos remitimos a lo dicho en el capítulo anterior, ahí hicimos el estudio de las obligaciones que nacen de lo ilícitos penales, de la historia de los mismos y de sus diferencias con los civiles.

CAPITULO IV

EL DAÑO MORAL

- I.- Terminología.
- II.- Teorías de su relación con el objeto de las obligaciones:
 - a) Clásica.
 - b) Moderna.
- III.- Valores que ofende:
 - a) Personales de proyección social.
 - b) De afección íntima.
 - c) De presencia social físico-estética.
- IV.- Teoría de Brebbia.
- V.- Opinión del sustentante.

I.- TERMINOLOGIA.

Hemos mencionado ya el origen y significado de la palabra daño en el capítulo tercero de ésta tesis. Por lo que hace al vocablo "moral" es de todos conocido su origen del latín *mos moris*: costumbre y aunque no nos satisface la designación de daño moral, la aceptamos por dos razones, - primera, por el arraigo que tiene dentro del léxico jurídico y segunda, por no contar con otra más adecuada. En Sudamérica, especialmente en la Argentina, lo han designado como "agravio moral", para evitar las discusiones provenientes de la palabra daño, desgraciadamente siguieron utilizando la segunda o sea moral, que acarrea quizás más problemas que la primera.

A mi manera de ver es conveniente seguir usando ambas palabras y para conseguir una definición adecuada no debemos recurrir al valor de cada una de ellas separándolas y estudiando sus remotos orígenes, sino que, debemos ir a buscar su significado a las costumbres en el lenguaje jurídico donde se les ha unido para producir un concepto distinto al de las dos palabras separadas.

También hemos hecho alusión a que la más importante clasificación del daño lo divide, de conformidad con la naturaleza del bien jurídico lesionado, en patrimonial y moral. Igualmente se ha visto que ésta terminología, no obstante su arraigo secular, ha sido criticada por lo que res

pecta a la identificación que hace de lo patrimonial con lo pecuniario. A mayor abundamiento, agregaremos que ésta reducción de lo patrimonial a lo económico cercena el concepto "patrimonio", pues éste no se reduce al complejo de valores materiales de una persona, sino que abarca otro de no menor importancia que es el de los valores morales, por lo que nos parece más correcto hablar de bienes pecuniarios o económicos por una parte y morales o espirituales por la otra, ya que ambos forman el patrimonio (1).

También es frecuente el uso de los términos daño material en oposición al daño moral, tal terminología la critica, en nuestro concepto inapropiadamente, el maestro Gutiérrez y González diciendo: "...si se consideran los términos en un sentido gramatical se tendrá:

a).- Daño material será el que cae bajo el dominio de los sentidos, el que se puede tocar o ver.

b).- Daño moral será el que afecta el dominio inmaterial, invisible, el fuero interno del sujeto dañado.

Y considerar así el daño material es falso, porque en muchas ocasiones no es palpable ni visible, v.g., cuando una persona sufre una contusión, un golpe, por ejemplo, con una maquina y se le produce una incapacidad para trabajar

(1) Rojina Villegas. Op. cit., Pág. 400. "...cuando se causa un daño por la violación de derechos patrimoniales, el daño será patrimonial. A su vez, cuando se cause un daño por la violación de derechos no patrimoniales, el daño será moral". También, Mazeaud: "El perjuicio material es el perjuicio patrimonial; el perjuicio moral es el perjuicio extrapatrimonial, no económico". Op. cit., Pág. 148.

ya total o parcial porque sus músculos internos se lesionan, sufre sin duda un daño material y esto no es apreciable tocando o viendo; esto que sucede con relación a las personas también sucede respecto de las cosas.

Así, cuando un automóvil sufre un accidente y resulta con el chasis torcido, aunque ese mueble lo enderecen después y a simple vista no se aprecie el daño material, sin embargo le produce un serio demérito en su valor, hay, en éste caso, un daño material que ni se palpa ni se ve" (2).

No creemos bien enderezada ésta crítica del autor citado pues suponemos que incurre en error, no al atribuir al daño material las cualidades de "palpable" y "visible", lo cual es cierto, sino al presuponer que dichas cualidades deben ser comprobables por "todo mundo", lo cual es inexacto, pues hay infinidad de daños materiales de comprobación exclusivamente pericial. Justamente los dos ejemplos por él citados, son de esa naturaleza; de lo que se concluye que su posible error radica en que, contra lo que él opina, sí es todo daño material palpable y visible o comprobable, aunque en numerosos casos se requiera apreciación especial.

Independientemente de lo anterior, la terminología -- por él propuesta, daño pecuniario o económico y daño moral o no pecuniario, nos parece la más acertada pues "de ésta

(2) Op. cit., Pág. 584.

forma ya se sabe que el daño pecuniario lesiona la parte económica del patrimonio, en tanto que el moral afecta a la parte integrada por los sentimientos, afectos, buen nombre, honor, etc." (3).

El problema del daño moral puede sintetizarse con una interrogante: ¿Debe el Derecho tutelar el patrimonio moral de las personas?.

Un sentido de primaria justicia nos da la afirmativa. Más, no siempre se ha considerado procedente dicha protección. Al principio en el derecho moderno se negó casi sistemáticamente esa protección y por ende, la consecuente reparación.

a).- Tal teoría, la clásica, era así congruente con su punto de partida, la concepción tradicional de obligación: relación jurídica entre una persona llamada acreedor, que puede exigir de otra, llamada deudor, una prestación o una abstención de carácter patrimonial. Por cuanto que a éste último término lo circunscribía al aspecto meramente económico, resultaba lógico que no se considerara a ninguna obligación como susceptible de objeto moral, pues era invariable la apreciación pecuniaria de las obligaciones. De lo que se infiere que ésta primera teoría ignoró la existencia del daño moral, o, simplemente, no le concedió relevancia legal.

b).- Al incluir el aspecto moral en su definición de obligación, Demogue amplió la estrecha concepción clásica:

(3) Op. cit., Pág. 584.

"Obligación es la situación jurídica que tiene por objeto una acción o abstención de valor económico o moral, de la cual ciertas personas deben asegurar la realización" (4).

Ihering pronuncióse asimismo por la existencia de las obligaciones de contenido moral o afectivo, dando así pábulo a una teoría antitética a la clásica, nueva tésis en la cual se ha sostenido que sí existen obligaciones con objeto no patrimonial (moral), para cuyo cumplimiento es suficiente un interés afectivo por parte del acreedor.

III.- VALORES QUE OFENDE.

- a).- Personales de proyección social.
- b).- De afección íntima.
- c).- De presencia social físico-estética.

Estas nuevas ideas, que conceptuaron obligaciones con objeto moral, se tradujeron aunque tímidamente, en incorporaciones legales en la mayoría de los códigos civiles modernos.

Sancionado, pues, el principio de existencia de las mismas, se derivó a su vez el de la protección, aunque muy relativa, de los valores morales dañados únicamente por la comisión de hechos ilícitos, siendo, en general, ésa la postura adoptada por nuestro Código Civil.

Los valores protegidos por esa previsión legal pueden enmarcarse en tres grupos:

- a).- El formado por los de proyección social, los cua

(4) Citado por Gutiérrez y González en la página 82 de su obra.

les, siendo íntimamente personales, adquieren su relevancia externa solo en función de su apreciación social, como el honor, la reputación, el prestigio.

El daño a estos valores está casi siempre relacionado con un demérito pecuniario en el ámbito económico de su titular.

b).- El segundo grupo comprende los valores de afectión íntima y su existencia es en absoluto independiente de proyecciones sociales, pues se producen en el ámbito más íntimo del patrimonio moral. Comprenden esencialmente los afectos familiares.

Respecto de los dos grupos citados, Mazeaud expone: "...se oponen en forma clarísima dos categorías de perjuicios. Por una parte, los que afectan lo que se ha denominado la parte social del patrimonio moral, hieren a un individuo en su honor, su reputación, su prestigio. Por otra parte los que afectan la parte afectiva del patrimonio moral, hieren a un individuo en sus afectos; por ejemplo, el dolor que se experimenta por la muerte de una persona querida. Los primeros están siempre o casi siempre vinculados a un perjuicio pecuniario (5).

c).- Una tercera categoría de valores personales integra el grupo estético-social, compuesto por aquéllos que se refieren a la presencia físico-estética del sujeto, y -

(5) Op. cit., Pág. 209, Tomo II.

cuyo significado está también, como los del primer grupo, - íntimamente relacionado con el ámbito social del sujeto.

El daño a los valores de proyección social es el que, - como ya dijimos, mayor relación tiene con el daño pecuniario y, dado ese estrecho ligamen, es el que mejor permite - la valuación económica de su reparación.

El daño a los valores de afección íntima, como, v.g., - la muerte ocasionada a un familiar, es el que presenta más - problemas para su reparación.

El daño a los valores de presencia estético-social, su - pone, no la lesión a la capacidad física de trabajo de la - víctima, sino a la realización de heridas o cicatrices que - menoscaban la presencia del sujeto en sus relaciones socia - les. Antiguamente éste tipo de daños era muy difícil va - luarse en dinero, actualmente los avances científicos, espe - cialmente en cirugía plástica, han aminorado su problemáti - ca reparación.

IV.- TEORIA DE BREBBIA.

El autor argentino Roberto H. Brebbia ha elaborado una doctrina muy completa acerca del daño. Expone que, para - que alguien este obligado a reparar un daño, es del todo ne - cesario que un hecho humano ilícito haya agraviado alguno - de los derechos con que la norma inviste a las personas o - sujetos de derecho. Tales derechos son los subjetivos y es - tos existen cuando un sujeto tiene la posibilidad de deter -

minar jurídicamente, en ciertas situaciones previstas por la regla jurídica, el deber de una especial conducta en otra u otras personas, agregando que dichos derechos subjetivos -- presentan tres aspectos:

1o.- Como reverso material del deber jurídico que impone el derecho de respetar la esfera privada de cada persona.

2o.- Como protección o facultad de exigir a otro una determinada conducta.

3o.- Como capacidad para crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones.

Continúa manifestando que la violación a cualquiera de esas tres clases de facultades es lo que constituye el daño, pero para que lo sea en sentido jurídico es menester que -- tal violación provenga de una acción humana voluntaria ilícita y que la misma pueda imputarse jurídicamente a un sujeto diferente de la víctima, concluyendo con la siguiente definición: daño jurídico es la violación de uno o varios de los derechos subjetivos que integran la personalidad jurídica de un sujeto, producido por un hecho voluntario que engendra a favor de la persona agraviada el derecho de obtener una reparación del sujeto a quien la norma imputa el referido hecho calificado de ilícito.

Ahora bien, refiriéndose al daño moral, expone que se produce cuando se viola uno o más derechos de los inherentes a la persona, esto es, de los que tienen íntima y direc

ta vinculación con la personalidad y los cuales tienen las siguientes características:

a.- Son extrapatrimoniales, vale decir, no pueden ser evaluados pecuniariamente.

b.- Se adquieren y pierden con independencia de la voluntad específica de sus titulares.

c.- Son insusceptibles de cesión, inalienables e imprescriptibles, pues los bienes que protegen se hayan fuera del comercio jurídico.

ch.- Son absolutos, en cuanto se oponen erga omnes.

Concluye el autor que venimos citando con la siguiente definición del daño moral: aquellos daños producidos a raíz de la violación de alguno de los derechos inherentes a la personalidad (6).

Discordamos de la anterior teoría en la limitación que impone a las fuentes del daño moral, ya que toma como tales solamente a los hechos ilícitos.

V.- OPINION DEL SUSTENTANTE.

Pensamos que la aceptación, por parte de los textos legales, del daño moral ha venido a cubrir, aunque sea en parte, una inmensa laguna de la justicia compensatoria, existente durante tanto tiempo, debido especialmente, a la pro-

(6) H. Brebbia Roberto.
El daño moral.
Edit. Bibliográfica Argentina.
Buenos Aires, Argentina.
pág. 53 y siguientes.

blemática que entraña el encontrar un correcto método evaluativo de su reparación.

Acordes nosotros con la teoría unitaria de los hechos ilícitos como fuente de las obligaciones la cual ha sido mencionada en el capítulo tercero de ésta tesis y congruentemente con nuestras ideas acerca de la responsabilidad civil, -- consideramos que el daño moral puede ser producido, tanto -- por los hechos ilícitos, comprendiendo en estos la llamada culpa contractual, como por el riesgo creado o responsabilidad objetiva (7).

Por tanto, salvo las aclaraciones que en seguida le hacemos, nos parece acertada la definición que Gutiérrez y González formula acerca del daño moral: "Es el dolor cierto y -

- (7) Un ejemplo citado por Gutiérrez y González es ilustrativo para demostrar plásticamente que, en orden a la reparación del daño moral, sí sería correcto y justo además, que la ley englobara la culpa contractual en el rubro de los hechos ilícitos. Trátase del médico que, habiendo celebrado contrato de prestación de servicios profesionales con el padre de un menor enfermo, para operarlo un día determinado y en la fecha fijada no se presenta a cumplir lo acordado, falleciendo entonces el menor. De conformidad con las prescripciones vigentes, queda al padre el sólo camino de demandar al médico con base en el artículo 2104 del C.C., que en lo medular expone: "El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios..." Sin embargo, no podrá demandar la reparación del daño moral por la muerte del menor, ya que en materia de violación contractual (con rubro en el código de "Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones") no hay una norma que tenga prevista dicha reparación, en la forma en que, para los hechos ilícitos, existe el artículo 1916. Op. cit., Pág. 397.

actual sufrido por una persona en su consideración social de individuo, (honor, reputación), en sus afectos familiares o en su presencia social físico-estética, con motivo de un hecho ilícito o un riesgo creado, y que la ley considera para responsabilizar a su autor" (8).

De tal definición, nos parece innecesaria la inclusión de las calificativas "cierto" y "actual", pues de esa guisa se podrían agregar otras varias, "comprobable", "real". etc., pero igualmente innecesarias por no ir a la substancia de la definición. Por lo demás, fijaríamos el sentido espiritual del dolor, a efecto de distinguirlo del físico, pues la definición no lo establece expresamente, y dá lugar a dudas, especialmente por el daño material (lesión), a la presencia físico-estética.

En suma, en nuestro concepto la definición podría proponerse así: daño moral es el dolor espiritual ocasionado a una persona en su consideración social de individuo, en sus afectos familiares o en su presencia social físico-estética, con motivo de un hecho ilícito o un riesgo creado y atribuible por la ley a su autor para los efectos de su responsabilidad.

En ella incluimos también como se ve, los términos "ocasionado" y "atribuible" por implicar elementos indispensables para fundar la responsabilidad.

(8) Op. cit., Pág. 582.

CAPITULO V

LA REPARACION DEL DAÑO MORAL

- I.- Procedencia de la reparación.
 - a) Teoría negativa.
 - b) Teoría mixta.
 - c) Teoría positiva.

- II.- Formas de reparación.

- III.- El daño moral y su reparación en nuestro derecho.
 - a) Legislación penal y civil anterior.
 - b) Legislación penal y civil vigente.

I.- PROCEDENCIA DE LA REPARACION.

- a) Teoría negativa.
- b) Teoría mixta.
- c) Teoría positiva.

Aún se discute por los tratadistas si procede o no la reparación del daño moral.

Tres corrientes doctrinarias han estudiado el problema:

a) La negativa sostiene, más que la improcedencia, la imposibilidad de repararlo. Considera que los valores espirituales que se dañan son, por su naturaleza, insusceptibles de composición o reparación, pues una vez lesionados es imposible retrotraerlos a su estado anterior a pesar de cualquier protección jurídica que quiera brindarseles.

Los partidarios de ésta teoría así argumentan: ¿Por qué se condena al autor de un perjuicio a pagar la indemnización a la víctima? Es con el propósito de que ese perjuicio se repare, se borre, desaparezca; en una palabra, para que la víctima se encuentre nuevamente en la situación que ocupaba con anterioridad. ¿Cómo, entonces, podría el autor de un perjuicio meramente moral repararlo? ¿Si se le condena a pagar una suma de dinero cómo ese dinero haría desaparecer semejante perjuicio? De ningún modo, puesto que precisamente ese perjuicio no es de orden pecuniario" (1).

"...Son muchos los que niegan cualquier indemnización por

(1) Mazeaud, Op. cit., Tomo I, Pág. 153.

lesión de los sentimientos de afecto, tal posición obedece a que, en estos casos, el perjuicio moral se encuentra frecuentemente puro de toda mezcla: el dolor, el pesar, son los únicos perjuicios causados; pecuniariamente, la víctima no sufre atentado alguno" (2) por lo que, cualquier cantidad que fije el juez sería arbitraria ya que los valores dañados nada significan económicamente.

b) La segunda posición defiende el punto de vista de que no es posible reparar el daño moral sino sólo en aquellos casos en que, como consecuencia del mismo, haya una repercusión pecuniaria (3) lo cual significa que en realidad el reparable sigue siendo el daño material.

c) La tesis positiva de la reparación del daño moral sostiene, empleando el término "reparación" en sentido amplio, que sí es posible indemnizar el daño moral y que ello se logra mediante una suma de dinero que borraré o paliará el daño moral. Argumentos en favor de esta teoría son los siguientes:

"El pago de una importante suma de dinero puede permitir, por ejemplo, al que sufre una lesión que le desfigura el rostro, utilizar los servicios de un cirujano plástico para que le reconstruya la faz; le permitirá también, según

(2) Mazeaud, Op. cit., Tomo I, Pág. 149.

(3) Esta tesis la sostienen Meynal y A. Esmein, según cita de Mazeaud, Op. cit., Tomo I, Pág. 151.

sea el caso, insertar en los periódicos los resultados de una sentencia judicial en donde se le absuelve de las imputaciones difamatorias que se le hicieron y se condene a -- quien lo difamó; con esas publicaciones se atenúa el daño moral que se le causa "...pues reparar un daño no es sólo rehacer lo que se ha destruído, sino también suministrar a la víctima la posibilidad de procurarse satisfactores equivalentes a los que ha perdido y que será libre de buscar - en donde le plazca. El verdadero papel de la indemnización es un papel satisfactorio; el error de la teoría negativa radica en identificar la palabra "reparar" con el vocablo "borrar" (4).

"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 pudiese haber incurrido. Estamos de acuerdo en que se trata de una satisfacción muy imperfecta y que jamás podrá alcanzarse la reparación total como suele ocurrir tratándose de daños patrimoniales, pero sería injusto que ante la imposi

(4) Gutiérrez y González, Op. cit., Pág. 588.

bilidad de alcanzar ese resultado, la víctima quedase desamparada" (5).

Por esenciales razones de justicia compensatoria, la moderna tendencia vé hacia la defensa de la reparación del daño moral.

II.- FORMAS DE REPARACION.

En derecho civil existen dos formas de reparación, la exacta y la equivalente. Desde luego, la primera no opera en ningún caso con el daño moral dada la peculiar naturaleza de los valores de ésta índole. En cambio, la reparación por equivalencia puede lograrse mediante el dinero, que con su poder liberatorio, puede atenuar y hasta anular eventualmente casi por completo, los efectos del daño moral, proporcionando a la víctima satisfacciones del más variado matiz que tiendan a compensarla del dolor consecuente a la lesión de sus valores espirituales.

III.- EL DAÑO MORAL Y SU REPARACION EN NUESTRO DERECHO.

- a) Legislación anterior.
- b) Legislación vigente.

En nuestro derecho, tanto los códigos civiles como los penales han regulado lo relativo al daño moral y su reparación aunque en forma accesorias y notoriamente defectuosas.

a) El civil de 1871 reglamentó un sólo caso, al prescribir en su artículo 1587 lo siguiente:

(5) Rojina Villegas, Op. cit., Págs. 402 y 403.

"Al fijar el valor y el deterioro de una cosa, no se atenderá al precio estimativo o de afección, a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con el objeto de lastimar la afección del dueño; el aumento que por estas causas se haga, no podrá exceder de una tercia parte del valor común de la cosa".

El código civil de 1884 incorporó en su articulado la misma disposición en igual forma

El código penal de 1871, aunque en lógica concórdancia con el civil, fue menos escueto en la materia, pues reguló las situaciones a que se refieren los artículos siguientes:

"Art. 344.- Cuando el acusado de oficio sea absuelto no por falta de pruebas, sino por haber justificado su completa inocencia en el delito de que se le acusó y no haya dado con su anterior conducta motivo para creerlo culpable, se declarará así de oficio en la sentencia definitiva y si el acusado lo pidiere, se fijará en ella el monto de los daños y perjuicios que se le hayan causado con el proceso, oyendo previamente al representante del Ministerio Público. En este caso, la responsabilidad civil se cubrirá del fondo común de indemnizaciones, si con arreglo al artículo 248 no resultaren responsables los jueces, o éstos no tuvieren con que satisfacerla".

"Art. 345.- Igual derecho tendrá el acusado absuelto, contra el quejoso o contra el que lo denunció, pero con su-

jeción a las reglas siguientes: ...III.- De los daños y -- perjuicios le indemnizarán el quejoso o el denunciante, únicamente en el caso de que la queja o la denuncia sean ca lumniosas o temerarias".

Tanto el caso regulado por el artículo 344, como, muy -- especialmente, el del 345, son ejemplos típicos de reparación del daño moral ocasionado en los valores que hemos denominado de proyección social (honor, reputación, etc.).

También el propio ordenamiento penal que estamos citan -- do, nos proporciona un clásico ejemplo de reparación de da -- ño moral que ha lesionado los valores de la presencia so -- cial físico-estética de la víctima:

"Art. 323.- Si los golpes o heridas causaren la pérdi -- da de algún miembro no indispensable para el trabajo, o el -- herido o golpeado quedare de otro modo baldado, lisiado o -- deforme, por esa circunstancia tendrá derecho no sólo a los -- daños y perjuicios, sino además a la cantidad que como in -- demnización extraordinaria le señale el juez, atendiendo a -- la posición social y sexo de la persona y a la parte del -- cuerpo en que quedare lisiada, baldada o deforme".

b) De nuestra legislación vigente, se desprende la -- existencia de los siguientes hechos ilícitos, que relaciona -- mos con base en la ordenación seguida por el maestro Rojina Villegas:

1o.- Delito penal, hecho doloso que causa daño, sancio

nado por el código penal y que tiene, además de una pena, una sanción pecuniaria.

2o.- Delito civil, hecho doloso que causa daño y que no está sancionado por el código penal; siendo, por tanto, su única consecuencia, la reparación del daño.

3o.- Cuasidelito penal, hecho culposo que causa daño y que está sancionado por una norma del código penal y que tiene una pena y una sanción pecuniaria.

4o.- Cuasidelito civil, hecho culposo que causa un daño, que no tiene sanción penal y que sólo engendra responsabilidad civil.

5o.- Hechos ilícitos dolosos o culposos que causan daño pecuniario y moral a la vez y que no tienen sanción en la ley penal.

6o.- Hechos ilícitos que no están sancionados penalmente, que sólo causan daños morales.

En éste último punto, el maestro Rojina Villegas agrega que tales hechos no son fuentes de obligaciones porque el código civil vigente sólo permite reparación cuando existe además daño patrimonial.

La afirmación del maestro tiene una excepción en el artículo 143 del código civil, que encuadra un daño moral calificado por nosotros como sui-generis y que se refiere al rompimiento de los esponsales. De la lectura del mismo se desprende que en cuanto a daño moral es el único reglamenta

do correctamente en nuestro código, tanto por ser independiente del daño material que se cause como por su especial sistema de reparación, lamentablemente el legislador ordenó casi a la perfección el caso que nunca llega a tribunales - por lo cual resulta totalmente inoperante e inútil. Dice el artículo 143... "También pagará el prometido que sin causa grave falte a su compromiso, una indemnización a título de reparación moral, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras causas semejantes, el rompimiento de los esponsales cause un grave daño a la reputación del prometido inocente".

Las pocas restantes fórmulas de nuestra legislación vigente acerca del daño moral, pertenecen al penúltimo de los grupos que acabamos de mencionar. Se significan por lo común en su errónea limitación de depender del daño pecuniario.

Elas son las siguientes:

Artículo 2116, igual al ya transcrito 1587 del código civil de 1870.

Artículo 30 fracción II del código penal: "La reparación del daño comprende: ...II.- La indemnización del daño material y moral causado a la víctima o a su familia".

Por cuanto que en materia penal puede existir delito, sin daño pecuniario y sí moral, cabe en ese ámbito la reparación de éste último, sin sujeción al determinado límite -

económico que proporcionaría el primero. No obstante ello, el propio código penal no preveé ningún sistema tendiente a regular específicamente la reparación del daño moral a que alude el artículo citado, ya que sólo proporciona la fórmula general del artículo 31, "La reparación será fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso y atendiendo también a la capacidad económica del obligado a pagarla. Para los casos de reparación del daño causado con motivo de delitos de imprudencia, el Ejecutivo de la Unión reglamentará, sin perjuicio de la resolución que se dicte por la autoridad judicial, la forma en que, administrativamente, deba garantizarse mediante seguro especial dicha reparación".

Dejamos a propósito para último término, la alusión a la disposición del código civil que podría considerarse "la genérica" en la materia de reparación del daño moral. Nos referimos al artículo 1916, que a la letra dice: "Independientemente de los daños y perjuicios, el juez puede acordar, en favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia, si aquélla muere, una indemnización equitativa, a título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho. Esa indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto, en éste artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el artículo 1928".

Pueden enderezarse varias críticas a éste artículo:

1a.- Es limitativo del daño moral en cuanto a fuentes generadoras. En efecto: otras fuentes que deberían originarlo quedan a extramuros de dicha disposición, al referirse ella únicamente al hecho ilícito. De ésta suerte, daños morales producidos por el riesgo creado u por la violación contractual, son insusceptibles de reparación, lo cual va en serio detrimento de la justicia compensatoria. En pos de una mejor fórmula legal, acorde con los desiderátums de dicha justicia, creemos que ella podría lograrse si se generalizara la reparación del daño moral a todo el ámbito de la responsabilidad civil lato sensu propuesta en el capítulo respectivo, bajo el principio genérico de que la concurrencia de un daño moral y la atribuibilidad del mismo a alguien por la ley, fuesen elementos necesarios y suficientes para la operancia de la reparación.

2a.- Otra crítica a la transcrita fórmula actual es, justamente, la dependencia de la indemnización del daño moral, a la existencia del daño pecuniario, limitando además el monto de aquélla a la tercera parte del valor de éste, que a su vez está sujeto a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo que fija como base el salario de 720 días, pero que en ningún caso rebasará la cantidad de veinticinco pesos diarios por ordenarlo así el mismo código civil. Esto hace que por la muerte de una persona el juez pueda senten-

ciar al pago de dieciocho mil pesos por daños pecuniarios y seis mil pesos por daños morales como máximo, ambas cantidades son a todas luces injustas y están totalmente fuera de la realidad económica de la vida actual.

3a.- No se impone al juzgador la obligación de acordar la indemnización, sino que le concede la potestad de acordarla o no, ya que en lugar de ordenarse "debe acordar" la fórmula expresa "puede acordar".

4a.- Finalmente, se le critica al artículo referido, la excepción que hace a favor del Estado para no responder de la reparación moral. Semejante "relevo" de responsabilidad afrenta al más elemental sentido de justicia y equidad.

Debemos agregar que si el legislador hubiera tenido un poco más de visión y nuestros jueces algo más de sentido común, el problema que plantea el artículo en cuestión se hubiera solucionado tomando como base la disposición del artículo 1910 que en su parte relativa dice "...El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo..." Con éste principio, la exclusión del artículo 1916 y una simple interpretación literal del precepto en estudio, se hubiera podido acordar el pago de daños morales a las víctimas o a sus familiares como a ocurrido en Francia, donde partiendo del mismo principio contenido en el código de Napoleón, han re

ciar al pago de dieciocho mil pesos por daños pecuniarios y seis mil pesos por daños morales como máximo, ambas cantidades son a todas luces injustas y están totalmente fuera de la realidad económica de la vida actual.

3a.- No se impone al juzgador la obligación de acordar la indemnización, sino que le concede la potestad de acordarla o no, ya que en lugar de ordenarse "debe acordar" la fórmula expresa "puede acordar".

4a.- Finalmente, se le critica al artículo referido, la excepción que hace a favor del Estado para no responder de la reparación moral. Semejante "relevo" de responsabilidad afrenta al más elemental sentido de justicia y equidad.

Debemos agregar que si el legislador hubiera tenido un poco más de visión y nuestros jueces algo más de sentido común, el problema que plantea el artículo en cuestión se hubiera solucionado tomando como base la disposición -- del artículo 1910 que en su parte relativa dice" ...El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo..." Con éste principio, la exclusión del artículo 1916 y una simple interpretación literal del precepto en estudio, se hubiera podido acordar el pago de daños morales a las víctimas o a sus familiares como a ocurrido en Francia, donde partiendo del mismo principio contenido en el código de Napoleón, han re

suelto favorablemente los casos de daños morales planteados ante sus juzgados.

CAPITULO VI.**LEGISLACION NACIONAL COMPARADA,
COMENTARIOS Y JURISPRUDENCIA.**

- I.- Leyes Penales.
- II.- Leyes Civiles.
- III.- Jurisprudencia.

I.- LEYES PENALES.

Por su decisiva influencia en las leyes de los estados y por el enorme contingente humano al que rigen, transcribimos los preceptos de derecho penal vigente en el Distrito Federal y Territorios en materia local y federal en la República toda, que tratan los distintos aspectos del daño moral. Posteriormente los comentaremos y compararemos con las disposiciones estatales semejantes.

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales:

Art. 29.- La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño.

La reparación del daño que debe ser hecha por el delincuente, tiene el carácter de pena pública; pero cuando la misma reparación deba exigirse a tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente en los términos que fije el Código de Procedimientos Penales.

Art. 30.- La reparación del daño comprende:

II.- La indemnización del daño material y moral causado a la víctima o a su familia.

Art. 31.- La reparación del daño será fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso y atendiendo también a la capacidad económica del obligado a pagarla.

Art. 49.- La publicación de sentencia se ordenará igual

mente a título de reparación y a petición del interesado, - cuando éste fuera absuelto, el hecho imputado no constituye delito o él no lo hubiere cometido.

Art. 50.- Si el delito por el que se impuso la publicación de sentencia fue cometido por medio de la prensa, además de la publicación a que se refieren los artículos anteriores, se hará también en el periódico empleado para cometer el delito, con el mismo tipo de letra, igual color de tinta y en el mismo lugar.

Art. 344.- Se aplicarán de tres días a un año de prisión y multa de cinco a trescientos pesos:

I.- Al que, públicamente y fuera de riña, diere a otro una bofetada, un puñetazo, un latigazo o cualquier otro golpe en la cara;

II.- Al que azotare a otro por injuriarle, y

III.- Al que infiera cualquier otro golpe simple.

Son simples los golpes y violencias físicas que no causen lesión alguna y sólo se castigarán cuando se infieran con intención de ofender a quien los recibe.

Art. 346.- No se podrá proceder contra el autor de golpes o violencias, sino por queja del ofendido, a no ser cuando el delito se cometa en una reunión o lugar público.

Art. 348.- El delito de injurias se castigará con tres días o un año de prisión y multa de dos a doscientos pesos, o ambas sanciones, a juicio del juez.

Injuria es: toda expresión proferida o toda acción ejecutada para manifestar desprecio a otro o con el fin de hacerle una ofensa.

Art. 350.- El delito de difamación se castigará con -- prisión hasta de dos años o multa de cincuenta a trescientos pesos, o ambas sanciones, a juicio del juez.

La difamación consiste: en comunicar dolosamente a una o más personas la imputación que se hace a otra persona física, o persona moral en los casos previstos por la ley, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causarle deshonra, descrédito, perjuicio, o exponerlo al desprecio de alguien.

Art. 356.- El delito de calumnia se castigará con prisión de seis meses a dos años o multa de dos a trescientos pesos, o ambas sanciones a juicio del juez:

I.- Al que impute a otro un hecho determinado y calificado como delito por la ley, si éste hecho es falso, o es inocente la persona a quien se imputa;

II.- Al que presente denuncias, quejas, o actuaciones calumniosas, entendiéndose por tales aquéllas en que su autor imputa un delito a persona determinada, sabiendo que ésta es inocente o que aquél no se ha cometido, y

III.- Al que, para hacer que un inocente aparezca como reo de un delito, ponga sobre la persona del calumniado, en su casa o en otro lugar adecuado para ese fin, una cosa que

pueda dar indicios o presunciones de responsabilidad.

En los casos de las dos últimas fracciones, si el calumniado es condenado por sentencia irrevocable se impondrá al calumniador la misma sanción que aquél.

La tipificación de los delitos contra el honor o la reputación de las personas es igual en todos los ordenamientos legales de los estados, la única diferencia que en ocasiones se presenta es la mayor o menor penalidad que para ellos se fija.

En la sanción denominada publicación especial de sentencia tampoco hay diferencias; no sucede lo mismo con la sanción pecuniaria, especialmente en lo que al daño moral concierne. Los artículos del código penal para el Distrito y Territorios Federales han sido adoptados por los códigos penales o de defensa social de los siguientes estados: Aguascalientes, Baja California, Campeche, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Michoacán, Morelos, Nuevo León, Nayarit, Durango, Querétaro, Oaxaca, Sinaloa, Sonora, Tabasco, San Luis Potosí, Tamaulipas, Tlaxcala, Yucatán y Zacatecas. Los códigos penales de Colima y Jalisco remiten al correspondiente civil para todo lo relativo al daño moral, en tanto que los de Coahuila, Chiapas, Chihuahua y México no mencionan específicamente el daño moral sino que hacen referencia a la reparación del daño en general. El del estado de Puebla con mucho tino señala quienes pueden exigir la reparación del daño; y

al efecto dice en su artículo 31: "Podrán exigir la reparación del daño: el ofendido, y en caso de muerte o de incapacidad legal de éste: el conyuge, los ascendientes, los descendientes, los hermanos, quien ejerza la patria potestad o la tutela, o la persona cuya subsistencia dependa de él".

Consideramos afortunada la redacción y el contenido de los artículos del código penal vigente en el Distrito Federal, salvo la omisión que hace al no establecer quienes tienen derecho a que se les repare el daño moral y la poca beligerancia e independencia que se le da a la parte afectada para actuar en el procedimiento, supeditando casi todo a la actividad del Agente del Ministerio Público ---- quien, por lo general, nulo interés demuestra en éste tipo de asuntos.

Por lo demás nos parece increíble que jueces y litigantes no hayan hecho un uso adecuado de estas leyes, no sabemos si por ignorancia de los primeros o desconfianza de los segundos, sea más solicitado el procedimiento civil, debiendo ser al contrario, dadas las limitaciones que en éste se tienen y que hemos comentado en el capítulo precedente.

Nada loable es la remisión que los códigos de Colima y Jalisco hacen a sus correspondientes civiles para la reparación del daño moral porque con ello se ganan defectos

y se pierden los beneficios inegables del procedimiento penal.

No mencionar el daño moral como lo hacen el resto de los códigos penales es tanto como cerrar las puertas para que los administradores de justicia admitan acciones en ese sentido ya que es público y notorio que en primera instancia estamos sobrecargados de funcionarios que viven del y no para el derecho y los humildes no tienen ni tiempo ni dinero suficientes para pagar a letrados que lleven sus demandas hasta la Suprema Corte de Justicia, donde están los conocedores de la ley.

II.- LEYES CIVILES.

El artículo 1916 del código civil para el Distrito y Territorios Federales, que ya transcribimos, ha sido prácticamente calcado por la gran mayoría de los ordenamientos civiles estatales, sin embargo, no han faltado legisladores que lo superen con creces. Así el código civil de Jalisco agrega a una disposición semejante a la contenida en el artículo 1916 citado, lo siguiente: Art. 1837.- Para fijar la indemnización el tribunal tomará en cuenta la naturaleza del hecho dañoso y la de la lesión moral sufrida por el ofendido, apreciará ésta según las circunstancias personales de éste, tales como su educación, sensibilidad, afectos, posición social, vínculos familiares, etc., pero sin que en ningún caso el monto de la compensación exceda de \$50,000.00.

Corresponde al estado de Morelos la mejor legislación sobre el tema, misma que fue copiada íntegramente por el legislador de Sonora. Art. 2017.- El daño moral a que tengan derecho la víctima o sus beneficiarios será regulado por el juez en forma discrecional y prudente, tomando en cuenta los valores espirituales lesionados y que puedan constituir en el afecto, honor, prestigio, estimación de las cosas o integridad de las personas. En éste último caso, cuando el daño origine una lesión en la víctima, que no la imposibilite total o parcialmente para el trabajo el juez fijará el importe del daño moral tomando en cuenta si la parte lesionada es o no visible, así como el sexo, edad y condiciones de la persona.

El legislador de Sonora adoptó la disposición anterior, por lo que al igual que Morelos tiene un lugar privilegiado dentro del grupo de estados que forman nuestra nación.

III.- JURISPRUDENCIA.

Pocas resoluciones se han dictado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que traten sobre el daño moral y dentro de esta escasez jurisprudencial encontramos que la mayoría de las ejecutorias se refieren a los elementos accesorios del daño moral; sin embargo y con esa advertencia, pasamos a transcribir las tesis jurisprudenciales que creemos son las más importantes.

1.- Primera Sala.

A.- Sólo puede condenarse al pago de la reparación del daño si en el proceso se comprueba debidamente la existencia del daño material o moral que causó el delito cometido.

Quinta Epoca, Tomo LXVI, pág. 159 Ponce Rodríguez Donaciano.

Sexta Epoca, segunda parte, Volúmen VI, pág. 221 A.D. 2201/57 Constancio Luna Bernal y Coacusados. Unanimidad de 4 votos.

B.- Legislación del Estado de Tabasco.

El daño moral no puede valorizarse exactamente. Su repercusión económica no es posible medirla con precisión, y su monto o importancia pecuniaria no pueden quedar sujetos a ninguna prueba. El precio de un dolor, de una honra, de una vergüenza, sería absurdo dejarlo a la apreciación de peritos. Es a los jueces a quienes corresponde señalar la cuantía de la indemnización mediante un juicio prudente, tomando en cuenta la capacidad económica del obligado, la naturaleza del daño y las consecuencias relativas que obren en el proceso.

Informe de la Primera Sala 1963 página 42.

A.D. 8491/62 Eleuzinque Flores Hernández. Unanimidad de 5 votos.

C.- Legislación del Estado de Jalisco.

Si la sentencia reclamada condenó al acusado y quejoso a pagar cierta cantidad por concepto de reparación del daño

moral, citando sólo el artículo 1837 del código civil del estado de Jalisco, pero sin fundar ni motivar la procedencia de esa condenación, supliendo la deficiencia de la queja de acuerdo con la fracción II del artículo 107 constitucional, debe concederse el amparo para el sólo efecto de que se dicte nueva sentencia en la que, en vista de las pruebas existentes en el proceso, se funde y motive, en su caso, la condenación al pago de aquella cantidad por concepto del daño moral.

Sexta Epoca, segunda parte, Volúmen XL, pág. 72 A.D. - 3860/60 Jorge Rogelio Villaseñor. Unanimidad de 5 votos.

2.- Tercera Sala.

A.- La reparación moral de las obligaciones extracontractuales, es reclamable sólo al responsable de un hecho ilícito, en los términos del artículo 1916 del código civil, responsabilidad distinta de la objetiva a que se contrae el artículo 1913.

En la especie, únicamente se demostró la responsabilidad objetiva de la demandada por el uso de un mecanismo potencialmente peligroso, pero desarrollando una actividad lícita como lo es el transporte de personas. Para que la demandada quedara obligada a la reparación moral, era indispensable que se hubiera probado que el accidente en que perdió la vida la víctima, se hubiera debido a un acto intencional propio de la demandada o bien a un acto culposos o de

imprudencia de la misma, como, por ejemplo, que el hecho ocurriera por el mal estado mecánico del vehículo.

Boletín de la Tercera Sala 1957 página 556, A.D. 1205/56
Quirina Aguilar Vda. de Niño. Mayoría 4 votos.

B.- Legislación del Estado de Nuevo León.

La indemnización a título de reparación moral que prescribe el artículo 1813 de código civil, es únicamente a cargo de la responsable de un hecho ilícito. Y aunque el artículo 1814 establece que las personas que han causado en común un daño son responsables solidariamente hacia la víctima por la reparación a que están obligadas, de acuerdo con las disposiciones del capítulo que rige las obligaciones extracontractuales, sin embargo, esa solidaridad liga al quejoso sólo en cuanto a la reparación del daño por el riesgo creado, pero no respecto al acto ilícito.

Sexta Epoca, Volúmen XX Cuarta parte página 196. A.D. --
5192/57 Octavio González Mayoría 3 votos.

C O N C L U S I O N E S .

1.- Es falso que el derecho romano negara la reparación del daño moral, como dicen los autores clásicos; en los textos originales citados en el capítulo I de ésta tesis se prueba que los latinos indemnizaban a la víctima -- cuando se lesionaba su prestigio social y para eso establecieron la actio injuriarum.

2.- El código penal para el Distrito y Territorios Federales hace una reglamentación correcta de la indemnización del daño moral, sólo se le pueden hacer dos objeciones meramente accesorias, primera, que no señala limitativamente las personas que tienen derecho a que se les repare el daño y segunda, que deja al agente del ministerio público casi toda la actividad para obtener la reparación.

3.- El código civil para el Distrito y Territorios Federales es completamente obsoleto en la materia de reparación del daño moral, sus preceptos relativos se caracterizan por su injusticia, y ambigüedad. Por fortuna, han sido superados por equivalentes en los estados.

En este aspecto el código civil debe ser reformado poniéndolo a tono con nuestra realidad social y económica, para sacarlo de su retraso ancestral. Incluso se pueden tomar como ejemplo legislaciones como la del Estado de Morelos que es la más ilustre en el tema.

4.- La reparación del daño moral debe regularse sin -

someterla a la taxativa de la existencia previa del daño pecuniario ni de un específico monto en cuanto a su valor.

El arbitrio judicial debe prevalecer en estos casos sin estar restringido por cuotas o moldes, aquí debe imperar la justicia, la razón y la realidad social donde se actúe.

5.- Tampoco debe estar limitado al caso de muerte, como lo establece el código civil, sino ser extensivo en su protección a todos aquellos casos en que se presente el agravio moral.

6.- Enumerar limitativamente las personas que tienen derecho a ser indemnizadas es otra necesidad. La actual legislación civil es muy ambigua al respecto ya que señala como probables beneficiarios a la víctima o a su familia, agregando con este segundo vocablo un problema más a los muchos existentes en la materia.

B I B L I O G R A F I A .

Altavilla Enrico.

La culpa.

Editorial Temis, Bogotá 1956.

Beling Ernst.

Esquema del derecho penal, la doctrina del delito tipo.

Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944.

Bonnecase Julien.

Elementos de derecho civil.

Editorial José Ma. Cajica, Puebla, 1945.

Brebbia H. Roberto.

El daño moral.

Editorial Bibliográfica argentina.

Castellanos Tena Fernando.

Lineamientos elementales de derecho penal.

Editorial jurídica mexicana, México, 1963.

Carrancá y Trujillo Raúl.

Derecho penal mexicano.

Librería Robredo, México, 1958.

Colin y Capitant.

Curso elemental de derecho civil.

Editorial Reus, Madrid, 1951.

De Aguilar Diaz José.

Tratado de la responsabilidad civil.

Editorial Cajica, Puebla, 1957.

Digesto del emperador Justiniano, traducción de Bartolomé

Agustín Rodríguez de Fonseca.

Madrid, 1872.

Enneccerus Ludwig, Kipp Theodor y Wolff Martin.

Tratado de derecho civil.

Traducción de Blas Pérez.

Bosch casa editorial, Barcelona, 1935.

Fischer A. Hans.

Los daños civiles y su reparación.

Madrid, 1928.

Jiménez de Asúa Luis.
La ley y el delito.
Editorial A. Bello, Caracas 1945.

Kaufmann H.
Rezeption und usus modernus der actio legis aquiliae.
Colonia 1958.

Kolher J.
Derecho de los aztecas.
Escuela libre de derecho, México, 1924.

Manava Dharma Saatra.
Leyes de Manú.
Traducción de V. García Calderón.
Casa editorial Garnier hermanos, París, 1924.

Machorro Narvaez Paulino.
Derecho Penal especial.
Artes gráficas del estado, S.A., México.

Mazeaud Henry y León.
Compendio del tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil.
Editorial Colmex., México 1945.

Omeba Enciclopedia jurídica.
Tomo I, Página 604.

Planiol Marcelo y Ripert Jorge.
Tratado práctico de derecho civil. Vol. VII.
Editorial cultural, S.A., La Habana, 1940.

Petit Eugene.
Tratado elemental de derecho romano.
Editorial Saturnino Calleja, S.A., Madrid.

Rojina Villegas Rafael.
Derecho civil mexicano. Tomo V, volumen II.
Antigua librería Robredo., México, 1954.

Rossi Masella Blas E.
La lex aquilia y la responsabilidad extracontractual en el derecho romano y su proyección en el derecho civil uruguayo.
Editorial Facultad de derecho, Montevideo, 1951.

Sagrada Biblia.
Editorial revista católica. El Paso, Texas, 1946.

Solari Brumana Juan.
Reparación del daño.
(El particular damnificado en el derecho penal).
Editorial Depalma, Buenos Aires, 1962.

Strykius.
Obras completas. Tomo XIV.
Edición florentina, 1841, la obra es de 1690.

Valverde y Valverde Calixto.
Tratado de Derecho Civil español.
Valladolid, 1926.

I N D I C E

PROLOGO.....	1
I.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DAÑO MORAL. I.- In- troducción. II.- El Código de Hammurabi y las - leyes mosaicas. III.- El Chou King de los chi- nos y las leyes de Manú de los indúes. IV.- De- recho azteca. V.- Derecho romano. VI.- Derecho medieval europeo. VII.- Las VII Partidas. VIII. Leyes de indias y época colonial.....	4
II.- UBICACION EN EL DERECHO DEL TEMA A ESTUDIO. I.- Las fuentes de las obligaciones. II.- Los he- chos ilícitos.....	18
III.- RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL, I.- Su importan- cia y alcances. II.- Teoría tradicional. III.- Teoría unitaria. IV.- Nuestro concepto de res- ponsabilidad civil. V.- La responsabilidad pe- nal.....	29
IV.- EL DAÑO MORAL. I.- Terminología. II.- Teorías_ de su relación con el objeto de las obligaciones III.- Valores que ofende. IV.- Teoría de Bre- bbia. V.- Opinión del sustentante.....	45
V.- LA REPARACION DEL DAÑO MORAL. I.- Procedencia de la reparación. II.- Formas de reparación. III.- El daño moral y su reparación en nuestro derecho.	57

VI.- LEGISLACION NACIONAL COMPARADA, COMENTARIOS Y -- JURISPRUDENCIA. I.- Leyes Penales. II.- Leyes_ Civiles. III.- Jurisprudencia.....	70
CONCLUSIONES.....	81
BIBLIOGRAFIA.....	83