



301809

Universidad del Valle de México

Escuela de Derecho

Con Estudios Incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México

53
20

"EL DAÑO MORAL"

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

HORACIO ALEJANDRO VELAZQUEZ FERRO

MEXICO, D. F.

1990



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

INTRODUCCION.

PAGINA

CAPITULO I.- ANTECEDENTES HISTORICOS.

1.1.- Derecho Romano.....	1
1.2.- Derecho Francés.....	6
1.3.- Derecho Italiano.....	10
1.4.- Derecho Español.....	15
1.5.- Derecho Alemán.....	17

CAPITULO II.- DERECHO COMPARADO.

2.1.- Derecho Romano.....	22
2.1.1.- Responsabilidad Contractual y Responsabilidad Extracontractual..	22
2.1.2.- Autores a favor y en contra de la reparación del Daño Moral.....	28
2.2.- Derecho Francés.....	30
2.2.1.- Reparación del Daño Moral Contractual y Extracontractual....	30
2.2.2.- Autores que están a favor de la reparación del Daño Moral.....	34
2.2.3.- Autores que niegan la reparación del Daño Moral.....	37
2.2.4.- Textos Legales.....	41
2.3.- Derecho Italiano.....	43
2.3.1.- Reparación del Daño Moral Contractual y Extracontractual....	43

2.3.2.- Autores que están a favor de la reparación del Daño Moral.....	47
2.3.3.- Autores que niegan la reparación del Daño Moral.....	52
2.4.- Derecho Español.....	56
2.4.1.- Reparación del Daño Moral Contractual y Extracontractual....	56
2.4.2.- Autores a favor y en contra de la reparación del Daño Moral.....	59

CAPITULO III.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

3.1.- Noción de la Responsabilidad.....	64
3.1.1.- Responsabilidad Moral, Penal y Civil.....	72

CAPITULO IV.- EL DAÑO MORAL EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

4.1.- Periodos Legislativos.....	79
4.2.- Primero y Segundo periodos en los que estuvieron vigentes el Código Civil de 1870, el Código Penal de 1871 y el Código Civil de 1884.....	81
4.3.- Tercer periodo en el que estuvieron vigentes los Códigos Civil de 1884 y Penal de 1929.....	88

PAGINA

4.4.- Cuarto periodo en el que estuvieron vigentes los Códigos Civil de 1884 y Penal de 1931..... 89

4.5.- Quinto periodo en el que están en vigencia los Códigos Penal de 1931 y Civil de 1928. 93

4.6.- Del 1o. de Enero de 1983, hasta ahora, periodo de vigencia de los artículos 2116, 1916 y 1916 bis del Código Civil de 1932.. 101

CONCLUSIONES..... 123

BIBLIOGRAFIA..... 126

I N T R O D U C C I O N

Cuestión a todas luces interesante e igualmente controvertida es esta del daño moral, que tiene ya más de un siglo, pues como ciertos autores franceses lo revelan se suscitó polémicamente a raíz de una resolución por parte de la Corte de Casación de Bruselas en el año de 1871, pero no por larga está agotada como lo pretende algún sector doctrinal, ya que el simple transcurso del tiempo, o el empeño que se ponga en sostener las ideas, no solucionan la controversia.

El daño moral, que afecta a lo más profundo de la personalidad humana, ha tenido en todo tiempo cierta importancia, pero no la simplicidad de la vida en épocas anteriores era causa de que dicho daño no trascendiera en la medida en que hoy se manifiesta en los casos en que tiene lugar. La extraordinaria complejidad de la vida moderna ha obligado a la aparición de normas distintas a la vida social de nuestros antepasados; de esta manera la tutela jurídica se ha extendido más allá del campo limitado y estricto de los bienes económicos, porque el hombre de toda relación jurídica como sujeto, es acreedor a que se le respete no solo en su integridad patrimonial, sino también en su integridad física y moral, es decir, en su calidad de ser humano, con todos sus atributos inherentes a ella: Vida, libertad, paz, tranquilidad

y todo cuanto contribuya a conformar en él la dignidad de la persona.

En cierta, forma esta protección de la integridad de la persona humana, de su patrimonio moral lo ha logrado el derecho a través de la creación de la figura jurídica del daño moral, desarrollándose así, la aspiración de la conciencia jurídica sobre un amplio criterio de resarcibilidad de este tipo de daño, sin embargo, las técnicas legislativas y la práctica judicial, no ha sido igual en todos los países al regular esta materia existiendo algunos que miran con reservas a dichos daños y por supuesto a su reparabilidad sentando el principio de que dicha reparación solo procede en campos excepcionales como sucede en la Italia y Alemania, en cambio otros admiten la existencia y reparación en forma general, aunque sin precisar en qué supuestos y en qué forma deberán ser resarcidos tal y como ocurre con Francia y Suiza, entre otros.

Cabe mencionar, como lo analizaremos posteriormente, que la doctrina de la misma manera que la legislación y la jurisprudencia, se encuentra dividida; se podrá apreciar que para determinados tratadistas solo procede la reparación del daño moral en los delitos de derecho criminal; en concepto

de otros no hay razón de porque distinguir entre estos y los hechos ilícitos civiles; finalmente, en cambio para cierto sector doctrinario, basta la existencia de un daño moral no importando la responsabilidad que comprometa, sea la penal o la civil, comprendiendo en esta última la responsabilidad contractual como la extracontractual para que la víctima del daño tenga derecho a exigir se le indemnice.

Ahora bien, ¿cuál de estos criterios se apega con el espíritu de nuestro código civil? Es lo que trataremos de dilucidar en el transcurso de las páginas posteriores de este estudio.

Por todo lo expuesto, nos veremos en la necesidad imperiosa de ocurrir a la doctrina y al derecho comparado, primordialmente a los países que han seguido una tradición jurídica-romana, y de donde nuestro derecho patrio ha tomado sus fundamentos necesarios para construir y cimentar su legislación y doctrina, tales países son Francia, Italia, España y Alemania.

Asimismo, creemos conveniente hacer alusión a los distintos planteamientos vertidos por la jurisprudencia extranjera que tanto ha sembrado y aportado a la ciencia jurídica como instrumento de la aplicación, resolviendo

los diversos conflictos jurídicos que le propone el derecho; fieles al axioma de que el mejor estudio jurídico es aquel que partiendo del caso práctico se eleva a la esfera de los principios.

Por otra parte, es necesario hacer notar que existen en el derecho locuciones que pronunciadas o escritas llaman la atención en tanto que denotan algo antijurídico, siendo una de ellas el término "daño moral", ya que el adjetivo "moral" en este caso, no indica simplemente un deterioro a la persona humana por contraposición a las cosas, sino fundamentalmente una referencia a lo íntimo del hombre, que hace de su personalidad individual algo intransferible. Por ello no falta quien propugne por otros términos que sustituyan al anterior -daño extrapatrimonial, daño no patrimonial, agravio moral, daño inmaterial, etc. No se propone un cambio de denominación pese al equívoco del apelativo "moral" porque pensamos que la terminología ya tiene un uso generalizado, quizá ésta no sea suficiente razón y pequemos de conformistas; en fin, permitásenos utilizar indistintamente estos términos.

Por último, en páginas posteriores trataremos algunos principios básicos de la responsabilidad civil que atañen a nuestro tema; después nos dedicaremos ya

concretamente al daño moral en el derecho comparado y en la legislación mexicana, comprendiendo las reformas a los artículos 1916, 1916 bis y 2112 del código civil para el Distrito Federal, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1982.

C A P I T U L O I

1.- ANTECEDENTES HISTORICOS.

1.1.- DERECHO ROMANO.

Para Hans Fisher, el lograr un buen estudio sobre los daños civiles y su reparación, es necesario acudir a las acciones penales del derecho romano en el cual merece especial estudio la actio injuriarum, por la posición primordial que ocupa y conserva en el derecho común. La actio injuriarum tiene como finalidad proteger la personalidad contra ataques intencionados y antijurídicos, la acción de injurias versaba sobre el pago de una suma de dinero.

Tomando las conclusiones de las obras de Jhering y de Brunner el jurista alemán Fisher, deduce que " en la primera época de los derechos antiguos romano y germánico, aparecen confundidas pena e indemnización. El simplista sentimiento jurídico de aquellos siglos ve en el fondo de toda lesión, hasta en las de carácter patrimonial más señalado, un daño inferido a la personalidad, que despierta el anhelo de venganza y clama por castigo. Persigue el hecho injurioso al culpable la obligación de realizar ciertas prestaciones en concepto de pena a favor del lesionado, gracias a las cuales se redime de la venganza privada de éste y restaura la paz jurídica que quebrantó ". (1).

(1) Fisher A. Hans.- Los Daños Civiles y su Reparación, traducido por W. Rojas. Librería General de Victoriano Suárez, 2a. Edición. México, 1974. Págs. 229 y 230.

En el derecho antiguo, tanto los romanos como los germánicos, cuantificaron la pena pecuniaria por cada una de las figuras que se contemplaban como delito patrimonial, para poder definir el monto al que ascendía la cantidad y se multiplicaba un cierto número de veces el valor del objeto que se había deteriorado o perdido.

En igual método las leyes germánicas fijaban también numéricamente las sumas expiatorias que el culpable había de satisfacer por una muerte u otra lesión corporal. Según el derecho romano, el doble, el triple, etc., del valor global de las cosas debía abonarse en esta sanción que incluía la indemnización del interés patrimonial, así como la cantidad para aplicar otros trastornos inmateriales productos del perjuicio causado. En el derecho germánico se imponían penas muy elevadas que buscaban la finalidad de satisfacción para la víctima.

Por todo lo anterior, analicemos la clasificación que Justiniano hace de las fuentes de las obligaciones, encontramos cuatro dentro del derecho romano.

De acuerdo a la clasificación hecha por Justiniano, existieron cuatro fuentes de las obligaciones: Contratos, quasi contratos, delitos y quasi delitos.

Los delitos, hacían surgir una obligación en virtud de un hecho ilícito, contra la voluntad del agente. Podían ser de dos clases:

Públicos o Crimina. - Que constitulan una infracción que atacaba a toda la comunidad, dando lugar a una persecución pública.

Privados o Delictum o Malefictum. - Que solamente constituían una ofensa al individuo, afectando indirectamente a la colectividad.

La obligación que nacía del delito vinculaba directamente al ofensor con el ofendido, esta obligación tiene generalmente el carácter de pena.

Los cuatro delitos privados que se conocieron fueron: El Furtum, La Rapina, La Iniuria y el Damnum Iniura Datum.

En el sistema de los delitos privados a la palabra Iniuria se le atribuye el significado de lesión personal limitando su alcance. Tres eran sus requisitos: 1) Un acto injusto; 2) Una afrenta; 3) La intención de injuriar.

Podia ser: Verbis.- Cuando se realizaba por medio de las palabras, ya sea en forma oral o escrita.

Re.- Cuando era por medio de hechos.

Inmediata.- Cuando recae en la misma persona.

Mediata.- Cuando recae en una persona directamente relacionada con la víctima.

La disposición más antigua que encontramos en materia de responsabilidad proveniente de daños, es la Ley de las Doce Tablas que según la mayoría de los autores se refería solo a lesiones corporales, considerando tres casos:

La amputación o inutilización de un órgano para el que se imponía a la pena del Talió, salvo que la víctima pactara una composición voluntaria; La fractura de un hueso y las lesiones de menor clase daban lugar a una composición fijada por la ley.

Según Jors, además de estos tres casos, había delitos consistentes en la recitación de fórmulas de brujería "(mala carmina incantare) para atraer el espíritu maligno hacia una persona, y en la difamación pública (occentare)" (2).

(2) Jors, Paul.- Derecho Privado Romano, Traducción de la 2ª Edición Alemana por L. Prieto Castro. Editorial Labor. Madrid. 1937. Pág. 181.

Beckman Zauberei, citado por Jors, indica que constitulan una prohibición del daño moral por fórmulas de hechizamiento.

Paulatinamente se fue haciendo más frecuente la composición, dejándose a un lado la pena del Talió, además las cantidades fijadas para la composición se fueron haciendo insuficientes por lo que el pretor recogió todos los casos de lesiones dentro de la Actio Injuriarum Aestimatoria, autorizando a el juez a condenar de acuerdo a la equidad y solo en el caso que la gravedad de la injuria fuera muy grave el pretor mismo fijaba la condena y según Sara Bialotosky, el el concepto de injuria y las lesiones morales.

Posteriormente por medio de varios edictos se extiende el concepto de injuria, comprendiendo diferentes especies de Contumelia, como el ultraje a una persona en voz alta y públicamente -Convicium- los atentados al pudor y la difusión de rumores en detrimento de la fama Ademtata Pudicitiae Infamata. La jurisprudencia amplía más el concepto hasta considerar a la injuria como toda lesión del derecho de la personalidad.

En la Ley Cornelia de Injuriis. - Promulgada por Sila en el año 81 a.c. se autoriza a la víctima para denunciar al

culpable en un procedimiento especial análogo a los procesos criminales, seguido ante el tribunal de jurados -Quaestiones Perpetua- presidido por una autoridad pública, pero siempre para llegar a una pena pecuniaria.

En el derecho imperial, los jurados son substituidos por los Crimina Extraordinaria, ampliándose cada vez más los casos de injuria.

En el derecho Justitiano, toda la materia de injurias pasó al campo de los delitos públicos. Así la injuria expresión en sentido lato, se aplicaba a las ofensas morales, pero la acción para una reparación pecuniaria era conforme a su naturaleza de carácter penal.

1.2.- DERECHO FRANCES.

Es necesario examinar con detenimiento antes de introducirnos a cualquier otro debate, lo que los autores franceses entienden por perjuicio moral.

No hay que dejarse engañar por las palabras no muy bien elegidas de moral y material, pudiera pensarse que el daño material es algo tangible que cae bajo el dominio de los sentimientos; el daño corporal, en el sentido jurídico más

amplio de este término; en tanto que el daño moral se encuentra dentro de la esfera de lo inmaterial, intangible de los pensamientos y sentimientos, es decir, el daño incorporal. Este no es el sentido exacto del cual debemos partir.

"Se entiende por perjuicio material aquel que se traduce en una pérdida estimada pecuniariamente, el perjuicio patrimonial (si se admite que el patrimonio no contiene sino elementos pecuniarios; Cfr. Supra; parte I, ns, 289 y 292); y se entiende por perjuicio moral aquel que no se traduce en una pérdida de dinero, porque atenta contra un derecho extrapatrimonial". (3).

Cabe observar que en la generalidad de los casos van unidos el daño material y el daño moral; verbigracia, así en un mismo supuesto se puede comprender a la vez dos consecuencias jurídicas distintas; una pérdida pecuniaria y un daño moral; las heridas que afectan la capacidad, sea total o parcial de la víctima al mismo tiempo le ocasionan sufrimientos. "Con frecuencia también el perjuicio que hiere los derechos extrapatrimoniales implica el rechazo una pérdida pecuniaria como los atentados al honor de un comerciante provenientes del hecho de poner en duda su probidad; son susceptibles de arruinar su negocio", (4).

(3) Mazeaud, Henri; León.- Compendio del Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictuosa y Contractual, Tomo I, traducción directa de la última Edición Francesa por Carlos Valencia Estrada. Editorial Styio. México, 1945. Págs. 149 y 150.
 (4) Mazeaud, Henri; León. Op Cit. Págs. 149 y 150.

Podemos afirmar por regla general, que el daño tanto material como extrapatrimonial se contemplan, sin que esto implique que el daño moral en muchas ocasiones no pueda aparecer desligado del daño material.

En este orden de ideas, se oponen dos categorías de daños morales, "Los unos están unidos a un perjuicio material. Así aquellos que afectan a los que puedan llamarse la parte social del patrimonio moral; alcanzan a una persona en su honor, su reputación, su consideración, igualmente, los padecimientos físicos, las heridas que causen las lesiones estéticas, etc; Los otros están exentos de toda mezcla. Así los atentados contra los sentimientos morales y religiosos. Así mismo, los atentados contra la parte afectiva del patrimonio moral, cuanto lastima a una persona en sus afectos; por ejemplo, el dolor experimentado por el hecho de la muerte de una persona amada". (5).

Por otro lado, G. Ripert y J. Boulanger exponen, en primer término una definición negativa respecto al daño moral; "Es aquel que no atenta en ninguna forma contra los elementos del patrimonio. Basta eso para hacer aparecer la dificultad; los daños y perjuicios acordados no reemplazarán a un elemento desaparecido en el patrimonio de la víctima; engrosarán ese patrimonio; la víctima será enriquecida así y la

(5) Mazeaud, Henri; León. Op Cit. Págs. 150 y 151.

indemnización tendrá por lo tanto el carácter de una pena privada y no de una reparación.

La objeción sería evitada si la reparación fuese puramente moral y consistiera en la reprobación señalada por los motivos de la decisión y la publicidad que le sería dada o en la condena simbólica a un franco de daños y perjuicios. Así sucede algunas veces, pero generalmente la víctima reclama una indemnización pecuniaria y los jueces la otorgan evaluando el perjuicio causado". (6).

Por su parte A. Colin y H. Capitant, al hablar del daño material nos comentan que la naturaleza del daño importa poco. En la mayoría de los casos afectará el patrimonio de la víctima, causándole un daño que se traducirá en última instancia en dinero; en otras ocasiones afectará a la víctima en su persona física, "Pero el daño puede ser también del orden moral, lo es por ejemplo, un ataque a la reputación, a la consideración de una persona procedente de conversaciones injuriosas o palabras o escritos calumniosos; lo es la ruptura de una promesa de matrimonio; lo es el hecho de una seducción dolosa; o el perjuicio causado a un cónyuge por el adulterio del otro; en todos estos supuestos, la doctrina está de acuerdo con la indemnización de daños y perjuicios que se hayan causado". (7).

(6) Ripert, Georges; Boulanger, Jean.- Tratado de Derecho Civil. Según el Tratado de Planiol. Tomo V. 6a. Edición. Editorial Reus. Buenos Aires, 1965. Pág. 94.

(7) Colin, Ambrosio; Capitant, Henri.- Curso Elemental de Derecho Civil. Tomo III, traducción de la última Edición Francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Editorial Reus. Madrid, 1924. Pág. 742.

Cabe destacar asimismo, los comentarios del tratadista J. Carbonier el cual nos dice que la nota esencial para apreciar la naturaleza propia de un daño moral, es precisamente la extrapatrimonialidad, así la víctima sufrirá un enriquecimiento gratuito en su patrimonio, a causa de los daños y perjuicios configurándose una pena privada que en lugar de beneficiar al Estado, como una multa de carácter penal, aprovecha a la víctima.

1.3.- DERECHO ITALIANO.

El tratadista italiano Roberto de Ruggiero en su "Tratado de Instituciones de Derecho Civil", nos explica que el daño puede tener el carácter de patrimonial y no patrimonial este último el cual nos interesa, comenta el autor "es el daño que no produce directa o indirectamente una alteración patrimonial, sino que ocasiona perturbación injusta en el estado anímico de una persona (dolor moral, pasión de ánimo)". (8).

Por su parte, Biagio Brugi en su obra "Instituciones de Derecho Civil", manifiesta que el daño no patrimonial o moral como la doctrina le denomina, consiste en la afectación de otros bienes diferentes a los patrimoniales; este daño no difiere en sí del daño patrimonial; representa

(8)Ruggiero, Roberto de. - Instituciones de Derecho Civil. Tomo II. Volumen I. Traducción de la 4a. Edición Italiana por Ramón Serrano Suñer y José Santana Cruz Tejero. Editorial Reus. Madrid, 1966. Pág. 65.

una injuria en el patrimonio de una persona o de la víctima que sufrió el daño, es decir, es un dolor sufrido injustamente así, los sufrimientos de ánimo, las aflicciones padecidas.

En un sentido similar se pronuncia Alberto Trabucchi quien nos dice "que se reserva el término de daños morales (el código en su artículo 2059 dice en cambio daños no patrimoniales) para indicar la pasión de ánimo, el dolor y aquellos sacrificios de afectos o mortificaciones ideales que no teniendo reflejos de disminución patrimonial, en nuestro derecho (italiano) asumen solamente un relieve excepcional cuando expresamente la ley así lo establezca". (9).

Hessineo arguye que el daño inmaterial es todo perjuicio originado directamente a la persona; el denominado daño moral puro, (sin afectar, ni inmediatamente ni tampoco mediatemente, el patrimonio de ella, o a la persona misma, en su capacidad productiva); o sea el producido, a la personalidad moral o espiritual (libertad, dignidad, respetabilidad, decoro honor), alteraciones psíquicas, etc.

De Cupis opina que el daño moral no puede ser definido más que en contraposición al daño patrimonial, así el daño no patrimonial, es todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial, por tener por objeto un

(9) Trabucchi, Alberto.- Instituciones de Derecho Civil.- Traducciones de la 15a Edición, con notas y concordancias de Luis Martínez Calce Noda. Madrid, 1967. Pág. 226.

interés no patrimonial, o sea que guarda relación a un bien no patrimonial, pero este criterio no ha sido del todo observado en virtud de que entre los daños morales se ha otorgado singular relevancia a los efectos anímicos o sufrimientos morales (aflicción, resentimiento, amargura, deseo preocupación) y a los dolores físicos, esto es, sobre el daño que se resuelve en un dolor corporal o espiritual. Pero si se quiere dar de los daños morales una noción más lógica y completa, esgrime el autor, es preciso no limitarla al campo de los sufrimientos físicos o morales, sino concebirla como comprensiva de todos los daños que no están comprendidos en el grupo de los patrimoniales; o sea que su concepto no puede ser más subjetivo (disminución del prestigio, de la reputación).

Con una visión más profunda del problema, sostiene R. Scognamiglio que no basta que sea delineada en sí y en sus consecuencias la esfera de acción del daño patrimonial para conceder, sin más ni más, a una definición negativa o a un razonamiento por vía de exclusión de lo que debemos entender por daño moral. En determinados supuestos puede acogerse una definición negativa o un criterio por exclusión, siempre y cuando opere dentro de fenómenos homogéneos: "Aquí podría pensarse en todo caso el tema siempre es el daño. Pero la realidad es otra y el planteamiento se confirma en la disciplina normativa: Los daños patrimoniales y los no patrimoniales-en concreto daños

morales propiamente dichos-constituyen fenómenos totalmente diversos, baste decir que al daño en su sentido económico material se trata de contraponer, al menos parte el dolor, la perturbación del ánimo, en fin los padecimientos afectivos, o sea un fenómeno bien diferente, que posee una naturaleza propia y característica y que no se presta a ser individualizado por vías de la simple exclusión o negación. Las razones que la doctrina censurada esgrime con fundamento de la proyectada distinción, son además sintomáticas y significativas: Se sostiene que dentro del llamado daño patrimonial, no encuentran sitio los daños propiamente dichos (dolores, padecimientos, etc.) ni otros daños que tampoco pueden ser encuadrados dentro del marco de daño patrimonial, tales como la disminución del prestigio o de la reputación pública. El propósito aparece claro entonces, reunir por afanes de totalización en una sola categoría, todos aquellos daños que no sean patrimoniales siguiendo un criterio que es posible tildar de arbitrario; como apriorístico y no menos arbitraria es la construcción del daño patrimonial que se empeña en amalgamar fenómenos eventualmente diferentes. En efecto, en cuales razones se funda, y la replica surge espontáneamente, la subdivisión que se impone dentro de este sector del daño, y, ¿porqué se pretende hacer coincidir el problema de la contraposición del daño moral?... Se trata, desde el punto de vista normativo, de distinguir entre el daño

que debe ser reparado en toda oportunidad (recorriendo los extremos de la responsabilidad) y el daño que el código civil italiano llama no patrimonial y que será reparable solamente los casos dispuestos por la ley. La contraposición no tiene entonces un mero sabor descriptivo, como podría ocurrir en un sistema para el cual los daños morales fueran siempre indemnizables, sino por el contrario, y por ello conviene andar en cautela, presenta un notable valor substancial por la enunciada repercusión que tiene en el terreno de la aplicación de la norma. Concluye el autor, que la doctrina proyecta la distinción criticada precisamente en razón de las dificultades que plantea la individualidad del daño siempre resarcible distinguiéndolo del daño moral, escollos que apenas superarán en apariencia contraponiéndolo al daño patrimonial que es su punto de apariencia bastante sólido, todas las demás figuras del daño". (10).

Determinado el significado respectivo del daño patrimonial y el daño moral, los autores italianos advierten que ambos pueden conjuntamente, producir dependiendo de un hecho único, por tanto, importa tener presente que de un bien patrimonial puede derivar la posibilidad de conseguir un bien distinto de carácter no patrimonial y viceversa, así una especial concurrencia de daño patrimonial y no patrimonial puede hallarse a consecuencia de hechos que lesionando a la

(10) Scognamiglio, Renato.- El Daño Moral.- Contribución a la Teoría del Daño Extracontractual, traducción de Fernando Hiniestra. Publicación de la Universidad Externado de Colombia. 1a. Edición. Colombia, Bogotá. 1962. Pág. 11.

integridad física personal, no comprometen de manera particular al valor estético. Además del daño no patrimonial que implica una deformación, daño que consiste en la pérdida de la belleza física, el sufrimiento, se añade un daño posterior que estriba en la pérdida de las posibilidades económicas que le garantizaban su aspecto estético antes de haber experimentado la alteración.

1.4.- DERECHO ESPAÑOL.

Jaime Santos Briz, en su obra de "Derecho de Daños", nos ofrece una de las clasificaciones más importantes de los daños y sin sospecha a la que más atención ha merecido la doctrina, la cual se refiere a los daños patrimoniales y daños no patrimoniales. Estima el autor que los daños no patrimoniales "son en principio aquellos cuya valorización en dinero no tiene la base equivalente que caracteriza a los patrimoniales, por afectar precisamente a los elementos o intereses de difícil valorización pecuniaria". (11).

Santos Briz, aprecia que en los daños no patrimoniales, no existe un concepto claro por razón del objeto a que afecta; en su denominación advierte que no hay uniformidad, predominando las designaciones de "daños no patrimoniales", "daños morales", "daños inmateriales", "no

(11) Santos Briz, Jaime.- Derecho de Daños. Prólogo de Francisco Bonet Ramón. Editorial Revista de Derecho Privado. 4a. Edición. Madrid, 1983. Pág. 20.

económicos", o "extrapatrimoniales". El concepto de los mismos tampoco es unánime. Así, partiendo de las anteriores premisas encontramos autores que se abstienen de esbozar concepto alguno, en virtud de que dentro del campo de los daños extrapatrimoniales, se incluyen los daños más heterogéneos y que solo presentan de común, la característica negativa que indica su clasificación: La de no ser patrimoniales.

Algunos autores concretan el concepto refiriéndose a daños espirituales inferiores en derechos de estricta personalidad o en valores afectivos más que económicos, así dentro de esta vertical se encuentra Ortiz Ricol, para quien daño no patrimonial es cualquier lesión causada en los sentimientos del ser humano que por su espiritualidad no son susceptibles de una valorización económica.

Advierte J. Castán Tobefías que los daños morales son aquellos que afectan a los bienes inmateriales de la personalidad, como la libertad, la salud, el honor, extraños al patrimonio y que no repercuten de modo inmediato sobre éste.

Antonio Borrel Macía, en su libro "Responsabilidades Derivadas de Culpa Extracontractual y Actual Civil", nos comenta que la acción dolosa o culposa, muchas veces supera al de la pérdida de los bienes económicos. Sosteniendo el autor

que por daño moral debemos entender, "el que no afecta necesariamente al patrimonio de una persona determinada, el que no queda completamente compensado entregando una cantidad más o menos elevada de dinero. De aquí que no puedan considerarse exclusivamente morales, aquellos daños que repercuten al patrimonio del perjudicado". (12). Así los daños morales afectan a la personalidad física o moral del hombre o ambas a la vez; a la integridad de las facultades físicas; a las sensaciones y sentimientos del alma humana. Puede decirse que lo es, todo atentado que prive al hombre de algún miembro o facultad; toda mutilación, sea más o menos esencial; todo dolor físico o moral, producido por la pérdida de alguna persona, objeto o prestigio que repercuta en nuestros sentimientos; todo atentado a nuestra libertad, a nuestro desarrollo, a nuestra personalidad, a la dignidad humana en toda amplitud de esferas que pueden establecerse; a la usurpación de derechos tales como la propiedad intelectual, etc. en cuanto exceden del daño material.

1.5.- DERECHO ALEMÁN.

El derecho alemán ha seguido las tendencias doctrinarias y legislativas modernas, en lo que se refiere a la reparación de los daños inmateriales, moldeado conforme a su tradición jurídica, reconociendo desde muy temprano a la

(12) Borrel Macia, Antonio.- Responsabilidades Derivadas de Culpa Extracontractual Civil. Editorial Bosch. 2a. Edición. Barcelona, 1958. Págs. 210 y 211.

existencia de estas clases de daños edificados de acuerdo a las necesidades y presupuestos jurídicos de la época -finales del siglo pasado- la regulación y aplicación de esta materia se ha llevado a cabo, sistemáticamente, dentro de la disciplina del resarcimiento de daños.

J. W. Hedemann, nos indica que resultaría erróneo aceptar que cualquier tipo de daño causado en cualquier circunstancia, origine un deber de indemnizarlo. Ciertamente en la época moderna con sus tendencias humanitarias y sociales se muestra inclinada cada vez más a indemnizar el mayor número posible de daños originados, recurriendo en algunas ocasiones a medios jurídico-públicos o bien al cause jurídico-privado, así tenemos que el término "daño" presenta pluralidad de significados, pudiendo interpretarse en latu sensu o en stricto sensu; en efecto, las tendencias materialistas imponen una fuerte inclinación a tomar en cuenta exclusivamente los daños patrimoniales, sin embargo, para contrarrestar esta doctrina, la ciencia jurídica y la práctica judicial, han propugnado por un concepto más amplio del daño. De lo anteriormente expuesto, se desprende que la persona que ataca la vida, la libertad, el honor, los sentimientos, etc; ocasiona un daño, por lo tanto se puede afirmar, según J. W. Hedemann, que en sentido muy general todo bien jurídico es susceptible de sufrir un daño y de aquí se puede constituir

una base para la pretensión jurídica de indemnización por los daños sufridos, es decir, el reconocimiento de los daños inmateriales.

En sentido similar, el jurista Hans A. Fisher, afirma que en el derecho alemán, se contempla una reparación efectiva de los daños no patrimoniales; situación que se encuentra plasmada en el código civil alemán de 1900.

La ley siempre que habla de daños, comprende en este concepto general tanto los daños patrimoniales, como los daños inmateriales, no considerándose a estos últimos como secundarios, de esta forma el legislador no define así; en virtud de que este concepto abarca los perjuicios más heterogéneos que pueden inferirse a una persona ya que solo presentan de común la característica negativa que indica su clasificación: no ser patrimoniales.

La dogmática seguida por la legislación alemana, en materia de derecho indemnizatorio está presidida por los principios de restitución natural y de compensación. El primero de ellos goza de prioridad; solo en el caso de que la aplicación de este no sea posible, deben ser compensados los daños sobrevenidos por la otra vía a saber, mediante una prestación substituida en dinero obligando a mantener una

separación entre los daños patrimoniales y aquellos daños que se originan fuera del ámbito del patrimonio.

De esta separación, encontramos que la forma de llevar a cabo la indemnización de los daños en el código civil alemán se basa en dos principios contrapuestos: por una parte el restablecimiento de la situación anterior, es decir, la restitución natural; y por la otra, la indemnización en dinero. Con este criterio, se sigue la siguiente dirección:

En el caso de los daños patrimoniales, caben las dos posibilidades, tanto la restitución como la indemnización en dinero; por el contrario, tratándose de daños inmateriales se deniega en principio, la indemnización en dinero, (artículo 253 del código civil alemán), el cual dispone que por razón de un daño de carácter no patrimonial, solo puede exigirse una indemnización en dinero, en los casos determinados por la ley. Esta disposición se ha manifestado demasiado estricta, su esfera de aplicación se restringe prácticamente a la retención y pretensión del dinero del dolor del párrafo artículo 847 del código civil alemán, determinando que en caso de una lesión corporal o de salud, en los supuestos de privación de la libertad o con ocasión de ciertos delitos contra la moral, el lesionado puede exigir a causa de los daños originados, de índole no patrimonial un resarcimiento

pecuniario equitativo; por tanto el derecho alemán acota cuidadosamente el campo de los daños inmateriales, los que previenen los artículos 847 y 1300 del código civil alemán.

Sobre este particular, Fisher se inclina por darle una interpretación más amplia, al mencionado artículo, afirmando que deben también indemnizarse los daños causados al honor, y en general los dolores y quebrantos morales, sin limitarnos exclusivamente a los que afecten a la integridad corporal, a la salud o a la libertad.

C A P I T U L O I I

2.- DERECHO COMPARADO.

2.1.- DERECHO ROMANO.

2.1.1.- RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD
EXTRACONTRACTUAL.

El punto que nos proponemos considerar en este inciso, consiste en precisar si la responsabilidad civil es siempre una, ya provenga del incumplimiento de obligaciones cuya fuente sea el acuerdo de voluntades o de ejecución de un hecho ilícito, ya doble, es decir contractual o extracontractual, según la naturaleza de la obligación violada; convencional o legal. Si nos colocamos en el primer plano, la opción o el cúmulo no constituye problemas de orden jurídico, porque no mediando diferencia alguna entre ambas responsabilidades, la aplicación de una u otra carece de importancia desde que su fin único es sancionar la conducta que causó daños. Si nos situamos en la segunda hipótesis, la solución es distinta. Habiéndose establecido por el legislador dos regímenes de responsabilidad, gobernados por normas propias, preguntándonos, si será conveniente conservar para cada una su radio de aplicación y evitar que los principios que los rigen, se sustituyan o entremezclen perturbando su organización.

En el derecho romano nos enfrentamos a la carencia de cualquier demarcación entre el dominio de la responsabilidad contractual y el de la responsabilidad extracontractual.

H. y L. Mazeaud, sostienen que la responsabilidad civil debe ser analizada en un plano único. Desde, luego, es preciso comprender que el hecho de considerar la cuestión de esa manera no importa arrasar con las diferencias existentes entre los dos aspectos de la responsabilidad, afirmando con ello la carencia de diferencias fundamentales que no afectan los principios esenciales de la responsabilidad.

La doctrina coincide en que tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual, se fundan en la culpa, concepto unitario, es decir, ambas especies de responsabilidad presentan puntos de contacto, porque constituyen violación de una obligación jurídica, destacándose la convicción de que, respecto a la responsabilidad civil, lo que en esencia, se requiere para su configuración, son tres condiciones: el daño, el acto ilícito y la casualidad, esto es, nexo de causa a efecto entre los dos primeros elementos.

Con el propósito de presentar una noción más precisa acudimos a los hermanos Mazeaud, ellos comienzan por delimitar

las opiniones extremistas. Una de ellas es la que sustenta la proposición siguiente: la responsabilidad contractual es materia atinente a los afectos, mientras que la responsabilidad extracontractual se refiere a las fuentes de las obligaciones; esto es, cuando una persona se constituye en responsabilidad contractual, preexiste un vínculo de derecho entre el responsable y la víctima del daño, es decir, preexiste el contrato. No sucede lo mismo en la responsabilidad extracontractual en virtud de que no existe relación de derechos preexistentes, entre el autor del daño y la víctima del mismo. Conclusión: la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual son fuentes de obligaciones. Semejante opinión no merece votos, ni la responsabilidad contractual se refiere únicamente a los efectos de las obligaciones, ni la responsabilidad extracontractual puede ser analizada bajo el dominio particular de las fuentes de las obligaciones, estudiar la responsabilidad extracontractual de esta manera es deprecia la cuestión, preguntándonos, si se trata del nacimiento de una obligación, de ninguna manera, formada la obligación tenemos que determinar su efecto.

Igualmente, no se puede encarar la responsabilidad contractual como mero efecto obligacional. Si el contrato es una fuente de obligaciones, también lo es su incumplimiento. Cuando entonces acontece la inefecución se establece una

obligación nueva, que sustituye a la obligación originalmente convenida; la obligación establecida por la ley de reparar el perjuicio consecuente a la inexecución de la obligación asumida, es decir, la obligación nacida del contrato es diferente de la que deriva del incumplimiento, por lo tanto, la responsabilidad es fuente de obligación al igual que la extracontractual.

Con todo ello los hermanos Mazeaud concluyen que entre los dos ordenes de responsabilidad (contractual y extracontractual) existen "algunas diferencias, accesorias sin duda, pero diferencias reales, y pueden darle en tal o cual punto, un interés práctico de primer plano a la cuestión de saber si rigen las reglas de una u otra responsabilidad" (13). Esta situación dependerá de cada legislación particular, en algunas veces, las reglas más favorables para la víctima serán las de responsabilidad extracontractual y otras veces las de la responsabilidad contractual. Competencia de los tribunales, carga de la prueba en el proceso, prescripción de acción, reparación del daño moral, etc.

Nuestro código civil vigente, siguiendo la tradición reglamentada por separado en ambas responsabilidades, por una parte en el libro cuarto, título primero, capítulo quinto, se

(13) Mazeaud, Henri; León. Op. Cit. Pág. 116.

refiere a las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos (responsabilidad extracontractual) artículos 1910 y siguientes; y por la otra parte la responsabilidad contractual se encuentra establecida en el mismo libro, pero diferente título, el cuarto, y le destina dos capítulos: capítulo I " consecuencias del incumplimiento de las obligaciones ", y el capítulo II " de la evicción y saneamiento ", todo ello en sus artículos 2104 y siguientes del mismo ordenamiento.

Se aprecia que el método que sigue nuestro código civil para reglamentar la responsabilidad civil, no es del todo coherente, ya que pierde de vista la unidad, ya que ambas responsabilidades tienen gran similitud en sus fuentes, su naturaleza y su contenido. En suma obedecen a los mismos principios rectores producen iguales efectos. Cabe afirmar que lo deseable sería conjuntar las reglas generales de la responsabilidad civil, en un solo capítulo, así lo aclama la técnica jurídica y la lógica misma.

Nos resta, por último abordar el problema denominado de la " acumulación " de las responsabilidades contractual y extracontractual. Surge de lo dicho precedentemente, si a la víctima pertenece o no, situarse por su voluntad en el terreno contractual o extracontractual.

A esta interrogante dan respuesta los hermanos Mazeaud, indicando que la persona que sufre un daño, no puede alegar la responsabilidad contractual mientras no se encuentren reunidos los requisitos exigidos para este tipo de responsabilidad, cuando lo estén, el perjudicado está obligado a situarse en ella, careciendo de opción entre ambas responsabilidades, dando origen al principio denominado de no acumulación, por cierto término mal elegido. " No se trata seguramente de permitir a la víctima que intente dos acciones; ni siquiera que acumule en una acción única las reglas tomadas de una u otra responsabilidad. Se trata tan solo de saber si puede elegir entre la acción de responsabilidad contractual y la acción de responsabilidad delictual; o si está obligada a alegar las reglas contractuales. El problema es una opción, no de una acumulación... Al establecer el principio de la no acumulación (opción), la jurisprudencia se ha mostrado desfavorable hacia las víctimas del daño, ya que les ha negado el poder de optar por las reglas que habrían tenido interés en invocar. Pero es que en ese caso, las mismas víctimas han invocado y convenido, explícita o implícitamente, en excluir la aplicación de tales reglas. La Corte de Casación hace que prevalezca, por lo tanto, el respeto a la voluntad de los contratantes sobre la protección de las víctimas. Cuando la primera consideración no entra en juego, se deja guiar por la

segunda. Ha sido conducida así al ampliar el ámbito de la responsabilidad contractual. No ha querido, pese a todo, dejarse arrastrar demasiado lejos por la senda de las facilidades concedida a la víctima; por eso no ha hecho una obligación determinada de toda obligación contractual de seguridad..." (14).

Otro sentir distinto lo hallamos en el tratadista Francesco Messineo en su obra "Manual de Derecho Civil y Comercial", al establecer que debería admitirse la acumulación, la razón arguida se hace consistir "en el hecho de que el valerse del contrato no implica renuncia, por parte del sujeto (después, lesionado), a recurrir a la más amplia tutela que le da la ley, la cual prohíbe el acto ilícito que lesiona un derecho primario y absoluto y defiende contra ella el sujeto, aún cuando sea contratante, y en cuanto tal, se exponga a sufrir el incumplimiento de la prestación por parte del deudor" (15).

2.1.2.- AUTORES A FAVOR Y EN CONTRA DE LA REPARACION DEL DAÑO MORAL.

Ahora pasemos a examinar las diversas opiniones de los autores sobre si en el derecho romano germánico fue procedente la reparación del daño moral.

(14) Mazeaud, Henri; León. Op. Cit. Pág. 146.

(15) Messineo, Francesco.- Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo IV, Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Euro-América. 7a. Edición. Buenos Aires, 1955. Págs. 569 y 570.

Para Hans Fisher, la acción de injuriar tenía por primordial función indemnizar el daño no patrimonial ofreciendo una satisfacción al perjudicado; por los disgustos ocasionados, las vejaciones, etc.

Fisher prosigue diciendo que el derecho romano mantiene siempre, al lado de las penas públicas y de las acciones populares, acciones penales puramente privadas que solo pueden hacerse valer por el perjudicado y en beneficio suyo. No obstante conforme va avanzando la evolución, se encarga de separar cuidadosamente las acciones penales, de las rei persecutorie, asignando a estas por función meramente la de resarcir el daño patrimonial, en tanto que a las primeras se reserva la protección de los bienes jurídicos inmateriales.

En cambio, Alberto Montiel afirma que el daño moral no era resarcible en el derecho romano, ya que no era susceptible de aquella valoración pecuniaria (aestimatio) que constituía el presupuesto del resarcimiento.

Para May Kaser, el perjuicio que una persona ha sufrido puede ser reparado por una prestación in natura que lo elimine totalmente. En caso de que lo anterior no fuese posible o resulte sumamente difícil, una prestación de dinero podrá poner al perjudicado en la situación en que se hallaría,

si el daño no hubiese sido producido. Pero M. Kaser se refiere principalmente a los daños patrimoniales, ya que argumenta que los daños causados en bienes, no pueden ser reparados con dinero o muy difícilmente.

2.2.- DERECHO FRANCES.

2.2.1.- REPARACION DEL DAÑO MORAL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

La jurisprudencia y la inmensa mayoría de los doctrinarios del derecho, aceptan la reparación del daño extrapatrimonial tanto en la materia delictuosa como en materia extracontractual. ¿Sucede lo propio en materia contractual?

A simple observación parece ser que la cuestión no presenta problema alguno. Desde luego, el acreedor que demande el incumplimiento de un contrato, no puede obtener una indemnización sino prueba el daño sufrido. Pero, por la fuerza misma de las cosas, ¿no habrá de ser pecuniario ese daño?

Contestar a la pregunta de una manera afirmativa, implicaría pensar que el acreedor siempre tiene a la vista un interés pecuniario en el incumplimiento del contrato. He aquí lo inexacto, encontramos contratos cuyo cumplimiento tiene por objeto exclusivamente una ventaja del orden moral acompañada

de una ventaja material. " El interés pecuniario no es ciertamente una condición de validez de los contratos. Muchas son las que pueden ser objeto de una convención tales como: fotografía, retratos de familia, animales que tienen con frecuencia más precio por el afecto que se les profesa que por sus cualidades intrínsecas. Muchas son las convenciones que interesan a nuestra tranquilidad, a nuestra salud física y moral, a nuestro prestigio y honor. ¿Podrá en tales casos el acreedor demandar del deudor reparación del menoscabo sufrido por su patrimonio moral a causa del incumplimiento?".(16).

Al decir de los hermanos Mazeaud, los diversos preceptos del código civil francés, están concebidos en términos lo bastante amplios para permitirlo, verbigracia el artículo 1142 del mismo ordenamiento dispone que " toda obligación de hacer o de no hacer se traduce en indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento por parte del deudor ", sin distinguir según que el incumplimiento cause al acreedor un daño pecuniario o moral. Por otro lado, el artículo 1149 del mismo código dispone que "los perjuicios que se deben al acreedor lo son, por lo general, a consecuencia de la pérdida que ha experimentado o de la ganancia de que se ha visto privado", ¿ por qué interpretar la palabra pérdida de dinero ? Es posible ver una pérdida lato sensu aun en el menoscabo que sufra el patrimonio moral. Y si a ello nos

(16) Mazeaud, Henri; León.- Op. Cit. Pág. 142.

negamos, ¿ no podremos afirmar que las palabras por lo general indican que los redactores del código, que solo quisieron prever en el texto las situaciones ordinarias, aquellas en que el daño es pecuniario no pretendieron excluir la reparación del daño moral en los casos excepcionales en que el acreedor sufra tal perjuicio ?

" La mera lectura de los antecedentes legislativos, nos indica la voluntad en contrario de los redactores del código. Pero si, tras de los términos empleados, se investiga el espíritu que guio a los redactores, hay que convenir en que eran hostiles a la reparación del perjuicio moral en materia contractual ". (17).

Esa hostilidad se debió a que Pothier y Domat, a quienes siguieron fielmente los redactores del código civil francés, interpretaron de una manera errónea los textos del derecho romano desconocido, sin discusión posible, que el derecho romano no estableció distinción alguna, por lo que toca al daño moral, entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual o delictuosa.

Para mejor comprender el problema, conviene exponer ciertas ideas de Planiol que creemos fundamentales.

(17) Mazeaud, Henri; León. - Op. Cit. Pág. 142.

La reparación del daño moral, en materia contractual nos dice, es discutida. Frecuentemente se considera que el contrato sólo afecta intereses del orden pecuniario; su objeto en ese sentido, no podría consistir en un simple interés moral. Por consiguiente, los daños causados al acreedor por el incumplimiento no podrán tomarse en cuenta y dar lugar a reparación, sino en la medida en que constituya un daño de orden pecuniario. Muchos tratadistas, nos sigue diciendo Planiol, se conforman con este razonamiento, estiman que el incumplimiento de una obligación contractual no da lugar al abono de daños y perjuicios, cuando solamente resulte del daño moral. Esa solución debe rechazarse, lo poco frecuente del daño moral como resultado único del incumplimiento de una obligación contractual no es objeción para su reparación en todos aquellos casos en que exista y sea demostrado. El derecho no se encuentra ya en aquel período en que solamente tenía en cuenta los valores materiales, es indispensable que la indemnización sea completa, integral en todos los intereses afectados sea de la índole que fuere.

" El modo de reparación de que se dispone es ciertamente pecuniario; pero la objeción no tiene más valor en materia de obligaciones contractuales que en cuanto a las extracontractuales. En ambos casos es mejor una reparación imperfecta o inadecuada que la ausencia de toda reparación. En

defecto de un procedimiento más especializado, la equidad impone que se hagan de los medios ordinarios el mejor empleo posible ". (18).

2.2.2.- AUTORES QUE ESTAN A FAVOR DE LA REPARACION DEL DAÑO MORAL.

Los autores que llevan la batuta en esta materia, sin lugar a dudas son principalmente los hermanos Mazeaud, Plantol, Ripert, Carbonier, Boulangeat, Colin y Capitant, entre otros.

Los argumentos esgrimidos por la doctrina negativista serian contundentes si el fin de la responsabilidad civil fuera verdaderamente el de borrar el daño. Pero, reparar no es borrar. Es necesario ponerse de acuerdo acerca del significado exacto del término reparar. Los partidarios de la teoria negativa afirman que reparar significa volver las cosas al estado en que se encontraban antes de sufrir el daño, borrar el perjuicio causado, en este sentido estaríamos imposibilitados a la reparación del daño moral. " Pero ello equivaldría a atribuir a la palabra reparar un sentido demasiado restringido. Cuando se afirma que el fin de la responsabilidad civil es el de garantizar la reparación de los perjuicios causados a otro, nunca se ha pretendido

(18) Mazeaud, Henri; León.- Op. Cit. Pág. 150.

decir que la víctima a nada tendrá derecho cuando no pueda obtener la reparación en especie.

Con mucha frecuencia, tal reparación es irrealizable ? Se puede, acaso rehacer lo que ha desaparecido, devolver la vista a un ciego, borrar las huellas del incendio que ha devorado una casa ? no es ésta obra humana, sino divina. El hombre se ve con frecuencia obligado a contentarse con un equivalente. El equivalente más apropiado es, por lo general, el dinero, porque con dinero la víctima tiene un campo de acción casi ilimitado ". (19).

Reparar es colocar a la víctima en la posibilidad de procurarse un equivalente. Así la función de la indemnización es satisfactoria. ? Cómo explicar los diversos preceptos del código que facultan a la víctima a demandar un perjuicio imborrable ?

" En una palabra, el vicio de la teoría negativa estriba en confundir borrar con reparar. Se puede reparar aunque no se puede borrar. Se repara suministrando a la víctima el medio de procurarse satisfacciones equivalentes a aquellas de que se ha visto privada ". (20).

Por último el dinero no puede borrar ciertos dolores,

(19) Mazeaud, Henri; León.- Op. Cit. Pág. 155.

(20) Idem. Pág. 155.

no podrían atenuarse con diversión alguna; no esta en nuestras manos suprimir el pasado. Se trata de colocar en el patrimonio moral un elemento activo igual al destruido, esto lo logra el dinero.

En cuanto al segundo argumento, que presenta la teoría negativa, es el relativo a "cómo fijará el juez una cifra para la reparación?"

"Es cierto que los jueces no pueden apreciar en dinero la extensión del perjuicio no pecuniario y que, por consiguiente están obligados a observar la gravedad de la culpa?" Evidentemente, cuando el problema se plantea en términos rudos, cuando nos preguntamos por ejemplo cuanto vale el dolor causado a un padre por la muerte de su hijo, nos sentimos inclinados a responder: ese dolor no tiene precio. Pero nos ciega entonces el mismo error. Cuando respondemos: no tiene precio, simplemente queremos afirmar que el dinero no tiene y no puede borrar semejante dolor. Pero no es ese el problema, es preciso averiguar que suma se requiere para procurarse satisfacciones de orden moral capaces de reemplazar en el patrimonio moral el valor que ha desaparecido y no existe imposibilidad para lograrlo. Ciertamente la tarea del juez será en extremo delicada... El perjuicio material es con frecuencia tan difícil de evaluar como el perjuicio moral,

porque el juez no debe tener en cuenta solamente el valor intrínseco del bien desaparecido, sino el valor que presentaba para la víctima: es a través de la víctima como se evalúa el perjuicio. ¿ Constituye ello acaso impedimento para establecerlo ?, ¿ Y si el procedimiento abre el campo a la arbitrariedad, quien puede quejarse de ello seriamente ? (21).

Esta reparación se impone tanto frente al derecho como a la equidad. "¿Cómo admitir en una civilización avanzada como la nuestra que, sin incurrir en ninguna responsabilidad civil, se pueda lastimar los sentimientos más elevados y más nobles de nuestros semejantes, siendo así que el menor atentado contra el patrimonio de éstos ocasiona reparación?" (22).

2.2.3.- AUTORES QUE NIEGAN LA REPARACION DEL DAÑO MORAL.

Entre los tratadistas que están contra de la reparación del daño moral, no todos niegan esa reparación en todos los casos. Uno de esos sistemas mixtos como lo llaman los hermanos Mazeaud, lo defienden Meynial y A. Esmein. Para ellos la reparación del daño moral sufrido no es posible sino en los casos en que tiene una repercusión de orden material, lo que equivale a afirmar que el daño moral no puede repararse; en consecuencia con este sistema, únicamente el daño material es el que da derecho a indemnización.

(21) Mazeaud, Henri; León.- Op. Cit. Pág. 158.

(22) Idem. Pág. 159.

Otro sistema mixto es el que propone Aubry y Rau, ellos aceptan la reparación del perjuicio moral, independientemente de cualquier daño pecuniario. Pero la condición para que proceda la reparación del daño moral es que haya sido causado en virtud de una infracción penal. " Pero por mucho que se reflexione, no es posible captar el porque de esta distinción. En todo caso, aceptarla equivaldría sin duda alguna a ampliar los textos legales ya que se requeriría evidentemente una disposición expresa para vincular así, desde este punto de vista, la responsabilidad penal y la responsabilidad civil ". (23).

Queda un sistema mixto más firme, porque en lugar de fundar la distinción en la naturaleza de la culpa, la deriva de la naturaleza del daño... Así dividen los daños morales en distintos grupos y aceptan la reparación respecto de algunos y no respecto de otros. Los tratadistas que apoyan esta doctrina oponen la parte social del patrimonio moral: atentados contra el honor y la reputación; a la parte afectiva del patrimonio moral: atentado contra los sentimientos de afecto. Aceptan la reparación en el primer caso, y la niegan en el segundo. Su razonamiento lo basan en el supuesto de que los atentados contra el honor, más no los atentados contra los sentimientos de afecto entrañan casi siempre un daño pecuniario. Con esta hipótesis llegan a negar en todos los casos la reparación del

(23) Mazeaud, Henri; León.- Op. Cit. Pág. 152.

daño moral propiamente dicho: en realidad, de los que indemnizan a la víctima es del futuro daño material que ella habrá de experimentar. Otros autores se fundan en el hecho que los atentados contra el honor y la reputación que es lo que comprende la parte social del patrimonio moral es posible evaluar en dinero, mientras que la parte afectiva del mismo; atentados contra los sentimientos de afecto sucede lo contrario.

" Si la dificultad se basa en la imposibilidad de evaluar el perjuicio, hay que prohibir en todos los casos la reparación del perjuicio moral, porque lo que caracteriza precisamente a este perjuicio es el de no ser de orden pecuniario ", (24).

En otro orden de ideas, encontramos los partidarios de la teoría negativa integral. Se basan en los principios generales de la responsabilidad civil y afirman que es posible sin violar esos principios, garantizar la reparación del daño.

La institución misma de la responsabilidad civil suministra un primer argumento. "¿ Por qué se condena al autor de un perjuicio a pagar una indemnización a la víctima ?"

El artículo 1382 del código civil francés responde

(24) Mazeaud, Henri; León.- Op. Cit. Pág. 152.

a este argumento diciendo que 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 ocupa con anterioridad.

¿Cómo entonces, podría el autor de un perjuicio meramente moral repararlos? si se le condena a una suma de dinero. ¿Cómo ese pago haría desaparecer semejante perjuicio? de ningún modo, puesto que precisamente ese perjuicio no es de orden pecuniario. ¿Mil o cien mil francos podrían reparar el atentado contra el dolor que causa a un padre la muerte de su hijo? ¿Repararían mil o cien mil francos las heridas que desfigura, los sufrimientos padecidos, las violaciones de la libertad de conciencia, un perjuicio moral cualquiera? no, evidentemente. (25), el dinero nada puede lograr, el mal está hecho ya, la cantidad que se entregue a la víctima acrecerá su patrimonio pecuniario, que no se afectó; pero no podrá restituir al patrimonio moral, único lesionado, lo que perdió.

Agregan los adversarios del daño extrapatrimonial otro argumento: ¿Cómo el juez fijará la reparación en el daño patrimonial?, ¿Sobre qué bases la otorgarían? el daño moral no es susceptible de avalúo. Entonces el juzgador forzosamente deberá tener en cuenta la importancia de la culpa cometida:

(25) Mazeaud, Henri; León.- Op. Cit. Pág. 153.

mientras más grande sea la culpa, más elevada será la cantidad de la indemnización. Luego, de nuevo se violarían los principios de la responsabilidad y llegaríamos así a la vieja confusión entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal. En vez de reparar, el juez castigará.

2.2.4.- TEXTOS LEGALES.

El código civil francés no excluye en ningún texto la reparación del daño moral. Posiblemente sus redactores no se percataron de la cuestión.

Cinco artículos que sirven de base a la responsabilidad civil:

" 1382.- Todo hecho cualquiera del hombre que cause a otro un daño moral, obliga a aquel por cuya culpa ha ocurrido a repararlo ".

" 1383.- Cada cual es responsable del daño que ha causado no solamente por su hecho, sino también por su negligencia o por su importancia ".

" 1384.- Uno es responsable no solamente del daño que causa por su propio hecho, sino también del que es causado

por el hecho de las personas por las cuales uno debe responder o de las cosas que uno tiene bajo guarda .

" El padre, y después la madre a la muerte del marido, son responsables del daño causado por sus hijos menores que habitan con ellos;

" Los amos y comitentes lo son del daño causado por sus criados y comisionados en las funciones en que los han empleado;

" Los institutores y los artesanos lo son del daño causado por sus alumnos y aprendices durante el tiempo en que están bajo su supervigilancia;

" La responsabilidad arriba expuesta tiene lugar, a menos que padre y madre, institutores y artesanos, prueben que no han podido impedir el hecho que ocasiona esta responsabilidad ".

" 1385.- El propietario de un animal, o de quien el se sirve, mientras lo tiene a su servicio, es responsable del daño que el animal ha causado, sea que el animal esté bajo su guarda, sea que se haya extraviado o escapado ".

"1386.- El propietario de un edificio es responsable del daño causado por su ruina, cuando ella sobreviene a consecuencia de un defecto de sostenimiento o por un vicio de su construcción ". (26).

2.3.- DERECHO ITALIANO.

2.3.1.- REPARACION DEL DAÑO MORAL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL.

La doctrina italiana distingue entre los daños morales causados por incumplimiento de un contrato y los daños morales que derivan de la culpa extracontractual. En esta última la generalidad de los tratadistas se inclinan por su indemnización. En cambio, por lo que respecta a los primeros insisten los autores en negarles toda base de su reparación.

Asentado este principio, nos ocuparemos exclusivamente de la reparación del daño moral en materia contractual, por considerarlo el más susceptible de negación por parte de los juristas.

Por lo que respecta al daño moral en materia contractual, el jurista italiano De Cupis, aprecia que el daño puede observarse según la diferente naturaleza de su objeto y del hecho del que se deriva sometido así, a una doble distinción. Conforme a la naturaleza de su objeto se distingue

en patrimonial y no patrimonial; según el hecho de que se deriva en contractual y extracontractual.

Se dice que el daño contractual no patrimonial no tiene sentido jurídico porque al configurarse una obligación que tenga por objeto una prestación no patrimonial, el derecho no protege el interés relativo al bien constituido por tal prestación, es decir el incumplimiento ocasiona un daño que al recaer sobre un interés no tutelado jurídicamente, no se ha producido la correspondiente reacción jurídica, esto es la reparación del daño.

En este controvertido tema, la naturaleza del interés del acreedor ha constituido serios debates en la doctrina civilística. En este sentido, un sector ha sustentado como premisa evidente el carácter patrimonial de la obligación ya que la patrimonialidad del acreedor constituye un requisito esencial de la obligación reconocida desde el derecho romano. Otra corriente doctrinal ha manifestado que si bien la patrimonialidad constituye la normalidad, esto no significa que se pueda afirmar como regla constante, porque en algunos supuestos basta incluso con un interés no patrimonial, prescindiendo de la patrimonialidad al conceder su tutela al acreedor.

Importa pues, determinar por cual de estas teorías se ha inclinado el legislador italiano. En este sentido examinaremos las ideas de De Cupis.

El autor afirma que en el derecho italiano, no es necesario la existencia de la patrimonialidad de la obligación, sin embargo, se requiere que exista un límite legal a la autonomía de la voluntad de los contratantes, y por su puesto, la exigencia de la tutela jurídica.

Para comprender mejor el problema sobre la reparación del daño moral en materia contractual, es necesario coordinar los artículos 1322, 1174 y 2059 del código civil italiano. El primero de los citados artículos establece la autonomía de la voluntad de los contratantes, siempre y cuando vayan dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela jurídica protegidos por el ordenamiento legal.

Por otro lado el artículo 1174, del mencionado código, establece una limitación más precisa, al ordenar que la prestación objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés, aun cuando no sea patrimonial.

A las dificultades que plantea la interpretación de

estos artículos, De Cupis les da la siguiente solución: Opina en el sentido de que junto al interés patrimonial puede eventualmente substituir también un interés no patrimonial sin que este último ocupe el sitio del primero.

Puede suceder por otro lado, el caso de que el interés no patrimonial sea únicamente el motivo que induce a las partes a contratar, es decir, los sujetos pueden asumir obligaciones tan solo por consideraciones no patrimoniales que podrán obtener mediante la prestación y en modo alguno, por los beneficios económicos que puedan originarles.

Concluyendo, el multicitado jurista italiano, indica que la obligación que tienen por objeto una prestación no patrimonial carece de uno de los requisitos establecidos por la ley, y en consecuencia su incumplimiento no produce un daño resarcible. Resultando como consecuencia que si un interés no patrimonial acompaña al interés patrimonial, solo este último, puede ser objeto del daño resarcible, es decir, la obligación puede ser válida, pero esto no presupone que la protección jurídica se extienda al interés no patrimonial, ya que en este particular debe tomarse muy en cuenta el artículo 2059, del código civil italiano, en el que se dice que el daño moral no patrimonial debe ser resarcido solo en los casos determinados por la ley, los cuales se reducen a la configuración de los

delitos penales. Ahora bien, el incumplimiento de una obligación solo en rarisimas ocasiones se califica como delito, mientras que en materia extracontractual se presenta con demasiada frecuencia.

Finalmente, De Cupis arguye que resulta inconcebible que el legislador italiano en el momento de adoptar una solución al problema concerniente al daño no patrimonial pretendiere circunscribir la misma solución a la esfera extracontractual, es más lógico sostener que haya querido adoptar una solución genérica al problema.

2.3.2.- AUTORES QUE ESTAN A FAVOR DE LA REPARACION DEL DAÑO MORAL.

De Cupis señala que tanto la influencia que la naturaleza de este daño ejerce en la función del resarcimiento, como en lo que afecta al campo de aplicación de tal remedio, resultan difíciles de argumentar. Cabe agregar que el daño no patrimonial se distingue del daño patrimonial, no solo en cuanto a su naturaleza sino también desde la doble consideración de su influencia y de su esfera de aplicación.

Debido a esto se encuentran algunas diferencias en el régimen jurídico de las responsabilidades respectivas del

binomio daño contractual y extracontractual; a pesar de lo anterior tenemos que esto no influye en la función del resarcimiento. En tanto que a la división del daño patrimonial basada en la naturaleza respectiva de su objeto, existe una diferenciación que resalta afectando tanto a la función de remedio resarcitorio, como a su admisibilidad y a sus respectivos límites.

Siendo este uno de los argumentos más refidos y controvertidos dentro del derecho civil. A este respecto los partidarios del resarcimiento del daño no patrimonial, han manifestado que en lo referente a los intereses no patrimoniales, se pueden cuestionar los límites de su tutela, aún cuando no debe quedar completamente excluida.

En torno a la opinión de De Cupis, se han opuesto diversas objeciones, algunas de las cuales resumimos a continuación: 1) los intereses no patrimoniales no se pueden determinar en dinero, razón por la que no se puede aplicar la prueba de su medida y de los daños ocasionados; 2) además de la prueba anterior, tenemos el problema de determinar su existencia, como los daños consistentes en sufrimientos morales, mismos que se ven condicionados a la sensibilidad individual; 3) resulta inmoral reclamar y aceptar dinero por el daño sufrido en un interés no patrimonial; 4) el daño no

patrimonial no comprende el resarcimiento por encontrarse privado del requisito de permanencia y perdurabilidad, que defiende Gabba.

A las anteriores objeciones, De Cupis ofrece las siguientes respuestas: 1) es difícil comprender el resarcimiento de un daño que teniendo un objeto no susceptible de ser valorado en dinero, se regule mediante el establecimiento de un importe pecuniario. Por lo que resulta importante ampliar la medida pecuniaria más allá de los valores económicos mediante la valoración equitativa del juez, supliendo de esta manera la prueba imposible.

2) En la segunda objeción, se advierte una dificultad de prueba, pero no con esto se quiere decir que la misma resulte imposible por lo que esta objeción no constituye un argumento decisivo, ya que no influye de la esencia, sino en la forma misma de la prueba.

Toda vez que la prueba está condicionada por el carácter de la subjetividad; ya que es evidente que lo que para una persona pueda aparecer como un bien, para otra puede no serlo, o puede serlo de distinta categoría o intensidad; debido a esta razón existirá o no existirá daño moral, según la persona lo considere, de igual forma a la cuantía también variará de unas personas a otras.

Sin embargo, el juez en todo caso tiene formada una conciencia equilibrada que le permitirá apreciar el daño en toda su extensión.

3) Es equivoco el pensar que resulta inmoral aceptar la reparación pecuniaria del daño no patrimonial, ya que no se trata de realizar comercio de algunos elevados bienes personales, sino que se exige el resarcimiento por los daños sufridos.

4) Finalmente, De Cupis analiza la objeción que considera al daño patrimonial irresarcible por estar privado de permanencia y continuidad y apuntaremos que como ya se indicó anteriormente, la continuidad no es requisito del daño para obtener el resarcimiento. Aunque el sufrimiento sea momentáneo origina una ruptura de equilibrio general.

Con lo mencionado anteriormente, se observa que no existen obstáculos jurídicos ni morales que impidan el resarcimiento del daño no patrimonial.

La persona que sufre un daño no patrimonial, no puede con el equivalente pecuniario alcanzar un resultado final que se acerque a la situación anterior; esto es, el dinero no le permite recuperar la integridad de su cuerpo,

ni remediar su reputación dañada. Más sin embargo, con el dinero podrá obtener ventajas y satisfacciones personales que puedan compensar algunas facetas de su vida, tratando con esto de crear un balance en su felicidad y recuperar de nuevo su equilibrio general y total.

En relación al daño patrimonial, resulta eficiente el uso del término resarcimiento, debido a la paridad real del valor económico. Pero surge la duda de si debe emplearse otra expresión para el remedio referente al daño no patrimonial.

A este respecto, algún sector doctrinal entiende que este último remedio, altera la noción del resarcimiento profundamente, creando su reparación total del mismo; dando origen a una figura jurídica específica, separada de la expresión resarcimiento y designa con el término de -reparación pecuniaria-.

"En la Ley la expresión -reparación-, se empleaba en el artículo 38 del código penal de 1889 y en artículo 7 del código de procedimientos criminal de 1913, para designar el remedio pecuniario de la lesión de intereses no patrimoniales, en sentido contrapuesto al -resarcimiento-, que se reservaba para el remedio pecuniario del daño moral". (27).

(27) Cupis, Adriano de.- El Daño Moral. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Editorial Bosch. Barcelona, 1975. pág. 768.

Posteriormente, se englobó resarcimiento y reparación como un todo, dando carácter elástico al concepto de resarcimiento unificando con esto, los remedios privados de carácter pecuniario del daño patrimonial y no patrimonial, dejando la duda acerca de la finalidad no penal, no aflictiva, de la reacción del ordenamiento en favor del interés privado no patrimonial.

2.3.3- AUTORES QUE NIEGAN LA REPARACION DEL DAÑO MORAL.

Dentro de los autores más importantes que niegan la indemnización por daño moral, encontramos en la doctrina italiana al tratadista Chironi, seguiremos sus ideas.

Comenta el autor que el daño es una disminución del patrimonio. Pero qué sucede cuando el deterioro patrimonial falta, ¿puede existir el daño y por lo tanto su resarcimiento? Los tratadistas lo afirman con la distinción de daño patrimonial y daño extrapatrimonial considerando así que el dolor, las afecciones, los sentimientos, etc., en una palabra el daño moral es resarcible dejando a los tribunales el poder discrecional de determinar la entidad del resarcimiento pecuniario.

En contra de la doctrina, Chironi ha considerado que

los dolores morales no tienen una base firme de poderlos estimar que por su misma naturaleza, no pueden recibir valorización alguna; embargo, afirma el jurista que se ha observado de modo especial por la jurisprudencia de su país que el juicio del juzgador es soberano y por tanto aun cuando la indemnización no corresponda exactamente al daño, puede no obstante por su arbitrio judicial conceder la reparabilidad de esta categoría de daños. Se ha objetado igualmente que la ley habla de daños sin distinguir que se trate de materiales o morales y al no distinguir la ley, el intérprete no tiene por qué hacerlo, entonces no hay por qué excluir a los daños inmateriales.

Este es el concepto doctrinal, precisa Chironi, pero indica la doctrina enunciada en sus líneas generales, revela en muchas partes exageraciones e incertidumbres. "Exagera cuando, no observando los términos y la razón de la injuria, sin la cual no existe hecho ilícito, y, por tanto, responsabilidad, enseña que el solo afecto ofendido es causa válida de daño resarcible; debería, en efecto preocuparse de investigar, antes del daño si existe y cuál es el derecho violado. Además, tampoco es cierta cuando para demostrar el daño moral indaga cuál sea el daño material posible consecuencia del mismo. Es dudosa igualmente, porque en cuanto a la naturaleza misma del daño moral, existe siempre la

estimación. En consecuencia, se viola un concepto fundamental en materia de resarcimiento, que es la existencia cierta del daño; y por añadidura, mientras por lo común quien pretende la indemnización, debe probar el perjuicio sufrido, aquí el hecho de la injuria tendría ya en sí el elemento del daño sin necesidad de más prueba; con lo que se establece una presunción que alguna vez puede ser contraria a la realidad, porque el mayor optimismo no puede suponer que deba existir siempre aquel dolor materializado para obtener resarcimiento". (28).

Además señala que es dudosa la doctrina, porque en cuanto a la naturaleza misma del -daño moral- existe siempre la estimación. Como consecuencia, se viola un concepto fundamental en materia de resarcimiento, que consiste en la existencia cierta del daño; resultando que la persona afectada por la injuria tendría ya por sí el elemento del daño sin necesidad de más pruebas.

Se pregunta Chironi? Cómo es posible resarcir pecuniariamente el dolor? si realmente se ha sentido, ¿Cómo estimarle? Se dice que esta es una función del juez; pero la valoración dependerá totalmente del arbitrio, al criterio personal del magistrado y aun cuando sea grande su prudencia, este concepto no se armoniza con el carácter del resarcimiento,

(28) Chironi, G.P.- la Culpa en el Derecho Civil Moderno. Tomo II. Editorial Reus. 2a. Edición. Madrid, 1928. Págs. 243 y 244.

además el juzgador se encontraría con el problema de que el dolor no siempre se ve materializado, resultando en ocasiones que un dolor intenso podrá obtener una indemnización mínima y otro leve la obtendrá máxima.

Igualmente se pregunta Chironi ¿Si el juez no puede dar un resarcimiento exacto, debe entenderse por ello, que no deba concederse ninguno? Contesta: esto es un razonamiento vicioso, por qué no se trata ya de la exactitud, sino más bien de la imposibilidad de valorar.

Asimismo, arguye el autor que la incertidumbre en esta materia de la resarcibilidad del daño inmaterial, procede de haber cambiado el concepto de daño por la causa que le produce; de aquí la doble categoría del daño según sea material o moral. "Respecto del primero es fácil advertir que una lesión cualquiera de cualquier derecho patrimonial, si no toda ofensa hecha indebidamente al honor, a la persona, puede producir tal efecto. Otra cosa sucede en el segundo, porque si la causa de la responsabilidad, si la injuria puede ser material o moral, no ocurre otro tanto con el daño, que es por su naturaleza, material siempre, y que en su entidad debe ser susceptible de estimación. El daño, según este concepto, es siempre disminución del patrimonio, bien derive de injuria material o solamente de injuria moral; y cuando tal hecho existe, está obligado el injuriante a resarcir". (29).

En fin, Chironi en contradicción a la doctrina que considera el daño moral como resarcible, pretende establecer y demostrar que la dificultad de la valoración de daño inmaterial no toca solo a los límites del daño, teniendo por cierto y reparable al prudente arbitrio del juez, sino más bien a la existencia verdadera, propia del daño.

2.4.- DERECHO ESPAÑOL.

2.4.1.- REPARACION DEL DAÑO MORAL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL.

Consideración especial merece la distinción entre daños contractuales y daños extracontractuales. El incumplimiento de la obligaciones es el hecho humano más importante productor de daños, entendiéndose por obligación el vínculo jurídico entre uno o más sujetos que tienen por objeto una prestación determinada. Este incumplimiento se sanciona en el artículo 1101 del código civil español, en dichos artículos se sujeta a la indemnización de daños y perjuicios al deudor que incurre en odio, negligencia, morosidad o en cualquier otra contravención.

Jaime Santos Briz, opina que el daño extracontractual, es aquel que se produce con independencia del incumplimiento de una obligación. En él, la antijuridicidad se produce como consecuencia del ataque a un derecho absoluto del perjudicado.

Castán Tobeñas, agrega que, "el artículo 1902 del código civil español, impone este elemento de la responsabilidad extracontractual, y jurisprudencia muy reiterada, exige la existencia y prueba del daño para la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios". (30).

Dentro del orden civil extracontractual, nos encontramos con el artículo 1902 del código civil español, estableciendo el hecho ilícito, es decir, el que por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

Borrel Macía, apunta que este artículo no admite limitación ni excepción de clase alguna; y por lo tanto el causante de un daño debido a culpa o negligencia, sean las que sean sus consecuencias, está obligado a repararlo, a efecto de que al perjudicado le desaparezcan los resultados del daño sufrido, aún cuando lo cierto es que el contenido del artículo no surge como necesaria la obligación de reparar económicamente, los daños morales.

Sin embargo, "La delimitación entre daño contractual y extracontractual, puede ser dudosa en ciertos casos. Así, por ejemplo, el carpintero que trabaja a domicilio y con motivo de la reparación de un inmueble, produce desperfectos en otros objetos del demandante al dejar caer un martillo. En

(30) Castán Tobeñas, José.- Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo IV. Editorial Reus. 2a. Edición. Madrid, 1928. Págs. 846 y 847.

casos como éste se trata de daño contractual, ya que según el artículo 1258 del código civil, el contrato obliga a todas las consecuencias que derivan de la buena fe, y por tanto a la reparación de daños producidos con motivo de su cumplimiento". (31).

Ahora bien, tratándose del operario del supuesto anterior que trabaja en una habitación y se apodera de objetos que se encuentran allí; tenemos una hipótesis completamente desligada del contrato; o en el caso del farmacéutico que por descuido equivoca un medicamento, o del cirujano que olvida el bisturí en el vientre del enfermo, a pesar de constituir delitos penales, es dudoso especificar si la responsabilidad civil, en estos casos deriva del contrato o es ajena al mismo. Si queremos resolver el problema, tendremos que atender principalmente a los efectos de la infracción y a la gravedad del daño.

De lo anterior dependerá que el contrato arrastre una responsabilidad civil contractual o viceversa, que el resultado delictivo absorba los puramente civiles y los contractuales.

Dentro de la esfera del derecho, tienen especial importancia los daños morales producidos en relación con un

(31) Santos Briz, Jaime.- Op. Cit. Pág. 116.

contrato o fuera de toda relación con él. Originándose los daños contractuales y extracontractuales, de daños patrimoniales y no patrimoniales. No se discute la existencia y carácter principal que en las relaciones jurídicas se atribuye a los daños patrimoniales, sean contractuales o extracontractuales; pero se discute en cambio la existencia de aquellas dos variedades de daños no patrimoniales.

El daño extracontractual no patrimonial se considera indemnizable en el derecho español al amparo del artículo 1902 del código civil.

En cuanto a los daños no patrimoniales originados por la violación de un contrato, la doctrina española se ha mostrado todavía más reacia a admitir su indemnización. Sin embargo, se estima más acertada la posición contraria que se entiende que admitido el daño moral como susceptible de indemnización en el campo extracontractual, no se ve razón por la que se excluya del campo de las obligaciones contractuales. A esta postura se adhiere el maestro Castán Tobeñas.

2.4.2.- AUTORES A FAVOR Y EN CONTRA DE LA REPARACION DEL DAÑO MORAL.

En el presente inciso trataremos conjuntamente los

argumentos en pro y en contra de la reparación del daño moral. Dentro de los autores españoles que defienden la indemnización del daño moral, encontramos a Castán Toboñas, Borrel Macia, Santos Briz, entre otros.

Las críticas que han vertido por la doctrina española, en contra de la reparación del daño moral, no se oponen al principio de que quien causa un daño debe repararlo, sino que el problema se plantea en su consecuencia o efecto, es decir, como se debe resarcir ese daño, toda vez que la vida, el honor la libertad, etc., son bienes por su propia naturaleza que resultan invaluableles.

A continuación expondremos los argumentos que esgrimen quienes no admiten la reparación o indemnización pecuntaria por el daño moral. Se puede concretar en los siguientes :

La palabra daño, afirman que civilmente o conforme a lo sentado por la Ley 3a., Título II, Libro XXXII del Digesto, "Es equivalente a disminución del patrimonio"; y que por lo tanto no puede incluirse dentro de tal concepto los daños morales, que si constituyen una ofensa, dejan intacto el patrimonio de la víctima.

Otro fundamento en el que se basan para negar la reparación del daño moral, consiste en establecer que no es posible determinar una equivalencia entre un daño inmaterial y una cantidad determinada de dinero, ya que la indemnización o reparación tiene por función inseparable y característica substituir los valores destruidos o quebrantados por el evento dañoso con otros nuevos que los reponen y nivelan la diferencia, por tanto ese silogismo jurídico requiere por la fuerza misma de las cosas que sean bienes valorables pecuniariamente. De hecho ¿Quién puede medir la cantidad del dolor físico o moral de la víctima?

Se ha dicho también que resulta inmoral la reparación del daño moral, afirmándose que el juzgador no puede penetrar en el interior del alma de la persona ofendida para evaluar correctamente el dolor sufrido. ¿No resultará inmoral reparar con dinero la vida, la libertad, el honor, etc.?, ¿No resultará repugnante e inmoral para la víctima recibir una suma de dinero por el perjuicio causado?

Otro razonamiento -agregan- estriba en la indeterminación del número de personas que podrán reclamar el resarcimiento por el daño moral, así pensemos en el caso de muerte: La esposa, la novia, los padres, los hermanos, los amigos...

Ahora bien, frente a estas argumentaciones que niegan la reparación del daño moral, se han sustentado otras para defender ampliamente el principio indemnizatorio del daño moral.

El derecho se ha preocupado siempre por tratar de proteger la dignidad del hombre fijando a este respecto bases de reparación en lo que toca a la vida e integridad física de la persona humana, en general del daño extrapatrimonial.

En primer termino, la palabra daño tiene en el derecho moderno una aceptación más amplia de la que tenía en el derecho romano, en efecto, ahora se entiende por daño no solo la repercusión material en el patrimonio del individuo, sino también el patrimonio moral de la persona.

Posiblemente, uno de los argumentos más vigorosos contra el principio de la indemnización por daño moral, es el de que formando la ofensa moral y el dinero, dos categorías distintas no pueden compensarse, como la vida, integridad moral, la libertad, etc.

Tales afirmaciones son ciertas, la vida, la libertad de una persona no tiene precio, porque no puede ser adquirida o recuperada con dinero; pero afirma la doctrina española que

existen muchos bienes que no tienen precio; un cuadro único de un autor clásico; de manera tal que en rigor la corriente española que defiende la indemnización del daño moral, indica que si bien existen bienes invaluablees, el derecho no tiene por qué no protegerlos sino que debe encontrar una medida de valor que repare los daños. La compensación puede no ser absoluta, puede serlo en una parte infinitesimal, pero será compensación al fin y al cabo, esto es, si la reparación no llegare a ser exacta, no implica que no deba de otorgarse.

La doctrina española concluye diciendo que ya sea que se trate de un daño patrimonial o un daño moral, hay siempre una reparación satisfactoria, que proporciona a la víctima sensaciones agradables que vendrán a contrapesar el daño sufrido.

C A P I T U L O I I I

3.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

3.1.- NOCION DE LA RESPONSABILIDAD.

En los últimos cien años, las profundas y esenciales transformaciones operadas en el derecho civil, han tenido la virtud de conmover principios considerados poco menos que inmutables y trastocar nociones que dentro de la ciencia jurídica se ofrecían como valores permanentes.

La teoría general de las obligaciones, considerada como una de las partes del derecho civil más estables, la menos susceptible a la influencia de la cultura ambiente, sufre en el mundo de hoy quebrantos de tanta magnitud, que hace reflexionar, que los moldes que las contienen parecen estallar precipitadamente de manera tan inopinada, que toman al legislador desprevenido sin tiempo ni recursos para encauzarlas en sus nuevas direcciones.

La misma situación ocurrió dentro de la responsabilidad civil; fundamentada ésta sobre la idea milenaria de la culpa heredada del derecho romano,

cumplía su finalidad en el orden jurídico y social sin exaltaciones, sin que nada hiciese pensar que pudiera discutirsele su sitio de preferencia, sin embargo, las exigencias propias de una nueva etapa de nuestra civilización propició que se observara que su papel era de distinta significación, y que lo que hasta entonces se tuvo por piedra angular inmovible: la culpa, resultaba insuficiente para soportar el peso de su renovada compostura.

Esta nueva etapa de nuestra civilización reflejada en la súbita irrupción del maquinismo en el mundo industrial, con la consecuencia trágica de sus víctimas; la mayor densidad de población; con sus razonamientos lógicos y necesarios; el empleo cada vez más frecuente de fuerzas nuevas y, sobre todo el espíritu del ser humano que le ha permitido desarrollar e inventar instrumentos, aparatos o actividades que por su propia naturaleza son fuente de daños cada vez más numerosos, hizo florecer un estado de conciencia colectiva, dando lugar a que ningún daño debe quedar sin su reparación.

Así dentro del criterio de la responsabilidad civil cimentada sobre el principio tradicional de la culpa, y conforme a la cual no hay responsabilidad sin ella, no era factible resolver un sinnúmero de casos que la civilización moderna creaba o agravaba; se hacía imprescindible, para la

solución del problema de la responsabilidad, apartarse del elemento moral, de la investigación psicológica de la intimidad del agente, o de la posibilidad de previsión o diligencia, para enfrentarnos a un punto de vista exclusivamente de reparación y no de subjetivos e interior, es decir, los daños y la reparación deben ser apreciados por la culpabilidad del agente, sino que basta que se haya violado un precepto de orden legal y que de tal infracción derive un daño a alguien, para que nazca a cargo del autor del daño, la obligación indemnizatoria.

La concepción de esta nueva doctrina, denominada posibilidad objetiva o riesgo creado donde la persona, como ser razonable, capaz de discernir el bien del mal y de condicionar sus actos conforme a un juicio previo, pasa a segundo plano, para presentarse únicamente en su calidad de titular de un patrimonio, sobre el cual debe hacerse efectiva la responsabilidad.- La personalidad psicológica o moral es ajena al derecho.- La conciencia, la voluntad, la intención, son palabras cómodas de las que abusa la técnica.

La teoría de la responsabilidad objetiva de tan marcado tinte materialista, no podría erigirse en normas de derecho; en principio de derecho, las críticas se volvieron contra ella para condenar un sistema desprovisto de sentido.

y sobre todo implacable en dudas, comprendiendo que el derecho no puede ser reducido al juego de simples valores económicos, ni a un mero conjunto de procedimientos técnicos, advirtiéndose que eliminar de la responsabilidad la imputabilidad del agente, valia tanto como hacer de aquella un mecanismo inhumano, que choca, por su objetividad, los sentimientos más profundos de la moral y la justicia.

Sin embargo, la teoría objetiva, no obstante el arduo combate que tiene empeñado, se ha impuesto de manera determinante en algunos terrenos, a través de leyes especiales en varios sectores de la actividad humana, verbigracia, en los accidentes de trabajo, en los transportes ferroviarios y urbanos, en los accidentes causados por los aviones, entre otros.

En las codificaciones, la introducción de la teoría objetiva como principio general no ha logrado éxito hasta el momento.

En suma, la responsabilidad objetiva aparece como especie excepcional, lo que equivale a decir que la responsabilidad subjetiva es principio normal, ya que tuvo su momento histórico, floreciendo en distintas legislaciones, como nuestro derecho patrio.

Nuestro código civil, publicado en el Diario Oficial del 26 de marzo de 1928, vigente a partir del primero de octubre de 1932, estatuye en su artículo 1913 la responsabilidad objetiva o riesgo creado, desde luego, manteniendo el principio de la culpa en la responsabilidad civil; en su artículo 1910, que al tenor dispone lo siguiente:

Artículo 1913.- "Cuando una persona hace uso de un mecanismo, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismo, 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 por el daño que causen, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

Artículo 1910.- "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres, cause daños a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

Pasando a la noción de la responsabilidad civil y como se afirmó anteriormente, cualquier manifestación de la voluntad humana trae implícito el problema de la

responsabilidad, esto tal vez dificulta el problema de fijar su concepto, que variará tanto como los aspectos que pueda abarcar, conforme a las teorías filosófico-jurídicas.

Los distintos criterios que divide a la doctrina con relación al problema de la responsabilidad, alcanzan a todos sus aspectos, principiando naturalmente por su definición, a cuyo propósito se presentan divergencias tan profundas que revelan la lucha fecunda entre la concepción milenaria de la culpa y la tesis moderna del riesgo creado que Mazeaud et Mazeaud, no obstante su ubicación entre los mayores estudiosos de la materia, no dudan en confesar la tentación de afrontar el tema sin definirlo, arguyendo lo siguiente: "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, a veces tan áspera, sin duda porque traspasa el dominio de los conceptos puramente jurídicos, que domina el conjunto de 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 de riesgo". (32).

(32) Mazeaud, Henri; León.- Compendio del Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictuosa y Contractual. Tomo I. Editorial Styio. México, 1945. Pág. 1

"¿Qué se entiende por responsabilidad civil? Para que haya responsabilidad civil, se necesita un daño un perjuicio y por consiguiente una persona, una víctima. ¿Quiere esto decir que, cada vez que alguien sufra un perjuicio, habrá de surgir un problema de responsabilidad? A primera vista parece difícil sostenerlo, porque desde el primer momento se advierte la antinomia profunda que separa las dos situaciones siguientes: El perjuicio se debe a la sola actividad de la víctima; se debe a la actividad de un tercero". (33).

De lo expuesto, los hermanos Mazeaud afirman, "Que una persona es responsable cada vez que tiene que reparar un perjuicio, y este es precisamente el sentido etimológico del término: responsable, es el que responde. Definición muy embrionaria, aunque ardentemente combatida.- Jossierand la declara demasiado estrecha.- El eminente autor toma la palabra "responsabilidad" en un sentido más amplio. Ve un problema de "responsabilidad" no solo en el caso de que la víctima del perjuicio pueda volverse contra alguien, sino también el caso de que, no pudiendo culpar sino a sí misma, es preciso que en definitiva sea la víctima la que soporte el perjuicio". (34).

Se aprecia que el autor francés Jossierad considera responsable a quién en definitiva soporta el daño. Observa a la responsabilidad civil en un sentido más amplio, tanto que

(33) Mazeaud, Henri; León.- Op. Cit. Págs. 1 y 2.

(34) Idem. Págs. 2 y 3.

abarca en la calificación de responsable al causante de un daño en sí mismo. Estamos de acuerdo con el maestro. La situación de que se confundieran, en un mismo patrimonio, el crédito por la reparación y la obligación respectiva, no afecta a nuestro modo de pensar, la figura de la responsabilidad tal y como lo entiende Josseland.

Por su parte Giorgio Giorgi, arguye que la responsabilidad civil "Es la obligación de reparar mediante indemnización, casi siempre pecuniaria, el daño que nuestro hecho ilícito acarrió a otro". (35).

Manuel Bejarano Sánchez nos dice que la responsabilidad civil "Es el nombre que toma la obligación generada por el hecho ilícito o riesgo creado, la cual se traduce en la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otros". (36).

Después de haber escuchado las premisas de tan eminentes autores, consideramos que la responsabilidad civil es un daño (material o moral) causado a una persona (sea por riesgo creado) o por culpa o negligencia de otra, existiendo una relación de causalidad entre el hecho (conducta) y el daño (material o moral).

(35) Giorgi, Giorgio.- Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno. Tomo V. Editorial Reus. Madrid, 1911. Pág. 217.

(36) Bejarano Sánchez, Manuel.- Obligaciones Civiles. Editorial Harla. México, 1980. Pág. 216.

3.1.1.- RESPONSABILIDAD MORAL, PENAL Y CIVIL.

La responsabilidad no es un fenómeno exclusivo de la vida jurídica, sino que se liga a todos los dominios de la actividad del hombre es lógico decir, que son innumerables las especies de responsabilidad, conforme el campo en que se presente el problema; en el moral, en las relaciones jurídicas sean de derecho público o derecho privado.

La responsabilidad es el resultado de la acción por la cual el hombre expresa su comportamiento frente a un deber moral, penal o civil, diferentes planos en que se desenvuelven.- conviene fijar sus fronteras y precisar sus diferencias.

En lo concerniente al plano jurídico (civil, penal, público, privado) y al respecto moral, señalar la distinción y al fijar sus límites fronterizos, no con ello queremos afirmar que la inclusión de un hecho en uno de los dos títulos lo excluya del ámbito del otro. Lejos de ello, la responsabilidad puede resultar de la violación simultánea tanto de las normas jurídicas como morales, pudiendo ser, verbigracia prohibido por la norma moral, religiosa, consuetudinaria o jurídica. Sería infundado y poco racional pensar en un derecho alejado de la teoría moral. La regla de

derecho carecería de fundamento si no se atuviese a ella, en cambio, es evidente que el dominio de la moral es mucho más extenso que el de derecho, escapando a éste muchos problemas planteados a aquélla, por la finalidad de la disposición jurídica se cumple con mantener la convivencia moral y social; y a esta paz social solo es afectada cuando la violación se traduce en daño, en cambio la regla moral es inagotable.

Resulta pues, que no hay responsabilidad jurídica mientras no exista daño, aparece aquí la primera distinción entre la responsabilidad jurídica y la responsabilidad moral. Esta se confina, explican los hermanos Mazeaud, en el problema del pecado. El hombre responde ante Dios y su conciencia si es creyente o exclusivamente a su conciencia si no lo es. Para establecer si hay o no responsabilidad moral del agente, basta analizar el estado de su alma. Esa es la única investigación que procede. No se trata, por lo tanto de averiguar si hubo o no perjuicio, porque un simple pensamiento, nos acarrea a esta especie de responsabilidad, terreno que escapa al campo del derecho, destinado a asegurar la armonía de las relaciones entre los individuos, objetivo que, a simple vista no parece comprometido por ese lado.

Hecho el deslinde entre la responsabilidad moral y la responsabilidad jurídica, cabe enseguida la necesidad de una

nueva distinción. Henri y León Mazeaud la establecen poniendo de manifiesto que los daños que perturban el daño social son de naturaleza diversa; ora afecta a la colectividad, ora al individuo, a veces comprometen a ambos. La sociedad reacciona ante esta hipótesis, el derecho da la solución, es donde la responsabilidad jurídica se convierte en responsabilidad civil y responsabilidad penal, exigiendo la acentuación de sus caracteres diferenciales.

La responsabilidad penal presupone una turbación que hiere a la sociedad, tipificada por una violación de la norma penal. Pero como el *probiens*, aquí consiste en aplicar una pena, no puede dejar de suscitar la doble panorámica de la existencia de la ley moral y de la libertad humana. Presentáse, en este punto, un contacto directo entre la responsabilidad moral. Pero es necesario no exagerar su extensión. Siendo una de las finalidades de la pena, la defensa de la sociedad, hay de un lado, dominios donde se reprime el acto, sin penetrar al ámbito de la responsabilidad moral del agente, como sucede en las contravenciones y delitos causados por imprudencia, donde se castiga la falta de sentido social y no la de sentido moral; por otra parte, la ley penal hace influir, en la cuantificación de la pena, el resultado material del acto, al lado del grado de la culpabilidad como las medidas de seguridad. Es el camino que

sigue nuestro código penal (vigente a partir del 17 de septiembre de 1931, hasta la fecha) en su artículo 24 y siguientes donde son establecidas distintas medidas de seguridad, sistema con que se completa la defensa de la sociedad contra los delincuentes, responsables o no moralmente, desde que acarreen peligro para el orden social, mediante un criterio que es, más que de castigar, el de la recuperación y restablecimiento de los individuos inculcados.

De lo anterior, se advierte la distinción entre la responsabilidad moral y la responsabilidad penal, ya que esta supone necesariamente un daño, lo que sucede con aquella, para que haya, pues, responsabilidad penal, es necesario que el pensamiento exceda del plano abstracto hacia el dominio material, por lo menos en un comienzo de ejecución. Por lo demás, la ley no es imprudente, establece los supuestos normativos en que tiene lugar la responsabilidad penal, fiel al principio NULLA POENA SINE LEGE, no queriendo dejar al libre albedrío del poder judicial la cuestión de determinar cuales son los actos perjudiciales a la paz social, y que como tales, acarreen la responsabilidad penal del agente. Conviene el homenaje a aquel principio, que la persona al obrar tenga su libertad y certidumbre que practicando ciertos actos, sepa que no será inquietado, sino cuando viole las disposiciones de las normas penales.

Distinta situación se presenta en la responsabilidad civil como nos informan los hermanos Mazeaud en su obra *Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil*, el perjuicio ya no es social, la víctima ya no es la sociedad entera, sino un particular es un perjuicio privado; igualmente las consecuencias de la responsabilidad de uno y otro caso son diferentes; ya que en la responsabilidad civil la víctima del daño no puede herir al autor del perjuicio, sólo le cabe pedir la reparación, traducida generalmente en una cantidad de dinero, es decir, los daños (patrimonial o extrapatrimonial) y perjuicios. Además, en sus bases también difieren, en la responsabilidad penal se exige la investigación de la culpabilidad del agente o el establecimiento de la antisociabilidad de su conducta, en suma esta distinción entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal, no es otra cosa que la determinación del campo del derecho civil y del derecho penal.

Por lo tanto, no se trata de la responsabilidad civil, de investigar si el autor que causó daño al particular amenaza, o no, el orden social, tampoco importa que la persona compelida a la reparación de un perjuicio, sea o no moralmente responsable, esto es, aquél a quien su conciencia nada reproche, puede ser declarado civilmente responsable.

Giorgio Giorgi enseña a su vez que la distinción entre los delitos penales y los delitos civiles, es en el sentido de que la ley penal sólo castiga los delitos consumados, así como también las tentativas y los delitos frustrados, los cuales generalmente no producen daños; la segunda razón, nos dice el autor, lo encontramos en los "Confines propios de la ejemplaridad de la pena, que provee a la tutela de la sociedad y no al individuo. De ahí que si el daño de una acción injusta queda limitado al ofendido, y es fácilmente reparable con acciones, el legislador penal no lo castiga. La violación de un contrato, la violación de una disposición testamentaria escrita en interés de terceros, bien que perversa y voluntaria, y bien que dañosas a los individuos, cuyos derechos se ofenden no constituyen delito..." (37).

Cabe mencionar, a nuestro muy particular punto de vista, infundada cualquier distinción a saber de la repercusión social o individual del daño. El perjuicio inferido al particular afecta el equilibrio social, es donde se debe situar el fundamento de la responsabilidad, por ello no encontramos suficiente razón en que el acto solo afecta a la sociedad en un aspecto de violación de la norma penal, mientras que la repercusión en el patrimonio del individuo atañe a éste, si atendemos a que el individuo es parte de la sociedad; que aquél es, cada vez más considerado en función

de la colectividad. El derecho es social, pues si no lo entendemos de esta manera, no se justificaria. Este hecho revela que debe ser el mismo fundamento en ambas responsabilidades.- La penal y la civil.- el equilibrio social, quizá lo que cambie son las condiciones de su formación más no la esencia en que se fundan.- La paz social.

En realidad, lo que sucede, creemos nosotros que es la valoración para la determinación de cada conducta compete a la idiosincracia y política legislativa de cada Estado, influido por la tradición, costumbres, usos, etc., La que lleva a asegurar la tutela de ciertos intereses particulares con la conminación de sanciones penales a quien las viole; por tanto lo ilícito civil y penal, figuran como dos graduaciones de intensidad determinable a través de las sanciones establecidas en cada ordenamiento jurídico.

CAPITULO IV

4.- EL DAÑO MORAL EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

4.1.- PERIODOS LEGISLATIVOS.

En capítulos anteriores nos hemos ocupado del estudio de ciertos aspectos a la responsabilidad civil que consideramos relevantes para nuestro tema central, así como también, los diferentes vértices del daño moral en la doctrina y legislación comparada. En el presente capítulo nos avocaremos a plantear la mecánica operativa que ha seguido nuestro derecho, respecto del daño moral, tomando en cuenta su naturaleza especial y la actualidad que representa esta figura en el derecho positivo mexicano, a raíz de las reformas y adiciones que sufrió el código civil para el Distrito Federal en sus artículos 1916, 2116 y 1916 bis del propio ordenamiento legal antes citado, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1982.

De esta manera, haremos una breve exposición cronológica de las diversas disposiciones que han reglamentado el daño moral a través de los códigos civiles y penales que han estado en vigor en el Distrito Federal, e intentaremos comprobar las diferencias o semejanzas entre ellas.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Por cuestión de método, seguiremos el orden enunciado por el maestro Don Manuel Borja Soriano, al tratar de las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos en lo que a este tema se relaciona:

El maestro distingue cinco periodos a saber:

1o. Del 1 de marzo de 1871 al 31 de marzo de 1872, en el que estuvo vigente el código civil de 1870.

2o. Del 1 de abril de 1872 al 14 de diciembre de 1929, en el que estuvieron vigentes el código penal de 1871 y los códigos civiles de 1870 y 1884 (reproduciendo éste al anterior en la materia de que se trata).

3o. Del 15 de diciembre de 1929 al 16 de septiembre de 1931, en el que estuvieron vigentes el código penal de 1929 y el código civil de 1884.

4o. Del 17 de septiembre de 1931 al 30 de septiembre de 1932, en el que estuvieron vigentes el código penal de 1931 y el código civil de 1884.

5o. Del 1 de octubre de 1932 hasta ahora, periodo de vigencia del código civil de 1928 y el código penal de 1931". (38).

(38) Borja Soriano, Manuel.- Teoría General de las Obligaciones. Tomo I. Editorial Porrúa, S.A. México, 1959. Pág. 398.

Por nuestra parte, distinguiremos otro período, por el interés que representa ha nuestro tema:

6o. Del 1 de enero de 1983, hasta ahora, período de vigencia de los artículos 2116, 1916 y 1916 bis del código civil de 1932.

4.2.- PRIMERO Y SEGUNDO PERIODOS EN QUE ESTUVIERON VIGENTES EL CODIGO CIVIL DE 1870, EL CODIGO PENAL DE 1871 Y EL CODIGO CIVIL DE 1884.

La comisión encargada de redactar el código penal de 1871, estimó que fuera conveniente que en materia de responsabilidad civil, es decir, el nacimiento de las obligaciones que se originan por los hechos ilícitos, fuera regulada por el código penal. Dicha comisión no siguió el sistema del derecho francés y prefirió reglamentar el código penal la responsabilidad civil nacida del delito. Por esta razón, el código civil de 1870 y posteriormente el de 1884, solo contiene algunos preceptos aislados respecto a la responsabilidad civil, preferentemente sobre la responsabilidad contractual, cuyas reglas son en muchos casos, aplicables a la responsabilidad extracontractual, sobre todo a la forma de reparación del daño, pero las fundamentales las encontramos en el código penal de 1871.

El código penal de 1871, estableció como regla general, que solo los daños y perjuicios patrimoniales son estimables, además, cuando se reclame el valor de una cosa se pagara, no el de afección, sino el común que tendría (artículos 315 y 316, con las excepciones que se señalarán posteriormente). Asimismo, en la exposición de motivos del mencionado código, se manifiesta que en el caso de estupro, la víctima del delito no tiene derecho a exigir ningún tipo de reparación pecuniaria a título de daños y perjuicios por que sería indigno traducir en dinero la honra y el decoro de la mujer estuprada.

Sobre el particular, el Licenciado Antonio Martínez de Castro, Presidente de la Comisión Encargada de Formar el Código Penal de 1871, indica que con respecto al estupro, "la práctica de nuestros tribunales en materia de estupro ha desechado desde tiempos muy remotos, las penas durísimas que establecen las antiguas leyes españolas y en lugar de ellas adoptó las disposiciones de derecho canónico conforme a las cuales se obliga al estuprador a casarse con la estuprada o dotarla, imponiéndose en este segundo caso alguna otra pena ligera. Todo esto se prohíbe expresamente en el artículo 312 del Proyecto, como lo hizo Don Fernando IV, Rey de las Dos Sicilias en su edicto de 1779, sobre estupro, por que la disposición del derecho canónico, es notoriamente injusta. En

efecto, hay injusticia, porque suponiendo que el estupro fuera delito, en todo caso, que no lo es sino en algunos, sería tan delincuente la estuprada como el estuprador y no habría justicia para premiar a aquella y a castigar a éste, obligandolo a casarse o adoptarla. Esto, además, serviría de estímulo para el delito y expondría a la inocencia, porque como dice el señor Gutiérrez: "Si una doncella espera conseguir por el sacrificio de su inestimable pudor, la mano del sujeto a quien ha hecho dueño de su corazón, ¿no es fácil que condescienda con lo que más debiera detestar, que procure poner a su amante en el riesgo de solicitar su mayor favor y que tal vez insinúe astutamente su solicitud?, ¿no es fácil que los padres, creyendo ventajoso para su hija, el matrimonio, se hagan cómplices en el delito con su tácita aprobación, cerrando los ojos, que siempre deben tener abiertos? Por otra parte, un enlace contraído por la fuerza, un matrimonio que ha tenido por origen la falta de pudor y de recato de una mujer, la desgracia de ambos cónyuges y de sus hijos es el resultado de esto y no puede producir sino desamor y desprecio en el marido; porque no puede ser casta esposa, ni buena madre, la que ha sido antes liviana, como lo tiene acreditado un constante y dolorosa experiencia.

"Si, como se ha dicho, la estuprada no es inocente del estupro, y éste se comete con toda su voluntad, es

claro que no tiene derecho a exigir ninguna otra reparación pecuniaria a título de daños y perjuicios, ya que para pagar con dinero una cosa tan inestimable como la honra, es degradarla y envilecerla, ya también por que no puede quejarse de injuria ni de daño el que ha dado su consentimiento, según aquellas dos reglas de derecho y de sana razón que dicen: "Qui - damnun sua culpa sentit damnun sentire non veditur". El artículo 372 del código penal de 1871 equipara la violación con el estupro en cuanto a reparación de daños y perjuicios, y esto acaso aparecerá a primera vista injusto, pero no lo es en realidad, porque si bien es cierto que falta la voluntad de la mujer violada, eso mismo lo haría mas infeliz en el matrimonio que contrajera con el que la violó y este resultaría premiado; pues conseguiría con su delito la mano de una mujer de que no era digno y que tal vez había solicitado en vano. Más no por eso se crea que ha de quedar impune el delincuente, puesto que sufrirá la pena corporal que está señalada en el capítulo respectivo del proyecto". (39). Verbigracia el artículo 312 del código penal de 1871 dice:

"Artículo 312.- En los casos de estupro o de violación de una mujer, no tendrá ésta derecho para exigir como reparación de su honor que se case con ella o la dote el que la haya violado o seducido".

De lo anterior, se aprecia que el multicitado código

(39) Sánchez Cordero, Jorge.- El Daño Moral en Estudios Jurídicos que en Homenaje a Manuel Soriano presenta la Universidad Iberoamericana. Editorial Porrúa, S.A. México, 1969. Págs. 736 y 737.

no reconoce el daño moral por regla general. Sin embargo, se admite como excepción para el caso de que se destruyere o deteriorare una cosa con el exclusivo fin de lastimar el valor de afección o el puramente estimativo que tuviere el dueño de la misma. En ese supuesto el responsable del daño (delito) debería de pagar, además de su valor comercial, hasta una tercera parte más del común. Además el mismo código penal reconoce el daño moral por lesiones a la integridad física de la persona humana que afectare su estética, independientemente de una incapacidad laboral. Asimismo, los delitos contra el honor (difamación, injuria, calumnia) se regió su reparación, disponiendo que para restablecer los derechos lesionados (prestigio, honor, honra) se hiciera una publicación de la sentencia condenatoria por dichos delitos. Todo ello lo establecían los artículos 317 y 323 del código penal de 1871, que a la letra dicen:

"Artículo 317.- El caso en que se prueba que el responsable se propuso destruir o deteriorar la cosa, precisamente por ofender al dueño de ella en esa afección, entonces se valorará la cosa atendiendo al precio estimativo que tenía atendida esa afección sin que pueda exceder de una tercera parte más del común".

"Artículo 323.- Si los golpes o heridas causaren la

pérdida 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 solo a los daños y perjuicios, sino además a la cantidad que como indemnización extraordinaria le señale el juez, atendiendo la posición social y sexo de la persona, y a la parte del cuerpo en que quedare lisiada, baldada o deforme".

Ahora bien, los códigos civiles de 1870 y 1884, establecieron como causa de responsabilidad civil: I.- Falta de cumplimiento de un contrato.- responsabilidad contractual; II.- Actos y omisiones que están sujetos expresamente a ella por la ley.- responsabilidad extracontractual; (artículo 1574 del código civil mexicano 1870 y 1845 del código civil mexicano de 1884). Ya se indicó que ambos códigos civiles no contaban sino con preceptos aislados; la sistematización se vació en el código penal de 1871, por las razones que anteriormente se esgrimieron.

El código civil de 1870 fue seguido en esta materia por el código civil de 1884, en sus artículos 1587 y 1471 respectivamente, se reconoció el daño moral, al que nos referimos.

"Artículo 1471.- 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 el valor común de la cosa".

El precepto transcrito se encuentra colocado dentro de la responsabilidad civil contractual, por lo que se deduce que existía la posibilidad de indemnización del daño moral por incumplimiento de obligaciones contractuales, completando la reglamentación del código penal en relación a lo hechos ilícitos.

Cerrando estos dos periodos, puede afirmarse que el código penal de 1871 admitía como excepción la reparación del daño moral, haciéndose notar, la vinculación de este daño con el patrimonial, dado que la indemnización del primero, estaba subordinada en función del segundo, es decir, del patrimonial. Además en materia contractual según los códigos civiles de 1870 y 1884 podría repararse el daño moral por incumplimiento de obligaciones convencionales, apreciándose el mismo criterio de valorización regulado por la ley penal.

4.3.- TERCER PERIODO EN EL QUE ESTUVIERON VIGENTES LOS CODIGOS CIVIL DE 1884 Y PENAL DE 1929.

Analizaremos únicamente el código penal de 1929, en virtud de que el código civil de 1884 ya lo tratamos junto con el código civil de 1870 y el código penal de 1871, en el inciso anterior.

El código penal de 1929 reglamentaba ampliamente en su libro segundo de la reparación del daño, así, de esta manera, su artículo 301 se ocupaba del daño moral, estableciéndose lo siguiente:

"Artículo 301.- Los perjuicios a que se refiere el artículo anterior (causados por delito) son de dos clases:

I.- Los materiales, sufridos por el ofendido o sus herederos como consecuencia del delito, y

II.- Los no materiales causados en la salud, honra, reputación y en el patrimonio moral del ofendido o de sus deudos".

Además de esta mención expresa del daño moral (daños no materiales, patrimonio moral) el propio código en su artículo 304 decía:

"Artículo 304.- En los casos de raptó, estupro o violación, la mujer ofendida tendrá derecho a exigir a su ofensor, como indemnización, que la dote con la cantidad que determine el juez, de acuerdo con la posición social de aquella y con la condición económica del delincuente".

Igualmente el código penal de 1929 acepta la reparación del daño de afección en su artículo 331, solo cuando el delincuente se propuso ofender al dueño de la cosa dañada precisamente en su afección.

Puede concluirse que el citado código penal, con razonamiento científico, entendió el daño en la acepción moderna, es decir, en su doble manifestación; por una parte objetiva.- Afectación de los bienes económicos.- Y por la otra subjetiva.- Afectación del patrimonio moral de las personas.

4.4.- CUARTO PERIODO EN EL QUE ESTUVIERON VIGENTES LOS CODIGOS CIVIL DE 1884 Y PENAL DE 1931.

Nos concretaremos únicamente al estudio del código penal de 1931.

Es necesario hacer mención que el código penal de 1931, no presenta armonía ni sistematización al tratar la materia de responsabilidad proveniente del hecho ilícito civil

que se sanciona en materia penal, como lo hizo el código de 1871, y la razón quizá se debió a que los legisladores de este código, laboraron en concordancia con los redactores del código civil de 1870, unificando criterios y observando más a fondo el problema de la responsabilidad, en cambio, los legisladores del código penal de 1931 trabajaron en forma aislada en virtud de que el código civil de 1928.- Así llamado porque en ese año fue dado a conocer, no obstante, como ya lo apuntamos entró en vigor hasta el 10 de octubre de 1932.- se había confeccionado desde 1926 y por lo tanto faltó claridad a la Comisión Redactora, al menos en esta materia, del código penal que actualmente nos rige.

En relación a la proposición que nos ocupa, el invocado código penal nos dice, como si lo hizo el código penal de 1871 en que consiste la responsabilidad civil proveniente del delito, sino que, directamente, habla de la reparación del daño, así como la indemnización del daño material o moral causado a la víctima o a su familia, en su artículo 30, a saber:

"Artículo 30.- La reparación del daño comprende:

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

Al respecto, Jorge Sanchez Cordero nos indica que "se admitió la innovación de incluir el daño moral, a sabiendas, como lo expresó Luis Garrido, de que la naturaleza de esta especie de daños hace que su reparación sea de una índole peculiar, puesto que el honor y la reputación están fuera del comercio, y si se cotizan en dinero, dejan de ser valores propiamente morales pues si bien es cierto que en verdad no hay valorímetro para el daño moral, la Comisión quiso que en esos casos, lo que se estimase en relación con el daño moral fuese su reparación económica". (40).

Ahora bien, el código penal de 1871, determinaba en que consistía la reparación del daño moral; el código penal vigente en cambio, deja al arbitrio del juzgador la fijación de la reparación, según el daño que sea necesario reparar, de acuerdo con las pruebas desahogadas en el proceso y tomando en cuenta también la capacidad económica del obligado, tal y como lo establece el artículo 31 del actual código, al decir:

"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 la capacidad económica del obligado a repararlo".

Finalmente J. Sánchez Cordero, alude al artículo 264 del código penal vigente, disposición que establece que "la reparación del daño, en los casos de estupro, comprenderá el pago de alimentos a la mujer y los hijos, si los hubiere. Dicho pago se hará en la forma y términos que la ley fija para los casos de divorcio".

Sin embargo, ésta está incluida en la fracción II del artículo 30 citado y por interpretación se podría aplicar la reparación comprendida en el artículo 264. De todas maneras, hubiera sido más conveniente dejar el artículo como estaba el 304 del código de 1929. (41).

El principio jurídico que sigue el código penal vigente, según los preceptos que hemos transcrito, en relación al daño moral, podemos afirmar que el código le da independencia a esta categoría de daño lo desliga del daño patrimonial, quedando al prudente arbitrio del juez, la indemnización por el daño moral, aún cuando no exista un daño patrimonial causado por el delito; sin embargo este código no contiene ninguna orientación clara sobre el sistema a seguir para la reparación del daño moral, ni nada que haga conocer el criterio de sus redactores.

(41) Sánchez Cordero, Jorge.- Op. Cit. Pág. 742.

4.5.- QUINTO PERIODO EN EL QUE ESTAN EN VIGENCIA LOS CODIGOS
PENAL DE 1931 Y CIVIL DE 1928.

Es preciso aclarar que en este periodo solo nos referiremos al código civil de 1928, para el Distrito Federal, anterior al Decreto de Reformas y Adiciones a dicho ordenamiento legal, es decir, analizaremos los artículos 143, 1916 y 2116, del propio código hasta el 31 de diciembre de 1982, fecha en que fueron reformados los dos últimos preceptos citados; posteriormente en el inciso siguiente abordaremos los artículos 1916, 1916 bis y 2116 que entraron en vigor el 1.º de enero de 1983.

El código civil de 1928 entró en vigor el 1.º de octubre de 1932, pero fue promulgado y publicado en 1928. El código hace alusión al daño moral en tres de sus artículos; en el 2116 y 1916 cuantifica la reparación en proporción al daño patrimonial; en cambio en el 143 deja el importe de la indemnización al prudente arbitrio del juez, sin relacionarlo con el posible daño económico; este último ordena lo siguiente:

"Artículo 143.- El que sin causa grave, a juicio del juez, rehusare cumplir su compromiso de matrimonio o difiera indefinidamente su cumplimiento, pagará los gastos que la otra parte hubiere hecho con motivo del matrimonio proyectado.

En la misma responsabilidad incurrirá el prometido que diere motivo grave para el rompimiento de los esponsales.

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 publicación 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.

La indemnización será prudentemente fijada en cada caso por el juez, teniendo en cuenta los recursos del prometido culpable y la gravedad del perjuicio causado al inocente."

El código de 1928 siguió los lineamientos generales del código de 1884, en su libro IV, capítulo primero. En efecto, en materia de daño moral, en su artículo 2116, siguió al 1471 del código de 1884, haciendo referencia a la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones, el precepto establece lo siguiente:

"Artículo 2116.- (Anterior al decreto de reformas al código civil para el Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1982). Al fijar el valor y el deterioro de una cosa, no se atenderá al

precio estimativo o de afectación, a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con el objeto de lastimar la afectación del dueño; el aumento que por estas causas se haga, no podrá exceder de una tercera parte del valor común de la cosa".

Se advierte, que el precepto transcrito acepta la reparación por daño moral, con un criterio limitado, condicionada a la existencia previa de un daño patrimonial, pues solo en torno de éste se establecen las bases de indemnización, calculada hasta una tercera parte del valor económico.

Por otra parte, el artículo 1916 del código de 1928 trata de la reparación civil del daño moral en las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos; que estatuye:

" Artículo 1916.- (Anterior al decreto de reformas al código civil para el Distrito Federal, publicadas en el Diario Oficial de las Federación el 31 de diciembre de 1982). 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. Esta indemnización no podrá exceder de la tercera parte

de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el artículo 1928".

Examinemos el presente artículo y veamos hasta que punto nuestro código civil de 1928 acogió las doctrinas modernas del daño moral.

Sobre este particular, manifestamos que la redacción del artículo invocado (artículo 1916) es azas limitativo, por diversas causas: posiblemente la más importante sea la que nuestro código como regla general (excepción el artículo 143 del código civil relativo a la indemnización de la víctima derivada de los responsables) no aceptó la reparación del daño moral, cuando no se involucran bienes patrimoniales de la víctima; por lo tanto es condición Sine quan non que se produzca un afecto patrimonial, por lo que se aprecia que nuestros legisladores siguieron un sistema de los llamados mixtos, arduamente defendidos por Maynial y Esmein para quienes el perjuicio moral solo puede ser reparado en aquellos casos en que tiene un contragolpe material, teoría que analizamos en el segundo capítulo de este trabajo. ¿ Esto será la verdadera justicia que da valor al daño extrapatrimonial unido al patrimonial y no al daño moral solo? Definitivamente no entendemos la lógica

del legislador, quizá no comprendió en toda su magnitud la problemática del daño moral, conformándose con seguir la tradición de nuestros anteriores códigos en esta materia no desligando el daño moral del patrimonial.

A veces los daños extrapatrimoniales pueden ser de tal envergadura que exceden en importancia para la persona que los sufre a cualesquiera daños patrimoniales que le fueran inferidos, bien sea por la entidad de los mismos, bien por la estimación que personalmente puede hacer del bien espiritual lesionado, por ello cabe afirmar que es arbitrario el criterio adoptado por nuestra ley civil de cuantificar el daño moral limitándose a una tercera parte del importe del daño material. Es claro que el legislador le fijó al juez un límite para que apreciara "Libremente" la cuantía del daño moral, hasta una tercera parte del importe de la responsabilidad civil, no importándole la consideración del daño? Pero podrá realmente darse una indemnización equitativa? Si por equidad entendemos: "El criterio racional que exige una aplicación prudente de las normas jurídicas al caso concreto, tomando en cuenta todas las circunstancias particulares del mismo, con miras a asegurar que el espíritu del derecho, sus fines esenciales y sus principios supremos prevalezcan sobre las exigencias de la técnica jurídica". (42). Es indudable que en determinados casos, el juez dentro de la "libertad

(42) Preciado Hernández, Rafael. - Lecciones de Filosofía del Derecho. Editorial Jus. México, 1963. Pág. 37.

restringida " de que goza, podrá acordar una indemnización equitativa, mas no lo será en su gran mayoría porque precisamente la " libertad " del juzgador se encuentra encasillada al máximo por el legislador, quedando así sacrificada en muchas ocasiones la justicia.

Pasando a otra restricción que contiene el artículo 1916 (antes de las reformas y adiciones de fecha 31 de diciembre de 1982) podemos afirmar que solo se puede intentar acción de indemnización por daño moral, cuando éste sea consecuencia de un hecho ilícito, es decir, nuestro código en esta materia (daño moral) se inspiró únicamente en la teoría de la culpa y como consecuencia lógica descartó toda reparación del daño moral cuando su fuente proviene de responsabilidad objetiva o riesgo creado.

Creemos con toda sinceridad que los redactores del código civil no se percataron que el daño moral puede tener una fuente no solamente en un hecho ilícito, sino también en una responsabilidad objetiva. Si partimos de la base de que el riesgo creado o responsabilidad objetiva, puede producir afectaciones que lesionen el patrimonio moral de una persona ? Por que no aceptar la reparación del daño moral? Estimamos que cuando se habla de reparación del daño no se debe tener en cuenta para su resarcibilidad la fuente que lo

produzca.- Contractual, responsabilidad objetiva, hecho ilícito.- sino su repercusión en el patrimonio de la víctima, considerando que en variadas circunstancias, además de los daños materiales, se causan, sean dependientes o independientes de los primeros, afectaciones en el patrimonio moral de la víctima. Concluyendo al limitar la reparación del daño moral a los casos de acto ilícito, adquiere el carácter de pena privada, pues no repara propiamente el daño moral, sino que viene a castigar la culpa o negligencia del autor del daño.

Por otro lado, el artículo 1916 (antes de la reforma multicitada) en su parte final establecía: "Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el artículo 1928". Este último a su vez ordena: "El Estado tiene obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria, y solo podrá hacerse efectiva contra el Estado cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado". En efecto responde de los daños patrimoniales, ¿Por que no ha de hacerlo con los daños de naturaleza moral? Siguiendo una misma línea de conducta, porque si las personas tanto física como jurídicas responden de estos daños, el Estado como persona jurídica que

lo es? Por qué no ha de reparar el daño moral?, será porque nunca comete este tipo de daños, evidentemente que no. Estimamos que esta exclusión del Estado para reparar el perjuicio extrapatrimonial, más que una razón jurídica que no encontramos, se trata de un argumento político.

Por todo lo anterior, podemos afirmar que nuestro código civil de 1928 al igual que sus predecesores en todas y sus diversas disposiciones a que nos hemos referido, sobre todo el artículo 1916 del código civil vigente.- recuérdese antes de las reformas que sufrió el mismo.- pecan de una gran incertidumbre en donde la institución del daño moral cumple una función fragmentaria por la desigualdad del tratamiento del daño civil y penal a que ya hemos hecho mención. No era posible esquivar este problema; o el daño moral es un daño en sentido jurídico cuya consecuencia lógica consiste en que debe resarcirse en todos sus casos, o no es tal daño y entonces su resarcimiento constituye un enriquecimiento a lo que es más lamentable, se convierte en una pena privada. En efecto, la reparación del daño moral debía organizar un instrumento capaz de proporcionar una protección adecuada de los valores espirituales.

Finalmente, la institución del daño moral debe funcionar con todas sus conecunecias, sin limitaciones,

porque si no, resultará que existe cuando no es precisa y no existirá cuando resulta necesaria.

4.6.- DEL 1o- DE ENERO DE 1983, HASTA AHORA, PERIODO DE VIGENCIA DE LOS ARTICULOS 2116, 1916 Y 1916 BIS DEL CODIGO CIVIL DE 1932.

A la luz de las ideas anteriormente trazadas, en esta última parte del presente trabajo, nos avocaremos a dos cuestionamientos que consideramos fundamentales: En la primera de ellas estudiaremos las reformas al código civil para el Distrito Federal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1982, mediante los cuales se modificaron los artículos 1916 y 2116 del mismo ordenamiento y se adicionó un precepto más en esta materia del daño moral, el 1916 bis; y en la segunda expondremos qué sistema o qué sistemas a nuestro juicio protegen de una manera integral los derechos extrapatrimoniales de la persona humana.

En cuanto al primer planteamiento creemos conveniente analizar cómo se llevó a cabo el proceso legislativo de la multicitada reforma; en efecto, trataremos la iniciativa presidencial; y los dictámenes de la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados y del Senado de la República.

De acuerdo con la iniciativa presidencial se manifiesta la necesidad de " adecuar las normas relativas a la responsabilidad civil que produce el daño moral, por ser imprescindible la existencia de una vida accesible y expedita para resarcir los derechos cuando sean ilícitamente afectados"..... señalando que la modificación "contribuirá a completar el marco que nuestras leyes establecen para lograr una convivencia en la que el respeto a las libertades no signifique la posibilidad de abusos que atenten contra las legítimas afecciones y creencias de los individuos ni contra su honor o reputación.

Precisa también que la reparación del daño extrapatrimonial se logra " a base de una compensación pecuniaria, de libre apreciación por el Juez... este principio es unánimemente admitido por las legislaciones y por la jurisprudencia, desechando los escrúpulos pasados en valorar pecuniariamente un bien de índole espiritual.

Afirma además que, en materia de responsabilidad por daño moral, es necesario ampliar las hipótesis para la procedencia de la reparación. "Lo anterior -puntualiza- es particularmente importante en los casos en que a través de cualquier medio, incluyendo los de difusión se ataca a una persona, atribuyéndole supuestos actos, conductas o

preferencias, consideradas como ilegales o violatorias de los valores morales de la sociedad.

Resalta igualmente que el código civil al señalar que la reparación del daño moral puede invocarse exclusivamente en aquellos casos en que vaya unido a un daño material o patrimonial y al limitar el monto de la indemnización a la tercera parte del daño pecuniario "traza márgenes que en la actualidad resultan muy estrechos y que las más de las veces, impiden una compensación equitativa para los daños extrapatrimoniales". (43).

Esto es lo que se lee en la iniciativa presidencial: Con fecha 2 de diciembre de 1982, el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, sometió al Congreso el Proyecto de Reformas proponiendo el siguiente artículo.

"Artículo 1916.- Por daño moral se entiende la lesión que una persona sufre en sus derechos de la personalidad, tales como sus sentimientos, afecciones, creencias, decoro, honor, reputación, secreto de su vida privada e integridad física, o bien, en la consideración de sí misma.

Cuando un acto u omisión ilícitos produzcan un daño

(43) Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. LII Legislatura. Proceso Legislativo de la Iniciativa Presidencial de Reformas a los artículos 1916, 2116 del Código Civil para el D.F. en materia común y para toda la República en materia federal. México, 1983. Págs. 7 y siguientes.

moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante un pago compensatorio en dinero.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por actos entre vivos y solo para los herederos de la víctima si existe litispendencia.

El monto del pago compensatorio lo determinará el juez en forma prudente, tomando en cuenta los derechos lesionados, la intencionalidad o el grado de culpabilidad del agente, la situación económica del responsable y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor o reputación, el juez ordenará, con cargo al demandante, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere conveniente. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original".

"Artículo 2116.- Al fijar el valor y 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, se determinará conforme a lo dispuesto por el artículo 1916".

A la Comisión de Justicia de la H. Cámara de Diputados le fué turnada para su estudio y dictamen la iniciativa del Ejecutivo Federal.

La Comisión de Justicia indicó en sus considerandos que era loable el establecimiento de una "responsabilidad jurídica integral, ajustada a los requerimientos presentes de la vida en sociedad, que asegure a la persona que sufra daños -materiales o morales- originados por la conducta del otro, una reparación equitativa". (44).

La comisión citada, considera procedente la iniciativa, pero la adicionó, la cambió y creemos que la mejoró en la siguiente forma. El proyecto de derecho dice así:

"Artículo 1916.- Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus funcionarios conforme al artículo 1928, ambas disposiciones del presente código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y solo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados; el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que

el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios de información, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original. Artículo 2116.- (transcribiremos solo las palabras que variaron del proyecto original)".... afecto los sentimientos o afectos...."

El Proyecto de Decreto presentado por la aludida Comisión fué objeto de calurosos debates; el primer orador Gabriel Salgado Aguilar, miembro del Partido Acción Nacional indica que con las propuestas reformas al código civil se pretende objetivizar lo subjetivo, en virtud de que no se puede medir la dimensión del afectado; además existe imposibilidad de tasar o cuantificar en dinero, las creencias, el decoro, el honor, los sentimientos, la reputación, etc.

En consecuencia de lo anterior, el Partido Acción Nacional impugnó el Proyecto de Reformas con dos argumentos; uno de carácter legal y el otro de carácter político y social. Desde el punto de vista jurídico afirmaron que dichas reformas son inconstitucionales, son violatorias de los artículos 5o, 6o, 7o, 16, y 21 de la Carta Magna, así como también se violan los artículos 85 y 91 de la Ley de Responsabilidades de Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito

Federal y de los altos funcionarios del Estado; y por otro lado, desde el punto de vista político y social, el dictámen constituye un absurdo y adolece de graves incongruencias. Analicemos sus argumentos.

En el primero de los casos, -en el ámbito legal- manifiesta el Partido Acción Nacional que con las ilusorias reformas se viola el artículo 5o. Constitucional, precepto que establece la libertad de ocupación, oficio, profesión y por tanto el proyecto de reformas estaría atentando y limitando las actividades de los "encargados de la información y difusión de esas personas que tienen... el encargo de publicar y denunciar todo aquello que se considere a su juicio y conocimiento indebido y con lo cual... afectaría a la susceptibilidad de los presuntos servidores públicos que con toda seguridad resultarían los ofendidos..."

Igualmente, señalan que se viola el artículo 6o. Constitucional, que se refiere a la libre manifestación de las ideas y en el caso presente para algunos esa manifestación de ideas "nos parezcan justas y además lícitas, para cierto sector con mucha susceptibilidad en sus sentimientos, esto podrá constituir una afectación a sus sentimientos, decoro, afecto...etc."

Asimismo, puntualizan que se viola el artículo 16 Constitucional, mismo que establece la garantía de legalidad, es decir, ninguna persona puede ser molestada en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sino en virtud de mandato escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. Hace notar que si bien es cierto puede llegar a existir fundamento legal, en caso de aprobarse el dictamen; sin embargo, "en ningún momento esos artículos están dando los elementos al juzgador para que en su oportunidad pudiesen motivar dicha resolución que carezca de razonamiento, que carezca de motivación... será anticonstitucional y violará flagrantemente el artículo citado... además en ningún momento especifican las reformas elementos objetivos... se estaría dejando al arbitrio del juzgador y a las circunstancias del ofendido y del presunto responsable la cuantificación del daño moral en dinero, separadamente del daño material..."

Por otra parte, arguyen que también se viola el artículo 21 Constitucional, recientemente reformado con el "espíritu de no castigarse la pobreza, sino la falta o el ilícito que se comenta y en el caso que nos ocupa, puede suceder que un... jornalero o un trabajador... se vea condenado no solamente a la reparación del daño moral en dinero... además tendría que verse obligado a la publicación

en los diarios.... de un extracto de la sentencia, que se haya dictado;... con lo que un jornalero, un obrero..... no podría cumplir con dicha condena.... esta circunstancia afecta sustancialmente el espíritu del artículo 21 Constitucional...."

Por último, el Partido Acción Nacional, precisa que se violan los artículos 85 y 91 de la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios, en virtud de que un "ciudadano se limitará y quizá desistirá a hacer las denuncias de enriquecimiento inexplicable de funcionarios, políticos y la acción popular concedida por el artículo 91 de dicha ley será... nugatoria...."

En cuanto al carácter político social consideró el referido Partido, que con la iniciativa de reforma se pretende "acordar o constituir una mordaza gravemente atentatoria a los derechos elementales e inalienables de la libertad de expresión y también se.... pretende constituir una patente de corso para cualquier presunto servidor público o persona, para acallar cualquier medio de difusión con la amenaza de una demanda civil..." (45).

A nuestro modo de ver las cosas, los argumentos, jurídicos y políticos-sociales, esbozados por el invocado

(45) Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. LII Legislatura. Op. Cit. Pág. 19 y siguientes.

Partido, durante la discusión del proyecto de reformas; no tienen una cimentación sólida, caen por su propio peso. Pensamos que el aludido proyecto, desafortunadamente no se comprendió debidamente, en forma cabal; no se pretende, desde luego, que la libertad de "ocupación", de "expresión", mueran; se entierren; no, eso no es el "quid" de la iniciativa de reformas, sólo se trata de reglamentar el daño moral de una manera distinta a como se venía regulando, rompiendo de raíz con la inercia de Derecho Mexicano en materia de protección de los derechos subjetivos de la personalidad, reconocidos en nuestra Ley Fundamental.

El verdadero espíritu de la iniciativa es buscar la autonomía del daño moral, no supeditándolo a la existencia del daño material o patrimonial, independizarlo tanto en su existencia como en su indemnización, suprimiendo el límite de una tercera parte del daño patrimonial como monto máximo de su reparabilidad.

Además, no obstante, el propósito de la iniciativa es, como todo propósito de reforma legal, el inducir y provocar una nueva conducta social, un cambio natural en la actividad del sujeto convirtiéndolo en más cuidadoso, más responsable a efecto de no incurrir en la causación de daños; materiales o morales. Esta circunstancia no se manifiesta como

violatoria de garantías constitucionales; ya que las mismas (artículo 5o., 6o., 11 etc.) tienen limitaciones siendo la principal y fundamental el legítimo derecho de los demás.

Por otra parte creímos conveniente haber transcrito la Iniciativa Presidencial y el Proyecto de Decreto de la Comisión de Justicia de la H. Cámara de Diputados, con el fin de detallar sus similitudes y precisar sus diferencias.

Por lo que respecta a la definición del daño moral, ambas comisiones estimaron plausible que el artículo 1916 del código civil, en su primer párrafo se enumeran las hipótesis del daño inmaterial (propiamente su definición), con el fin de dar al órgano jurisdiccional pautas objetivas para determinar la existencia del agravio a los derechos extrapatrimoniales de la personalidad... además resultaba necesario establecer qué se entiende por daño moral... a fin de que la víctima únicamente deba acreditar la realidad del ataque; y así el juez no tiene por qué confrontar la intensidad del dolo sufrido, en orden a que el propio dispositivo establece la categoría de los atributos de la personalidad, dignos de protección.... En esos términos, el daño moral es susceptible de medición no solo por la intensidad con la que es sufrido por la víctima sino también por su repercusión social, por la marca objetiva que deja en opinión, actitud y

conducta de los demás una vez provocado, por el cambio cualitativo notable y perceptible, en las interrelaciones sociales en las que el sujeto que las sufre es actor y por qué la compensación por la vía civil no solo restituye al individuo afectado y sanciona al culpable, sino que también fortalece el respeto al valor de la dignidad humana... (46) creemos que es más amplia la iniciativa presidencial a lo que establece la Comisión de Justicia, es decir, la primera tiene en sentido enunciativo, la segunda, en cambio prevalece un criterio limitativo. Es muy difícil juzgar cuál de los dos conceptos nos parece el más adecuado, lo que sí podemos afirmar es que sería más atinado dejar que la jurisprudencia conforme a la práctica judicial y la conciencia jurídica determinara el concepto de daño moral. De cualquier forma nuestro legislador recogió las definiciones más contemporáneas sobre el particular.

Por otra parte, incorporó la Comisión de Justicia de manera expresa la obligación de reparar el daño moral, tanto en la responsabilidad extracontractual, como en la responsabilidad contractual, además en la iniciativa presidencial no se previó la reparación de esta clase de daños cuando deriva del uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas, a que alude el artículo 1913 del código civil, ya que el segundo párrafo del artículo 1916 de

(46) Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. LII Legislatura. Op. Cit. Págs. 74 y 75.

la propia iniciativa se menciona "Cuando un acto u omisión ilícito produzca un daño moral....." y recordemos que en la responsabilidad objetiva o riesgo creado la conducta es siempre lícita. Estamos de acuerdo con la Comisión de Justicia que aceptó la reparación del daño extrapatrimonial cuando deriva del artículo 1913 del código civil.

Igualmente, la Comisión de Justicia hizo mención expresa que tanto el Estado como sus funcionarios que produzcan un daño moral deben de repararlo. En cambio, en la iniciativa no se estableció de manera expresa; sin embargo, creemos que en la misma también el Estado y sus funcionarios debían de reparar el daño moral, en virtud del principio de derecho que dice: Donde la ley no distingue, el intérprete no tiene porque distinguir y al no especificar o prohibir que el Estado repare los citados daños se entiende que cualquier persona está sujeta a su indemnización. Posiblemente la técnica-jurídica de la iniciativa en este sentido sea más avanzada, pero para evitar interpretaciones claramente se estableció que las aludidas personas responden de esos daños.

Cabe, finalmente hacer otra observación, en la iniciativa presidencial se establece que cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, reputación, honor, etc., el juez ordenará con cargo al demandado la publicación

de un extracto de la sentencia, es decir, es de oficio, en cambio, más atinadamente la comisión multicitada introdujo que la publicación de la misma no sea de oficio sino a petición de parte, ya que en muchas ocasiones la víctima que sufrió el daño no quiere darle más publicidad al asunto.

Por último, nos resta analizar el dictámen de las Comisiones del Senado de la República.

Las Comisiones del Senado de la República estimaron pertinente acoger a todos los términos de la minuta del Proyecto de Decreto de la legisladora por lo que toca a la reforma de los preceptos 1916 y 2116; no obstante, consideró que era "necesario aceptar las sugerencias nacidas en el seno de las comisiones unidas Segunda de Justicia y Segunda de Gobernación, compartidas por sus integrantes... y proponer la adición de un nuevo artículo, el 1916 bis, que deja plenamente aclaradas dudas de orden teórico que pretenden dar lugar a que se piense impropriamente que la reforma del artículo 1916 podrá demeritar las libertades de opinión, crítica, expresión e información que tan celosamente ha tutelado el Estado Mexicano, el que siempre ha considerado que constituye la base, condición de todas las demás formas de libertad, sugerencias que integran el texto de dicho artículo 1916 bis..." con dicha adición las comisiones consideran que se

disipan todas las dudas que de una forma u otra "hubieren podido menoscabar la intención de la reforma". (47). El artículo 1916 bis quedo como sigue:

"Artículo 1916 bis. - No estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derecho de opinión, critica, expresión e información, en los términos y con las limitaciones de los artículos 6o. y 7o. de la Constitución General del la República.

En todo caso, quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta."

Siguiendo con el proceso legislativo que establece nuestra Constitución, fue turnada, de nueva cuenta a la Comisión de Justicia la minuta del Proyecto de Decreto de la H. Cámara de Senadores para su discusión.

Nuevamente el Partido Acción Nacional, que inconforme con la reforma propuso que se hiciera una modificación al artículo 1916 bis, para quedar así: "No podrá ser demandada por daño moral toda persona que ejerza sus derechos de denuncia". La proposición fue desechada.

(47) Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. LII Legislatura. Op. Cit. Págs. 78, 79 y 80.

La adición del artículo 1916 bis, jurídicamente opinamos que no se justifica. La técnica y la conciencia jurídica no lo pueden aceptar, el agregado obedeció sin lugar a dudas a la inquietud por parte de los medios de información que sintieron amenazada su libertad de expresión, opinión y crítica. Indudablemente que la reforma se entendió en otro sentido, tan es así que en ciertos encabezados de los periódicos de esta Ciudad, se leían ideas como: "La Ley moral atenta contra las libertades de expresión" (48); Ley sobre daño moral privilegio para quienes detentan el poder... En caso de aprobarse, no se podrán conocer fallas del Gobierno..." (49); "La S.I.P. (Sociedad Interamericana de Prensa) protesta ante M.M.H. por la Ley del daño moral" (50); "Eximen de daño moral a periodistas, el Senado" (51); "Proyecto de reformas al Código Civil; nueva figura: Daño moral..." (52) etc.

Las reformas al código civil no deben entenderse como un riesgo a la libertad de expresión o como una amenaza atentatoria a los medios de comunicación, el verdadero sentido de ellas es la protección del ser humano, no solo en su patrimonio material, sino sobre todo, también en sus derechos

(48) Zetina C., Guillermo.- La Ley moral atenta contra la libertad de expresión. El excelcior. 15 de diciembre de 1982. México.

(49) Martínez Maurice, Jorge.- Ley sobre el daño moral. Privilegio para quienes detentan el poder. El Heraldo de México. 17 de diciembre de 1982. México.

(50) Arroyo, Francisco.- La S.I.P. protesta ante M.M.H. por la Ley del daño moral. El Heraldo de México. 18 de diciembre de 1982. México.

(51) Hernández López, Julio.- Exime de daño moral a periodistas el Senado. Uno más Uno. 28 de diciembre de 1982. México.

(52) Gutiérrez R., Luis.- Proyecto de reformas al Código Civil. Nueva figura: daño moral. Uno más Uno. 16 de diciembre de 1982. México.

extrapatrimoniales, como valores inherentes a la propia naturaleza humana. No se trata de una figura jurídica nueva como lo aseguraban los medios de información -ya que existía en el Derecho Mexicano- pero su reglamentación jurídica era diferente, no se protegían de manera efectiva los derechos inmateriales, se hacía necesaria una reforma al respecto.

El artículo 1916 bis, sentimos que es superfluo, no era necesario, ya que la persona que ejerza sus derechos de información, opinión y crítica dentro de los lineamientos constitucionales, no será responsable, pero si atenta contra la vida privada, ataca a la moral, la paz pública, los derechos de tercero y además de ello, lesiona a una persona en sus sentimientos, creencias, decoro, honor, etc., el responsable tendrá la obligación de reparar el daño moral.

Además en la segunda parte de este artículo se precisa que quien demande la reparación de un daño moral, deberá acreditar la ilicitud del demandado y el daño que le hubiere causado; esta afirmación se sobreentiende, no solamente en el daño moral se tiene que probar plenamente esta hipótesis para que se tenga derecho a indemnización; esta clase de daños, esto mismo sucede también con los daños patrimoniales.

En definitiva es un artículo temeroso; parece decirnos existe el daño moral pero debe de acreditarse plenamente, esto es obvio, entonces ¿cual fué la razón de este artículo? Jurídicamente no lo encontramos, políticamente quizá para acallar a los medios de información. Por tanto sería deseable suprimir este artículo.

Ahora bien, analicemos la segunda cuestión que planteamos al iniciar este inciso; esto es, que sistema o que sistemas jurídicos, al nuestro juicio resarcen de una manera efectiva los daños extrapatrimoniales. Como lo vimos en su oportunidad, la doctrina como la jurisprudencia en esta materia de resarcimiento de dichos daños; se encuentran divididas y esta circunstancia ha influido en los distintos ordenamientos jurídicos para reglamentarla.

Una observación general respecto de la posición mantenida en el problema objeto de esta cuestión, por los distintos ordenamientos o sistemas legales, nos lleva a comprobar la existencia de tres grupos: el primero, se trata de las legislaciones que adminten la existencia y reparabilidad de los daños extrapatrimoniales en forma general, sin restricción alguna, aunque sin precisar en qué supuestos, sobre qué bases y de qué manera deberán ser resarcidos, a este grupo pertenecen los derechos francés

e inglés, entre otros; el segundo mira con más cautela y reserva a los citados daños, ya que su reparación está sujeta al principio de que el daño inmaterial debe ser resarcido solo en los casos determinados por la Ley, en tal grupo pueden incluirse el derecho italiano, alemán, español, etc.; y por último en el tercero de ellos se encuentran las legislaciones que establecen expresamente en sus disposiciones legales la indemnización del daño moral, puntualizándose, en ellas su definición, en qué caso procede, sobre que bases se otorgará su indemnización, como se va a evaluar el daño, en fin, trata de agotar el tema amén de evitar interpretaciones que hagan dudar de su existencia y su reparabilidad. Aquí precisamente se encuentra nuestro derecho.

Es necesario hacer notar, que aun en los países que se admite la reparación de los daños morales "strictu sensu" o sea, los daños propiamente morales; cuando el daño moral se indemniza es por que se produce como consecuencia de un daño material o, por lo menos va ligado a éste; sin embargo, el derecho francés es uno de los que aceptaron desde muy temprano la reparación del daño extrapatrimonial sin limitaciones, sin necesidad de que exista un daño de carácter patrimonial o que al menos vaya unido a éste. Esta protección de los derechos inmateriales ciertamente no ha sido obra del legislador francés, la realidad de las cosas es que la reparación de

tales daños en este derecho, se debe de manera determinante a la actuación de sus órganos judiciales, es una creación indiscutible de la jurisprudencia.

En este segundo sistema podemos concluir que la institución del daño moral cumple una función fragmentaria por no constituir un instrumento idóneo para una mejor y más adecuada estimación y protección de los valores espirituales.

Creemos que sería mejor que el daño patrimonial aun dentro de límites conceptualmente más limitados pero prácticamente más eficaces, se extendiera a todo el campo jurídico para cumplir su función del resarcimiento íntegro del daño a la persona del daño moral.

Uno de los sistemas, representado por las legislaciones que ordenan expresamente la reparación de los daños morales, es el ordenamiento jurídico mexicano que ha preferido reglamentar de manera exhaustiva todo lo relativo al daño moral.

Por lo anterior, ¿era preciso especificar en un artículo todo lo concerniente al daño moral?, ¿no hubiera sido más conveniente que el artículo 1916 reglamentara el daño moral sin precisar hipótesis?

Pero entiéndase bien, cuando hablamos de daño moral no se trata de culpas, negligencias, imprudencias, intenciones, sino de reparar el daño moral, no se pretende castigar al autor del daño sino de satisfacer a la víctima que lo padeció independientemente de toda culpa.

Por último, esperamos que nuestro artículo 1916 no se quede en el olvido, como una obra empolvada, sino que tenga vida propia, no quedándose como un mero principio teórico, sino que se encamine en el terreno práctico de los tribunales, y que éstos dejen la puerta abierta a la institución del daño moral y no la olviden en el último resguardo de su conciencia.

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

PRINERA.- Se entiende por daño material o patrimonial, aquél que se traduce en una pérdida estimable pecuniariamente; en cambio los daños morales son aquellos que afectan a los bienes inmateriales de la personalidad, como la reputación, la salud, el honor.

SEGUNDA.- El daño material es con frecuencia tan difícil de evaluar como el daño moral, porque el juez no debe tomar en cuenta únicamente el valor intrínseco del bien desaparecido, sino el valor que presentaba para la víctima, sin embargo, los jueces no pueden apreciar en dinero la extensión del daño no pecuniario y que por consiguiente deben procurar un equivalente, así la función de la indemnización es satisfactoria.

TERCERA.- La valoración para la determinación de cada conducta compete a la idiosincracia y política legislativa de cada Estado, influido por la tradición, costumbres, usos, etc., La lleva a asegurar la tutela de los intereses particulares con la aplicación de sanciones penales a quien las viole; por lo tanto, lo ilícito civil y penal, figuran como dos graduaciones de intensidad determinable a través de las sanciones establecidas en cada ordenamiento jurídico,

es decir, no se trata de una exacta equivalencia real, sino solamente jurídica en donde entra la prudencia del juzgador para aplicar la correcta valoración equitativa.

CUARTA.- Cuando se afirma que el fin de la responsabilidad civil es el de garantizar la reparación de los daños y perjuicios causados a otro, nunca se ha pretendido decir que la víctima a nada tendrá derecho cuando no pueda obtener la reparación en especie, ya que con frecuencia tal reparación es irrealizable.

QUINTA.- Siguiendo el espíritu de nuestro código civil, de plena aceptación de la reparación del daño moral, encontramos a nuestro juicio contradictorio el artículo 2116, en virtud de que éste mira la intención, el deseo de dañar y no ver el perjuicio sufrido por la víctima. Los daños se miden y se reparan por el perjuicio causado y no por la culpa.

SEXTA.- Consideramos que es necesario derogar el artículo 1916 bis de nuestro código civil, por carecer de fundamento jurídico, ya que su inclusión fue la de acallar a los medios de comunicación.

SEPTIMA.- No estamos de acuerdo con el contenido del artículo 1916 de nuestro código civil, en el que se ha

establecido de esa manera el daño moral, ya que no era indispensable el haber hecho de ese artículo un tratado de derecho, habiendo bastado una declaración de carácter general, por lo que, proponemos el siguiente texto:

"Artículo 1916.- El daño moral será reparable independientemente de la fuente que derive, quedando su indemnización al prudente arbitrio del juez".

FUENTES DE INFORMACION
BIBLIOGRAFICA

- 1.- BEJARANO SANCHEZ, Manuel.- Obligaciones Civiles. Editorial Harla , Harper y Row Latinoamericana. 3a. Edición. México, 1980.
- 2.- BORJA SORIANO, Manuel.- Teoria General de las Obligaciones. Tomos I y II Editorial Porrúa, S.A. 3a. Edición. México, 1959.
- 3.- BORREL MACIA, Antonio.- Responsabilidades Derivadas de Culpa Extracontractual Civil. Editorial Bosch. 2a. Edición. Barcelona, 1958.
- 4.- CASTAN TOBERNAS, José.- Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo IV. Editorial Reus. 2a. Edición. Madrid, 1928.
- 5.- COLIN, Ambrosio.- Capitant Henri, Curso Elemental de Derecho Civil Tomo III, traducción de la última edición Francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Demofilo de Buen. Editorial Reus. Madrid, 1924.

- 6.- CUPIS, Adriano de.- *El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Traducción de la 2a. Edición Italiana por Angel Martínez Sarrion. Editorial Bosch. Barcelona, 1975.*
- 7.- CHIRONI, G.P.- *La Culpa en el Derecho Civil Moderno. Tomo II, traducción de la 2a. Edición Italiana por C. Bernaldo de Quiros. Editorial Reus. 2a. Edición. Madrid, 1928.*
- 8.- FISCHER A., Hans.- *Los Daños Civiles y su Reparación, Traducido por W. Roces, Librería General de Victoriano Suárez. 2a. Edición. México, 1974.*
- 9.- GIORGI, Giorgio.- *Teoría General de las Obligaciones en el Derecho Moderno. Tomo V, Traducida de la 7a. Edición Italiana por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Editorial Reus. Madrid, 1911.*
- 10.- JORS, Paul.- *Derecho Privado Romano, Traducción de la 2a. Edición Alemana por L. Prieto Castro, Editorial Labor. Madrid, 1937.*
- 11.- MAZEAUD, Henri; León.- *Compendio del Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictuosa y Contractual. Tomos I y II Traducción Directa de la última*

Edición Francesa por Carlos Valencia Estrada. Editorial Stylo. México, 1945.

12.- MESSINEO, Francesco.-Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomos I y IV, Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. 7a. Edición. Buenos Aires, 1955.

13.- PRECIADO HERNANDEZ, Rafaël.- Lecciones de Filosofía del Derecho. Editorial Jus. 2a. Edición. México, 1963.

14.- RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean.- Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol. Tomos IV y V. 6a. Edición. Buenos Aires, 1965.

15.- RUGGIERO, Roberto de.- Instituciones de Derecho Civil. Tomo II, Volumen I, Traducción de la 4a. Edición Italiana por Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro. Editorial Reus. Madrid, 1966.

16.- SANCHEZ CORDERO, Jorge.- El Daño Moral.- Estudios Jurídicos que en Homenaje a Manuel Borja Soriano presenta la Universidad Iberoamericana. Editorial Porrúa, S.A. 1a. Edición. México, 1969.

- 17.- SANTOS BRIZ, Jaime.- *Derecho de Daños. Prólogo de Francisco Bonet Ramón. Editorial Revista de Derecho Privado. 4a. Edición. Madrid, 1983.*
- 18.- SCOGNAMIGLIO, Renato.- *El Daño Moral. Contribución a la Teoría del Daño Extracontractual. Traducción de Fernando Hinestrosa. Publicación de la Universidad Externado de Colombia. 1a. Edición. Colombia, Bogotá, 1962.*
- 19.- TRABUCCHI, Alberto.- *Instituciones de Derecho Civil. Traducción de la 15a. Edición con notas y concordancias de Luis Martínez Calce Noda. Madrid, 1987.*

L E G I S L A T I V A S

- 1.- CAMARA DE DIPUTADOS DEL CONGRESO DE LA UNION. LII LEGISLATURA.- Proceso Legislativo de la Iniciativa Presidencial de las Reformas de los artículos 1916, 2116 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal. Talleres gráficos de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. México, 1983.
- 2.- CODIGO CIVIL de 1870. Borja Soriano Manuel.- Teoría General de las Obligaciones, Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., 3a. Edición. México, 1959.
- 3.- CODIGO CIVIL de 1884. Borja Soriano Manuel.- Teoría General de las Obligaciones, Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., 3a. Edición, México, 1959.
- 4.- CODIGO CIVIL de 1928. Borja Soriano Manuel.- Teoría General de las Obligaciones, Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., 3a. Edición. México, 1959.
- 5.- CODIGO CIVIL de 1932 para el Distrito Federal.- 56a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1987, México, D.F.

- 6.- CODIGO PENAL de 1871. Borja Soriano Manuel.- Teoria General de las Obligaciones, Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., 3a. Edición. México, 1959.
- 7.- CODIGO PENAL de 1929. Borja Soriano Manuel.- Teoria General de las Obligaciones, Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., 3a. Edición. México, 1959.
- 8.- CODIGO PENAL de 1931. Borja Soriano Manuel.- Teoria General de las Obligaciones, Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., 3a. Edición. México, 1959.
- 9.- CONSTITUCION POLITICA de los ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Secretaria de Gobernación. México, 1988.

H E M E R O G R A F I C A S

- 1.- *Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1982.*
- 2.- *Excelsior, El.- Atenta contra la Libertad de Expresión; Acción Nacional. Guillermo Zetina C. 15 de diciembre de 1982. Primera Sección. Página 5. México.*
- 3.- *Heraldo de México, El.- La iniciativa no está Destinada a la Prensa, dice González Avelar. Francisco Arroyo. 17 de diciembre de 1982. Primera Sección. Página 7. México.*
- 4.- *Heraldo de México, El.- Ley sobre el Daño Moral. Privilegio para quienes detentan el poder. Jorge Martínez Maurice. 17 de diciembre de 1982. Primera Sección. Página 11. México.*
- 5.- *Uno más Uno.- Proyecto de Reformas al Código Civil; Nueva Figura: DAÑO MORAL. Luis Gutiérrez R. 15 de diciembre de 1982. Página 4. México.*
- 6.- *Uno más Uno.- Exime de Daño Moral a periodistas el Senado. Julio Hernández López. 28 de diciembre de 1982. Página 6. México.*