

380



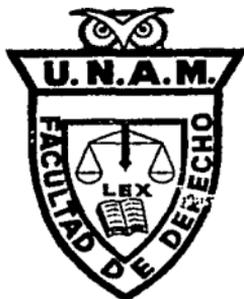
UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

EL DAÑO MORAL

T E S I S
Que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO
p r e s e n t a

HILDA GUIROLA MARTINEZ



Asesor de Tesis: Sr. Ministro Licenciado
Jorge Olivera Toro

México, D. F.

1992

FALLA DE ORIGEN



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 está 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.

INDICE

PROLOGO	3
CAPITULO I.	8-49
ANTECEDENTES.	8
1. Roma	9
2. El daño moral en la legislación francesa.	12
3. El daño moral en la legislación italiana.	22
4. El daño moral en el Derecho mexicano.	23
CAPITULO II.	50-68
DAÑO MORAL Y SU DETERMINACIÓN	.50
1. Concepto de daño moral.	50
2. Daño moral directo e indirecto.	63
CAPITULO III.	69-89
TUTELA PENAL DEL HONOR EN EL DERECHO PENAL Y TUTELA AL HONOR EN EL DERECHO CIVIL.	.69
1. Introducción.	69

2. Delito de difamación.	74
3. Delito de calumnia.	77
4. Tutela al honor en el Derecho Civil.	82
5. Jurisprudencia española del Tribunal Supremo.	85
CAPITULO IV.	90-96
RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL90
1. Daño patrimonial y daño moral.	90
2. La reparación del daño moral en nuestro Código Civil vigente.	94
CAPITULO V.97-102
JURISPRUDENCIA MEXICANA.97
CONCLUSIONES.	103-110
BIBLIOGRAFIA GENERAL.	111-114

P R O L O G O

El hombre, a través de la historia, se preocupó por dictar normas jurídicas a efecto de garantizar la propiedad de los bienes materiales que poseía, su transmisión, las relaciones contractuales con los demás hombres, así como su vida externa, social o familiar y para ello creo instituciones admirables dignas del intelecto humano; pero se olvidó tutelar su intimidad, en lo que entraña el llamado derecho de la personalidad y cuya esfera jurídica, extiende su manto de cobertura a otros bienes o intereses que son estrictamente personales y su nomenclatura corresponde al daño que produce la ac-

tividad lesiva del sujeto activo: (afectivos: sentimientos; sociales: reputación; familiares: dolor por el homicidio de un familiar). Todos estos intereses tienden en su conjunto a obtener el reconocimiento jurídico y práctico de la dignidad humana, evitando el dolor, la angustia, la tristeza, la destrucción de la reputación y consideración que guardan los demás, etc. Por eso, las declaraciones universales establecen que todos los hombres poseen derechos propios en lo corporal (material), y en lo espiritual (psíquicos o del alma).

Así nació la doctrina del daño moral que afecta áreas de carácter íntimo del sujeto víctima.

El ámbito puramente personal es tuitivo de intereses tales como el honor, decoro, reputación, configuración física, así como de los otros que señala el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal y de los apuntes que contiene este trabajo y que provienen, en lo ma-

terial, de la cultura humana. Sólo haremos alusión a un tema: el del honor, para no hacer tediosa y extensiva esta tesis.

Debemos advertir la distinción de lo patrimonial, en lo que el hombre tiene, de lo espiritual, en lo que el hombre es. Esto último que comprende el derecho a lo estrictamente personal.

El cumplimiento y respeto de las normas que regulan los bienes que protege el derecho de la personalidad, llevan a una vida de plenitud y a una satisfacción inmersa en lo espiritual.

EL Código de Napoleón en su artículo 1382 decía: "Todo hecho cualquiera del hombre que cause a otro un daño, obliga a aquél por cuya falta el daño ha sido causado, a repararlo".

"Faute" es el quebranto a una obligación preexistente, la ley ordena reparar el daño que se cause con su transgresión.

En los artículos 1910 y 1916, del Código Civil citado, se contiene la normatividad del daño moral.

La responsabilidad es directa (1910) "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo..." Es requisito la intervención personal del autor del daño: doloso o culposo.

La ilicitud (en otros derechos: falta, daño injusto, etc.), (Borja Soriano: daño causado sin derecho; Planiol y Ripert: contravención a una obligación) y para la mayoría, el quebrantamiento de una obligación que la conducta humana debe de cumplir legalmente y que es contraria al derecho.

Por daño moral se entiende: "...la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien en

la consideración que de sí misma tienen los demás".(Artículo 1916, reformado en 1982).

¿Estas afectaciones por comisión o por omisión no son un ilícito? ¿No se atenta contra el derecho de la personalidad, que protege la ley? ¿Es dispar el 1910 con el 1916? ¿Se complementan? Así han surgido múltiples cuestiones que ameritarían un gran texto. Dejamos esto a los juristas, pero proclamamos la dignidad del hombre y a ello contribuimos.

C A P I T U L O I

ANTECEDENTES

El problema del daño moral, es tan antiguo como la familia misma. El sentimiento del honor, el de amor a los familiares, etc., los ha tenido el ser humano desde siempre, y por ello los juristas de la antigüedad se planteaban el problema de saber si la afectación no pecuniaria era susceptible de resarcirse y en qué forma.

Toda vez que esta violación afecta a la idea de honor, prestigio, integridad moral y familiar, se entiende que haya tenido gran importancia el problema durante la época de la "venganza privada", ya que en ese tiempo se consideraban de mayor gravedad las ofensas sufridas y las injurias al buen nombre, que los daños pecuniarios.

El Derecho Romano durante sus últimas etapas admitió la necesidad jurídica de resarcir los daños morales, inspirado en principios de buena fe, y en la actitud que debe observar todo hombre, de respeto a la integridad moral de los demás; consagró este derecho el principio de que junto a los bienes materiales de la vida, objeto de protección jurídica, existen otros intereses que deben también ser tutelados y protegidos, aun cuando no sean bienes materiales; y este añejo criterio predominó a tal grado que hoy, la mayoría de las legislaciones admiten la existencia del daño moral y pugnan por su reparación.

1. ROMA

Toda institución tiene sus raíces. En Roma se concedía indemnización en aquellas hipótesis que fueran extrañas las cuestiones patrimoniales.

Injuria, era tanto como atentar al cuerpo o bien contra la dignidad y la fama. Un golpe físico o bien un ataque al pudor (eran injurias, estas últimas de carácter no patrimonial) (Ulpiano).

Se protegía la integridad física y moral del hombre libre, claro que se excluían a los esclavos dada su condición de cosas. En Derecho Romano se establecían dos vías para reclamar las injurias; el pago de dinero estimado por el agraviado y el

fijado por el juez, conforme a su criterio; esto es un daño no patrimonial.

Podemos decir que en Roma no existía una "doctrina" general sobre el daño moral, porque esta nació en el presente siglo, pero no puede afirmarse que se desconociera. Se limitaba a ciertos casos, tales como la ofensa al honor y la fama, por eso, la tradición española recogió la reparación del daño contra el honor y la reputación (*Véase a Manresa que hace alusión al Código del Imperio de 1902, al Código Alemán 'Art. 835' e incluyó el cuasi delito de seducción*).

La sentencia española de 12 de mayo de 1928 establece responsabilidad civil para reparar el menoscabo de la honra ajena producida por la difamación, máxime cuando la persona injuriada era una mujer. "Se abrió paso a una rectificación de la antigua doctrina" (Rafael García López, Responsabilidad Civil Por Daño Moral.- Pg. 50).

Gayo recoge: "Hacer injuria. es difamar en prosa o en verso...";

Justiniano "Insultar a una persona, perturbar la razón; impedir a usar alguna cosa; destruir un monumento, es injuria." La Ley Cornelia trataba de las injurias.

En fin, podemos concluir que los juristas clásicos romanos no se ocuparon de los derechos de la personalidad, pero sí de las condiciones en que podía disponerse de una acción de reparación y lo que con ella se obtuviera.

La responsabilidad por culpa directa se remonta a la Ley Aquilia, que la sitúan 287 A.C., en que estableció el delito como fuente de las obligaciones. Se toma como base de la reparación el daño causado injustamente, el daño injusto, pero el *Damnum Iniuria Datum* hacia a un lado cualquier valuación psicológica.

La Dulce Melodía de Las Partidas (VII TIT. XV, L, 1) decía daño *"empeoramiento o menoscabo o destrucción que recibe en si mesmo en sus cosas por culpa de otro"* nótese *"Daño que recibe en si mesmo"*. (Daño moral).

2. EL DAÑO MORAL EN LA LEGISLACIÓN FRANCESA

En Francia en el siglo XIX se consagró la tendencia referente al daño y así el quince de junio de 1833 el Procurador General Dupin, sentó la tesis de que éste debe ser reparado.¹

La indemnización de los daños no patrimoniales tenía como base en Francia la interpretación que dá la jurisprudencia a los artículos 1382, 1383, Código Civil Francés.

ARTÍCULO 1382.- "Todo hecho, cualquiera que sea, con el que un hombre cause a otro un daño, obliga a este por la falta que ha cometido a repararla."

ARTÍCULO 1384.- "Cada quien es responsable del daño que cause no solamente por sus actos, sino también si es a causa de su negligencia o de su imprudencia."

1 Mazcud., H. y L., "Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil y Contractual", Edit. Ejea, pág. (58) Traducción de la última edición.

El Derecho Francés incluye bajo el concepto de "Dommage", empleado en esos artículos, el *dommage moral*. Tales artículos sirven de introducción al Libro III, TIT. 4. Cap. 22 del Código. Solo rigen, y así lo entiende sin excepción, la jurisprudencia² para los delitos y cuasidelitos, entendidos estos conceptos en el sentido del Derecho Francés.

En todos los artículos referentes a la responsabilidad por daños y perjuicios en las obligaciones contractuales (1146, 1149-53), la interpretación no encuentra margen para el *daño moral*.

En casos de colisión de las normas sobre contratos y delitos, la jurisprudencia francesa aplica las delictuales, facilitando así al perjudicado la indemnización del *daño moral*.

En la promesa de matrimonio, la ley francesa considera que la ruptura culpable origina un derecho de indemnización, y como en estos casos no existe una válida obligación contractual, se aplican las normas generales sobre delitos; consiguiente-

2 Hausse, De L'interet D' Affection (Revue Critique, 1895, T. 24, Págs. 440, ss) Entiende que el artículo 1149. Es también extensivo al *daño moral*, Hans Fischer, "Los Daños y su Reparación", Editorial Preciado. p. 239.

mente la parte culpable debe indemnizar también al inocente, el daño que se le infiera con la ruptura de los esponsales. Era suficiente que la joven quedara expuesta a la "maledicencia pública" (malignité publiquè).

Los tribunales franceses se inclinan a favorecer en estos casos a la mujer, por ser generalmente, en su opinión, la que más sufre el daño moral.

La reparación del daño moral no ha sido producto de la interpretación ya que al redactarse el Código, este ya incluía la palabra "Dommage" (daño), así en los debates sobre el proyecto del Código, el ponente del tribunal Berttrand de Grenillè, entendía que la responsabilidad debía recaer sobre la reparación del daño, la reparación de la culpa, la indemnización de aquel a quien se ha hecho sufrir, y el orador del tribunal en el cuerpo legislativo, Tarrible, decía del artículo 1382:

"Esta disposición engloba a todas las clases de daño y las somete a una reparación uniforme".³

3 Locre, *La Legislation Civile, Commerciale et Criminelle de la France*, T. 13, p. 40. Pág. 58, No. 19, Hans Fischer, "Los daños y su Reparación", Editorial Preciado. p. 242.

Respecto a la doctrina tres autores dicen:

Laurent: el artículo 1382 habla de un daño en términos absolutos sin hacer ninguna distinción, "Todo daño hecho debe ser reparado, el daño moral tanto como el daño material. El espíritu de la ley no deja ninguna duda: ella quiere salvaguardar todos los derechos del hombre, todos sus bienes; o nuestro honor, nuestra consideración ¿No son estos nuestros más preciados bienes?".⁴

Aubry Et Rau: El daño comprende, a menos que se trate de un delito de derecho criminal, el sufrimiento moral que el delito hace experimentar a la persona, una pérdida de su seguridad personal o en el disfrute de su patrimonio hiriéndola en sus afecciones legítimas.⁵

Demolombe: El daño puede ser moral o material igualmente cuando se trata de un delito de derecho criminal que independientemente de la ma-

4 Laurent, *Principes de Droit Civil*, T. 20. No. 395, 525, Bruxelles, Paris, 1887.

5 Aubry-Rau, *Derecho civil Francés*, 4a. Edición, T. 4., Editorial Zachariac, Paris, 1869-1878, 5a. Edición Actualizada por Etienne Bartin, Paris, 1920. Pgs. 748 ss.

terialidad del acto que ha lesionado a sus bienes o a su persona, le ha causado también un daño moral que rompe la tranquilidad de su existencia y de su seguridad personal.⁶

La cuantía del daño se ha dejado al libre arbitrio judicial.

La doctrina se muestra también inclinada a depositar con entera confianza la solución de este problema en manos del juez.

Los tribunales franceses reconocen la obligación de resarcir el daño moral en los casos de muerte culpable de un próximo pariente (padre, hermano o cónyuge).

También se reconoce el deber de indemnizar los daños morales por el hecho de recoger a un niño menor de edad contra la voluntad de sus pa-

⁶ Demolombe, *Traité Des Contr. Et. Oblig.*, T. 8, 672, 675, 4a. Edición Paris, Auguste Durand, 1869.

dres,⁷ y en los casos de bigamia⁸ y adulterio.⁹ En este último caso, no es necesario siquiera probar el hecho de un modo concluyente; basta que el marido sufra ciertos perjuicios inmateriales por la mera sospecha de adulterio despertada por la conducta de la mujer. También queda sujeto a la obligación de indemnizar el daño moral el culpable de seducción.

Pueden igualmente reclamar indemnizaciones los deudos de una persona fallecida a quien calumnie el autor de un libro histórico, (imputaciones calumniosas); mas no hay lugar a indemnización si los ataques se le dirigen de buena fe y en defensa de legítimos intereses.¹⁰

Vale la pena mencionar una sentencia del Tribunal Superior Francés sobre el daño moral, que aparece transcrita en Sirey 1902, 1, ps. 34:

-
- 7 Trib. Nancy de 25-6-1873 (sirey 1873 2,255), Hans Fischer "Los Daños y su Reparación". Editorial Preciado, p. 244.
- 8 Trib. Rennes, 29-6-1826. Hans Fischer. "Los Daños y su Reparación". Editorial Preciado, p. 244.
- 9 Trib. Casación 5-6-1829. Hans Fischer "Los Daños y su Reparación". Editorial Preciado, p. 244.
- 10 Trib. Paris, 17-4-1858 y 26-4-1865, Hans Fischer. "Los Daños y su Reparación". Editorial. Preciado, p. 244.

"Los demandantes, que ya en anteriores procesos habían litigado temerariamente contra el demandado, negándole el derecho a explotar una mina en terreno de ellos, siendo ahora nuevamente desechadas sus pretensiones, quedan obligados a abonar, además de las costas y en virtud de la ley de 20 de abril de 1810 (artículo 7), la indemnización del daño moral y material inferido al demandado por impedirle el ejercicio de su derecho".

Tiene especial importancia, en la doctrina y en la jurisprudencia francesa saber quienes se hallan autorizados para reclamar judicialmente el daño moral.

Es frecuente encontrarse con afirmaciones como esta: "La acción por intereses dañados corresponde a toda persona que directa o indirectamente haya experimentado un perjuicio en razón de un delito o cuasidelito". Según esto, todo perjudicado podrá reclamar indemnización por los daños patrimoniales y no patrimoniales. Sin embargo estas reglas generales no pueden aplicarse al daño moral, sin una gran limitación.

Es indiscutible el derecho de los padres e hijos del lesionado a reclamar indemnización por razón de daño moral. Reclamación que en caso de muerte se basa en un derecho propio y no en un título hereditario; y esta consideración tiene mucha

más importancia, dada la intransmisibilidad activa de esas acciones de daño material.¹¹

Laurent, plantea la cuestión de si el padre de una hija mayor de edad podrá proceder en nombre propio contra su calumniador, y cita una sentencia (Daloz 1856, 2, 141) en que se admitió la acción paterna, por resultar lesionado el honor de la familia, que a los jefes de ésta corresponde defender.

Laurent, no reconoce como decisiva esta razón, entendiendo que la hija mayor de edad es la única llamada a defender su honra personal. El cónyuge puede también, como unánimemente lo reconoce la doctrina y la jurisprudencia, reclamar indemnización por el daño moral inferido al otro cónyuge.¹²

Es controvertido el derecho de los hermanos a hacer efectivo el daño moral. Quien mejor ha estudiado esta cuestión en términos generales ha sido Lacoste. Dice este autor, que:

11 Aubry-Rau, I.C., *Derecho Civil Francés*, Editorial Zacharriac, 4a. Edición, París, 1869-1878. 5a. Edición Actualizada por Etienne Bartin, París. 1920, Pgs. 750 S.

12 Trib. De Paris, 8-2-1896 (Sirey 1899 2,215), Hans Fischer, "Los Daños y su Reparación", Editorial Preciado, P. 246.

"No debe hacerse extensivo a los hermanos el derecho de reclamar, que los lazos del amor paternal no pueden ser muy estrechos, como pueden serlo asimismo los de la amistad, pero esto no basta. Ha de existir también un lazo familiar. Los vínculos de familia que unen a los esposos, a los padres y a los hijos tienen primordial importancia para el legislador, que los eleva a fuente de derechos y deberes especiales entre esas personas. Allí donde no llegan esos deberes, no debe llegar tampoco el derecho a hacer efectivo el daño moral".

En Francia existe, al lado de la teoría tradicional y predominante, una corriente doctrinal adversa a la indemnización de los daños morales.

Esta doctrina heterodoxa ha sabido mantenerse hasta hoy, frente a la tradicional, en los autores y en la jurisprudencia; y hasta ha logrado ejercer cierta influencia sobre la opinión general, determinándola a limitar el número de personas autorizadas para reclamar la indemnización.

Cuando se discute la cuestión del daño moral a favor de hermanos es frecuente encontrar en la teoría predominante argumentos tomados de la opinión contraria. Sin embargo, ésta solo reconoce al mismo lesionado y a sus próximos familiares el derecho a ser indemnizados en el daño patrimonial.¹³

El Código de Napoleón decía en su artículo 1382. "Todo hecho cualquiera del hombre que cause a otro un daño, obliga a aquel por cuya falta el daño ha sido causado, a repararlo".

La palabra: "*Faute*" suscitó polémica, Planiol dice:

"Falta es el quebranto a una obligación preexistente, el cual ordena la ley reparar cuando ha causado un daño a otro. La falta está en relación necesaria con la idea de obligación: una persona no está en falta si ella no está obligada a nada en relación con el acto que se le reprocha. La cuestión de saber si el agen-

¹³ Sentencia del Tribunal de Apelación de Bruselas de 13-1-1890 (Sirey 1890 4,23) En que sólo se concede indemnización a los más próximos deudos por el dolor sufrido en la medida en que, durante el tiempo inmediato a la muerte, les impidiese consagrarse normalmente a su profesión, acarreándoles, por tanto, una pérdida patrimonial.

te ha cometido la falta con o sin intención de dañar, es indiferente."¹⁴

3. EL DAÑO MORAL EN LA LEGISLACION ITALIANA

La jurisprudencia italiana, se limita a seguir la opinión francesa dominante.

Se asignan indemnizaciones por la muerte de una persona amada, por la falta de la tutela marital y paterna.

El civilista Chironi, propugna la limitación del resarcimiento a los daños patrimoniales, entendiendo que el dolor no puede valorarse en dinero, y que al lesionado le basta como resarcimiento moral la sentencia condenatoria del juez penal.¹⁵

El daño moral se encuentra regulado en el libro IV, título IX, de los hechos ilícitos, artículo 2059, Código Civil italiano. "El daño no patrimonial debe ser resarcido solo en los casos determinados por la ley" al decir simplemente "ley" cualquier regla

¹⁴ Planiol, *Tratado Práctico de Derecho Civil*, 8a. Edición, Tomo II, Editorial Cultural, La Habana, 1946, Pág. 275.

¹⁵ Chironi, *La Colpa Nel Diritto Civile Odierno* (II. Colpa extracontrattuale) II. Nos. 402, 413, 415.

de esta naturaleza puede estipular el resarcimiento del "daño moral".

Son de citarse en el Código penal italiano los artículos del capítulo VII (arts. 185 (Delitos), 186 (delitos reparación, entre otros la publicación de la sentencia para reparar daños no patrimoniales).

4. EL DAÑO MORAL EN EL DERECHO MEXICANO.

"Para metodizar nuestro estudio en el Derecho mexicano, seguiremos el orden enunciado por el señor doctor don Manuel Borja Soriano al tratar de las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos en los que a este tema se relaciona.

Empieza el maestro por distinguir cinco períodos, a saber:

a) Del 10. de marzo de 1871, al 31 de marzo de 1872. En el que estuvo vigente el Código Civil de 1870.

B) Del 10 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 de 1884 (reproduciendo este al anterior en la materia de que se trata).

C) Del 15 de diciembre de 1929, al 16 de septiembre de 1931, en el que estuvieron vigentes el Código Penal de 1929, el Código Civil de 1884.

D) 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.

E) Del 1o. De octubre de 1932, hasta ahora, período de vigencia del Código Civil de 1928 y del Código penal de 1931.

PRIMERO Y SEGUNDO PERÍODOS

En estos períodos estuvieron vigentes, como antes se expresa, el Código Civil de 1870, el Código penal de 1871 y el Código Civil de 1884. Refiriéndose el maestro a ellos en la exposición de motivos del Código penal de 1871, se ve que al estarse elaborando junto con el Civil, las comisiones redactoras de ambos convinieron en que esta materia de responsabilidad Civil, es decir, del nacimiento de las obligaciones originadas por la comisión de delitos, fuera el Código penal al que correspondiera regular dicha materia. Por eso es que en el Código penal de 1871, hallamos una teoría armónica y sistemáticamente desarrollada, mientras que en los Códigos Civiles de 1870 y 1884 no encontramos sino algunos preceptos

aislados para cuya comprensión nos sirve admirablemente la doctrina que está consagrada en el Código penal de 1871.

CÓDIGO PENAL DE 1871

Este Código establece la regla general de que solo los daños y perjuicios patrimoniales son estimables y establece el principio dice el maestro- que cuando se reclama el valor de una cosa se pagará, no el de afección, sino el común, que tendría (artículo 315 y 316, con las excepciones que vamos a señalar después). En la exposición de motivos del mismo Código, se dice que la estuprada no tiene derecho a exigir ninguna reparación pecuniaria a título de daños y perjuicios, porque pagar con dinero una cosa es tan inestimable como la honra, es degradarla y envilecerla. Estos datos --concluye el maestro-- nos llevan a pensar que el citado Código no reconoce el daño moral por regla general. Sin embargo, se admite como excepción "el caso en que se pruebe que el responsable se propuso deteriorar o destruir la cosa, precisamente por ofender al dueño de ella en esa afección. Entonces se valorará la cosa atendiendo al precio estimativo que tendrá entendida esa afección, sin que pueda exceder de una tercia parte más que del común (artículo 317), vemos, pues, aparecer el principio, aunque como excepción, de la reparación del daño moral. Notamos también

que el criterio de valoración se fija de acuerdo con el daño patrimonial concomitante (con lo cual, según hemos dicho, no estamos de acuerdo).

Al explicar el por qué se excluyó esta materia en el Código penal, el Lic. Antonio Martínez de Castro, presidente de la comisión encargada de formar el Código y uno de nuestros más connotados juristas, en la exposición de motivos del propio Código, dice que se incluye la materia de reparación de los daños civiles, porque: "nos ha parecido mas conveniente que en el Código penal vayan unidas las reglas de la responsabilidad criminal con las de la civil, que casi siempre es una consecuencia de aquella, porque así sabrán con mas facilidad los delincuentes todo aquello a que se exponen por sus delitos."

Encontramos en este Código los delitos de estupro y de violación, en los que no se toman en cuenta los daños morales que originan, respecto del estupro, el licenciado Martínez de Castro dice: "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 a dotarla, imponiéndole en este segundo ca-

so 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, porque 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 castigar a este, obligándolo a casarse o a dotarla. Esto, además, servirá de estímulo para el delito y expondrá 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 contriado 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 una constante y dolorosa experiencia."

"Sí, como se ha dicho, la estuprada no es inocente del estupro, y este 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, y también porque 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 domnun senitre nonveditur". El citado artículo 372 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 la hará más infeliz en el matrimonio que contrajera con el que la violó y éste resultará premiado; pues conseguirá con su delito la mano de una mujer de que no era digno y que tal vez había solicitado en vano. Mas 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".

Como se ve, en este Código no se admite la reparación del daño moral, pues no puede ser más clara la exposición de motivos, y sobre todo el artículo 312, que dice: "En los casos de estupro o de violación de una mujer, no tendrá esta derecho para exigir como reparación de su honor que se case con ella o la dote el que la haya violado o seducido."

Con el respeto que nos merece este autor, nos atrevemos a no ser de su opinión, pues si bien reconocemos gran fuerza al argumento famoso del "Quijote", cuando Cervantes pinta a la mujer ramera que haciéndose la violada fue ante Sancho Panza, gobernador de su insula soñada, a pedir que se le pagara el momento de amor que aquel hombre se había dizque otorgado por la fuerza, y a la que Sancho demostró que no fue por la violencia, sino con previo consentimiento, y de cuyo magistral párrafo se deduce que la mujer posee suficientes armas físicas y morales para proteger su honra (salvo las raras excepciones de brutal violencia o de supresión de resistencia de la víctima), si bien decimos esto es cierto, no podemos admitir que siempre la estuprada tenga tanta culpa como el estuprador. Ya la doctrina moderna hace pagar caro la astucia y fuerza del seductor, y si bien, hay casos en que la mujer se entrega para obtener provecho, otras, no pocas, se dan porque aman y creen ser amadas, y hay algunas mas que lo hacen confiando

en la promesa caballerosa de próximo enlace. Además, si la carne es débil, mas débil es allí donde quizás falta un consejo de amigo, un padre y una madre orientadores; allí donde el momento parece ser cómplice y coautor; allí donde la mente y la razón se ofuscan y no prevén los resultados funestos. Por esto creemos que en esta materia se debe dejar arbitrio al sano criterio del juez para apreciar y sopesar todas las razones. Con más razón en la violación podríamos sostener este criterio y creemos mas justa una indemnización por este daño moral de la deshonra, pues de nada sirve a la víctima que su victimario sea castigado con la pena más rigurosa que haya, si ella queda desamparada y tal vez hasta con el sentimiento sublime del perdón cristiano.

"El Código Civil de 1870 fue copiado en esta materia por el de 1884 y así solo a este nos referiremos. El artículo 1,471 de este Código dice: "Al fijar el valor y el deterioro de una cosa, no se atenderá al precio estimativo o de afección, a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con el objeto de lastimar la afección del dueño; el aumento que por estas causas se haga, no podrá exceder de una tercia parte del valor común de la cosa". Este artículo se encuentra dentro de la responsabilidad civil contractual, por lo que estatuye ya en el Derecho Positivo la posibilidad de indemnización del daño moral

sufrido por el incumplimiento de obligaciones preexistentes, completando así la doctrina del Código penal en relación a los hechos ilícitos. Claro está que este criterio es aún muy restrictivo, pero de todas maneras ya se toma en cuenta el interés de afección a que hemos aludido. Vuelve a notarse, no obstante, el mismo criterio de valoración establecido por la ley penal con la cual concuerda.

"El artículo 1,467 dice: "Si la cosa se ha perdido, o ha sufrido un deterioro tan grave que a juicio de peritos no puede emplearse en el uso a que naturalmente esté destinada, el dueño debe ser indemnizado de todo el valor legítimo de ella" y quizá podrá pensarse, con razón, que el valor legítimo de una cosa está representado por la utilidad, beneficio o satisfacción que para el dueño acarrea el objeto, y en esta forma en ocasiones el interés de afección otorgará un precio mayor que el económico. Sin embargo, no creemos que este haya sido el espíritu del legislador, pues interpretado en esta forma, el artículo de referencia estará en contradicción con el 1,471, que es claro y taxativo al respecto. Las reglas de hermenéutica jurídica nos enseñan que la ley debe ser interpretada como un todo orgánico relacionando unas disposiciones con otras, sin que choquen entre sí, por lo que la interpretación de este artículo es en el sentido de que el interés legítimo de una cosa

estará representado por su valor real, mas una tercera parte correspondiente al interés de afección. En esta forma queda coherente la ley y no porque nuestra opinión difiera de ella vamos a darle un sentido exótico adaptable a nuestro pensamiento."

TERCER PERÍODO

CÓDIGO PENAL DE 1929

"En este período estuvieron vigentes los Códigos penal de 1929 y Civil de 1884. Como de este último ya nos ocupamos, pasamos a tratar el Código penal de 1929. Este Código trae en su Libro Segundo ampliamente tratada la reparación del daño, y vemos que se ocupa del daño moral en su artículo 301, que dice: "los perjuicios que requieren indemnización son: II. Los no materiales causados en la salud, reputación, honra, y en el patrimonio moral del ofendido o de sus deudos". Y luego el artículo 301 continua:

"En los casos de rapto, 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."

Al leer estos artículos, en primer lugar notamos que la palabra "perjuicios" está tomada aquí, comprendiendo el daño moral, en el caso de la fracción II del artículo 301, pues sabemos que perjuicio en su acepción técnica es "la privación de cualquier ganancia lícita, que debiera haber obtenido por el cumplimiento de la obligación", según el artículo 1,465 del Código Civil de 1884 y el artículo 301 enunciado va mas lejos de esa privación de ganancias lícitas, comprendiendo también el daño moral. Hay que observar, además, que este artículo se refiere al anterior, y el 300 dice: "la indemnización consiste en la obligación que el responsable tiene de pagar... Los perjuicios causados por el delito y los que de él se deriven directa y necesariamente". A nuestro modo de ver, en esta materia estuvieron muy atinados los codificadores de 1929; faltando solo la especificación de si pudiera ser transmisible este derecho, lo cual podemos decir con la doctrina unánime al respecto que no lo es en su aspecto activo.

Además, notamos que la comisión, con criterio profundo y científico, comprendió la noción del daño en la aceptación moderna, ya que no lo confunde con una de sus manifestaciones, como ocurre anteriormente, sino que, remontándose en razonamientos meta-legales, logró alcanzar una verdad hasta entonces incomprendida; es notorio que el concepto de daño

lo tomaron en abstracto con su doble manifestación objetiva (esto es, afectando por una parte bienes económicos) y subjetiva (afectando a los bienes imponderables que constituyen al patrimonio moral de las personas). Por esto, decíamos, es de alabarse la labor científica que supera en la materia a las legislaciones anteriores. Por mera curiosidad mencionaremos la tabla de indemnizaciones a que se refiere el artículo 300, el cual hace una enumeración casuista al respecto.

CUARTO PERÍODO

CÓDIGO PENAL DE 1931

En el cuarto período estuvieron vigentes los Códigos Civil de 1884 y penal de 1931, nos ocuparemos de este último.

El Código penal de 1931 siguió los lineamientos del anterior en la materia, pero fue más parco que él y por esto para cualquier interpretación debe acudirse a dicho ordenamiento, que es su antecedente más próximo y a lo que podríamos considerar como su exposición de motivos, la cual se encuentra en la obra de los licenciados José Angel Ceniceros y Luis Garrido denominada La Ley Penal Mexicana (los cuales formaron parte de la comisión redactora de este Código penal).

En relación al tema que nos ocupa, los maestros de Derecho Penal citados dicen:

"En el artículo 30 se especifica lo que comprende la reparación del daño, en la fracción II textualmente se expresa: "La indemnización del daño material y moral causado a la víctima o a su familia."

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 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 valoración para el daño moral, la comisión quiso que en esos casos, lo que se estimase en relación con el daño moral fuese su repercusión económica.

En este trabajo hemos expresado la opinión de creer insuficiente este criterio, para la valoración de un daño moral, pues hemos visto que en ocasiones la repercusión económica de tal daño no se presenta y en otras aparece insignificante y en desproporción absoluta con los lesionados valores extrapatrimoniales. Dijimos que el monto de la indemnización debe ser fijado por el criterio prudencial del juez al que se deje en este aspecto amplio arbitrio.

Ahora bien, los términos del artículo 30 no nos delimitan taxativamente como ha de fijarse la indemnización, por lo que creemos si puede ser aplicado nuestro sentir al respecto, y si bien es cierto que la comisión redactora nos aclara el espíritu de la ley, no lo es menos que la amplitud de sus términos puede dar cabida en ocasiones a una aplicación mas justa y equitativa.

Por otra parte, el artículo 31 del propio ordenamiento deja al arbitrio del juzgador la fijación de la reparación al decir: "La reparación será fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso, y atendiendo también a la capacidad económica del obligado a pagarla..." Y en tal sentido, el juez podrá señalar una indemnización tomando como base las circunstancias enunciadas por esta disposición, obteniendo un resultado justo, sin atender a orientaciones demarcadas a priori. Entendida así la ley, da cabida a la tesis sustentada, sin que haya necesidad de una interpretación forzada para encajar en ella nuestra opinión.

En su artículo 264, correspondiente al título XV, capítulo I, que trata de los atentados al pudor, estupro y violación, dice: "La reparación del daño en los casos de estupro, comprenderá el pago de alimentos a la mujer y a los

hijos, si los hubiere. Dicho pago se hará en la forma y términos que la ley fija para los casos de divorcio." Anotaremos a este respecto que este artículo sólo se refiere a la reparación del daño en caso de estupro, que es donde generalmente vimos puede tener mayor culpa la mujer; y en cambio, de la violación no hace mención especial, lo que nos parece un poco deficiente.

Sin embargo, esta, está incluida en la fracción II del artículo 30 citado y por interpretación se podrá 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.

QUINTO PERÍODO

CÓDIGO CIVIL DE 1928

En el quinto período están en vigencia los Códigos penal de 1931, y Civil de 1928, nos ocuparemos de este último.

El Código de 1928 entró en vigor el primero de octubre de 1932, pero fue promulgado y publicado en 1928, así que es anterior al penal de 1929. Siguió los lineamientos generales del de 1884 en su libro IV, capítulo I. En efecto, en su artículo 2,116, sigue al 1,471 del de 84, haciendo alusión a la responsabilidad por in-

cumplimiento de las obligaciones (en materia de daño moral), pues dice: "Al fijar el valor del deterioro de una cosa no se atenderá al precio estimativo o de afección del dueño; el aumento que por estas causas se haga no podrá exceder de una tercera parte del valor común de la cosa."

Notamos aquí que, como en su antecedente sólo se concibe el daño en función de la noción de patrimonio y en torno de este se establecen las bases de la indemnización, pero reconociéndola expresamente como compensatoria del daño moral.

El artículo 1,916, por otra parte, trata de la reparación civil del daño moral en las obligaciones que nacen de los actos ilícitos, pues dice: "Independientemente de los daños y perjuicios, el juez puede acordar en favor de la víctima de un hecho ilícito o de su familia, si aquella muere, una indemnización equitativa a título de reparación moral que pagará el responsable del hecho. Esa indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo, no se aplicará al Estado en el caso previsto en el artículo 1,928." Examinaremos este artículo y veremos qué alcance tiene y hasta dónde el Código acoge la doctrina moderna del daño moral proveniente de actos ilícitos. En su primera parte dice: "Inde-

pendientemente de los daños y perjuicios", es decir, considera que puede haber otros daños causados a la víctima, que no repercuten en su patrimonio, pues solo a este se refieren los daños y perjuicios y por tanto admite el daño moral. "El juez puede acordar en favor de la víctima de un hecho ilícito", luego solo reconoce como causante del daño a los hechos ilícitos lo que está de acuerdo con el capítulo a que corresponde. ¿Qué es hecho ilícito? El artículo 1,830 nos dice: "Es ilícito el hecho contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres." Ahora bien, un acto puede ser ilícito dentro de la connotación anterior, y no causar daño moral alguno, por tanto, se necesita que siempre haya una víctima a quien se cause con el un daño moral y que esta pueda reclamar tal acto. El artículo sigue diciendo "...de su familia si aquella muere", por tanto, la exigibilidad de la indemnización es transmisible a los herederos, circunstancia que es una innovación de nuestro derecho. "Una indemnización equitativa a título de reparación moral", esta parte es la que podemos decir es más importante, pues hacer constar en primer lugar en que medida ha de ser reparado el daño, dando al juez arbitrio para que según la equidad valore tal reparación; pero, ¿qué debe entenderse por equidad? En términos generales, se dice que la equidad es la humanización de la justicia. Aristóteles, en su ética a nicómaco nos enseña que la equidad

(epiekeia) es como una corrección de la generalidad de la ley; esto es como una especie de justicia mejor que la legal, porque esta, dada su generalidad, no puede adecuarse a todos los casos posibles. En el acto de la aplicación, la norma debe adaptarse, plegarse a las sinuosidades del caso; como aquella famosa regla usada en las construcciones lesbias a la cual se refiere el mismo aristóteles, que por ser de materia dúctil, podrá medir también hasta los más irregulares contornos de los objetos. Así pues, la equidad no quiere que la norma de derecho sea abolida, sino que únicamente se pliegue a las varias contingencias de hecho, porque así lo requiere su propio fin y función. Además, allí donde no haya norma, la equidad exige también que el juez establezca un nuevo precepto adecuado al caso no previsto por el legislador.

Ahora bien, ¿en qué precepto podrá el juez apoyarse para aplicar la equidad, o en otros términos, en nuestro Derecho positivo donde encuentra el juez la posibilidad de hacer uso de la equidad? La respuesta nos la da Giorgio del Vecchio en su filosofía del derecho, quien dice: "Al arbitrio del juez se le ha reconocido siempre una cierta laxitud. Especialmente entre los romanos esta amplitud fue muy grande; el pretor dentro de ciertos límites fue también legislador, esto es, pudo concurrir directamente al establecimiento de las normas jurídicas

que el mismo deba después aplicar." Claro que hoy esto es casi imposible, por la constitucionalidad de los derechos modernos (artículo 14 de la Constitución mexicana), que limitan esta posibilidad, "Nótese --dice del Vecchio-- que cuando falta una norma que regule directamente una cierta relación, el juez (fuera de los casos del Derecho penal en el cual prevalece el principio "nulla poena sine lege) debe recurrir a la interpretación analógica o a falta de normas análogas, a los principios generales de derecho. "Y es aquí en donde el criterio de equidad puede obtener una influencia amplia y benéfica, ya que la norma ha de determinarse mediante intención directa del caso singular, o sea de las exigencias que dimanar de la naturaleza misma de las cosas. Esto es ya algo positivo en nuestro derecho, pues el artículo 14 constitucional dice, en su último párrafo: "En los juicios de orden civil, la sentencia definitiva deber ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, o a falta de esta se fundará en los principios generales del derecho y siguiente a este criterio, nuestro Código dispone lo mismo en el artículo 19. Por tanto, el criterio de equidad tiene su aplicación en la facultad del juez de resolver, según los principios generales de derecho, aquellos casos que no estén comprendidos en la ley positiva. Doctrina cristalizada en los artículos precedentes.

En segundo lugar, decíamos que el artículo habla de que la indemnización será "a título de reparación moral", a lo que es lo mismo como una reparación moral, bien sabemos que si hay hechos irreparables, tal vez los que causan un daño moral son los más; por esto, el artículo da a entender que la ley no repara, no compone, no vuelve las cosas a su antiguo estado, pero sí, por lo menos, compensa, suaviza y hace más llevadero el sufrimiento.

"Que pagará el responsable del hecho", sigue diciendo el artículo, reconociendo, como lo hace la doctrina, que esta obligación en su parte pasiva es intransmisible y solo responde de ella el culpable; sin embargo, cuando ha habido una sentencia condenatoria al pago de indemnización, esta obligación recae sobre el patrimonio del responsable, y por tanto es transmisible con la universalidad de los bienes a los herederos. "Esta indemnización no podrá exceder --dice el artículo-- de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil", es decir, que establece un criterio de valoración dándole al juez un máximo hasta que pueda llegar dicha indemnización. Respecto de la justicia de este precepto, repetimos que puede haber daños morales que son de consecuencias y sufrimientos mas hondos que los patrimoniales, pero aun no considerando esto, cabe preguntar: ¿cuándo se causa solo un daño moral sin consecuencias patrimoniales,

cuál va a ser el criterio de valoración? No estuvo muy acorde el Código en esto, ya que al principio declara que el juez acordará una indemnización equitativa, y aplicando las normas de la equidad puede dar por resultado que la valoración del daño moral sea superior en mucho a la tercera parte de lo que importa la responsabilidad civil.

"Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el artículo 1,928", termina el artículo, y este último, a su vez se refiere a la responsabilidad del Estado para reparar los daños que causan sus funcionarios en el desempeño de los cargos a ellos encomendados, y solo en el caso de que estos no tengan patrimonio con que responder de los daños patrimoniales, ¿porqué no ha de hacerlo con los morales?, Si las personas responden de estos daños, el Estado, que es una persona moral, ¿porqué no ha de hacerlo?, Si es de evidente justicia tal reparación, y si el Estado es el encargado de hacer justicia, ¿porqué no empieza por aplicársela? Ahora bien, un individuo puede privar a otro de su libertad, como vimos en el Derecho alemán, y éste a su vez pedir una reparación por el sufrimiento que se le causó; en cambio, el Estado que en multitud de ocasiones arresta, tortura, difama y mata a los individuos inocentes, ¿porqué no ha de indemnizar a sus víctimas? Tal vez sea una razón más de orden público que

*jurídico la que conteste; pero de todos modos a nosotros nos parece un tanto injusto."*¹⁶

Los artículos 1916 y 2116 del Código Civil vigente fueron innovaciones que incorporaron nuestros legisladores de 1928 al orden jurídico nacional, que se enmarcaban dentro de las ideas ya expresadas y que resultaban adecuadas para aquella época, pero que la dinámica de nuestra vida social ha convertido en textos obsoletos a la fecha, por lo que en diciembre de 1982 surge una iniciativa de reformas presentada a la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión por el titular del Poder Ejecutivo respecto a los artículos 1916 y 2116 del Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común y para toda la República en Materia Federal que al aprobarse fue adicionado con el artículo 1916 bis, dice la iniciativa:

"La necesidad de una efectiva renovación moral de la sociedad exige, entre otras medidas, adecuar las normas relativas a la responsabilidad civil que produce el daño moral, por ser imprescindible la existencia de una ya accesible y expedita para resarcir los derechos cuando sean ilícitamente afectados. El respeto a los derechos de la personalidad, garantizando mediante la responsabilidad

¹⁶ Jorge Sánchez Cordero, "El Daño Moral", En Estudios Jurídicos en homenaje a Manuel Borja Soriano. Editorial Porrúa. México 1989.

civil establecida a cargo de quien los conculque contribuir 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 afectaciones y creencias de los individuos ni contra su honor o reputación. Bajo la denominación de derechos de la personalidad se viene designando en la doctrina civilista contemporánea y en algunas leyes modernas, una amplia gama de prerrogativas y poderes que garantizan a la persona el goce de sus facultades y el respeto al desenvolvimiento de su personalidad física y moral. La persona posee atributos inherentes a su condición que son cualidades o bienes de la personalidad y que el Derecho positivo debe reconocer y tutelar adecuadamente mediante la concesión de un ámbito de poder y el deber general de respeto que se impone a los terceros, el cual, dentro del Derecho Civil, deber traducirse en la concesión de un derecho subjetivo para obtener la reparación en caso de transgresión. La reparación del daño moral se logra a base de una compensación pecuniaria, de libre apreciación por el juez.

Hoy este principio es unánimemente admitido por las legislaciones y por la jurisprudencia, desechando los escrúpulos pasados en valorar pecuniariamente un bien de índole espiritual. Nuestro Código Civil vigente, al señalar que la reparación del daño moral solo puede intentarse en aquellos casos en los que coexiste con un daño 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 mas de las veces impiden una compensación equitativa para los daños extrapatrimoniales.

El ejecutivo a mi cargo considera que no hay responsabilidad efectiva cuando el afectado no puede exigir fácil, práctica y eficazmente su cumplimiento, que la responsabilidad no se da en la realidad cuando las obligaciones son meramente declarativas, cuando no son exigibles, cuando hay impunidad o inadecuación en las sanciones frente a su incumplimiento. Por congruencia con lo anterior, en materia de responsabilidad por daño moral, es necesario ampliar las hipótesis para la procedencia de la reparación. Lo anterior 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."

Esta iniciativa fue aprobada, y el 31 de diciembre de 1982 salió publicado en el Diario Oficial de la Federación quedando como sigue:

"El Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, decreta: se reforman los artículos 1916 y 2116 y adiciona un artículo 1916 bis al Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para

toda la República en Materia Federal:" "Artículo primero.- Se reforman los artículos 1916 y 2116 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, para quedar como sigue:

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 aspectos físicos, 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 esta 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 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 esta 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 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 afecto, a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con objeto de lastimar los sentimientos o afectos del dueño, el aumento que por estas causas se haga, se determinará conforme a lo dispuesto por el artículo 1916.

Cuando se estaba realizando el proceso legislativo, algunos miembros de la prensa mexicana

sintieron que pudieran ser demandados conforme a lo que decía la iniciativa al hacer alguna crítica o información y el legislador se vió precisado a agregar el artículo siguiente: "Artículo 1916 bis.- No estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información, en los términos y con las limitaciones de los artículos 6o y 7o de la Constitución General de 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."

C A P Í T U L O I I

DAÑO MORAL Y SU DETERMINACIÓN

1. CONCEPTO DE DAÑO MORAL

Existen diversas teorías para determinar el concepto de daño moral:

- A. Contraponiéndolo al daño patrimonial.
- B. Considerando que es inadecuado el resarcimiento económico.
- C. Que es la lesión a un derecho de la personalidad que vulnera a un bien psicoafectivo.

Nuestro Derecho lo define: "por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimiento, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, 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 la responsabilidad contractual, como extracontractual..."¹⁷

Es importante hacer notar, que la enumeración que hace el artículo en cita, de los sentimiento, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración, aspectos físicos y consideración que de la persona tienen los demás, son los llamados bienes que tutela el derecho de la personalidad, como adecuadamente los viene considerando la legislación civilista contemporánea y les concede una amplia gama de prerrogativas y poderes para garantizar a la persona el goce de estas facultades y el respeto al desenvolvimiento de su personalidad física y moral, pues el ser humano posee estos atributos inherentes a su condición que son cualidades o bienes de la per-

17 Artículo 1916, Código Civil.

sonalidad que el Derecho positivo reconoce y tutela adecuadamente, mediante la concesión de un ámbito de poder y un señalamiento del deber general de respeto que se impone a terceros, el cual dentro del Derecho Civil, se tradujo en la concesión de un Derecho subjetivo para obtener la reparación del daño moral en caso de que se atente contra las legítimas afecciones y creencias de los individuos o contra su honor y reputación.

A. Tesis que lo contrapone al daño patrimonial.

Se denomina daño moral al menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocado por el evento dañoso, es decir, por el hecho o acto antijurídico.

La noción de daño se desarrolla con base en los siguientes presupuestos: la naturaleza del interés lesionado y la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado.

Si se aceptan estos presupuestos, se puede concluir que el daño o agravio moral es un daño no patrimonial, y que este a su vez, no puede ser definido mas que en contraposición al daño patrimonial. "Daño no patrimonial, es todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial,

por tener por objeto un interés no patrimonial o sea que guarda relación a un bien no patrimonial".¹⁸

Lo expuesto, no debe hacer creer que el daño moral es menoscabo cuya entidad se agota en el ataque o lesión a derechos extrapatrimoniales, mientras que el daño material es pura y exclusivamente lesión o menoscabo a bienes materiales.

Hay supuestos en que el evento lesiona un Derecho extrapatrimonial, como la vida, la salud, y, sin embargo, esa lesión provoca también un daño patrimonial, como la incapacidad para el trabajo, los gastos de curación y convalecencia a que alude el artículo 1086, del Código Civil.

Cuando se distingue entre daño patrimonial y daño o agravio moral o, simplemente, daño no patrimonial, el criterio de la distinción no radica en el distinto carácter del derecho lesionado sino en el diverso interés que es presupuesto de ese derecho. El interés está constituido por facultades de actuar en la esfera propia del damnificado. El daño lesiona ese interés que puede ser patrimonial o extrapatrimonial. En la noción de intereses se encuentra el núcleo de la tutela jurídica, porque es a través

18 Conf. De Cupis Adriano, *El Daño*, Editorial Bosch, Barcelona España, 1975, p. 122, No. 10.

del reconocimiento a tal interés humano que la persona legítima su obrar hacia la consecución o logro, es decir a la satisfacción o goce de bienes jurídicos.

El interés se considera no patrimonial, cuando los bienes jurídicos que garantiza no están referidos al goce o satisfacción de un objeto apreciable en dinero, sino a la satisfacción o goce de un objeto insusceptible de apreciación pecuniaria.

Es frecuente hablar de daño material, por oposición a daño moral. No obstante, es incorrecto hablar de daño material si se le usa en contraposición al moral; si se consideran los términos de un sentido gramatical se tendrá:

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

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

Considerar así al daño material, no es del todo aceptable, ya que en muchas ocasiones no es palpable ni visible, como por ejemplo un golpe interno a una persona, que no es visible, pero que le puede producir incapacidad para trabajar. Para no incurrir en el equívoco a que se presta la ter-

minología antes apuntada, se habla de daño pecuniario o económico, en lugar de daño material, contraponiéndolo a daño no pecuniario o moral.

De esta forma el daño pecuniario lesiona la parte económica del patrimonio, en tanto que el moral afecta a la parte integrada por los derechos de la personalidad, como son afectos, buen nombre, honor etc.

Es habitual considerar que el daño moral es el dolor, la angustia, la afección física o espiritual, la humillación, y, en general, los padecimientos que se han inflingido a la víctima del evento dañoso.

Esos dolores, angustias, aflicciones, etc., No son sino estados del espíritu, consecuencia del daño. El dolor que experimenta la viuda por la muerte violenta de su esposo, la humillación de quien ha sido públicamente injuriado o calumniado, el padecimiento de quien debe soportar un daño estético visible, la tensión o violencia que experimenta quien ha sido víctima de un ataque a su vida privada, etc., Son estados del espíritu de algún modo contingentes y variables en cada caso y que cada cual siente o experimenta a su modo.

Estos estados del espíritu constituyen el contenido del daño, que es tal en tanto, cuando previamente se haya determinado en qué consistió el

daño. El Derecho no resarce cualquier dolor, humillación, aflicción o padecimiento, sino aquellos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico sobre el cual el dolorido, humillado, padeciente o afligido tenía un interés reconocido jurídicamente.

Lo que define al daño moral no es, en sí, el dolor o los padecimientos. Ellos serán resarcibles a condición de que se provoquen por la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales, reconocidos a la víctima del evento dañoso por el ordenamiento jurídico. Y estos intereses pueden estar vinculados tanto a derechos patrimoniales como a derechos extrapatrimoniales.¹⁹

La separación de los daños en dos grandes categorías: daños patrimoniales y daños morales, no es mas que la consecuencia lógica de la clasificación de los Derechos subjetivos en dos grandes grupos: el de los daños patrimoniales y de los extrapatrimoniales o inherentes a la personalidad.

¹⁹ Brebbia, Roberto H., *El Daño Moral*. Editorial Orbi, 2ª edición, Argentina 1967, p. 57-58, No. 22.

No debe confundirse daño con actividad dañosa, ésta, la actividad dañosa, es la que provoca como resultado el daño.

Lo que se repara es el resultado dañoso, no la actividad del responsable, hecho ilícito, incumplimiento contractual, etc., Que ha sido solo la causa eficiente de aquél.

El daño patrimonial se aprecia en el resultado económico disvalioso.

El daño moral debe apreciarse también por su resultado: "Las consecuencias o repercusiones anímicas o espirituales del hecho".²⁰

Así como el daño patrimonial proviene de la lesión a un interés económico, pero no es esa lesión en sí misma, sino su consecuencia, lo que se resarce (disminución o falta de enriquecimiento patrimonial), el daño moral proviene de la lesión a un interés pero no consiste en ese ataque, lesión o menoscabo, sino en el perjuicio consecuente, ello

²⁰ Zavala de González, *El Concepto de Daño Moral*, J. A., Supl. Del 6/2/85, No. V

es, en la modificación disvaliosa del espíritu que ha provocado en la víctima.²¹

Cuando se habla de daños patrimoniales se trata de saber si la actividad dañosa ha provocado, ha sido causa, de un detrimento atribuible al autor: para ello mide, constata, de qué medios económicos ha sido privado, o ha dejado de obtener el damnificado, y en función de ello se liquida el perjuicio. Cuando se trata de un daño moral se resarce el ataque mismo a un atributo de la persona, de un Derecho subjetivo que, a diferencia de los derechos patrimoniales, no tiene por objeto bienes susceptibles de ser cuantificados en más o menos. El honor, la intimidad, la imagen, así como la vida, la salud, etc., Son precisamente intangibles pues todos y cada uno se atribuyen a la personalidad del sujeto.

El daño moral no se mide solo por las repercusiones que contiene, sino por el menosprecio que la actividad dañosa en sí misma denota a la persona (física o jurídica), y se estima en razón de la entidad del interés no patrimonial lesionado. Por eso la distinta connotación que tiene la liquidación de daños patrimoniales frente a la estimación del daño moral.

21 Zavala de Gonzalez, *El Concepto De Daño Moral*, J.A. Supl. Del 6/2/85.

Lo que califica el daño moral es la actividad dañosa, en cuanto tal, el solo ataque a intereses no patrimoniales de la víctima sin que para definir sus existencia deba requerirse que ella lo comprenda o perciba.

Habitualmente el agravio provocará en el damnificado una modificación disvaliosa de su espíritu, y al estimarse el contenido del daño podrá medirse la cuantía o el modo de resarcimiento, pero aunque no lo provocara, porque quien sufre el ataque no está en condiciones de experimentar esa modificación disvaliosa de su espíritu, el agravio menoscaba siempre una proyección existencial que es reconocida también a quienes están privados de razón o de sensibilidad.

El daño moral se define por la actividad dañosa y no por el resultado distinto. Todo ataque a la persona le inflige a ella un daño por el ataque mismo.

Todo daño es resarcible. Aún el no patrimonial, si se ha probado un ataque antijurídico a un interés reconocido por el ordenamiento. El daño moral puede ser objetivo o subjetivo. Daño moral objetivo será aquel menoscabo que sufre la persona en su consideración social, y en cambio, sería daño moral subjetivo aquel que consiste en el dolor físico,

las angustias o aflicciones que sufre como persona, en su individualidad.

Un modo distinto de enunciar la misma distinción es la que, hicieron los Mazeaud y Tunc,²² seguidos por buena parte de la doctrina francesa, como Ganot y Polack, y que en nuestra doctrina adapta Brebbia.²³ Mazeaud y Tunc distinguen la parte social y la parte afectiva del "patrimonio moral". Entonces separan los daños que atentan contra la parte social del patrimonio moral, "que afectan al individuo en su honor, en su reputación, en su consideración" y los daños que atentan contra la parte afectiva del patrimonio moral, que "alcanzan al individuo en sus afectos: se trata, por ejemplo, del pesar experimentado por el hecho de la muerte de una persona que nos es querida".²⁴

"Los primeros están siempre, o casi siempre, mas o menos unidos a un daño pecuniario: la desconsideración arrojada sobre una persona le suele hacer correr el riesgo de afectarla pecuniariamente ya sea por obligarla a abandonar la situación en que se desempeña, ya sea comprometiendo su porvenir o el de sus hijos, ya sea haciéndole que disminuya su co-

22 Mazeaud-Tunc, *Tratado*, T. 1.1., p. 425, No. 295.

23 Brebbia, *El Daño Moral*, p. 257, No. 130.

24 Mazeaud-Tunc, *Tratado*, T. 1.1., p. 426, No. 295.

mercio o su industria. Por eso, apenas si se oponen dificultades para admitir una reparación... Por el contrario, son numerosos los que le niegan toda indemnización por lesión a los sentimientos de afección. Y es que, esta vez, el daño moral suele estar purificado de toda mezcla: el dolor, el pesar, son los únicos perjuicios causados; pecuniariamente, la víctima no ha sufrido ningún atentado".²⁵

Brebbia, en cambio, prefiere distinguir entre el aspecto objetivo y el aspecto subjetivo del patrimonio moral.

El lado subjetivo, dice, se encuentra formado por aquellos bienes personales que los sujetos poseen en razón de su característica individualidad biológica y psíquica, como, por ejemplo, las afecciones legítimas, la integridad física, etc., bienes estos cuyo grado de conculcación solo puede ser constatado por las demás personas de una manera indirecta, partiendo de la base de la indiscutible uniformidad de la naturaleza humana y generalizando las sensaciones sufridas en casos análogos para cada uno.²⁶ En cambio, la lesión sufrida en alguno de los bienes que componen el aspecto objetivo de la personalidad moral, admite una comprobación

25 Mazcaud-Tunc, *Tratado*, T. 1.1., p. 426, No. 295.

26 Brebbia, *El Daño Moral*, p. 258, No. 130.

más directa por parte de las demás personas. Tal es el caso de bienes como el honor, la honestidad, la autoridad paterna, etc., cuya lesión o menoscabo pueden ser apreciadas de una manera objetiva y externa sin necesidad de realizar una indagación de carácter subjetivo en la persona del damnificado.

Dice Brebbia, que "el aspecto objetivo de la personalidad moral comprende el honor, el nombre, la honestidad, la libertad de acción, la autoridad paterna, la fidelidad conyugal y el estado civil.

El aspecto subjetivo, en cambio, las afecciones legítimas, la seguridad personal e integridad física, la intimidad, el Derecho moral del autor sobre la obra y el valor de afección de ciertos bienes patrimoniales".

Dentro de esta línea de pensamiento se sitúa en la Doctrina Latinoamericana Tamayo Jaramillo para quien "cabría distinguir entre daño moral subjetivo --propiamente daño moral y pretium doloris-- que afecta los sentimientos íntimos de la víctima, o los provenientes del dolor físico producido por una lesión, y daños morales objetivados, que son las repercusiones objetivas del daño moral que han

de indemnizarse de acuerdo con las normas que regulan el resarcimiento del perjuicio material".²⁷

La distinción entre daño objetivo y subjetivo, parte social y parte afectiva del patrimonio moral, o, en fin aspecto objetivo y aspecto subjetivo de él, constituyen intentos de diferenciaciones que, en la dogmática --especialmente en la doctrina francesa-- intentaban delimitar el ámbito del daño moral resarcible.

2. EL DAÑO MORAL DIRECTO E INDIRECTO

El daño moral es directo, si lesiona un interés tendiente a la satisfacción o goce de un bien jurídico no patrimonial; será en cambio, indirecto, si la lesión a un interés tendiente a la satisfacción o goce de bienes jurídicos patrimoniales, produce, además el menoscabo a un bien patrimonial.

La distinción, surge del contexto general de la teoría del daño, del mismo modo que es dable conceptualizar el daño patrimonial directo e indirecto. Aquí se aplican los mismos parámetros. Así como el daño patrimonial indirecto es una consecuencia

²⁷ Tamayo Jaramillo, *De La Responsabilidad Civil*, T. II, p. 124 y ss., No. 86 y siguientes.

posible pero no necesaria del hecho lesivo a un interés no patrimonial, el daño moral indirecto es la derivación del hecho lesivo a un interés patrimonial.

"La distinción entre daño patrimonial y daño moral no discurre de la naturaleza del Derecho, bien o intereses lesionados, sino del efecto de la lesión, del carácter o repercusión sobre el damnificado. Así, es posible que ocurra daño patrimonial a consecuencia de la lesión a un bien no patrimonial; o daño moral como resultado de una ofensa de un bien material".²⁸

Desde esta perspectiva, son daños morales directos cuando la lesión afecta un bien jurídico contenido en cualquiera de los derechos de la personalidad: la vida, la integridad corporal, la intimidad, el honor, la propia imágen.

También es directo el daño moral que se inflige por un ataque, menoscabo o desconocimiento a cualquiera de los atributos de la persona: nombre, capacidad, estado de familia. En el primer caso, daño a los derechos de la personalidad, el menoscabo afecta poderes de actuación en la esfera subjetiva para la preservación de ciertos bienes jurídicos existenciales que exigen respeto. En la se-

²⁸ Aguilar Díaz, José De, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, T. II, p. 373, No. 226.

gunda hipótesis, el menoscabo afecta a cualquiera de los presupuestos de la categoría jurídica de persona.

El daño moral indirecto, es aquel que provoca la lesión a cualquier interés no patrimonial, como consecuencia de un ataque a un bien patrimonial del afectado.

B.- Hay perjuicio extrapatrimonial todas las veces que el pago de una suma de dinero no es susceptible de constituir una reparación adecuada al daño".²⁹

Esta tesis nos explica que el daño no se indemniza con dinero y a veces este no alcanza a cubrirlo todo.

Se ha aceptado la función del dinero en una forma compensatoria pero no del todo apropiada porque sería valuar en forma económica los sentimientos íntimos de una persona.

C.- El sujeto de Derecho se compone de bienes personales (como la vida, el nombre, el honor, etc.); Bienes patrimoniales, la esfera de carácter

²⁹ Givard, *La Reparación Del Perjuicio Moral*, Paris 1938, pag. 8.

económico, y bienes familiares y sociales, el poder de la persona en las organizaciones.

Se distingue el patrimonio del ámbito personal, ya que el patrimonio comprende lo que la persona tiene y el personal, lo que la persona es, determinándole también, lo que deriva de la sociabilidad como: ser padre, madre, etc., tutelado por el Derecho privado, todos estos bienes conforman atributos que pertenecen solo al titular o sujeto de Derecho siendo ajenos al patrimonio.

Un daño patrimonial lesiona bienes que están en el patrimonio, y el daño extrapatrimonial o moral afecta bienes del ámbito personal del sujeto de Derecho.

Podemos concluir que, en esta tesis, la esfera jurídica de un sujeto de Derecho se compone, entre otros del Derecho de la personalidad, que tutela bienes estrictamente personales (nombre, honor, etc.) O también bienes familiares o sociales, que representan el poder de una persona dentro de las estructuras en que el sujeto se mueve.

Esto constituye el ámbito puramente personal del titular de dicha esfera jurídica, es la conformación de la misma esfera y también es dispar de los Derechos patrimoniales.

La lesión al Derecho de la personalidad que vulnere bienes estrictamente personales, sociales o familiares constituye el daño moral.

La nomenclatura del daño respondera al área de la esfera jurídica afectada, o sea de la lesión o menoscabo de bienes o derechos a los cuales pertenecen ya sea de esfera jurídica personal (daños al honor, honestidad, reputación, sentimientos, vida privada, consideración que de uno tienen los demás, afectos, creencias, decoro, etc), o de la esfera jurídica de los derechos o bienes patrimoniales.

Por eso Orgáz dice, cuando la lesión hace sufrir a la persona molestándola en su seguridad personal, en el goce de sus bienes o hiriendo sus afecciones legítimas se tiene un daño moral o no patrimonial.³⁰

Siguiendo a Oliviera Toro, a la definición legal (artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal) además de las hipótesis normativas que cita dicho artículo agregamos que el daño moral se ocasiona por la conducta del hombre que vulnera el Derecho de la personalidad, fundamentalmente

³⁰ Orgáz Alfredo, *El Daño Resarcible*, Editorial Omega , 1960, p. 42.

en los intereses que tutela, de orden social, familiar o psicoafectivos del sujeto pasivo.

Entendemos por esto último toda psicosis especial que trastorna la vida emotiva normal (consciente o inconsciente) del sujeto pasivo.³¹

³¹ Jorge Olivera Toro, *El Daño Moral*, Revista Jur. De Pémex, números 39-40, p. 18 y siguiente.

C A P Í T U L O I I I

TUTELA PENAL DEL HONOR EN EL DERECHO PENAL Y TUTELA AL HONOR EN EL DERECHO CIVIL

1. INTRODUCCIÓN

El problema que ofrece la tutela penal del honor consiste en precisar el modo y la forma en que este bien jurídico debe ser entendido, también identificar al daño moral con la vulneración a la esfera integrada por los derechos de la personalidad.

Esta cuestión se divide en: a) La opinión de aquellos que creen que la tutela debe partir de una noción formal, según la cual el honor es un atributo ontológico de la persona humana, b) En la de los que no admiten que el honor sea una ficción pro-

yectada sobre todos los seres humanos y juzgan que se trata de un merecimiento que cada hombre se forja a sí mismo en la vida de relación, a través de sus virtudes y méritos.

Berner, aporta una concepción real y afirma que el objeto de la tutela jurídica es el honor que ciertamente existe y solo para evidenciar su irrealidad, debe de estar abierta la puerta a la prueba de la verdad de la imputación. El juicio sobre una persona debe ser ante todo libre, si el juicio ha de ser juicio y una verdad el honor, quien lo emite con sujeción a la verdad hace estricto uso de un Derecho y no viola el honor de nadie.³² De lo contrario sería introducir la inmoralidad si solo se dijeran mentiras o irrealidades. Pero este criterio está sujeto a serias dudas.

La concepción formal del honor encierra la necesidad de no dejar a la persona desprovista del atributo de dignidad inherente a todos los seres humanos.

El honor que se tutela penalmente, es un ideal objetivado por la conciencia social.

³² Jiménez Huerta, **Derecho Penal Mexicano**, Editorial Porrúa, México, Pág. 19.

Hay dos ideas del honor: subjetiva, como sentimiento de la propia dignidad; la valoración que el sujeto hace de sus méritos y virtudes; objetiva, como apreciación que los demás tienen de una persona, por el cumplimiento de sus deberes morales, sociales y legales. El honor se confunde con la reputación.

La pena se proyecta sobre aquellas conductas que implican una lesión al bien protegido o sea al interés individual de la persona ofendida, al respeto y consideración de que son acreedores todos los seres humanos.

El honor protegido penalmente es, por tanto, un concepto formal. Dicho honor se protege incluso cuando, por su propio comportamiento en la vida social, sustancialmente la persona carezca de honor.

La ley penal tutela el honor como algo inherente a su propia y genérica personalidad humana; esto es, a su cualidad de persona sin que pueda admitirse como causa impeditiva de la integración del tipo de injuria, la prueba de ser acreedores, por el individual comportamiento social a un desprecio o a unas ofensas.

También existen dos formas de sentir y entender el honor y sobre ambas se proyecta la tutela

penal. En el aspecto subjetivo, interno o ético, el honor enraiza en un sentimiento íntimo que se exterioriza en la afirmación que la persona hace de su propia dignidad, el aprecio que tiene por sí misma; en el aspecto objetivo, externo o social, en la estimación interpersonal que el ser humano merece por sus cualidades morales y profesionales dentro de la comunidad, el prestigio ante los demás en el primer aspecto, el honor es lesionado por todo aquello que lastima el sentimiento de la propia dignidad; en el segundo, por todo aquello que afecta a la reputación que la persona merece, hecho que se conoce como difamación. Hay el derecho del individuo a vivir su propia vida, protegido, entre otras acciones, contra los ataques a su honra.

Algunos dicen que el honor es un bien jurídico muy complejo y que los varios puntos de contradicción no son mas que los diversos lados del objeto al cual pertenecen, en tanto que otros consideran que las diferenciaciones entre honor subjetivo y objetivo, interno y externo, ético y social, tienen en la actualidad muy poca significación para el derecho, y juzga que es mejor distinguir en el honor un aspecto personal --el valor humano en sí considerado-- y un aspecto interpersonal --el valor humano objeto de valoración social-- que, positiva o negativamente, se reflejan sobre la persona. La categoría del honor incluye siempre diversos aspectos, los cuales son después más o menos acentuados, dándose mayor relieve al aspecto ético o al profesional o social, al sentimiento del valor o

a la real existencia de él, al valor en sí considerado o a sus reflejos en las relaciones humanas.

El sentimiento del honor, se presume que es igual en todos los humanos, pues implica una cualidad personal inherente al yo. La estimativa interpersonal, reputación, que a cada uno corresponde es diversa y está en relación con su circunstancia.

El honor adquiere, a través de sendas valoraciones normativas una matización y una trascendencia social y alcanza una variedad de perfiles según las diversas situaciones del sujeto pasivo.

El concepto jurídico de honor surge de valoraciones medias relacionadas con las reglas objetivas que la experiencia social incesantemente elabora, y no es el fruto ni de la susceptibilidad ni de la hipersensibilidad de cada uno.

El Código Penal mexicano de Martínez de Castro instituyó tres tipos penales para proteger el honor: injuria, difamación y calumnia. El Código de 1929, siguió en lo primordial el mismo sistema, aunque introdujo en un capítulo especial denominado "De Los Golpes y de Otras Violencias Físicas Simples" otras figuras delictivas que en el Código de 1871 aparecían en el Título Segundo relativo a los "Delitos Contra las Personas", así como también in-

cluyó, en otro capítulo especial, titulado "El Duelo" las disposiciones que el Código de 71 también contenía en el título relativo a los "delitos contra las personas". El Código penal de 1929 agrupó dentro del título todo lo que se relaciona con el honor, como lo prueba la denominación "de los delitos relativos al honor" que aparece con el rubro del título XVIII, en vez del de "delitos contra la reputación", o "delitos contra el honor", empleados en los Códigos de 1871 y 1931, respectivamente.

El vigente Código penal, eliminó el capítulo relativo al duelo, y derogó (capítulo I del título vigésimo) las normas típicas denominadas "Golpes y Otras Violencias Simples".

El título vigésimo de "los delitos contra el honor", contiene en su capítulo II, "injurias y difamación", quedando derogado el delito de injurias.

El delito de "calumnia", está comprendido en el capítulo III, del mismo título.

2. DELITO DE DIFAMACIÓN

El artículo 350 del Código penal actual expresa que la difamación consiste: "En comunicar dolosamente a una o más personas, la imputación que se hace a otra persona física, o persona moral en los casos previstos por la ley, de un hecho cierto

o falso, determinado o indeterminado, que pueda causarle deshonra, perjuicio o exponerlo al desprecio de alguien".

La difamación es así un delito de expresión, (difamarse; disprivativo o intensivo y, fama) desacreditar a uno, publicando cosas contra su buena opinión y fama.

Los elementos son: imputación; comunicación dolosa; de hecho cierto o falso (cuando se atribuye un delito, surge la calumnia); causar deshonra, descrédito, perjuicio o exponerlo al desprecio de los demás.

En el ilícito penal, comunicar, significa participar, describir o hacer saber a otro un hecho deshonroso imputado a un tercero, independientemente de que por aquel fuera conocido, pues aunque el hecho imputado fuera público notorio o conocido previamente por la persona a quien se comunica, objetivamente existe la comunicación que integra la conducta típica.

La comunicación puede hacerse por cualquier medio: de palabra, por escrito, por gestos o ademanes. El contenido ideológico de la comunicación consiste en "la imputación que se hace a otra persona de un hecho" imputar a otro un hecho,

implica achacárselo atribuírselo o ponerlo a su cargo.

Según López Rey es la "atribución de algo concreto, generalmente un delito o una acción vituperable",³³ Da a entender que entre esta acción o delito y la persona imputada existe una relación análoga a la de causa y efecto.

Al hacer referencia al párrafo segundo del artículo 350 a la "deshonra", "descredito", "perjuicio" y "desprecio", contempla todos los relieves que presenta el concepto de honor.

El delito de difamación se consume en el mismo instante en que el sujeto activo comunica a otro la imputación deshonrosa que a un tercero se hace.

Según el artículo 350, "el delito de difamación se castigará con prisión hasta de dos años o multa de cincuenta a trescientos pesos, o ambas sanciones a juicio del juez".

33 López Rey, *Consideraciones Sobre el Delito de Difamación*, En Revista Jurídica Veracruzana, Tomo IX, Septiembre-Octubre, 1958, número 5. p. 480.

La pena accesoria contenida en el artículo 363, tiene por fin reparar, en lo posible, al ofendido, el daño moral que el delito hubiere causado en su reputación, y dice lo siguiente:

Artículo 363.- "Siempre que sea condenado el responsable de una injuria, de una difamación, o de una calumnia, si lo solicita la persona ofendida, se publicará la sentencia en tres periódicos a costa de aquel. Cuando el delito se cometa por medio de un periódico, los dueños, gerentes o directores de este, tengan o no responsabilidad penal, estarán obligados a publicar el fallo, imponiéndoseles una multa de cien pesos por cada día que pase sin hacerlo, después de aquel en que se le notifique la sentencia. El importe de la multa no podrá exceder de diez mil pesos".

3. DELITO DE CALUMNIA

El delito de calumnia está regulado por los artículos 356, 357, 358 y 359 del Código penal actual.

"Calumniar", significa imputar o acusar falsamente a otro de la comisión de un delito.

La esencia propia de este delito consiste en imputar a alguno un delito sabiendo su inocencia.

Carmignani dice que: "calumniador es aquel que dolosamente presenta en contra de otro una acusación falsa".³⁴

La tutela penal en el delito de calumnia tiene la finalidad de proteger el honor.

El artículo 356, señala tres formas típicas que pueden revestir el delito de calumnia:

"A. Imputar a otro un hecho determinado y calificado como delito por la ley, si este hecho es falso o es inocente la persona a quien se imputa (Frac. I.),

B. Presentar denuncias, quejas o acusaciones en las que su autor imputa un delito a persona determinada, sabiendo que esta es inocente o que aquel no se ha cometido (Frac. II.), y

C. Poner sobre la persona del sujeto pasivo, en su casa o en otro adecuado lugar, para hacerle aparecer como reo de un delito, alguna cosa que pueda servir de indicio o presunción de responsabilidad (Frac. III)".

³⁴ Cit. De Jiménez Huerta, **Derecho Penal Mexicano**, Editorial Porrúa, p. 91.

La esencia del delito consiste en imputar falsamente a otro la comisión de un delito, mediante expresiones, denuncias, quejas, acusaciones o simulaciones de pruebas o de indicios.

Los elementos de la calumnia en general son:

I. La imputación a otro de un hecho determinado y calificado como delito; la falsedad de la imputación; el ánimo injuriandi.

Otras especies de calumnias son:

II. La judicial y

III. La real o materializada.

Cualquier persona física puede cometer el delito de calumnia. El delito de calumnia se consuma, si la calumnia es verbal cuando la imputación delictiva es oída por el sujeto pasivo o por una tercera persona; y si es escrita cuando una u otra lea la nota mensaje o texto que contiene la imputación falsa.

El delito de calumnia en su modalidad contenida en la fracción II se perfecciona en el mismo

instante en que es presentada ante un organismo policial o investigador la denuncia, queja o acusación falsa; y en la III fracción, cuando se ponga sobre la persona del calumniador, en su casa o en otro lugar adecuado alguna cosa que racionalmente pueda engendrar en su contra indicios o presunciones de responsabilidad.

El delito se sanciona en el párrafo primero del artículo 356 "con prisión de seis meses a dos años o multa de dos a trescientos pesos o ambas sanciones a juicio del juez".

Carrara dice lo siguiente:

"Si existe un delito en el cual la idea del talión haya tenido y conserve un respeto casi universal como criterio mesurador de la pena, ese delito es el de calumnia. Y es preciso reconocer que, aunque no confesadamente, la idea del talión es en esencia la que informa todos los Códigos contemporáneos al castigar a los calumniadores".³⁵

Los artículos 362 y 363 estatuyen dos penas accesorias. Dispone el primero que "Los escritos, estampas, pinturas o cualquier otra cosa que hubiere servido de medio para... La calumnia, se re-

35 Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, p. 102.

cogerán e inutilizarán, a menos que se trate de algún documento público o de uno privado que importe obligación, liberación o transmisión de derechos". Esta pena accesoria implica una especificación de lo que establece el artículo 40 en orden al decomiso de los instrumentos y objetos del delito. El segundo, estatuye que "siempre que sea condenado el responsable de... una calumnia, si lo solicita la persona ofendida se publicará la sentencia en tres periódicos a costa de aquel." Especialmente se relaciona aquí con el delito de calumnia, la pena accesoria contenida en el artículo 47, con la modificación de que la sentencia se publicará en tres periódicos en vez de uno o dos como dispone este último artículo. Esta pena accesoria tiene como finalidad reparar a las víctimas el daño moral que el delito hubiere ocasionado en su reputación.

Las lesiones que se causan en el sentimiento exigen el desvanecimiento ante el público de las imputaciones hechas, o que la sociedad conozca que las imputaciones se han declarado calumniosas.

Nuestra ley dice que el juez podrá, a petición de parte ordenar la publicación ¿basta con que la pida el ofendido?

Debemos advertir que la base de los derechos esenciales del hombre surgió en el siglo XVIII con la revolución norteamericana y la declaración de Virginia de 1776 y con la declaración de los dere-

chos del hombre y del ciudadano, de la revolución francesa de 1789 que proclamaron, con diferentes palabras, los mismos principios. La lesión de los derechos de personalidad que vulneran la tutela del honor, han ido aprovechando medios indebidos como escuchar o gravar conversaciones de la intimidad, que merecieron "del renombrado juez Holmes, de la Suprema Corte de Norteamérica; el juicio de que era un procedimiento sucio".³⁶

4. TUTELA AL HONOR EN EL DERECHO CIVIL

La doctrina en esta materia ha sido amplia, al respecto José Castan Tobeñas dice lo siguiente:

"La persona individual tiene una esfera de poder jurídico, precisamente el Derecho existe por causa del hombre y es este el sujeto primario e indefectible del Derecho privado, al igual que del Derecho público. Ahora bien, los bienes de la persona que obtiene su protección, bien por la vía de los efectos reflejos del Derecho objetivo, ya por la de la concesión de verdaderos Derechos subjetivos pueden ser de diversa naturaleza. Hay bienes personales como la vida, el nombre y el honor; bienes

³⁶ Alfredo Orgáz, *Reflexiones Sobre los Derechos Humanos*, Abeledo Perrot, 1961, p. 28.

patrimoniales, que se desenvuelven en la esfera de carácter económico que rodea a la persona, y bienes familiares y sociales, que representan el poder de la persona dentro de las organizaciones en que el sujeto se desenvuelve. La protección de la primera y más fundamental de estas categorías de bienes de la persona individual se traduce en los llamados Derechos de la personalidad".

"Es el honor uno de los bienes jurídicos mas preciados de la personalidad humana y que puede ser considerado como el primero y mas importante que aquel grupo de derechos que protegen los matices morales de esa personalidad."³⁷

"No podemos analizar aquí el concepto y naturaleza del honor difíciles de precisar porque este ha tenido históricamente, aspectos y manifestaciones muy variados. Basta con señalar que el honor se puede entender en sentido objetivo o sentido subjetivo. En sentido objetivo el honor es la reputación, buen nombre o fama de que goza, ante los demás, una determinada persona o, en otros términos, como escribe

³⁷ José Castán Toveñas, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto. 1952.

Ferrara, "La estimación que acompaña a la persona y la circunda, como una aureola de luz, en sociedad. En sentido subjetivo, el honor es el sentimiento de la estimación que la persona tiene de sí misma en relación con la conciencia de la propia dignidad moral."³⁸

Reuniendo las dos acepciones, definen otros el honor, en el plano jurídico, como la dignidad personal reflejada en la consideración de los terceros y en el sentimiento de la persona misma.

El jurista italiano Francesco Ferrara expresa en su obra *Trattato di Diritto Civile Italiano*, lo siguiente:

"Hay una tutela penal del honor (delitos de difamación, de injurias, ultrajes al pudor y delitos contra las buenas costumbres) y hay una tutela civil, bajo formas de concesiones de un Derecho al honor, al cual presta una defensa más amplia de este bien que circunda como una aureola a la persona. Porque el concepto de honor es múltiple y proteiforme: hay un honor individual, que consiste en la dignidad misma de la persona humana, y es parte de su existencia moral, y un honor civil, que abarca la estimación pública del ciudadano, y un ho-

³⁸ Francisco Ferrara, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, Volumen I, Editorial Athenacun, Roma, 1921, p. 406.

nor político que resguarda al individuo en sus afecciones políticas, y además un honor profesional, científico, literario, artístico, una honorabilidad comercial, y otros infinitos atributos de la respetabilidad humana."

5. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia de 6 de diciembre de 1912 (honor de la mujer).

Considerando: "Que la honra, el honor y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo la pérdida de mayor consideración que puede padecer en una sociedad civilizada, incapacitándola para ostentar en ella el carácter de depositaria y custodia de los sagrados fines del hogar doméstico, base y piedra angular de la sociedad pública, debiendo, por lo tanto, ser apreciados estos daños como uno de los graves, que obliga a tenerlos en cuenta al legislador para legislar y a los tribunales encargados por la ley de aplicar y de realizar la justicia con el propósito de remediarlos para procurar se fije una norma reguladora, estableciendo una responsabilidad civil, armonizada con los principios jurídicos que informan nuestro Derecho común, si no se quiere fomentar en la sociedad una negligencia suicida, cual sería el abandono de un elemento social

de primer orden como la mujer, al capricho de la pública maledicencia".

Considerando: "Que tomados en cuenta estos fundamentos sociales de toda legislación y de toda organización de justicia, no cabe desconocer que el hecho controvertido en autos constituye una total y absoluta expoliación de la dignidad personal; familiar y social de la joven ofendida, violentamente despojada de todos sus títulos de pudor y honestidad que la hacían acreedora a la estimación pública por presentarla de modo evidente y escandaloso culpable de fuga del hogar paterno y de amancebamiento sacrílego consumado, con todas sus consecuencias naturales, inhabilitando por efecto de la pública exposición del hecho calumnioso en periódicos de gran circulación..."

Sentencia de 24 de octubre de 1959. (Honor del marido).

"...Establecido en el artículo 104 del Código penal que la indemnización de perjuicios que todo responsable criminalmente de un delito viene obligado a reparar por ministerio del artículo 19 del mismo Código, comprende también los morales, el problema referente a la reparación del daño moral que plantea el recurso, queda fuera de toda discusión dentro del área de la ley penal substantiva de nuestra Nación y limitado a concretar si en el delito de adulterio hay o no patrimonio moral lesio-

nado; cosa que manifiestamente escapa también a toda discusión, pues la infidelidad de la mujer entregándose carnalmente a un hombre que no es su marido, y la conducta de ese hombre poseyendo a la mujer casada, a sabiendas de que lo es, además de ser una ofensa al sentimiento público de honestidad, ataca directamente la dignidad y honor del marido, que al ver mancillado y deshecho su hogar, ha de sufrir la tortura de tan afrentosa situación, en la cual la ley penal no puede dejarle desamparado como si tal lesión en la parte más íntima y afectiva de su ser no se hubiera producido; por eso, el único motivo de casación interpuesto... Fundado en la no existencia de daño moral indemnizable no puede ser acogido".

Sentencia de 31 de marzo de 1930 (honor mercantil).

"...Según es notorio, tan necesario es el crédito y el prestigio para la vida y el desarrollo del comercio como a la de los humanos el honor, y por ende, cuando de algún modo ilícito e injusto se atenta por alguien, comerciante o no, ya de palabra, ya por escrito y por la prensa u otro medio de publicación al crédito o al honor, aparte del delito que tales atentados puedan constituir, es palmario que los tribunales de justicia a ello requeridos deben intervenir, y reconocer, y declarar el derecho de los perjudicados, de los injuriados, a ejercitar

la acción civil para pedir y exigir la debida reparación y obtener la consiguiente real indemnización proporcionada a los daños, siquiera no puede determinarse con exactitud y precisión la cantidad en que hubieren de estimarse los perjuicios y los daños irrogados".

Derecho de la personalidad. Influenciado el tribunal supremo por la doctrina jurídica de los derechos de la personalidad, acoge el honor como bien jurídico perteneciente a la esfera personalísima del sujeto de Derecho, y concede como forma de tutela del mismo, junto a otros medios jurídicos, la indemnización pecuniaria.

En este sentido, la sentencia de 7 de febrero de 1962, manifiesta que:

"La tutela del honor en la vía civil es amplia, debiendo de abrazar todas las manifestaciones del sentimiento de estimación de la persona (honor civil, comercial, científico, literario, artístico, profesional, etc.) Y otorgar al ofendido no solo el poder de accionar contra el ofensor para el resarcimiento de los daños, sino también la facultad de hacer cesar, si es posible, el acto injurioso y de hacer suprimir el medio con el que él mismo haya sido realizado y pueda ser divulgado, y precisamente por que se trata de la tutela de la integridad moral, que es un derecho de la personalidad, la acción civil encuentra buen fundamento aunque se di-

rija tan solo al reconocimiento de la ilicitud del comportamiento del ofensor, que ha atribuido al actor hechos o actos deshonrosos, con evidente menosprecio de la dignidad y del honor de aquel, quien tiene un verdadero y propio interés jurídico en pedir al juez la tutela de un derecho de su personalidad, como es el honor, independientemente de todo daño patrimonial directo o indirecto".

C A P Í T U L O I V

RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL

1. DAÑO PATRIMONIAL Y DAÑO MORAL

Hay que distinguir el puro daño moral del patrimonial, pues con gran frecuencia se entremezclan y se confunden: pero es importante la separación de ellos porque son dos daños que deben ser indemnizados separadamente.

Como veremos más adelante la negativa a la indemnización del daño moral tiene como argumentos: a) Es inmoral poner precio al dolor; b) Es un enriquecimiento sin causa; c) No se puede medir el daño desde el punto económico.

Ninguna razón impide que se otorgue indemnización en el daño moral ya que es una legítima pretensión que se reparen los daños injustamente sufridos; hay causa o sea el perjuicio moral; la víctima podrá procurarse otros bienes que compensen en algo a lo perdido.

Debemos también mencionar que hay ocasiones en que se produce daño y no es indemnizable o reparable, porque la ley justifica la conducta (damnum absque injuria datum).

Legítima defensa y estado de necesidad, entre otros. Nuestro Código Civil no tiene estas instituciones de falta de indemnización; pero son procederes que llamaríamos lícitos. El Código Civil italiano los contiene en los artículos 2044 y 2045, el Código Civil del Distrito Federal duplica las normas, como ya diremos mas adelante.

También tenemos que dilucidar los términos: *reparación* y *resarcimiento*: son efectos del daño, tales como también: indemnización, daños y perjuicios.

La reparación es el restablecimiento de la situación anterior, o el pago de daños y perjuicios (art. 1915). Es la obligación consecuente en los daños patrimoniales. A este artículo en 1940, se le agregaron diversas hipótesis, usando el término

equivalente de "indemnización". En 1975 se volvió a la redacción original, (párrafo primero); y después la norma uso el término: indemnización. En la iniciativa de ley de este precepto, se utilizó la palabra reparación como equivalente y la de indemnización se tomó para designar la satisfacción moral; pero no se hizo ninguna distinción legal. Sin embargo, se reparan daños y se indemnizan perjuicios, en eso consiste el resarcimiento. El daño es el menoscabo patrimonial; perjuicio es la privación de lucro legítimo o lesión a un atributo de la personalidad.

En contra de los que opinan que la indemnización en dinero, tratándose del daño moral, es un absurdo, porque no satisface a la víctima y se considera como un castigo al autor de la conducta dañosa (Demogue,³⁹ Ripert,⁴⁰ Savater)⁴¹ Cabe decir claramente:

39 Demogue René, *Traité Des Obligations en General*, t. IV. p. 48. No. 406: Paris, Rosseau, 1925.

40 Ripert Jean; *La Regla Moral en las Obligaciones Civiles*, p. 267, No. 181. Bogotá, 1946.

41 Savatier Rene; *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*, T. II. p. 102; No. 257-258, Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1939

La reparación del daño es resarcitoria no punitiva.

La indemnización es la satisfacción que toca a la parte herida por la disminución por él sufrida en la propia esfera jurídica.⁴²

"Que sea difícil demostrar la realidad del dolor, del pensar, de las aflicciones y más aún que ese dolor o, en general sentimientos que el daño provoca no tengan precio, no significa que no sean supuestos de una apreciación pecuniaria.

Es claro que la apreciación pecuniaria no se hace con fines de compensación propiamente dicha, es decir, para reemplazar mediante equivalente en dinero un bien o valor patrimonial destruido, dañado, sustraído, etc., La apreciación pecuniaria cumple más bien un rol satisfactivo, en el sentido de que "se repara el mal causado aunque no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso, cuando se acuerda al ofendido el medio de procurarse satisfacciones equivalentes a las que le fueron afectadas".⁴³

42 Betti Emilio, *Instituzioni di Dirritto Romano*; Padova Cedam, 1947. P. 195.

43 Zannoni Eduardo, *El Daño en la Responsabilidad Civil*. p. 303, Edit. Astrea. Buenos Aires.

2. LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL VIGENTE.

El espíritu de la reforma legislativa de los artículos 1916 y 2116 y la adición del 1916 bis, al Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, fue determinante en el reconocimiento de los atributos que la persona posee inherentes a su condición, o sean los intereses que protege el derecho de la personalidad y señala el logro de la reparación del daño moral, de libre apreciación para el juez, sobre la base de una compensación pecuniaria, desechando los escrúpulos basados en considerar que un daño afectivo no se puede valorar pecuniariamente.

Así pues, el Código Civil vigente no deja los bienes jurídicos inmateriales desamparados, el daño moral está sujeto al deber de reparación y para su cálculo el juzgador deberá tener en cuenta los dolores producidos, la merma en la reputación, la aflicción a que se vió sujeto el ofendido que trae como consecuencia la pérdida de la alegría de vivir o de reunirse con sus familiares y amistades, o sea en su caso cuando se afecten derechos psicoafectivos, los traumas que puedan quedar en el consciente o inconsciente del ofendido, también el juez tenga en cuenta el grado de responsabilidad y la situación económica de ambas partes, así como las demás

circunstancias del caso; en último término podrá recurrir al peritaje psicológico.

Asímismo, el precitado artículo prevé que cuando los derechos dañados son los que tutela el decoro, honor, reputación o consideración de la víctima, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia a través de los medios informativos que considere convenientes.

Al respecto, estimamos que nuestra legislación conjunta en la reparación dos funciones distintas: la de ofrecer al perjudicado una compensación adecuada para el daño moral, y al propio tiempo atender a que el ofensor debe satisfacción al perjudicado por lo que contra él se ha hecho.

Parece que hay una excepción a la obligación de reparar el daño moral causado, prevista en el artículo 1916 bis.

En relación a ello debe considerarse que se trata de armonizar los derechos constitucionalmente garantizados con la libertad de prensa y la tutela del honor, y la integridad moral de la persona, (artículo 6o. 7o., constitucionales. Ley de Imprenta artículos 1o., 2o., 3o.), Ya que la función primordial que en toda sociedad moderna cumple el periodis-

mo, supone que ha de actuar con la más amplia libertad, pero el ejercicio del derecho de informar no puede traducirse en detrimento de los restantes derechos constitucionales, entre los cuales se encuentran el de la integridad moral y el honor de la persona, el respeto a la vida privada y a la paz pública.

Como últimos comentarios cabe señalar que "El segundo párrafo del artículo 1916 bis es una repetición del segundo párrafo del artículo 1916, ambos expresan el contenido del artículo 1910" del propio ordenamiento.⁴⁴

Seguimos el criterio de que es innecesario repetir el artículo 1910, que la sanción pudo incluirse en el artículo 1915; así como que la conducta antijurídica la contiene el título vigésimo, capítulo primero al cuarto del libro segundo del Código penal para el Distrito Federal. La transmisión de la acción se debió añadir en el propio artículo 1915.

44 Moguel y Caballero Manuel. *La ley Aquilia y los derechos de la personalidad*. Tradición. México. 1983. p. 89.

C A P Í T U L O V

JURISPRUDENCIA MEXICANA

380

DAÑO MORAL. CASO EN QUE SE CAUSA.-
Acorde al artículo 1916 reformado del Código Civil para el Distrito Federal, se causa un 'daño moral cuando se distorsiona la versión que una persona autoriza, para publicarla con respecto a su vida, al atribuirle actos, conductas o preferencias, consideradas como ilegales o violatorias de los valores de la sociedad; causándole un dolor cierto y actual a consecuencia del desprestigio y al quedar expuesta a las críticas de la sociedad. Amparo Directo 8339/86. G. A. y otra, 6 de abril de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaría: Hilda Martínez González. Ausente: Ernesto Díaz Infante.

381

DAÑO MORAL. *El que una persona haya sido condenada penalmente no puede dar lugar a considerar que carezca de buena reputación. Para el efecto de determinar si se causa daño moral a una persona al distorcionar su vida en una película, no puede admitirse que carezca de buena reputación en consideración de que había sido sometida a enjuiciamiento penal y resultado con la sentencia condenatoria que había causado estado toda vez que es indudable que en nuestro sistema jurídico la persona que compurga una pena no puede seguir a través del tiempo cargando con resabios de esa pena, porque se estaría contrariando el artículo 22 constitucional, en la parte relativa a la prohibición de penas trascendentales y sería tanto como aseverar que alguien que recibió una sentencia, continuará compurgándola, quedando estigmatizada por el resto de su vida y perdiendo todos sus derechos.* Amparo Directo 8339/86. G.A. y otra. 6 De abril de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Hilda Martínez González. Ausente: Ernesto Díaz Infante.

382

DAÑO MORAL. PRUEBA DEL MISMO.- *Siendo el daño moral algo subjetivo, no puede probarse en forma objetiva como lo alegan los quejosos, al señalar que el daño moral no fue probado, puesto*

que existe dificultad para demostrar la existencia del dolor, del sentimiento herido. Por atender a las afecciones íntimas, al honor y a la reputación, por eso la víctima debe acreditar únicamente la realidad del ataque. Amparo Directo 8339/86. G.A. y otra. y de abril de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Hilda Martínez González. Ausente: Ernesto Díaz Infante.

383

DAÑO MORAL. SU REGULACIÓN.- *El artículo 1916 reformado del Código Civil para el Distrito Federal, señala que los sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien la consideración que de uno tienen los demás son los llamados derechos de la personalidad adecuadamente los viene considerando la legislación civilista contemporánea y les concede una amplia gama de prerrogativas y poderes para garantizar al individuo el goce de estas facultades y el respeto al desenvolvimiento de su personalidad física y mental, pues el ser humano posee estos atributos inherentes a su condición que son cualidades o bienes de la personalidad que el Derecho positivo reconoce o tutela adecuadamente, mediante la concesión de un ámbito de poder y un señalamiento del deber general de respeto que se impone a los terceros, el cual dentro del Derecho Civil, se tradujo en la concesión de un Derecho*

subjetivo para obtener la reparación del daño moral en caso de que se atente "contra las legítimas afectaciones y creencias de los individuos o contra su honor o reputación". (Exposición de motivos de la reforma legislativa). Amparo directo 8339/86. G.A. y otra. 6 De abril de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Hilda Martínez González. Ausente: Ernesto Díaz Infante.

(Las tesis anteriores 380-383. Aparecen publicadas en el informe del Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. 1987. Tercera sala. Tomo II. Pag. 270 y ss.)

"DAÑO MORAL PELÍCULA-VIDA PRIVADA.-
De los hechos narrados por la actora y que probó fehacientemente dentro del juicio, se puede establecer cuáles fueron aquellos, los que, como indicó la ad quem, consistieron en que un grupo de personas hicieron una película que versa sobre su vida privada, existiendo un paralelismo entre la temática del film con los hechos que vivió E.L.C., Distorsionando su imagen al atribuirle el carácter de enferma mental, además de que se le hace ver como una persona inhumana, desamorosa con sus hijos y deseosa de tener constantes relaciones íntimas, por lo que si esta persona logró acreditar dentro del juicio la responsabilidad en que había incurrido la ahora quejosa, procedía que se le condenara al pago de una indemnización por el daño

moral que se le causo, acorde con lo dispuesto por el artículo 1916 del Código Civil.

DAÑO MORAL. DEFORMACIÓN DE LA IMÁGEN.- *Se deformó la imagen, afectando a la demandante moralmente en su trato con las demás personas, por lo que debe catalogarse como correcta la decisión adoptada por el órgano judicial responsable, sin que pueda admitirse que tal responsabilidad está desvirtuada porque la afectación de la demandante solo quedó circunscrita a sus compañeras de reclusión, pues independientemente de que el artículo 1916 del Código Civil no establece limitación alguna en cuanto al número de personas frente a las cuales se pueda ver afectada la persona dañada moralmente, esta afirmación también resulta falsa, porque al haberse exhibido esa cinta cinematográfica no solo nacional sino internacionalmente, es obvio que la imagen que en ella se presenta, de la actora fue percibida por un grupo numeroso de personas, quedando así distorsionada su imagen ante la propia sociedad".*

(Las dos anteriores tesis provienen de la ejecutoria dictada en el Juicio de Amparo Directo Civil 6993/91, dictada el 16 de enero de 1992, por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, compuestas por los Magistrados José Rojas Aja, Manuel Ernesto Saloma Vera y José Becerra Santiago, siendo relator el primero de los nombrados).

DAÑO MORAL.- *"En las narradas circunstancias, al surtirse en la especie los extremos de la acción que se ejercita, esto es, que con la privación de la libertad de la actora a. R. A. F., Por trescientos noventa y cinco días, por causas imputables a que los funcionarios de la institución bancaria demandada, sin justa causa ni motivo fundado, la denunciaron como presunta responsable del ilícito de peculado en perjuicio de su representada, tal como quedó probado en la sentencia absolutoria... Causándole daños morales irreparables, incuantificables e irreversibles, al afectarle los logros obtenidos en su vida profesional y personal, en su decoro, reputación, honor y como consecuencia, repercusiones sociales, económicas y psicológicas en su perjuicio; procede, con fundamento en el artículo 1916, párrafo cuarto del Código Civil, aplicado en materia federal, condenar al banco... A pagar a la actora la cantidad que demanda, como indemnización del daño moral....."*

(Juicio Ordinario Civil.- Expediente 101/87. Juzgado Tercero de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal. Sentencia de 30 de enero de 1989.- Confirmada en apelación por el Primer Tribunal Unitario del Primer Circuito.- Toca 27/89.- Negando el amparo en cuanto a la parte substancial del daño moral por el primer tribunal colegiado en materia Civil del primer circuito.- D.C. 2326/90)

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

PRIMERA

Junto a los bienes materiales de la vida, existen otros que deben también ser tutelados y protegidos, aún cuando no tengan el carácter de patrimoniales o materiales sino estrictamente personales.

SEGUNDA

En Roma se protegía la integridad física y moral del hombre libre, y aunque no existía una "doctrina" sobre el daño moral, no puede afirmarse que este se desconociera, aún cuando se limitaba principalmente a la ofensa al honor y la fama, conocidos como injurias.

TERCERA

Los juristas clásicos romanos no se ocuparon de los derechos de la personalidad, pero sí de la acción de reparación del daño.

CUARTA

El Código de Napoleón señaló el principio del daño moral cuando estableció en su artículo 1382, "que todo hecho cualquiera del hombre que cause a otro un daño, obliga a aquel por cuya falta el daño haya sido causado a repararlo". En la palabra "falta" se incluía todo acto que sin intención o con ella produjera un daño.

QUINTA

La jurisprudencia italiana siguió la opinión francesa y estableció que el daño no patrimonial debía ser resarcido, pero solo en los casos determinados por la ley.

SEXTA

En relación con el daño moral en el Derecho mexicano se pueden distinguir cinco períodos, pero fue hasta el Código Civil del Distrito

Federal de 1928 en donde se estableció la reparación moral en favor de la víctima de un hecho ilícito o de su familia, si aquella muriera.

SÉPTIMA

El 28 de diciembre de 1982, el Ejecutivo Federal presentó una iniciativa de reforma a los artículos 1916 y 2116 del Código Civil para el Distrito Federal, quedando en la siguiente forma:

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 aspectos físicos, 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 fun-

cionarios 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.

Quando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de esta 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 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 afecto, a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con objeto de lastimar los sentimientos o afectos del dueño, el aumento que por estas causas se haga, se determinará conforme a lo dispuesto por el artículo 1916."

OCTAVA

En el proceso legislativo de reforma de los artículos anteriores, la prensa mexicana se preocupó de que pudiera ser demandada por críticas o informaciones de aquellos que se consideraran víctimas de daño moral, por eso se agregó el siguiente artículo: (*damnum sine injuria datum*) artículo 1916 bis "no estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información, en los términos y con las limitaciones de los artículos 6o. y 7o de la Constitución General de 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."

NOVENA

Existen diversas teorías para determinar el concepto de daño moral:

- Contraponiéndolo al daño patrimonial;
- Considerando inadecuado el resarcimiento económico del daño.
- Como la lesión al derecho de la personalidad que vulneren ya sea un bien psicoafectivo, intereses sociales o familiares.

DÉCIMA

El derecho de la personalidad cubre varios bienes o intereses sin estar señalados todos específicamente en los artículos 1916 y 1916 bis. Significativamente menciona a los que afectan en forma principal al honor de las personas, por eso en esta tesis hacemos un capítulo especial de esa lesión. Sin referirnos a las otras hipótesis legales afectivas establecidas en los preceptos citados, para no abundar inutilmente y repetir ideas.

DÉCIMA PRIMERA

La lesión social o familiar es la afectación al poder que tiene una persona dentro de las estructuras en que se mueve y que constituye también el ámbito puramente personal.

DÉCIMA SEGUNDA

El concepto formal del honor encierra la necesidad de no dejar a la persona desprovista del atributo de dignidad inherente a todos los seres humanos.

DÉCIMA TERCERA

El honor se considera en forma subjetiva como sentimiento de la propia dignidad y en forma objetiva como la apreciación que los demás tienen de una persona. El honor se confunde con la reputación.

DÉCIMA CUARTA

La ley penal tutela el honor al tipificar los delitos de difamación y calumnia.

DÉCIMA QUINTA

La diferencia entre difamación y calumnia radica en que en la primera se afecta a la persona comunicando un hecho cierto o falso que le produzca un rechazo de los demás; y en la calumnia se imputa un hecho delictivo.

DÉCIMA SEXTA

Ninguna razón impide que se otorgue indemnización económica en el daño moral. Hay ocasiones en que se produce daño y no es indemnizable o reparable porque la ley justifica la conducta (legítima defensa y estado de necesidad). El Código Civil no contiene estas excepciones, y remite para ello al Código penal.

DÉCIMA SÉPTIMA

La Jurisprudencia Mexicana, está elaborando paulatina y casuísticamente el concepto de daño moral, su resarcimiento y quienes tienen derecho a accionar para reclamar su indemnización.

B I B L I O G R A F Í A G E N E R A L

Aubry-Rau, **"Derecho Civil Francés"**, Editorial Zachariae, Actualizada por Etienne Bertin, Paris, 1920, Quinta Edición

Betti Emilio, **"Istituzioni DI Diritto Romano"**, Editorial Cedam, Padova, Italia, 1947.

Borda Guillermo, **"Tratado De Derecho Civil"** (Obligaciones), Editorial Perrot, Buenos Aires, Tomo II, Quinta Edición.

Brebbia Roberto H, **"El Daño Moral"**, Editorial Orbi, Argentina, 1967, Segunda Edición.

Castan Toveñas José, **"Revista General de Legislacion y Jurisprudencia"**, Julio-agosto, 1952.

Código Civil para el D.F. En Materia Común y de toda la República en Materia Federal, Editorial Porrúa, México, 1990.

Código Penal para el D.F., Editorial Porrúa, México, 1991.

De Cupis Adriano, "**El Daño**", Editorial Bosch, Barcelona, 1975.

Demogue Renè, "**Traité des Obligations en General**", Editorial Rosseau, París, 1925, Tomo IV.

Ferrara Francisco, "**Trattato di Diritto Civile Italiano**", Editorial Athenacun, Roma, 1921, Volumen I.

Fischer Hans, "**Los Daños y su Reparación**", Editorial Preciado, Madrid, 1938, Volumen V.

Givard, "**La Reparación del Perjuicio Moral**", Editorial Bruxelles, Paris, 1928.

Jiménez Huerta, "**El Derecho Penal Mexicano**", Editorial Porrúa, México, 1974. Tomo III, Segunda Edición.

Laurent, "**Principes de Droit Civil**", Editorial Bruxelles, Paris, 1887, Tomo XX.

López Rey, "**Consideraciones Sobre el Delito de Difamación**", Revista Jurídica Veracruzana, 1958, Septiembre-Octubre, Tomo IX, Número 5.

Ludwig Enneccerus, "**Derecho de Obligaciones**", Editorial, Bosch, España, Tomo II, 1966.

Mazeud-Tunc André, "**Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil y Contractual**", Editorial Ejea, Traducción L. Alcalá Zamora y Castillo, Francia, 1961, Quinta Edición.

Messineo Francisco, "**Manual de Derecho Civil y Comercial**", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, Tomo I.

Moguel Y Caballero Manuel, "**La Ley Aquilla y Los Derechos de la Personalidad**", Editorial Tradición, México, 1983.

Olivera Toro Jorge, "**El Daño Moral**", Revista Jurídica de Pémex, México, números 39, 40.

Orgaz Alfredo, "**El Daño Resarcible**", Editorial Omega, 1960.

Orgaz Alfredo, "**Reflexiones Sobre los Derechos Humanos**", Editorial Abeledo Perrot Argentina, 1961.

Planiol Marcelo-Ripert Jorge, **"Tratado Práctico de Derecho Civil Francés"**, Editorial Cultural, La Habana, 1946.

Ripert Jean, **"La Regla Moral en las Obligaciones Civiles"**, Bogotá, Colombia, 1946.

Sánchez Cordero Jorge, **"El Daño Moral"**, Editorial Porrúa, Estudios en Homenaje a Manuel Borja Soriano, México, 1989.

Savatier Renè, **"Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français"**, Editorial Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Francia, Tomo II, 1939.

Tamayo Jaramillo, **"La Responsabilidad Civil"**, Editorial Temis, Bogotá, Tomo II, 1986.

Zannoni Eduardo, **"El Daño en la Responsabilidad Civil"**, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1987, Segunda Edición.