

288
21

004210

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO



ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

ACATLAN

'97 JUN 6 PM 4 35

DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS
PROFESIONALES
Y INVESTIGACION

"EL DAÑO MORAL EN NUESTRA
LEGISLACION MEXICANA."

TESIS PROFESIONAL
QUE PRESENTA:
JUANA EDITH PINEDA OROPEZA
PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO



TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

MEXICO, 1997



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MANERA DE AGRADECIMIENTO...

La gratitud es uno de los valores y virtudes que todo el ser humano debe preservar, por ello en donde quiera que esté, con vida o sin vida siempre profesaré gratitud y bondad para todos y cada uno de los seres que en algún momento de mi vida me hicieron sentir feliz, porque hasta con sus regaños, llamadas de atención, enojos, negativas y desdenes al final buscaron mi felicidad al hacerme madurar y crecer espiritualmente; y es que con su disposición infinita para escucharme, para comprenderme, aunque algunas veces, porque en muchas de ellas no tenía ni tengo la razón más sin embargo ellos siempre estuvieron allí para marcar mis errores y así poder lograr de mi un ser humano útil para con mis semejantes el día que me necesiten, para aconsejarme, para enseñarme tantas y tantas cosas de la vida tanto material como espiritual, para creer y confiar en mi, para ayudarme y apoyarme en todo lo que hago, por todo eso incuantificable es que sólo puedo por toda la eternidad brindarles gratitud y bondad; y para ti **MAMA** además todo mi amor y admiración porque tu fuiste la mujer que motivó e impulsó toda mi vida para mirar sólo adelante, para enfrentarme a todas las adversidades y para saltar cualquier obstáculo, por tu valentía mamá, por tu incansable lucha diaria por darme todo lo que estuviera a tu alcance y creo que esa lucha fue más allá puesto que yo siempre tuve más de lo que necesitaba y porque siempre estuviste dispuesta a dar tu vida entera por mí e incluso a sacrificarla, por mí, es que hoy mamá cumplo tu sueño, el sueño que desde los cuatro años te dije que cumpliría, **TE ADORO MAMA**. A ti **TIA** que con todo tu amor y ternura siempre has cuidado de mí y a través de todo el apoyo económico y moral que brindaste a mi madre, por ser como otra mamá más para mí y por quererme tanto, hoy te digo que esto es también por ti y para ti, **SIEMPRE VOY A CUIDARTE, TE QUIERO DEMASIADO TIA**. A mi mamacita **MARGARITA** por cuidarme desde bebé, por darme toda la felicidad y educación que una niña y una adolescente pueden tener y por seguir cuidandome desde el cielo, pues te siento tan cerca que ni la muerte nos separará jamás. A mi amado **RAUL** que con su nobleza y honestidad aún sin conocerlo cautivó mi corazón, gracias bebito por ser el compañero que siempre esperé encontrar, gracias por tus palabras de aliento y ánimo que me das para no desmayar en el camino del logro de mis metas, gracias por tus críticas, por las demostraciones de cariño y amor que diariamente me das y gracias por pensar y seguir pensando que siempre estarás junto a mí, ¡ah! y también por haberte levantado durante más de un año mucho más temprano de lo que tu acostumbabas para ir a mi casa y llevarme a la escuela a las siete de la mañana. A mi padrino **GERARDO** gracias por todo

tu cariño, por tus enseñanzas y consejos, por tu paciencia, por hacerme sentir que soy como una hija para ti, por la oportunidad que me diste para desarrollarme profesionalmente, por tu disposición absoluta para resolver en el área jurídica todas mis dudas, por los jalones de orejas que me has dado en el momento justo de cometer mis errores, gracias por ser para mí como un padre que me consecuenta, protege y preocupa, pero que al mismo tiempo está ahí para señalar mis errores, por todo esto es que este triunfo es también para ti, SIEMPRE CONTARAS CONMIGO Y PODRAS CONFIAR EN MI, TE QUIERO PADRINO. A mis padrinos **RENE**, **MARTHA** y **MARTHA CECILIA**, gracias por estar en los momentos especiales de mi vida. Al Licenciado **ROBERTO LOPEZ HERNANDEZ** gracias por sus palabras siempre tan elocuentes y llenas de ánimo y cariño hacia mí, por decirme que me quiere y me ve como a una hija, por su excelente colaboración para realizar nuestro trabajo y sobre todo gracias por haber caído del cielo como si fuese un ángel que vino a darme toda la luz que yo necesitaba para alcanzar la cúspide de mi carrera profesional, también le agradezco todo su apoyo y enseñanza en el ámbito del litigio, gracias por compartir conmigo su experiencia jurídica, por todo ello TENDRA MI CARINO Y RESPETO POR SIEMPRE. Para el Licenciado **LAZARO TENORIO GODINEZ** gracias por su confianza y por su valiosa colaboración en la realización de la tesis, así como por los pequeños pero brillantes exámenes que en cada una de las entrevistas que teníamos, usted evaluaba mis conocimientos, lo que contribuyó al mejor entendimiento y manejo del daño moral, además por ser uno de los primeros pilares que formó mi presencia en la abogacía al ser mi maestro y porque sé que siempre ha estado en la mejor disposición para ayudarme, ante todo esto sólo puedo decirle gracias, y que cuando me necesite, estará ahí para apoyarlo. También quiero agradecerle a la Licenciada **MARIA DE LA PAZ VAZQUEZ RODRIGUEZ** el haber sido la persona que me enseñara por primera vez una de las materias esenciales de la carrera de Derecho como lo fue el primer curso de Derecho Civil y por la espléndida ayuda que en algún momento de mi vida aportó. Al honorable jurado que junto con el Licenciado Tenorio y la Licenciada Vázquez lo integran el Licenciado **JESUS FLORES TAVARES**, Licenciado **SAUL CORZA VALLADARES** y la Licenciada **CLAUDIA AVILA PEREZ**, gracias por su gentileza y por contribuir en la realización del sueño que todos los estudiantes universitarios aspiramos, gracias por compartir sus conocimientos sin los cuales los estudiantes no llegaríamos a este fin. Otra de las personas importantes ha sido el al Licenciado **CARLOS ALBERTO SOFEL REGIL HERNANDEZ** por ello quiero agradecerle muy especialmente, el haberme permitido laborar en su Notaría Pública con lo cual he podido absorber un poco de los magníficos conocimientos y del excelente sentido humanista que él posee; asimismo le doy las gracias por la amabilidad que ha tenido para conmigo

principalmente al disipar todas mis dudas y dar respuesta a mis preguntas. Gracias a todos los colaboradores de la Notaría Pública número 165 porque dentro de su área contribuyeron en mi formación profesional dentro de la misma. A mi amiga MONDRI quien con sus bromas y palabras de ánimo hizo amenos y menos difíciles los momentos tristes y penosos. Gracias **CARMEW** porque desde un principio estuviste dispuesta a compartir todo lo que sabías y gracias por haberme peinado y maquillado ese día, espero tener siempre el privilegio de ser tu amiga. A mis amigos los **LUISES**, Luis Manuel Arévalo y María Luisa Rosano quienes me demostraron que la amistad surge en forma imprevista y sin esperar nada a cambio, gracias por el grandioso préstamo, **LOS QUIERO MUCHO**. A Antonio Sandoval Ramírez porque sin él no hubieramos podido ver materializado este trabajo de tesis, gracias **TOSO** por tu paciencia y dedicación al configurar e imprimir por medio de la computadora toda la tesis, pero más que ese favor te agradezco el que seas una persona positiva, alegre y con grandes deseos de ayudar a quien te lo pide y sobretodo por ser una persona que sin duda alguna puede considerarse un **AMIGO**. A ti **PAPA** gracias por engendrarme. Y a ti **DIOS MIO** que sin tu existencia y poder infinito jamás los hubiera encontrado a todos ellos. **ETERNAMENTE CONTIGO DIOS MIO VENERANDOTE Y POSTRANDOME ANTE TI.**

EL DAÑO MORAL EN NUESTRA LEGISLACION MEXICANA

Página

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DAÑO MORAL.

1.1	En el derecho romano	7
1.2	En el derecho francés	10
1.3	En el derecho español	12
1.4	En el derecho italiano	15
1.5	En el derecho alemán	19
1.6	En el derecho suizo	20
1.7	En el derecho inglés	21
1.8	En el derecho portugués	22
1.9	En el derecho brasileño	23
1.10	En el derecho argentino	23
1.11	En el derecho mexicano	24

CAPITULO SEGUNDO

FUNDAMENTO FILOSOFICO JURIDICO DEL DAÑO MORAL EN EL DERECHO POSITIVO.

2.1	Razonamiento filosófico de la necesidad de esta institución	27
2.1.1	Razonamiento, origen, causa, motivo y efecto	29
2.2	Diferentes definiciones del daño moral	32
2.3	El concepto de daño moral en nuestro derecho positivo vigente (marco legislativo)	36
2.4	Criterio que sustenta la Suprema Corte de Justicia de la Nación	46
2.4.1	Recopilación de tesis y selección de concordantes	47

CAPITULO TERCERO

EL DAÑO MORAL DENTRO DE LA TEORIA JURIDICA DE LOS HECHOS Y ACTOS.

3.1.1	Nociones preliminares	64
3.1.1	Concepto de hecho y acto	64
3.1.2	Definición de daño y perjuicio, así como sus diferentes tipos	73
3.1.3	Concepto de responsabilidad civil y sus elementos	79

3.1.4	Concepto de responsabilidad objetiva y sus elementos	87
3.2	El daño moral en la responsabilidad civil y en la objetiva	89
3.3	El daño moral en la responsabilidad contractual y extracontractual	91

**CAPITULO CUARTO
DERECHOS QUE SALVAGUARDAN LA MORAL Y LA ESPIRITUALIDAD DEL HOMBRE.**

4.1	Bienes jurídicamente tutelados (patrimonio moral)	98
4.1.1	Bienes jurídicos enunciados en el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal en vigor	104
4.1.2	Los sentimientos y afectos	104
4.1.3	Las creencias	106
4.1.4	El decoro, el honor y la reputación	108
4.1.5	La reputación de las personas jurídicamente colectivas	113
4.1.6	La configuración y aspectos físicos o la consideración que las demás personas tienen de nosotros mismos	115
4.1.7	La vida privada y el derecho a la reserva	117
4.1.7.1	La vida privada y el derecho a la reserva de las personas jurídicamente colectivas	126
4.2	Otros derechos de la personalidad no enunciados en el artículo 1916	126

**CAPITULO QUINTO
EL DAÑO MORAL EN EL DERECHO COMPARADO MEXICANO.**

5.1	Estados de la República Mexicana que su legislación diverge de la del Distrito Federal	134
5.2	Estados de la República Mexicana que su legislación concuerda con la del Distrito Federal	144

**CAPITULO SEXTO
EL DAÑO MORAL EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL.**

6.1	Personas que tienen derecho a ejercitar la acción de reparación moral y que tienen derecho a ser indemnizados	161
6.2	La retribución otorgada a la víctima de un daño moral	166
6.3	Término en el que prescribe la acción de retribución por daño moral	172
6.4	Medios de prueba	174
6.4.1	La prueba como contraposición a la demanda por	

	daño moral	179
6.4.2	Facultad discrecional para la valoración de las mismas	181
6.5	Criterios que emplea el juez para determinar la existencia del daño moral y la cuantificación de su retribución en sentencia	185
6.6	Causas de improcedencia	190
6.7	Nuevas propuestas y reformas para el daño moral	194

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

REVISTAS, DIARIOS OFICIALES DE LA FEDERACION Y DE LA CAMARA DE DIPUTADOS, ENTREVISTAS.

ORDENAMIENTOS JURIDICOS

JURISPRUDENCIA

INTRODUCCION

El principal objetivo del derecho natural ha sido y es, proteger la integridad física y espiritual de todo ser humano capaz de ser sujeto de derechos y obligaciones.

Y al respecto podría surgirnos la siguiente duda: ¿Cuales son los elementos que contiene la integridad espiritual del hombre? A dicho cuestionamiento daremos la siguiente respuesta, la vida espiritual de todo hombre está conformada de una tabla de valores que el mismo hombre es quien por costumbre se impone, para que después el sistema jurídico de cada sociedad acoja esta tabla y así incorporarla a los derechos personales de todo hombre que interactúa en su colectividad.

En virtud de tales circunstancias, los elementos que contempla la integridad espiritual de todo ser humano, la cual a su vez pertenece al patrimonio moral que toda persona jurídica posee, no puede verse afectada. Por ello previendo esta afección el derecho tutela el patrimonio moral o no pecuniario a través de la institución del daño moral.

Figura jurídica que en el presente estudio pretenderemos conocer ilimitadamente; desde su origen hasta su aplicación y eficacia. Por ello nos veremos frente a la ardua tarea de investigar cuales fueron sus antecedentes más remotos, circunscribiéndonos a las legislaciones de los países con mayor alcance en esta área, sin poder dejar de detenernos en la legislación romana, que vio nacer el Derecho; y a pesar de que la nuestra careció de éxito frente al daño moral, no podemos dejar de analizarla, dado el título de nuestra obra.

Y como todo en este mundo tiene una razón de ser o de existir, y si no la tiene el hombre encargado de satisfacer su curiosidad la busca sin importar tardarse una eternidad o no encontrarla, él sigue y seguirá intentándolo. Pues bien, nosotros también intentaremos dar una explicación del porqué hubo necesidad de crear esta figura llamada daño moral, a través de un razonamiento filosófico jurídico que nos permita conocer el espíritu del pensamiento que tuvo el legislador para crearla en nuestro derecho mexicano; por consecuencia enunciaremos su marco legislativo vigente, así como también el criterio que sustenta la jurisprudencia como fuente formal del derecho.

Posteriormente evocaremos a las diferentes figuras jurídicas que guardan una relación con el daño moral; dada la concepción a que hace referencia el artículo 1916 del código

ivil para el Distrito Federal vigente, respecto a dicho tipo de daño.

El daño moral tiene por función principal salvaguardar los derechos de la personalidad, también conocidos como derechos subjetivos o derechos que integran el patrimonio moral; mismos que definiremos, de conformidad con los señalados en el artículo 1916 del citado código adjetivo. Agregando algunos otros por considerar que el patrimonio moral de una persona física o jurídicamente colectiva, no puede limitarse, debido a la influencia de factores determinados por un tiempo, modo y lugar; y si esta razón llegara a parecernos simplista diremos que los sentimientos de cada una de las personas que conforman nuestra humanidad tan sólo son "sui generis".

Otro de nuestros intereses es mostrar la regulación jurídica de la República Mexicana, por ello citaremos las legislaturas locales y la federal para después determinar una comparación entre unas y otras, tomando como base la federal por ser una de las más amplias y recientes.

Por último analizaremos la vida del daño moral dentro del campo del derecho procesal civil. Identificando a los sujetos con legitimación activa y pasiva para intervenir en el juicio ordinario civil, cuya meta será obtener una retribución que sirva como compensación del daño sufrido. También sabremos cual es el tiempo en el que prescribe la acción que debe ejercitarse para reparar el daño moral, ahí mismo evaluaremos si este lapso es el más conveniente, o si requiere ampliarse o reducirse. Otro de los puntos que debemos distinguir en el procedimiento jurídico es el importante tema de la probanza, como medio o mejor dicho como obstáculo para poder obtener la tan esperada reparación, a nuestro parecer es un obstáculo por lo difícil que es probar la existencia del daño moral ante el juzgador; y precisamente es el quien cuantificará el monto de la reparación, fundado en un criterio jurisdiccional construido con las herramientas que dan los ordenamientos jurídicos (exactamente los códigos civiles en materia federal y local, y sus correspondientes códigos de procedimientos civiles, los cuales se encargan de dar un valor jurídico a los medios de prueba que los mismos enuncian) y su experiencia como conocedor del derecho aplicando su propia filosofía jurídica, y como ser humano; pero: ¿Será el criterio más conveniente o el más justo? Para estimarlo requeriremos de formular algunas entrevistas a aquellos que les ha sido encomendada la tarea de impartir justicia. Será así como tomando en consideración la diversidad de criterios podremos apreciar cual es la mejor opción como facultad discrecional del juez para establecer el monto que en dinero debe entregar el responsable del hecho jurídico a la víctima. Creemos pertinente aclarar que este criterio jurisdiccional debe ser firme y

objetivo, a tal grado que debe impedir que la balanza se incline totalmente hacia el actor por eso la justicia y la equidad deben ser aplicada adecuadamente, siendo necesario para ello observar las excepciones que el demandado oponga, y valorar las pruebas que ofrezca, y así no condenar al demandado a cumplir con una prestación que no tiene fundamento legal alguno, por consecuencia la acción del actor deberá declararse improcedente al mismo tiempo se absolverá al demandado de las prestaciones exigibles por dicho actor.

Una vez conocida la figura del daño moral así como su aplicación en el derecho procesal civil, tendremos fundamentos que nos lleven a proponer algunas modificaciones en su marco jurídico y al mismo tiempo en el juicio ordinario civil; dando así la oportunidad de hacer mas sencilla su exigibilidad y por lo tanto más frecuente. Erradicando la idea absurda que aún muchas personas tienen de la vida espiritual que por contener principios inmateriales, llega a pensarse que la tranquilidad y felicidad de todo hombre en el mundo es el poseer cuatro muros y un techo que lo cubran de la adversidad del clima, un trozo de pan que día con día satisfaga su hambre y unos cuantos pesos en el bolsillo que lo ayuden a cubrir necesidades materiales que con el transcurso del tiempo y el desarrollo de la tecnología se han hecho primordiales, tampoco debemos olvidarnos de la necesidad que implica el confeccionarnos con tela prendas que cubran nuestro cuerpo de las inclemencias atmosféricas y al mismo tiempo nuestro pudor. ¡Y he aquí! Que sin percatarnos nos enfrentamos a un elemento inmaterial de la vida espiritual del hombre, como es su pudor, y esto es lógico de comprender, porque a todas las necesidades materiales se antepone un principio inmaterial que tiene como fundamento al derecho natural, incluso en todos los aspectos de la vida del hombre encontramos enunciados que nos llevan a confirmar que desde siempre la vida moral de todo ente jurídico no es menos importante que la palpable; tal es el caso de un sabio criterio religioso que ordena "amar a tu prójimo como a ti mismo" o bien aquel refrán coloquial que da una regla que para saber amar es necesario aprender a amarse a sí mismo para después amar a los demás. De un simple razonamiento lógico concluimos que es esencial, que todo hombre tenga un bienestar espiritual, que no le impida desenvolverse ampliamente en todos los momentos de su vida. Evitando así que esta figura jurídica siga cayendo en desuso.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DAÑO MORAL

1.1 Roma.

Sin duda alguna, el hombre a través de todos los tiempos ha sido víctima de un daño en su vida espiritual, por lo tanto se ha visto transgredido en sus sentimientos, honor, reputación, estética, afecciones, vida íntima y aspectos físicos; es por ello que el derecho romano, inspiración de todas las legislaciones del mundo, no dejó de preservar el derecho que todo ser humano tiene a ser respetado, por tal motivo el antecedente histórico más lejano del daño moral es la injuria.

Aún cuando en el principio del derecho romano, el daño moral sólo se causaba cuando afectaba bienes materiales; ello se deriva de la concepción que en la época preclásica se tenía de la injuria, ya que consistía en las lesiones físicas que se causaban a una persona libre o a un esclavo, y cuyo monto de indemnización ya estaba establecida mediante una tarifa, contenida en la Ley de las Doce Tablas; es así como la cantidad de dinero variaba dependiendo de la calidad de persona que tuviera la víctima, ya fuera libre o esclavo; y de la gravedad de la lesión.

Durante la época clásica del derecho romano, el pretor observó que la cuantía del monto de las indemnizaciones en dicha ley ya eran obsoletas, por una parte porque para la víctima, la cantidad de dinero entregada como indemnización ya era insuficiente; y por otra porque lo rígido del sistema impedía que la víctima fuera indemnizada conforme al criterio del pretor, tomando también en cuenta la calidad de la persona y el grado de la lesión.

Fue en esta época cuando el pretor le incluyó a las lesiones físicas las morales, pudiendo ahora la víctima ejercer la *actio injuria rum aestimatoria*, teniendo como característica esta acción, la de ser personalísima. Conceptualizándose nuevamente la injuria, entendiéndose como "una lesión física infligida a una persona libre o esclava o cualquier otro hecho que significare un ultraje u ofensa." (1)

El daño moral, cuya acción es personalísima e intransmisible a los herederos, tuvo grandes avances en el último Estado del derecho romano, ya que a partir de este momento abarcaba otros derechos de la personalidad como por ejemplo al concederse una acción de reparación a quienes

(1) Ochoa Olivera, *Cit. Pos.*, LUG ARU y Orestano Ricardo, *Sinopsis de Derecho Romano*, p.210

sufrían por la pérdida de algún miembro de su familia, incluso hasta de un amigo, por el valor moral que le daban a una cosa pública, por la afectación que pueda sufrir alguien al poner en entredicho la reputación del difunto, también podían ejercer acción aquellos a quienes se les privaba del placer que generaba el disfrutar de algún bien, o de la paz y tranquilidad con la cual debían vivir, asimismo los que eran lesionados sin importar que su capacidad para laborar disminuyera o no; además de los que eran víctimas de burlas en sus sentimientos religiosos y honor.

Cabe mencionar que en esta época el derecho romano no distinguía diferencia alguna entre la responsabilidad delictual y contractual, puesto que aún cuando hubiera un incumplimiento contractual, habría un daño moral exigible de reparación; de ahí que el jurista romano Rodolfo Von Jhering nos explique el porqué la responsabilidad contractual pueda ocasionar un daño moral al decirnos que "la jurisprudencia romana llegó en esto a la idea de que, en la vida humana, la noción de valor no consiste solamente en dinero; sino que, al contrario, además del dinero, existen otros bienes a los que el hombre civilizado atribuye un valor y que quiere ver que los proteja el derecho." (2)

Sin embargo hay un tipo de llamada Ley Aquilia o *damnum injuria datum*, la cual protegía y resarcía la lesión que se ocasionaba a un bien ajeno con dolo o culpa derivados de una responsabilidad extracontractual, y el monto de la reparación consistía en el pago del daño patrimonial ocasionado a la víctima. Esta Ley marcaba tres requisitos necesarios para la existencia del acto ilícito:

- a) Una disminución del patrimonio, es decir un verdadero daño;
- b) Que el daño se cause injustamente, no importando el grado de culpa; y
- c) Que el daño resulte de un hecho positivo o de una omisión, con esta última se quebrante la obligación de verificar." (3)

Consideramos que la confusión se debe al diferente uso que se le da a la palabra extracontractual, es decir algunos creen que al hablar de responsabilidad extracontractual necesariamente estamos refiriéndonos al daño extrapatrimonial y esto es falso, porque aún cuando hablemos de responsabilidad extracontractual, podríamos estar afectando bienes de carácter patrimonial; como es el caso de la Ley Aquilia al indicar el

(2) Mazeud Henri y Capitant, *Cit. Pos. Papiano Ley 54, 17, 1 Digesto, Jhering*, p. 180
(3) Pretelin Fong David, *Tesis 1992, La reparación del daño moral en el delito de violación*, p.p. 66 y 67

tipo de daño patrimonial que se ocasionaba en virtud de una responsabilidad extracontractual, de tal suerte que Aquilio Galo miembro del tribuno de la plebe los clasificó de la siguiente forma:

"En el primero se establecía que si alguno mataba a un esclavo o a un cuadrúpedo de los que pacen en las manadas o rebaños, pagase al propietario el valor más alto que el esclavo o animal hubieran tenido, un año contado hacia atrás. El segundo capítulo de la ley no ha llegado a nosotros. El tercer capítulo disponía que si alguno hiriese a un esclavo ajeno o a un cuadrúpedo de manada o de rebaño, o causara injustamente cualquier otro tipo de daño a cosas inanimadas, fuese condenado a dar al propietario el valor que hubiere tenido la cosa 30 días anteriores al delito o culpa." (4) Por ejemplo la injuria siendo de naturaleza eminentemente extracontractual, puede ocasionar daños de tipo patrimonial.

Continuando con la injuria y antes de hablar de la acción de reparación, es necesario mencionar que en tiempos de Justiniano parte de ella sale del ámbito de los derechos privados para incorporarse al de los públicos; de lo anterior se desprende el surgimiento de dos clases de acción: en la reparación del daño causado por la injuria, antes resulta necesario indicar que cuando las penas tarifadas que marcaba la Ley de las XII Tablas cayeron en desuso, surgieron los dos tipos de reparación, la primera es la que el edicto del pretor permitía al injuriado demandar una reparación de tipo pecuniario, cuyo monto el mismo estimara, más tarde la Ley Cornelia estableció que la víctima podía demandar una reparación de tipo privada, que era la misma que se había publicado en el edicto del pretor; y otra de tipo público, es decir debía ejercitar una acción penal, en la primera el monto pecuniario era para el injuriado y en la segunda para el erario.

Estas acciones se distinguen por ser la pretoriana, prescribible en un lapso de un año, además de permitir que las personas que se encontraban bajo el poder y protección de la víctima pudieran demandar por la agresión a la misma, siempre que también hubieran sido injuriadas, y aún cuando la víctima ya estuviera muerta, esto se debe a que sus familiares pueden verse afectados al oír que difaman la vida que tuvo el difunto; a pesar de que esta acción da libertad para que otras personas puedan demandar la reparación, es personalísima puesto que no pueden ejercitarla los herederos de la parte actora ni ser titulares de la reparación los de la parte demandada, sólo

(4) Ochoa Olivera, Cit. Pos., Lozano Antonio de J., Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia mexicana, p. 430.

como ya lo explicamos podían ejercer dicha acción los herederos de la víctima cuando indirectamente se vieran también afectados o actuaran en representación del injuriado, y por último cabe señalar que el monto de la reparación lo determinaba la víctima. Por su parte la acción de tipo penal era también personalísima y en ningún caso permitía que pudieran ejercitarla los herederos del lesionado, la acción era perpetua, y la cuantía de la reparación también la fijaba el Juez.

Como observamos desde la época del derecho romano, la vía para reparar el daño moral ha sido fuente del actual derecho mexicano, ya que también reporta una indemnización de tipo económico.

1.2 Francia.

El derecho francés ha sido una legislación más en acoger la institución del daño moral, la Ordenanza de Villers-Cotteret, de 1538, en su artículo 88, tomó en consideración el elemento moral para evaluar el monto de la reparación; sólo que en este país se observa que en la antigüedad dicha figura iba tomada de la mano de un delito penal y obviamente no podía aceptarse que hubiera una reparación del daño moral en la responsabilidad contractual, o de lo contrario se requeriría de una nueva ley para poder vincular la responsabilidad civil con la penal; a este respecto comentan los prestigiosos jurisconsultos Henri y Mazeud Capitant, "el incumplimiento de un contrato no daba lugar al abono de daños y perjuicios a favor del acreedor sino con la condición de que este último pudiera establecer que por ese hecho experimentaba un perjuicio económico." (5)

Muchos autores franceses como Pothier y Domat opinan que la posición del legislador se debió a lo difícil que era probar la existencia de un daño moral, y sobre todo sancionar determinando un monto en la reparación del daño, fundándose en presunciones. El juez tendrá que observar la gravedad de la culpa del ofensor, el valor del bien y sobre todo el valor que éste representa para la víctima.

Esto puede palpase en el Código de Napoleón, en el cual sólo se habla de responsabilidad civil extracontractual y contractual; y cuya reparación depende del daño causado a otro por culpa o dolo en su patrimonio de tipo pecuniario, solamente se eximía al culpable de la reparación cuando hubiera obrado

(5) Mazeud Henri y Capitant, Tratado Teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual, p.p. 429 y 430

por fuerza mayor o caso fortuito. Los juristas Mazeud y Henri Capitant dicen que es mejor una reparación pecuniaria inadecuada e imperfecta a no obtener nada, además de que con el dinero la víctima puede comprar casi todo.

En la jurisprudencia encontramos que la Corte de Casación estableció que también debían responder de los daños ocasionados por las personas o cosas que tuvieran bajo su custodia. Tal es el caso del padre y de la madre, esta última sólo era responsable de los hijos menores de edad que viven con ellos después del fallecimiento de su marido; los amos son responsables de sus criados y los instructores lo son de sus alumnos; los artesanos de sus aprendices. Lo anterior es el antecedente de la teoría del riesgo creado.

El 21 de julio de 1882 la Corte de Casación, exactamente la segunda sala civil, emitió un fallo en el que se dice que aún cuando exista falta inexcusable de la víctima, el causante del daño no será exonerado de la reparación si el comportamiento de la víctima hubiera podido haber sido previsible y resistible por parte del responsable; es decir debe ser una persona muy cuidadosa y precavida de sus actos.

A pesar de que el código civil francés en su artículo 1382 trata el daño a nivel general, puesto que se refiere a él como "... todo hecho del hombre que causa a otro un daño ..." (6) Obliga a repararlo a aquél por culpa del cual ha sucedido, sin distinguir los diferentes tipos de daño no podemos hacer a un lado el daño moral, por lo tanto debe entenderse que dentro de este concepto encontramos los derechos de la personalidad con su respectiva indemnización pecuniaria por este tipo de daño.

En cuanto a la reparación del mismo, la Corte de Casación en 1931 ha establecido que sólo pueden exigir la reparación del daño moral en caso de muerte o de haber sido gravemente herida la víctima, los parientes por consanguinidad o afinidad, e incluso la mujer que estaba comprometida en matrimonio; consideramos que dichas personas tienen este derecho por tener un perjuicio cierto y un sufrimiento profundo y no una angustia pasajera, tal y como lo afirman Henri y Capitant Mazeud, evita que todas las personas allegadas a la víctima ejerzan la acción de reparación, aún cuando ellas no tengan un afecto con la víctima. El bien debe estar jurídicamente tutelado, por lo tanto no debe ser contrario a derecho o a la moral. Muy a pesar de que en 1922 una sentencia dictó que aún cuando una persona no tuviera un parentesco legal, mientras tuviera un sentimiento de afecto podía ejercitar la acción de reparación.

El daño moral en la primera fase de la jurisprudencia francesa (que duró hasta 1870), fue poco favorable; en la segunda etapa (principios de 1870), se estimó que debía cuidarse la reparación del mismo; y en su tercera fase (en el año de 1923) la Sala Civil consagró el derecho a la reparación del perjuicio moral, fundado en un sentimiento de afección.

En Francia el daño moral protege los siguientes bienes: Atentar en contra del honor al difamar o seducir a un menor, en contra de los sentimientos, dar una educación contraria a la moral y a las buenas costumbres, incluyendo las ofensas que un profesor haga en su clase, en este caso se concedía la indemnización al padre del alumno; atentar en contra de los intereses profesionales de un sindicato, asociación o sociedad; y por último violar las obligaciones que surgen del matrimonio, como por ejemplo el adulterio; también tutela al párroco cuando sin su consentimiento tocan las campanas durante un entierro civil; la libertad de elección, por parte de una persona al colocarla como candidato de un partido político; a aquél que recibe escritos obscenos, en los dos últimos casos se atenta en contra del respeto que debe darse a la vida privada.

La ley del 17 de julio de 1970 establece y confirma el derecho a tener una vida íntima como es el relacionado al nombre, a la libertad de expresión, al de la imagen, el derecho del autor, derecho a una vida tranquila y segura. Las personas morales también son reconocidas, dándoles derecho a un nombre; respetando su reputación y sus secretos de producción.

Por último el daño moral en Francia evoluciona con la ley del 27 de diciembre de 1973, al concluir que los sufrimientos psíquicos y morales que pueda tener una persona, al momento de ser criticada su imagen, su forma de divertirse u obtener placer, o bien al lastimar sus sentimientos.

1.3 España.

En la legislación española no se contempla el daño moral, por lo tanto la jurisprudencia ha tenido que interpretar extensamente el artículo 1902 del código civil, para poder aplicarle una sanción. Es así como paulatinamente han evolucionado las sentencias de los Tribunales, aunque en un principio las sentencias del 6 de diciembre de 1882 y del 11 de marzo de 1899 respectivamente, anteriores al código civil, fueron renuentes a la idea de proteger los bienes morales, menos aún permitir su reparación, por pensar que éste tipo de bienes son invaluablemente pecuniariamente hablando.

Tal y como lo mencionamos, el criterio de las Sentencias fueron evolucionando, tal es el caso de la sentencia del 6 de diciembre de 1912 que borra el lineamiento de la resolución anterior, a tal extremo que encontramos tres puntos muy importantes para resarcir el daño moral:

- 1.- Derecho a una indemnización pecuniaria;
- 2.- El juez determina el monto de la indemnización sin requerir probar objetivamente el daño moral; y
- 3.- Derecho a que sea determinada y exigible la indemnización, sin esperar a que con el transcurso del tiempo se originen daños que afecten el patrimonio económico.

Ciertamente este pronunciamiento judicial español, reconoce en su totalidad la institución del daño moral, sobre todo con el hecho de que el juzgador sea más flexible con el tipo de pruebas que el demandante aporte y con el hecho de no requerir de un daño económico para configurarse el moral.

Con las siguientes sentencias se observan los bienes jurídicos que tutela el derecho a través del daño moral; de tal suerte que la sentencia del 14 de diciembre de 1917 indemniza el daño causado en la fama y reputación de un médico; por su parte la sentencia del 14 de marzo de 1928 indemniza el daño ocasionado a una persona en su honra, la del 10 de junio del mismo año afirma que los atentados contra el honor, la vida y en general los valores espirituales, traen como consecuencia un daño inmaterial, el cual debe ser indemnizado pecuniariamente. Cabe aclarar que independientemente de que el daño moral afecte o no el patrimonio económico, deberá ser indemnizado con dinero, aún cuando los valores morales sean invaluablees.

La sentencia del 31 de marzo protege a aquél que es difamado y/o que se enfrente a una competencia ilícita, y la sentencia del 25 de junio de 1945 lo confirma. El 21 de enero de 1957, 28 de febrero de 1959 y el 7 de febrero de 1962, el Tribunal Supremo Español emitió unas resoluciones cuyo contenido esencial es apoyar la idea de la indemnización pecuniaria, la cual tendrá sólo como finalidad compensar el sufrimiento de la víctima; al menos con el dinero procurarse algunos momentos agradables que puedan olvidar en un poco su dolor.

Lógico es hablar de la indemnización pecuniaria como una compensación, debiendo haber una sentencia que proteja a la víctima que sufra por la pérdida de un pariente próximo, así lo resuelven las sentencias de 1928, 1930 y 1956; asimismo encontramos la sentencia de 1949 que tutela el dolor físico por la fractura de una vértebra, por privación de la libertad, sentencia de 1952, y por último por nulidad de matrimonio, de acuerdo con la sentencia de 1968.

Posteriores pronunciamientos del Tribunal Español hacen también resaltar la protección de los siguientes bienes: El honor, la reputación, la imagen, las lesiones espirituales, y agregaríamos las psíquicas, producidas por amenazas o muerte de un pariente y las consecuentes por un accidente.

En lo que se refiere a la reparación del daño moral derivado de la responsabilidad contractual, sólo existirá si proviene de un hecho ilícito civil o penal.

A diferencia de la responsabilidad contractual, la responsabilidad extracontractual, en el artículo 1902 del código civil español, establece que: "El que por acción u omisión cause un daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado." (7)

Al efecto Borrel Macía comenta que el que causa un daño ya sea por culpa o negligencia, independientemente del incumplimiento de una obligación debe reparar sus consecuencias con el fin de que desaparezca el daño, a pesar de que el artículo 1902 de dicho ordenamiento no contenga necesariamente la obligación de reparar económicamente los daños morales. Sin embargo, como ya lo mencionamos, la jurisprudencia del 10 de junio de 1928 reconoce la indemnización pecuniaria para el daño moral.

Como se ve la legislación española no acepta la indemnización en la responsabilidad contractual, pero como sí lo hace en la extracontractual, la jurisprudencia ha venido a llenar esta laguna, además de que no se ve la razón de excluir la indemnización pecuniaria para el daño moral, en la responsabilidad contractual.

Y al adentrarnos en el tema de la reparación para el daño moral, la doctrina española posee la literatura jurídica de diversos autores que admiten y rechazan la posición de reparar el daño moral.

El criterio de los autores que no están en favor de la reparación se funda en las siguientes réplicas:

No es posible reparar los bienes morales por ser de carácter invaluable, y en el supuesto de permitirse la reparación tendría que ser pecuniaria, sería equivalente a aumentar el patrimonio económico de la víctima, siendo esto injusto, porque éste nunca tuvo ninguna disminución dejándolo por lo tanto intacto; y por si esto fuera poco, resulta inmoral y denigrante el valorar con dinero este tipo de bienes e incluso será difícil determinar la cuantía de la reparación por ser precisamente incuantificables, asimismo

(7) Pasapera Mora Alfonso, Isis 1985, Daño moral, p. 89

habrá un obstáculo para señalar quienes tienen derecho ejercitar la acción de indemnización, de lo contrario todas las personas allegadas a la víctima pensarían que tienen el derecho.

Ahora bien los autores que no están en contra de este principio, sustentan su dicho de la siguiente manera:
 Tal y como ya se había expuesto, aquí también se opina en el sentido de que la indemnización pecuniaria fungirá como compensación únicamente, sin importar que ésta repare total o parcialmente el daño (aunque claro está que el daño es irreparable), aún así esta compensación debe otorgarse simplemente por el hecho de que la víctima es merecedora de esta compensación para aligerar en un poco su sufrimiento.

Le corresponde el derecho de ejercitar la acción de indemnización por daño moral, en primer lugar y obviamente a todo aquél que se haya sentido directamente agredido en su moralidad, cierto es que esta lesión sea real; a los herederos con derecho a alimentos, beneficiarios en seguros de vida; al respecto de los herederos la primera sala española, por sentencia del 25 de febrero de 1963 declaró que los herederos no se consideran con legitimación activa en el juicio por daño moral, debido a que la indemnización se deriva de su muerte instantánea y por lo tanto no formaba parte de su patrimonio económico, hoy herencia. En cambio sus parientes más cercanos sólo tienen derecho por creerse que ellos son los más afectados espiritual y sentimentalmente hablando. En lo particular nosotros no concordamos con el criterio de esta jurisprudencia, en primera instancia porque el patrimonio de una persona no implica solamente un caudal monetario, en segundo término esta tesis jurisprudencial no considera a los herederos testamentarios y en último lugar la familia no siempre es la que más nos ama; pero ya más adelante trataremos este punto con amplitud y específicamente en el tema que atañe a la indemnización o retribución económica por daño moral.

1.4 Italia.

Teniendo como fuente directa el derecho romano, la legislación sobre la institución del daño moral no podría dejar de tutelarla aunque sólo en forma accesorio a la responsabilidad penal, porque únicamente será reparable el daño cuando se haya cometido un delito. De tal suerte que el código penal de 1889 en su artículo 38 establece la reparación a aquella persona que sea ofendida en su honor. Asimismo el código penal de 1930 en su artículo 158 dispone: "...todo delito que haya ocasionado un daño patrimonial o no patrimonial, obliga al resarcimiento al culpable y a las

personas que según las leyes civiles deben responder por los hechos de aquél." (8)

Pero retomando el tema del daño moral dentro de su materia, la civil, el código de 1865, cuyo antecedente es el Código de Napoleón regulaba el daño en términos generales por lo que el legislador se vio en la necesidad de incluirlo en el código civil de 1942, artículo 2059 situado en el último lugar del título noveno de libro cuarto de las obligaciones en general derivadas específicamente de los actos ilícitos, "el daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley." (9) Como podemos apreciar los diferentes países, a través del tiempo han tenido que salvaguardar los bienes morales del ser humano, mediante las fuentes reales del derecho, tal es el caso de Italia con la ley y de Francia y España con la jurisprudencia.

Observamos que el artículo 2059 contiene como principio general la no indemnización de los daños morales, excepto cuando la ley así lo indique, ejemplo, el artículo 1174 del título primero del libro cuarto del mismo ordenamiento, lo corrobora al entrar en el ámbito de las obligaciones contractuales, "la prestación objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y debe responder a un interés, aunque no sea patrimonial del acreedor." (10)

El principio general de la no indemnización en el daño moral se debe a que el dolor no es valorable en dinero, por tal motivo a la víctima debe bastarle con la condena del juez en materia penal como resarcimiento del daño, tal es la opinión de Chironi, autor italiano.

Alberto Trabucchi nos dice que los bienes jurídicos que regula el daño moral en el derecho italiano son el ánimo, el dolor y los sacrificios de afectos o mortificaciones de ideales que se caracterizan por no afectar el patrimonio (entendemos que se refiere únicamente al económico) cuando así lo establezca la ley.

Ampliando el número de bienes que tutela el daño moral, Messineo nos dice que se verá afectada la personalidad moral o espiritual (libertad, dignidad, responsabilidad, decoro, honor) y psíquica de un ser humano, de ésta última De Cupis menciona que la deformación que una persona sufre, es decir la pérdida de su belleza física, que además de causarle una lesión psíquica (en nuestra opinión) se añade un daño al perder las posibilidades económicas que le garantizaba un aspecto estético antes de la alteración.

(8) Enriquez, Op. Cit., p.212
 (9) Ib
 (10) Santos Briz Jaime, Derecho de daños, p. 130

En esta legislación el daño moral en la responsabilidad extracontractual si es indemnizable, pero en la contractual no, porque explica De Cupis que el incumplimiento de una obligación contractual en excepcionales ocasiones aparece como delito, en cambio en la extracontractual es frecuente su aparición además de ir la indemnización seguida de un delito.

Siguiendo con la doctrina de Adriano De Cupis, él es uno de los autores que están a favor de la reparación del daño moral aludiendo que se debe ampliar la reparación pecuniaria a los valores no económicos mediante la valoración equitativa del juez; la prueba, aunque para mucho autores es difícil demostrar que existe un daño moral (pero realmente no es imposible); y sin pensar que se está comerciando con el dolor humano pues sólo se limita a demandar por el daño sufrido, ni mucho menos que debe haber una continuidad en el daño, porque aún cuando éste sea momentáneo hubo una lesión.

Por su parte Chironi considera que los daños morales son invaluable, debido a la imposibilidad que tiene el juez para valorarlos, por lo tanto son no indemnizables, sin embargo a través de la jurisprudencia si lo son, ya que si la ley no distingue los daños materiales de los morales, el intérprete de la ley tampoco lo hará.

Y entrando en materia de jurisprudencia, veremos las dos etapas por las que ha evolucionado la indemnización en el daño moral. En la primera ubicamos el código civil de 1865, y a la jurisprudencia se le permitió interpretar ampliamente la materia en cuestión. Fue así como el Tribunal de Catania de 1877 condenaba a aquél que causaba heridas a resarcir la lesión física; el Tribunal de Casale en mayo de 1872 condenó a resarcir las ofensas a su pudor de que fueron objeto dos niñas menores de doce años; el Tribunal de Catania el 9 de septiembre de 1894, sentenció al autor que con su publicación injuriosa atacaba el honor de otro, la Casación de Roma en 1883 obligó a resarcir el daño que se causaba al que fue denunciado infundadamente por fraude; el Tribunal de Casación de Turín del 23 de junio de 1881 condenó al resarcimiento al dueño del perro que por morderlo asustó a otro; el de Bolonia en 1869 condenó al constructor ilícito en fundo ajeno por suspender el placer moral de dejar habitar el inmueble al propietario, el de Brescia el 19 de mayo de 1890 condenó a la mujer adúltera a resarcirle el daño moral al cónyuge y el de Bruselas de 1882 condenó a resarcir el disgusto que una madre había tenido al ver que a su hijo lo habían herido.

En esta etapa el jurista italiano Gabba nos presenta los siguientes casos de daño moral: Las ofensas al cuerpo como dolores físicos y enfermedades de larga duración, mutilaciones,

deformaciones, ofensas al decoro físico y moral de una persona como las injurias, robo de la mujer ajena, ofensa grave al pudor, violar o disminuir la libertad personal, quitar o disminuir los beneficios que una persona iba a recibir de otra en virtud de que a ésta última la ofendieron corporalmente o le causaron un daño patrimonial, mediante heridas, afectando su salud o arruinando el patrimonio de sus padres, al ya no proporcionarles alimentos o alguna indemnización económica.

Giorgi agrega las injurias, difamaciones causadas contra el buen nombre, las amenazas, violación del domicilio, turbación dolorosa de la posesión (despojo), la apertura de la correspondencia ajena, obviamente al indemnizar el daño moral debe repararse el daño material. La víctima tenía derecho a ejercitar acción para indemnizar cualquier tipo de ofensa.

En la segunda etapa se encuentra el código civil del 16 de marzo de 1942, en donde se limitan los daños morales que tienen derecho de indemnización.

Alberto Montel nos da a conocer el estado que en esta época tuvo la jurisprudencia, así encontramos que la apelación de Milán del 7 de mayo de 1947 se consignó sin limitante alguno a la reparación del daño moral en el derecho penal. En 1950 el 21 de enero, el Tribunal de Aquilia resuelve que quien comete homicidio culposo debe reparar el daño moral atendiendo a la gravedad y circunstancias del hecho, al parentesco que guardaba con la víctima, a la comunidad de vida y de interés y a la posición social a la que pertenece o perteneció la víctima, al respecto el Tribunal de Turín estableció que todos los hijos de la víctima tenían derecho a reclamar la reparación de daños patrimoniales. Como el derecho italiano siempre se ha referido al daño moral como daño no patrimonial nos invita a reflexionar que en esta última sentencia debemos entender que tendrían derecho a pedir la reparación del daño todos los hijos por ser acreedores alimentarios y depender económicamente del difunto, pero si pensamos que el patrimonio incluye a los derechos morales, también tendrían derecho todos a la indemnización moral, por el sufrimiento que les aqueja.

Como ya lo mencionamos la legislación italiana en ningún momento impide la indemnización pecuniaria para los daños morales que vayan acompañados de un delito o cuando la ley lo señale; el problema se presenta cuando hay que determinar su cuantía, para poder así cumplir cuando menos con la función de compensación.

En opinión de Scognamiglio el criterio del jugador se basará entre otros aspectos, (los cuales ya fueron indicados) en la gravedad del daño sufrido, apartando el dolor de la víctima siendo necesario hacerlo, porque el juez tiene

que determinar si realmente hubo daño moral, ya que no todos los dolores o padecimientos sentimentales pueden constituirlo; además de influir la época en que surge, llenando estos requisitos el juez podrá aplicar una correcta valoración equitativa.

Dentro de la misma legislación italiana se determina que el titular del bien moral afectado es el único con derecho a ejercitar la acción de reparación, excepto los parientes más cercanos.

En Italia la indemnización funge como compensación igual que en España.

1.5 Alemania.

El daño moral en el derecho alemán es muy similar al italiano, tal y como lo preve el artículo 253 del código civil de 1900:

"Si se tratase de un perjuicio que no sea traducible en valor pecuniario, sólo podrá exigirse la reparación en metálico, en los casos determinados en la ley." (11)

Estos casos son enumerados por los artículos 847 y

1300:

1.- Aquél que sufra algún daño en su cuerpo o salud por habersele privado de su libertad, puede exigir una indemnización aún cuando el daño no afecte su patrimonio económico.

2.- El mismo derecho tiene la mujer contra quien abuse de ella sexualmente o la seduzca valiéndose de amenazas, engaños o de su poder físico o pecuniario.

3.- La mujer con un modo honesto de vivir, que se entrega a su prometido antes del matrimonio y posteriormente se rompe el compromiso, tendrá derecho a una indemnización pecuniaria. Este derecho es personalísimo e intransmisible a los herederos, salvo que se haya reconocido contractualmente o instaurado un juicio. Debemos entender que el juicio fue iniciado por la víctima antes de morir y la sucesión es la encargada de continuarlo.

El autor alemán Fisher comenta que también deben indemnizarse los daños morales causados en el honor y en general los dolores y sufrimientos morales, sin limitarse a las afectaciones corporales de salud o libertad. Por su parte el prestigioso autor alemán Hedemann nos dice que la legislación alemana ha reconocido a los daños inmateriales y a la indemnización pecuniaria y equitativa para la víctima de esos daños.

(11) Enriquez, Op. Cit., p. 212

En cuanto a la jurisprudencia alemana, diremos que sus resoluciones han tenido que incluir los daños inmateriales a los económicos para así darles una correcta reparación económica. Lo anterior se desprende del contenido de la sentencia que distingue entre el patrimonio actual del ofendido y el que hubiera tenido si el daño no hubiera ocurrido, fue así como esta sentencia concluyó que debía indemnizarse a toda persona que por el hecho de verse privado del uso de una cosa, tuviera que haber gastado para sustituir el bien del que se le había privado.

Y el Tribunal Supremo Federal, dictó un pronunciamiento en el que indemnizaba preponderantemente los daños inmateriales, tal fue el caso de un actor que sin su licencia el 14 de febrero de 1958 se utilizó una fotografía de él para publicitar un tónico que elevaba la potencia sexual.

Por último haremos notar que el derecho alemán si permite la indemnización de los daños morales derivados de una obligación contractual.

1.6 Suiza.

El derecho suizo expresa concretamente la regulación del daño moral, sólo a groso modo diremos que el código de las obligaciones de 1910 en sus artículos 47, 49 y 99 disponen lo siguiente:

El artículo 47 comprendido dentro del título de los actos ilícitos preceptúa una indemnización pecuniaria en concepto de satisfacción para el caso de muerte o lesión corporal de una persona, el derecho a la indemnización corresponderá al lesionado o a los herederos del autor de la sucesión; el monto lo fijará el juez atendiendo a los perjuicios patrimoniales como el salario que dejó de percibir, gastos médicos, etc., el daño moral ocasionado por la pérdida física y espiritual de su ser querido, o en el caso de la lesión corporal el daño moral se originará por la tristeza y desesperación de verse imposibilitado para trabajar.

Suiza coincide con el derecho italiano y español en la forma de indemnizar el daño moral.

Continuando con los preceptos legales, diremos que el artículo 49 acoge también el derecho indemnizatorio como satisfacción; asimismo el juez está obligado a justificar realmente la existencia del daño moral a través de la gravedad de la infracción; con la diferencia de que en este artículo al juez se le da la facultad para determinar el tipo de indemnización, ya sea una suma de dinero o cualquier otro tipo

de indemnización (quizás la publicación de un extracto de la sentencia cuyo fallo fue favorable para la víctima), o bien el juez puede resolver que sean ambas.

En materia de responsabilidad contractual, el daño moral de acuerdo con el artículo 99 párrafo tercero, nos señala que "... el deudor responde en general de toda culpa..." (12) y su responsabilidad se delimitará en relación a la naturaleza del negocio o acto jurídico, atenuándola con el hecho de que el deudor no busque un beneficio.

1.7 Inglaterra.

El derecho inglés regula ampliamente la materia que hoy nos ocupa como tema de estudio, llegando incluso a indemnizar los daños de mínima importancia, aún cuando es bien sabido que la trascendencia del daño moral por más simple que sea, es grave en cualquier ser humano, claro es que mientras no esté en la época, lugar y costumbre donde se origine dicho daño.

Gracias a la gran importancia que le da el derecho inglés, en general a la figura del daño moral, se distinguen dos tipos de daño: El nominal damages que traducido al idioma español significa daño económico, éste "... tiene lugar en caso de infracción de un derecho en el que no se hayan producido daños especiales, siendo atribuida al perjudicado una indemnización nominal de algunos chelines." (13)

Si de la definición se desprende que no se produjeron daños morales, estaremos frente a una reparación pecuniaria (cabe mencionar que no será indemnización) que restituirá el bien afectado.

Exemplary damages, entendiéndose como daños ejemplares o especiales corresponden "... al daño inmaterial propiamente dicho; el agente ha de indemnizar en casos de maliciosos, arrogante or insolent disregard of another's rights." (14) Es decir en caso de maldad, prepotencia, insolencia o atrevimiento, falta de atención en los derechos de un tercero.

Cabe apuntar que el derecho inglés no resultó tener un criterio tan amplio, ya que en el ejemplo del padre que pierde los beneficios económicos de la hija al ser seducida, sólo pudo exigir el derecho indemnizatorio por daño moral

(12) Santos. Op. Cit., p. 132

(13) ibid p. 133

(14) ib

porque hubo un daño material, requisito fundamental en algunos supuestos para obtener la indemnización por el primer daño, citado en dicho ejemplo.

1.8 Portugal.

En ésta legislación el extenso número de preceptos jurídicos que permiten la reparación del daño moral y que por otra parte reconocen como fuente de este daño, en particular, a los derechos de la personalidad, los cuales los encontraremos en el "... cap. II, Tit. II, libro 1o., de su Parte IV, artículos 2,382 a 2,392, bajo la rubrica De la graduación de la responsabilidad procedente de hechos ilícitos..." (15), en el código civil portugués.

La legislación portuguesa distingue dos clases de derechos que se ven afectados por una lesión, unos son los primitivos u originarios, que de acuerdo con el artículo 2383 se refieren a la personalidad física o moral y que desde luego regularán el derecho a la indemnización por ofensas o ataques a la libertad, por injuria, por imputación dolosa de delitos y por violación a la honra de una mujer, comprendiendo la indemnización las pérdidas, los daños o la dote de la ofendida en el último caso, el resarcimiento del daño material e inmaterial. Otros son los privados o adquiridos, los cuales naturalmente se relacionan con los daños materiales.

Se denominan primitivos u originarios los daños morales por ser inherentes al ser humano, es decir este nace con la tutela de sus bienes morales, gracias a la evolución legislativa en el ámbito moral, desafortunadamente enorme desánimo causa el mirar que algunos poderes judiciales no apliquen correctamente sus legislaciones.

Y en el marco jurídico del daño moral la responsabilidad contractual portuguesa se ubica en el artículo 706, cuya sección se remite al artículo 2393 establece en todo su contenido una reparación netamente metálica a fin de restituir el bien o su valor, o en último caso recuperar los perjuicios causados ante el incumplimiento del contrato, por lo tanto en Portugal no se regula la existencia del daño moral en la responsabilidad contractual, lo que nos permite hacer esta observación es que la legislación habla de una reparación o restitución y no una indemnización pecuniaria que sirva como compensación.

1.9 Brasil.

El artículo 1537 y subsecuentes del Código Civil brasileño precisa "claramente a los daños morales en los supuestos de indemnización por injuria o calumnia cuando no se hubiese podido probar perjuicio material alguno." (16)

De lo anterior deducimos que lamentablemente sólo dará lugar la indemnización por daño moral cuando no se compruebe la existencia del daño material; dejando así al arbitrio de la ley penal delitos que también pueden ser actos ilícitos al causar una lesión psíquica o un dolor en los casos de violencia sexual, ultraje al pudor, privación de libertad personal, ofensas contra el honor y la honestidad. Y como ya es bien sabido la erogación pecuniaria que el delincuente debe hacer es para el Estado, dejando a la víctima sin ninguna compensación por el daño causado.

Por último en materia de responsabilidad contractual no incluye el daño moral que pudiera causarse en el incumplimiento derivado de un convenio o contrato y lógica es su posición, pues de lo contrario estaría faltando a su artículo 1537 al determinar que sólo habrá daño moral si no se pudo demostrar un daño económico; más difícil será para el daño moral, además de que se cree que un contrato en la mayoría de los casos siempre producirá daños económicos.

1.10 Argentina.

Considerando que el campo jurídico argentino es de lo más amplio y evolucionado que hay en las legislaciones latinoamericanas, plasmándolo en sus artículos 1078 y 522 que a la letra dicen:

"Artículo 1078. La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo, si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima únicamente tendrán acción los herederos forzosos.

Artículo 522. En los casos de indemnización por responsabilidad contractual, el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiera causado de acuerdo con la índole del derecho generador de la responsabilidad, y circunstancias del caso." (17)

(16) *Ibid*
 (17) *Enríquez, Op. Cit.*, p.215

Dichos artículos han brindado una mejor perspectiva en el daño moral, en especial el artículo 1078, el cual antes de su reforma se reflejaba menos progresista, hablando de delitos y no de actos ilícitos, pudiendo confundirse con la materia penal, puesto que disponía "el resarcimiento del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándole en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes o hiriendo sus afecciones legítimas." (18) Tampoco determinaba la existencia de los titulares de la acción indemnizatoria, ni limitaba su número.

El único defecto que la doctrina encontraba es el de no tutelar la acción indemnizatoria para los titulares indirectos, al respecto Orgaz en su obra *El daño resarcible* nos señala que el artículo 1078 actual, "desatiende casos como el de lesiones graves e incapacitantes en niños de corta edad, en que ordinariamente no existe daño patrimonial resarcible", ni daño moral por falta de capacidad para experimentarlo (falta de discernimiento)." (19) En el mismo sentido Brebbia opina: "los incapaces de hecho poseen, al igual que los demás seres humanos, esos derechos inherentes a la personalidad, aún cuando muchas veces no puedan desplegar por sí mismos la actividad que constituye su contenido. Un menor de diez años, por ejemplo, tiene derecho a la vida, a la integridad física, posee un honor y esta unido por afectos reconocidos por el derecho, con otras personas. Cualquier lesión que sufra injustamente en dichos bienes originará un agravio moral que hará nacer a su vez, el derecho a obtener una reparación." (20)

Obvio es que los progenitores o en su caso los tutores, incluyendo a maestros de oficios o profesores, tendrían la titularidad para ejercer la acción indemnizatoria en representación de los incapacitados.

1.11 México.

El ordenamiento jurídico mexicano en materia de daño moral ignoró totalmente a esta institución, ya que el código civil de 1870 legisló única y en forma escueta lo referente al daño patrimonial en sus artículos:

"Artículo 1580. Se entiende por daño la pérdida o menoscabo que el contratante haya sufrido en su patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.

(18) Zanoni Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, p. 443

(19) Zanoni, *cit. Pos. Orgaz, El daño resarcible*, p.p. 247 y 11, no. 01

(20) Zanoni, *cit. Pos. Brebbia, El daño moral*, p. 242, no. 124

Artículo 1581. Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido por el cumplimiento de una obligación." (21)

En forma somera diremos que en materia penal el código de 1871 contenía un capítulo relativo a la responsabilidad civil, el cual a grandes rasgos indicaba que: "Cuando se reclamaba una cosa no se debería pagar el valor de afectación, sino el común que tendría la cosa." (22)

La exposición de motivos del citado código aludía que los daños de carácter extrapatrimonial no podrían valuarse en dinero y que de lo contrario se degradaría la persona como ser humano. La excepción se constituía cuando una persona destruía una cosa con el ánimo de ofender al dueño, la reparación en este caso "se tomaba en cuenta de manera limitada el precio estimativo que pudiera tener la cosa, porque la cantidad entregada para resarcir el daño no podría exceder de una tercera parte de lo que en valor común tuviere." (23)

Por su parte el código civil de 1984 tampoco regula la materia del daño moral, sólo lo hace en relación a los daños y perjuicios patrimoniales a través de sus artículos 1464 y 1465 cuyo contenido es igual a los artículos 1580 y 1581 del código civil de 1870. Cabe señalar que en ambos códigos las figuras jurídicas se identifican como daño emergente y el perjuicio como lucro cesante.

Por último y en el más reciente código civil (de 1928) encontramos el primer vestigio en materia de daño moral, de tal manera que el artículo 1916 disponía:

"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. Esta indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el Art. 1928." (24)

Cabe mencionar que el texto de los artículos 1928 y 2116 en éste código civil es el siguiente:

"(Artículo 1928). El Estado tiene obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les están encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria y sólo podrá hacerse efectiva

(21) Ochoa Olivera, Cit. Pos. Batiza Rodolfo, Las fuentes del código civil de 1928, p. 930

(22) Borja Soriano Manuel, Teoría general de las obligaciones, p.427

(23) Ibid., p. 428

(24) Ochoa Olivera, Cit. Pos. Código Civil del Distrito Federal en materia común y de toda la República en materia federal, p. 48

contra el Estado cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado.

(Artículo 2116). Al fijar el valor y el deterioro de una cosa, no se atenderá al precio estimativo o de afección, a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con el objeto de lastimar la afección del dueño; el aumento que por estas causas se haga no podrá exceder de una tercera parte del valor de la cosa." (25)

El nuevo logro sobre esta institución se debe a la influencia de los artículos 47 y 49 del código de obligaciones suizo. En el mismo ordenamiento también se contemplaba la reparación del daño moral para el caso del rompimiento entre los esposales en su artículo 143.

La última reforma histórica al artículo 1916 se hizo el 28 de diciembre de 1982, la H. cámara de Diputados del Congreso Federal aprobó el decreto que lo reformó, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 30 del mismo mes y año, entrando en vigor al día siguiente, cabe señalar que éste es el momento principal de la evolución del daño moral, porque es la primera vez que en México se independiza del daño económico, tanto en su definición como en su reparación, presentando algunos otros avances como es en materia de sucesiones y de indemnización.

Dicho artículo lo conoceremos junto con el de la reforma más reciente de enero de 1994 al citado código civil de 1928, en uno de los puntos del siguiente capítulo que nos explica la necesidad de crear esta institución.

CAPITULO SEGUNDO

FUNDAMENTO FILOSOFICO JURIDICO DEL DAÑO MORAL EN EL
DERECHO POSITIVO

2.1 Razonamiento filosófico de la necesidad de esta institución.

Con el transcurso del tiempo el ser humano ha dejado de ser visto como un objeto, y gracias a él hoy tiene reconocida una igualdad (al menos jurídica) frente a sus semejantes. Mucho de ello se debe al derecho como ciencia social cuya función principal es regular la vida del protagonista de la misma dentro de una sociedad, en forma justa y equitativa, para así obtener el bien común. Si la justicia, la equidad y el bien común son los fines con los que el derecho tutela la vida del hombre de cuerpo y alma, no podría en ningún momento dejar de protegerlo en todos los aspectos de su conformación.

Fue así como el legislador fundándose en la esencia del derecho crea una nueva institución jurídica denominada daño moral, la cual protegerá los derechos subjetivos de todo ser humano que se vean vulnerados en su intimidad, sentimientos y emociones dándole a la víctima la oportunidad de ser retribuida pecuniariamente; en contraposición con el pensamiento del legislador se podría creer que esta figura jurídica sería obsoleta, debido a la existencia de la misma en materia penal en donde dicha retribución conocida como reparación moral se adhiere al delito, pero en nuestra legislación sólo se manifiesta en algunos de ellos, además de ser requisito indispensable la previa comisión de un delito, sin embargo se llegó a comentar que ya existía una erogación pecuniaria por parte del victimario, pero no para ser entregada al ofendido sino al Estado; y respecto al derecho civil, se refuta diciendo que ya existe una responsabilidad civil para reparar todos los daños y perjuicios, y esto efectivamente es real, pero sólo se reparaban los daños materiales, no haciéndolo con los inmateriales por ser invaluable.

Otra de las razones del porqué la mencionada institución fue creada, la encontraremos en la misma definición del derecho, al indicarnos que regulará la vida del hombre en sociedad, de ahí que siempre habrá de existir "un victimario y una víctima, un autor que los produce y un receptor que los soporta... He aquí el porque de la juridicidad del tema." (26)

Apoyando tal afirmación como correcta, considera que ésta es verídica porque el derecho como sancionador nunca regirá en la vida interna del individuo, es decir si el hombre se siente deprimido, desanimado, menospreciado consigo mismo, al derecho no le importará esta situación, puesto que su única función es regular la actitud externa de los hombres que están bajo su custodia debido a las características de coercibilidad, heteronomía, bilateralidad y exterioridad que poseen las normas jurídicas necesarias para la convivencia en sociedad; pero si la depresión, el desánimo o el menosprecio es ocasionado por un tercero la víctima podrá hacer valer su derecho subjetivo cuando con las pruebas ofrecidas por ésta se materializa el daño moral, pudiendo también exigir su correspondiente retribución o indemnización para algunos autores del Derecho.

Y para alcanzar el punto óptimo en la convivencia social es requisito primordial y para que el hombre pueda desarrollarse, que mental y emocionalmente se encuentre equilibrado, también para que un hombre y una mujer como seres humanos den lo máximo para sí, los suyos y los demás es menester el no sentirse agredido injustamente por alguno de sus gobernados, ni por sus gobernantes. Tales afirmaciones se sustentan con la opinión de Francisco Larroyo acerca de la vida del hombre que "se traduce en actos que repercuten sobre los demás hombres en un sentido diverso. Obedece normas que se le presentan con el carácter de obligatorias o porque las considera como tipo de perfección suma; actúa en la vida pública defendiendo o combatiendo gobiernos constituidos; participa en las más variadas organizaciones económicas; de la sociedad, etc. El efecto de esta otra actitud de la conciencia, se resuelve en instituciones sociales que se denominan moral, derecho, política y economía." (27)

Y como es bien sabido en la ética social que todo hombre lleva consigo, encontramos un mucho de bondad y un mucho de maldad (28) y previendo el derecho que la maldad en cualquier momento de la vida del hombre o de la mujer pueda florecer, surge la necesidad de retribuir o indemnizar pecuniariamente el daño sufrido. Y aunque mucho se ha discutido sobre el pago de una cantidad en dinero como retribución para la víctima, el legislador concluyó que con el dinero nunca podrá reparar su daño, pero al menos le ayudaría un poco para allegarse los bienes que con éste puedan

(27) Larroyo Francisco, Los principios de la ética social, p. 43

(28) Lamentablemente la "bondad" ha disminuido demasiado, palpándose en la delincuencia que en toda la historia ha tenido un lugar y actualmente está en la cúspide de la problemática en la vida de nuestro país, representada por corrupción, violación, robo, homicidio o narcotráfico etc. Es definitivo que el origen de la delincuencia se debe a situaciones adversas por las que tiene que enfrentar un hombre, pero finalmente quien materializa la conducta tipificada como delito es el mismo hombre. Bien valdría la pena hacer un análisis criminológico que proponga alternativas para erradicar o mínimo desalentar al delincuente a no cometer disturbios que entorpezcan la seguridad pública. Retomando el tema que nos ocupa, hemos de suponer que si la delincuencia está en su apogeo y con facilidad se realiza, mayor será el número de agresiones que espiritualmente reciba una persona.

comprarse, y especialmente para la víctima con escasos recursos económicos, quienes casualmente son los que más padecen este tipo de daño, quizás tal hecho se deba a que el poder económico de la clase privilegiada le permita a ésta humillar y pisotear los derechos personales de aquellos.

Aunado a lo anterior el doctrinario argentino Jorge Mosset Iturraspe comenta que: "El materialismo, el afán por las cosas, las ansias de "tener", dejan paso a un espiritualismo, descarnado puro soberbio: nada puede mitigar el dolor, menos aún el vil dinero" (29), pero "por el contrario, la experiencia nos dice que las estrecheces, las orfandades o carencias en que se debate el hombre de nuestras comunidades así como encuentran agravamiento en los sufrimientos espirituales, hallan alivio en cierta holgura económica." (30)

Fue así como gracias a la filosofía jurídica la cual "inquiere en primer término que es el derecho y trata de brindarnos, acerca del mismo, la verdad autónoma, el conocimiento último y definitivo" (31); se ha impedido que el pensamiento del legislador dejara en el olvido la protección de los derechos de la personalidad de todo individuo, incluyendo los del mexicano, en cuya legislación se observa una notable y positiva evolución.

2.1.1 Razonamiento, origen, causa, motivo y efecto.

Todo tema del cual se ocupe la Filosofía, requiere para la búsqueda de su esencia, de fundamentar un razonamiento, encontrar su origen, determinar la causa, conocer su motivo y analizar si el efecto es positivo o negativo.

Una vez hecha esta aclaración expondremos el caso del daño moral, el cual como ya hemos visto está conformado de determinados valores que a través de los usos y costumbres el hombre los ha señalado como un margen que le permita instaurar un juicio en contra de aquél que no respete sus valores. Y no sólo a través de los usos y costumbres, sino también por medio del dolor físico que con el paso del tiempo se ha convertido en dolor espiritual que el hombre civilizado y consciente no está dispuesto a soportar. Y como dice el maestro Francisco Larroyo: "El valor es ante todo un concepto de relación, es decir, una manera de enlazar los objetos de medio a fin. Todo valor, además, supone una polaridad (es positivo o negativo, bello o

(29) Mosset, Op. Cit., p. 15

(30) Id.

(31) García Maynez Eduardo, Introducción al estudio del derecho, p. 119

feo, bueno o malo, útil o inútil, etc.); una gradación (más o menos malo, más o menos injusto); una materia (ético o artístico, útil o agradable), y una jerarquía, es decir una categoría o rango respecto a las demás especies de valor (¿vale más la belleza que la verdad, la justicia que el placer?)." (32) Tal parece que con éste concepto podríamos caer en la subjetividad y por la cual diversos autores niegan la existencia del daño moral; pero realmente no es así, puesto que con apoyo de la ética como "ciencia de los fines que han de orientar la vida de los hombres y de los medios para lograrlo" (33), el hombre ha establecido una tabla de valores que marcan lo bueno y lo malo de acuerdo con los usos y costumbres del lugar donde cumple sus funciones como ser humano (nacimientto, desarrollo, reproducción y muerte). Por lo tanto "el acto ético surge de las decisiones del hombre en todas y en cada una de las actitudes que asume ante aquello que debe o no debe ser, precisamente en este conjunto de mandatos y exigencias objetivas, externas que permiten al hombre utilizar realmente su autonomía, obedecer lo que se quiere obedecer, así el individuo actúa y quiere frente a imperativos sociales, ciñéndose a una ética social, una ética autónoma..." (34); hasta conseguir la conciencia normativa en todo hombre que "debe o quiere obrar de tal manera" (35) "ya porque lo estima digno para su vida el realizarlo" (36); conciencia que se traduce en reglas de conductas necesarias para crear un orden en las relaciones humanas, enfrentándonos a una moral social válida para todos los hombres por ser colectiva y universal, como pretensión de la filosofía jurídica que busca principios universalmente válidos.

Por tal razón hubo la necesidad de crear una figura jurídica llamada daño moral, que pueda ser fundamento de una demanda civil para aquél que sienta que sus valores morales no han sido respetados. Fue así como con la reforma legislativa del 31 de diciembre de 1982 (37), renació en forma autónoma dicha figura y bajo las siguientes consideraciones expuestas en la iniciativa de ley del Poder Ejecutivo Federal: "Las iniciativas concernientes a la renovación moral, es la conciencia popular hecha gobierno. Es nuestra creencia en la justicia, en la igualdad, en la dignidad, en el derecho, y en nuestro respeto a los demás.

(32) Larroyo, Op. Cit., p.30

(33) ib

(34) García, García Fernando Augusto, Fundamentos éticos de la seguridad social, p.p. 33 y 34

(35) ib

(36) Larroyo, Op. Cit., p. 59

(37) Por decreto del 28 de diciembre de 1982, aprobado en segunda lectura el día 29 del mismo mes y año y publicado dos días después en el Diario Oficial de Federación entrando en vigor el día de enero de 1983, reformó el artículo 196 y 210, adicionando el artículo 1910 Bis.

La iniciativa como ya se ha dicho se fundamenta en la doctrina civilista contemporánea de los derechos de la personalidad, la cual tiende a garantizar a la persona el goce de sus facultades y el respeto al desenvolvimiento de su personalidad física y moral." (38)

La H. Cámara de Senadores, como cámara de origen si aceptó en sus términos la iniciativa propuesta, pero también consideró necesario aceptar la sugerencia nacida en las Comisiones Unidas Segunda de Justicia y Segunda de Gobernación, la adición de un nuevo artículo, el 1916 bis, que aclaraba el contenido del artículo 1916, ya que de éste podrían demeritarse las libertades de opinión, crítica, expresión e información, en tal virtud la comisión de justicia de la H. Cámara de diputados acepta la adición de este artículo por ser congruente con la iniciativa presidencial y "con el espíritu que animó a la Cámara de diputados al aprobar el dictamen inicial, de respetar sin restricción alguna las libertades de expresión y prensa y el derecho de crítica que son fundamentales para la vida social mexicana." (39) Además de enfatizar las garantías individuales constitucionales contenidas en los artículos 6o. y 7o., y por su parte la Comisión de Justicia hace notar que el artículo 61 constitucional "establece la inviolabilidad de los diputados y senadores por las opiniones que manifiestan en el desempeño de sus cargos." (40)

Con la creación del daño moral y ahora con su reforma legislativa el efecto de éste es la independencia que se obtuvo del daño material, con el fin de poder ejercer una acción de retribución en dinero en favor del lesionado.

La esencia de la retribución, cuya función es compensar en algún modo el dolor sufrido, deberá ser "el alcanzar una meta, el realizar un valor, el crear una nueva forma de vida moral, etc., es lo que se denomina progreso moral. Progresar moralmente es vivir con sinceridad en todas partes, con veracidad en la ciencia; vivir con valentía en la vida social, económica, profesional, etc., con autodomínio en la vida íntima, en la amistad, en la política..." (41)

Es eminente que con la protección jurídica que se le dió al daño moral, se pretende tener una vida estable, segura y digna en sociedad y en especial recobrar los valores morales tan perdidos actualmente.

(38) Diario de debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos "LII" Legistatura, del 28 de diciembre de 1982, p. 184, en primera lectura.

(39) Ib

(40) Ib

(41) García, Op. Cit., p. 35

Finalmente concluimos de este pequeño razonamiento jurídico filosófico que es el punto del cual podemos partir para determinar la necesidad de crear el daño moral como satisfactor de todo ser humano que se ve agraviado en sus derechos espirituales.

2.2. Diferentes definiciones del daño moral.

La diversidad de conceptos que se han vertido para esta figura jurídica se debe a las diferentes legislaciones y puntos de vista que los estudiosos de la materia señalan. Así de esta última perspectiva encontramos conceptos del daño moral que se fundamentan en uno o unos de los caracteres que integran dicha institución.

A éste respecto el autor argentino Mosset Iturraspe en su obra "el daño moral", propone la siguiente clasificación:

"a) La noción por exclusión: son daños morales aquellos que no pueden ser considerados daños patrimoniales." (42)

Esta conclusión tiene su base en el concepto del distinguido jurista Fueyo Laneri, mismo que a la letra dice: "el denominado daño moral es aquél que consiste en la agresión a algunos de los derechos extrapatrimoniales o de familia propiamente tal y que autoriza para demandar una indemnización satisfactiva que el juez fijará conforme a equidad." (43)

En el mismo sentido influyó el concepto de otros juristas como Bueres, quien define al daño moral como el "menoscabo o pérdida de un bien en sentido amplio, que irroga una a un interés amparado por el derecho de naturaleza extrapatrimonial" (44), por su parte Lloveras de Resk nos dice que es una lesión de carácter no patrimonial, consecuencia de un acto contrario a derecho" (45). Ruth Inés Díaz, profesora de la Universidad de La plata, dice que: "Habría daño moral cuando la lesión no signifique detrimento patrimonial, afectándose al sujeto de derecho en su honor, seguridad, valores afectivos o en el goce de sus bienes." (46) La doctrina francesa encabezada por los reconocidos juristas de apellido Mazeud nos indican que "perjuicio moral es el que no atañe en modo alguno al patrimonio y causa tan sólo dolor moral a la víctima." (47)

(42) Mosset, *Op. Cit.*, p. 84

(43) *Ib.*

(44) *Ib.*

(45) *Ib.*

(46) *Ibid.*, p. 84 y 85

(47) *Ibid.*, p. 85

Otro de los juristas que apoyan dicha clasificación es Lalou quien señala que la distinción del daño material y del moral se debe a la división de los derechos en patrimoniales y extrapatrimoniales.

Añadiendo un poco más al fundamento de Mosset Iturraspe, pensamos en transcribir en forma completa la definición de G. Ripert y J. Boulanger, porque a nuestro parecer es importante la propuesta que hace en materia de indemnización, así encontramos que el daño moral: "Es aquél que no atenta en ninguna forma contra los elementos del patrimonio. Basta eso para hacer aparecer la dificultad: los daños y perjuicios acordados no reemplazarán a un elemento desaparecido en el patrimonio de la víctima; engrosaron ese patrimonio; la víctima será enriquecida así y la indemnización tendrá por lo tanto el carácter de una pena privada y no de una reparación. La objeción sería evitada si la reparación fuese puramente moral y consistiera en la reprobación señalada por los motivos de la decisión y la publicidad que le sería dada o en la condena simbólica a un franco de daños y perjuicios. Así sucede algunas veces, pero generalmente la víctima reclama una indemnización pecuniaria y los jueces la otorgan evaluando el perjuicio causado." (48) Cabe mencionar que también el tratadista en derecho J. Carbonnier nos dice que la naturaleza del perjuicio moral se deriva de lo extrapatrimonial así la víctima obtendrá un enriquecimiento gratuito en su patrimonio, mediante una pena privada y no como una multa que aproveche al Estado.

En nuestra opinión, consideramos que este punto no nos proporciona un concepto exacto del daño moral, en primera instancia porque el patrimonio de una persona moral o física no sólo está constituido de bienes materiales y en segundo término muchos de los doctrinarios utilizan indistintamente el término de daño y perjuicio, denominando incorrectamente la materia jurídica que hoy analizamos. No negamos la existencia de un perjuicio en el daño moral, como sería el caso de una modelo que a causa de una lesión en el rostro pierda su trabajo o simplemente en la muerte de una persona los seres humanos solemos deprimirnos y puede ocurrir que en ese tiempo no queramos trabajar y así dejar de obtener ingresos económicos; sin embargo aún cuando este perjuicio se derivó de un daño moral, éste deberá ser cuantificado en la reparación del daño material, pues en estricto derecho se debe contemplar como un daño palpable a pesar de que en la sentencia condenatoria al pago de la retribución económica por daño moral vaya incluido.

Continuando con la clasificación del jurista Mosset Iturraspe el siguiente inciso se refiere a una:

(48) Panepera, op.cit., p.39

"b) Noción que atiende al interés comprometido... aquella que si bien mantiene la alusión a la no patrimonialidad, pone el acento en que se trata de lesión a intereses." (49)

El jurista italiano De Cupis es quien nos brinda una noción de daño moral con los lineamientos de esta segunda clasificación: "...el daño privado se definirá como patrimonial o no patrimonial, según tenga por objeto o el interés privado o un interés privado no patrimonial." (50) Schmerzensgeld tratadista alemán manifiesta que el daño moral no puede limitarse al ámbito de los sufrimientos físicos o morales, sino que debe ampliarse a bienes como la reputación pública y el prestigio. Zanoni es otro autor que dentro de los mismos términos define al daño moral como "...menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocados por el evento dañoso, es decir por el hecho o acto antijurídico." (51) El tratadista italiano Roberto de Ruggiero nos comenta que "es el daño que no produce directa o indirectamente una alteración patrimonial, sino que ocasiona perturbación injusta en el estado anímico de una persona (dolor moral), pasión de ánimo"; (52) al mismo respecto Elio Brugì nos dice que es un dolor sufrido injustamente.

Dentro de esta clasificación encontramos ya un avance en la doctrina, pero aún así consideramos que todavía falta por agregar elementos necesarios para conceptualizar la figura del daño moral.

"c) Noción que atiende a la naturaleza de los derechos lesionados. Se pretende "dar una noción de la índole de los derechos afectados, dejando de lado la mera referencia a lo no patrimonial." (53)

El primero en aportar este razonamiento fue el jurista Coviello nos indica que los bienes morales "tienen quizás un mayor valor para el bienestar y la felicidad del hombre." (54)

El jurista italiano Dalmartello precisa que el daño moral es la "privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos." (55)

(49) Mosses, Op. Cit., p. 86

(50) Ib.

(51) Ibid., p. 87

(52) Passera Op. Cit., p. 59

(53) Mosses, Op. Cit., p. 87

(54) Mosses, Op. Cit., Coviello, La l'articolo 185 del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile, en Riv. Civ., 1932, p. 316 y 55

(55) Ibid., p. 88

En el mismo sentido se manifiestan Trigo Represas y Brebbia, al mencionarnos el daño moral que se produce al ser violado alguno de los derechos inherentes a la personalidad.

La evolución que se ha ido dando en la definición del daño moral, ha ido en aumento; ahora ya se observa la intención que guarda la institución en cuestión, la de proteger por encima de todo los derechos de la personalidad, evitando así el sufrimiento de toda persona.

"d) Noción que atiende a los resultados o consecuencias de la acción antijurídica. Ese ha sido el pensamiento de Orgaz -el de atender a los resultados- que define el daño moral como el acto ilícito que hace sufrir a las personas molestándola en su seguridad personal o en el goce de sus bienes o hiriendo sus afecciones legítimas." (56)

Si bien es cierto que en esta definición se resalta la conducta antijurídica que en materia civil se refiere al hecho ilícito, para configurarse el daño moral y un nexo causal entre este hecho ilícito y la persona que es responsable del mismo; también al igual que en la anterior definición se hace mención de los derechos de la personalidad, pero aún faltan elementos que permitan a la víctima compensar su dolor.

En la doctrina mexicana la figura jurídica del daño moral, también es definida por uno de los máximos exponentes del derecho civil, tal es el caso del maestro Rojina Villegas quien dice que "es toda lesión sufrida por la víctima en sus valores espirituales: honor, honra, sentimientos y afecciones." (57)

El emérito profesor de la Facultad de Derecho de Ciudad Universitaria Ernesto Gutiérrez y González, nos confirma lo erróneo del falso criterio que sustenta la idea de que el daño moral está fuera del patrimonio, y que por lo tanto se causa cuando es lesionado un derecho extrapatrimonial.

Y por su parte el reconocido civilista mexicano Manuel Borja Soriano nos dice que "... es el perjuicio extrapatrimonial, no económico." (58) Desafortunadamente no concordamos con la definición de este tratadista, debido a que los bienes inmateriales no están fuera del patrimonio.

En virtud de tales acontecimientos nos atrevemos a proponer, sin olvidar el respeto y la admiración que sentimos por los expertos del derecho civil y de la institución jurídica del daño moral; la siguiente definición: **El daño moral se**

(56) Mosset, *Cit. Pos. Orgaz, El daño resarcible*, p. 90

(57) Rojina Villegas Rafael, *Derecho civil mexicano*, p. 32

(58) Borja Soriano Manuel, *Op. Cit.*, p. 371

deriva de un hecho ilícito o lícito (el cual incluso puede ser resultado del incumplimiento de una obligación contenida en un contrato o convenio) que lesiona los bienes jurídicos espirituales de toda persona, imposibles de repararse por ser invaluable en dinero, pero sí susceptibles de ser retribuidos pecuniariamente para compensar en algún modo el sufrimiento causado.

2.3 El concepto de daño moral en nuestro derecho positivo vigente (marco legislativo).

El daño moral como todas las figuras del derecho, tiene sus principios fundamentales en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, y en virtud de su supremacía las garantías individuales y espirituales del hombre son tuteladas con los artículos sexto y séptimo del citado ordenamiento, mismos que disponen:

"Artículo 6o. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado.

Artículo 7o. Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la

moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta que es instrumento del delito.

Las leyes orgánicas dictarán cuantas disposiciones sean necesarias para evitar que so pretexto de las denuncias por delitos de prensa, sean encarcelados los expendedores, "papeleros", operarios y demás empleados del establecimiento de donde haya salido el escrito denunciado, a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquellos."

Y por supuesto las leyes ordinarias contemplan los casos específicos de cada una de las figuras del derecho, tal es el caso del daño moral que se encuentra regulado en el código civil y en el código penal ambos para el Distrito Federal, específicamente en los siguientes artículos:

Dada la importancia de la mencionada institución para el presente trabajo de tesis, transcribiremos en forma textual la publicación que hiciera el Diario oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1982, en relación a las reformas legislativas que se efectuaron en los artículos 1916 y 2116.

así como una adición al artículo 1916, teniendo ahora en el capítulo V titulado "de las obligaciones que nacen de los actos ilícitos" un nuevo artículo, el 1916 bis.

"12-31-82 Decreto por el que se reforman los artículos 1916 y 2116 y adiciona un artículo 1916 bis al Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y par toda la República en Materia Federal. (1)

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.- Presidente de la República.

MIGUEL DE LA MADRID HURTADO Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes sabed;

Que el H. Congreso de la unión se ha servido dirigirme el siguiente:

DECRETO

"El Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, decreta.

SE REFORMAN LOS ARTICULOS 1916 Y 2116 Y ADICIONA UN ARTICULO 1916 BIS AL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL.

ARTICULO 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 sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

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

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los 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 afecto del dueño, el aumento que por estas causas se haga, se determinará conforme a lo dispuesto por el artículo 1916.

ARTICULO SEGUNDO.- Se adiciona con el artículo 1916 Bis. el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, en los siguientes términos:

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.

TRANSITORIO

ARTICULO UNICO.- Este Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

México, D.F., a 29 de diciembre de 1982.- Antonio Riva Palacio López, S.P.- Mariano Piña Olaya, D.P.- Armando Trasviña Taylor, S.S.- Hilda Anderson Nevarez de Rojas, D.S.- Rúbricas".

En cumplimiento de lo dispuesto por la fracción I del artículo 89 de la Constitución política de los estados Unidos Mexicanos y para su debida publicación y observancia, expido el presente Decreto en la residencia del Poder Ejecutivo Federal en la ciudad de México, Distrito Federal, a los treinta días del mes de diciembre de mil novecientos ochenta y dos .- "Año del

General Vicente Guerrero".- Miguel de la Madrid Hurtado.- Rúbrica.- El Secretario de Relaciones Exteriores, Bernardo Sepúlveda Amor.- Rúbrica.- El Secretario de la Defensa Nacional, Juan Arévalo Gardoqui.- Rúbrica.- El Secretario de Marina, Miguel Angel Gómez Ortega.- Rúbrica.- El Secretario de Programación y Presupuesto, Carlos Salinas de Gortari.- Rúbrica.- El Secretario de Patrimonio y Fomento Industrial, Francisco Labastida Ochoa.- Rúbrica.- El Secretario de Comercio, Héctor Hernández Cervantes.- Rúbrica.- El Secretario de Agricultura y Recursos Hidráulicos, Horacio García Aguilar.- Rúbrica.- El Secretario de Comunicaciones y Transportes, Rodolfo Félix Valdéz.- Rúbrica.- El Secretario de Asentamientos Humanos y Obras Públicas, Marcel Javelly Girard.- Rúbrica.- El Secretario de Educación Pública, Jesús Reyes Heróles.- Rúbrica.- El Secretario de Salubridad y Asistencia, Guillermo Soberón Acevedo.- Rúbrica.- El Secretario del Trabajo y Previsión Social, Arsenio Farrell Cubillas.- Rúbrica.- El Secretario de la Reforma Agraria, Luis Martínez Villicaña.- Rúbrica.- El Secretario de la Turismo, Arturo Enriquez Saviñac.- Rúbrica.- El Secretario de Pesca, Pedro Ojeda Paulada.- Rúbrica.- El Jefe del Departamento del Distrito Federal, Ramón Aguirre Velázquez.- Rúbrica.- El Secretario de Gobernación, Manuel Bartlett Díaz.- Rúbrica." (59)

La última reforma y adición que el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia federal ha tenido, se estableció en la trigésimo quinta reforma legislativa que el Congreso de la Unión a través de un decreto presidencial emitió el 10 de enero de 1994, publicado en el Diario Oficial de la Federación de la misma fecha y entrando en vigor el 10 de febrero de ese año; y cuyo texto actual de dicho artículo es el siguiente:

Artículo 1916.- Por daño moral se entiende la afectación de 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. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnera o menoscaba ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

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 servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo 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 ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los 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.

Obviamente tuvieron también que reformarse los artículos 1927 y 1928 de dicho código en la siguiente manera:
 Artículo 1927.- El Estado tiene obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que le están encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos, en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos.
 Artículo 1928.- El que paga los daños y perjuicios causados por sus sirvientes, empleados, funcionarios y operarios, puede repetir de ellos lo que hubiere pagado.

El fin de esta reforma legislativa se explica en la exposición de motivos que para tal efecto hizo el entonces Presidente de la República Mexicana Carlos Salinas de Gortari, argumentando que:

"... la sociedad mexicana se ha venido externando una preocupación que tiene que ver, de manera muy señalada, con la forma en que el Estado asume su responsabilidad patrimonial al dar respuesta a las violaciones a los Derechos Humanos en que incurran los servidores públicos. ... Por ello es imperativo que cuando un servidor público deliberadamente viola los derechos humanos, la persona afectada debe ser plenamente

resarcida de los daños y perjuicios sufridos ... buscar la solución más adecuada al problema de reparación del daño ... siempre habían resultado infructuosos los reclamos habidos, ya fuera por la falta del sustento normativo suficiente o por la penurias económicas estatales ... se propone establecer la responsabilidad solidaria directa del Estado por los daños y perjuicios derivados de los hechos y actos ilícitos dolosos de los servidores públicos. Esta responsabilidad continuará siendo subsidiaria en los demás casos, esto es, cuando la conducta ilícita del servidor público es culposa ... La responsabilidad directa del Estado, en los casos señalados, deriva de que este, por su organización, recursos, medios de programación y sistemas de vigilancia, así como por su responsabilidad en la selección, capacitación y control de personal, está en condiciones en todo momento de prever y corregir las actuaciones dolosas de los servidores públicos. ... En cuanto al daño moral ... el Estado es subsidiariamente responsable por el que se cause con motivo de la actuación ilícita de sus funcionarios, por lo que esta responsabilidad debe establecerse en forma directa en caso de dolo, como se propone respecto del daño material. Asimismo ... debe complementarse, para incluir la presunción del mismo, tratándose de violaciones intencionales a la libertad y la integridad física y psíquica de las personas. ... se propone que el artículo 1928 termine en el párrafo relativo a su primer punto y seguido, y que en el 1927 se hable de **servidores públicos**. ... Las reformas aquí propuestas serían letra muerta si, simultáneamente, no se realizaran las adecuaciones necesarias a la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, de manera que, una vez obtenida una resolución administrativa o jurisdiccional en la que se funde la obligación del Estado para reparar los daños y perjuicios causados a los particulares, se dispona de los recursos presupuestales para dar cumplimiento a tal resolución. Por tanto se propone incluir un renglón específico, dentro del gasto público federal, que se refiera a la responsabilidad patrimonial del Estado." (60)

Otro de los artículos del mismo ordenamiento que citan de manera explícita la figura en cuestión es el número 143, contenido en el título quinto del matrimonio, capítulo primero de los esponsales, mismo que a la letra dice:

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

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

(60) Cámara de Diputados, Exposición de Motivos a la XXXV Reforma del día 23 de noviembre de 1993, Año III No. 11, p.p. 873 y 874

También pagará el prometido que sin causa grave falte a su compromiso una indemnización a título de reparación moral, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras causas semejantes, el rompimiento de los esponsales cause un grave daño a la reputación de prometido inocente.

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

La legislación penal en vigor también ha regulado nuestra institución, y aunque de manera indirecta ya que para su exigibilidad se requiere la previa comisión de un delito, lo anterior se deriva del contenido de la fracción II del artículo 30 del código penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República Mexicana en materia federal, la cual a su vez se desprende del capítulo V denominado de la "sanción pecuniaria" como pena y medida de seguridad que corresponde al derecho público; es así como el artículo 29 del mismo ordenamiento jurídico nos indica que la sanción pecuniaria para el delincuente consiste en una multa y una reparación del daño, siendo la primera para el Estado y la segunda para el ofendido. (61) La reparación del daño, de acuerdo con el artículo 30 "... comprende: I.- La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma. II.- La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la reparación de la salud de la víctima; y III.- El resarcimiento de los perjuicios ocasionados."

Es importante observar que en este ordenamiento jurídico el legislador si diferenció los diversos conceptos que debe darnos la palabra reparación en su acepción jurídica, sobre todo por estar relacionada con los diferentes tipos de daño, y en este caso utilizó la palabra correcta para reparar el daño moral, a pesar de que gramaticalmente hablando nunca va a poder repararse porque nunca podremos literalmente hacerle un zurcido invisible a nuestros sufrimientos, sin embargo en forma ilusoria si podríamos hacerlo, pues al menos con la indemnización, y que a nuestro juicio es mejor usar el término retribución como ya lo explicaremos en el último capítulo, podremos aligerar en un poco nuestro dolor. Luego entonces encontramos que el legislador utilizó los términos idóneos para

(61) Cabe aclarar que de acuerdo con el artículo 35, se establece que si el monto de la sanción pecuniaria no alcanza a cubrir tanto la multa como la reparación del daño, se cubrirá de preferencia esta última, pero para el caso de haber varios ofendidos, se prorrateará entre ellos. Si la víctima renuncia a este derecho el dinero se le dará al Estado, y el monto que se depositó como caución se aplicará al ofendido como pago a la reparación del daño, cuando el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia; y si el ofendido renuncia será esta cantidad pecuniaria para el Estado.

restituir, indemnizar o resarcir el daño o perjuicio ocasionado; pero de aquí podríamos preguntarnos porque el legislador utilizó la palabra indemnizar para el daño material, la respuesta es sencilla porque puede ocurrir un daño irreparable en una obra de arte, la cual puede palparse y por lógica traducirse en un daño material para el dueño o autor de la misma, pero este daño será irrestituible, por lo tanto sólo se hará acreedor a una indemnización como compensación por el daño material causado, nosotros consideramos que también debe ser merecedor de una indemnización por el daño moral sufrido, puesto que pudo haber un afecto para este objeto único e inigualable, incluso en el derecho extranjero hay jurisprudencia al respecto.

Ahora comentaremos los artículos que en materia penal tienen relación con la forma de indemnizar el daño moral.

Así como en materia civil, tienen derecho a exigir la reparación del daño moral, de conformidad con el artículo 30 bis, en primer lugar el ofendido, y para el caso de que este haya fallecido, el cónyuge o el concubinario o concubina, y los hijos menores de edad; a falta de éstos los demás descendientes (nietos, bisnietos, etc.) y ascendientes que en el momento de su muerte hubieren dependido económicamente de él. Claro es que para que la acción de indemnización por daño moral sea transmitida a sus herederos, debió haberla ejercitado en vida la víctima.

En la responsabilidad penal la reparación del daño será fijada por el juez, de acuerdo con el daño que deba repararse y con las pruebas aportadas en el proceso o en la averiguación previa por el ofendido o sus derechohabientes, de conformidad con los artículos 31 y 34 del citado código.

Lamentablemente para algunos delitos "resulta imposible su cuantificación, como sucede en el delito de violación, porque no existen medios para probar el daño moral sufrido por la persona violada, por lo que generalmente el juez de la causa absuelve de tal reparación." (62) Creemos que en este comentario el autor trató de mostrarnos la dificultad de probar el daño moral pero un caso de violación difícil de probar sería el del esposo que viola a su cónyuge; porque en el caso de que una mujer haya sido violada por un extraño, de las mismas pruebas aportadas en el procedimiento se desprende que efectivamente se cometió el delito y por lo tanto existe una aficción psicológica y sufrimiento espiritual en casi un 99% de los casos; el verdadero problema es que la víctima ya no quiere recordar su tragedia y por lo tanto ya no ejercita la acción de reparación, tal vez por pudor o vergüenza a ser señalada por la sociedad, por tal circunstancia el juez nunca condena al

delincuente a pagar tal retribución económica; gravísimo error ya que el Ministerio Público debería ejercitar que el accionante la acción de "reparación", o de lo contrario se hará acreedor a la sanción establecida en el segundo párrafo del artículo 34 del código penal, referente a una multa de treinta a cuarenta días de salario mínimo.

Quando la reparación del daño sea exigible al delincuente lo hará el Ministerio Público conforme a lo establecido en el código de procedimientos penales y tendrá el carácter de pena pública; pero si la reparación se exige a un tercero, es decir a las personas mencionadas en el artículo 32 del ordenamiento jurídico que se indica (63), tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en vía incidental ante el juez o tribunal que conozca la acción penal, siempre que no haya declarado cerrada la instrucción, de conformidad con el capítulo VII del código de procedimientos penales para el Distrito Federal denominado incidente para resolver la reparación del daño exigible a terceras personas, mediante escrito que numere y exprese sucintamente los hechos que hubieren causado el daño, fijándose con precisión su cuantía, así como los conceptos jurídicos por los que proceda, a dicho escrito se anexarán los documentos necesarios para probar su acción y se dará vista al demandado en un término de tres días, transcurrido el cual y siempre que alguna de las partes lo pidiere, se abrirá a prueba el incidente por un término de quince días. Si pasado el término de pruebas o el demandado no comparece, el juez dentro de tres días oír a la otra parte en audiencia verbal para que expongan sus argumentos que funden sus derechos, en esa misma audiencia el juez declarará cerrado el incidente y lo resolverá al mismo tiempo que el proceso, pero si éste ya fue resuelto, se pronunciará sentencia que resuelva el incidente dentro de los ocho días posteriores al pronunciamiento de la sentencia. Sólo se continuará la tramitación del incidente hasta dictarse sentencia, en los casos previstos en las fracciones I y II del artículo 477. (64) Las notificaciones de este incidente se

(63) "Art. 32.- Están obligados a reparar el daño en los términos del artículo 29: I. Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad; II. Los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad; III. Los directores o intendidos o talleres, que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecuten éstos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquellos; IV. Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo en el desempeño de su servicio; V. Las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes directores, en los mismos términos en que conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan. Se exceptúa de esta regla a la sociedad conyugal, pues, en todo caso, cada cónyuge responderá con sus bienes propios por la reparación del daño que cause; y el Estado solidariamente por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones, y subsidiariamente cuando aquellos fueren culposos".

(64) "ARTÍCULO 477.- Se inicia el procedimiento, en averiguación de un delito, no se podrá suspender sino en los casos siguientes: I. Cuando el responsable se hubiere substraído a la acción de la justicia; II. Cuando, después de iniciado el procedimiento, se descubriere que el delito es de aquellos respecto de los cuales, conforme a los artículos 264 y 266 no se puede proceder sin que sean llenados determinados requisitos y éstos no se hubieren llenado, y..."

harán conforme a lo dispuesto por el código de procedimientos civiles, el fallo en este incidente será apelable en ambos efectos. Cuando la parte interesada no promoviere el presente incidente, después de fallado el proceso respectivo podrá exigir la reparación del daño, vía ordinaria civil. En materia federal el procedimiento incidental se hará de acuerdo con lo establecido en el capítulo VI intitulado reparación del daño exigible a persona distinta del inculpado: "ARTICULO 489. La acción para exigir la reparación del daño a personas distintas del inculpado, de acuerdo con el artículo 32 del Código Penal, debe ejercitarse por quien tenga derecho a ello ante el tribunal que conozca de lo penal; pero deberá intentarse y seguirse ante los tribunales del orden común, en el juicio que corresponda, cuando haya recaído sentencia irrevocable en el proceso, sin haberse intentado dicha acción, siempre que el que la intente fuere un particular. Esto último se observará también cuando, concluida la instrucción, no hubiere lugar al juicio penal por falta de acusación del Ministerio Público y se promueva posteriormente la acción civil.

Quando promovidas las dos acciones hubiere concluido el proceso sin que el incidente de reparación del daño este en estado de sentencia, continuará conociendo de él el tribunal ante quien se haya iniciado." (65) A falta de disposición expresa en lo relacionado a este capítulo se aplicará en forma supletoria lo dispuesto por el código federal de procedimientos penales; si el incidente llega a la etapa en que las partes deben argumentar, pero antes del cierre de la instrucción, el incidente se suspenderá hasta que se dicte la sentencia del proceso, la cual resolverá tanto el proceso como el incidente, produciéndose los alegatos en la audiencia del juicio penal. Únicamente se continuará con la tramitación del incidente hasta dictarse sentencia, en los casos previstos en las fracciones I y III del artículo 468. (66) Cabe mencionar que las providencias precautorias que intente el que exija la reparación del daño, se regirá por lo dispuesto en el código federal de procedimientos civiles.

Retomando el código adjetivo en materia penal, su artículos 36 al 39 nos señalan que cuando varios sean los delinquentes, la deuda por la reparación del daño será mancomunada y solidaria; una vez que la sentencia cause ejecutoria, se remitirá copia certificada a la autoridad fiscal y ésta dentro de tres días iniciará el procedimiento económico-activo, notificando a la persona en cuyo favor se haya decretado o a su representante legal; si no alcanza a pagarse la totalidad de la deuda con los bienes del responsable o con el producto de su trabajo en la prisión, (el cual regular y

(65) Código Federal de Procedimientos Penales, p. 149

(66) "ARTICULO 468. Iniciado el procedimiento judicial, no podrá suspenderse sino en los casos siguientes: I. Cuando el responsable se hubiere sustraido a la acción de la justicia; III. Cuando enriquezca el procesado, cualquiera que sea el estado del proceso;..."

actualmente es muy diminuto), el reo liberado seguirá sujeto a la obligación de pagar lo faltante; pudiendo pagar la deuda en plazos, e incluso garantizarla, el conjunto de dichos plazos no podrá exceder a un año, esta opción la determinará el juez de acuerdo con el monto del daño y las posibilidades económicas del deudor.

He aquí el marco jurídico vigente, que implícita o explícitamente rige la institución que hoy analizamos. A lo largo del reconocimiento que hicimos pudimos percatarnos que con algunas pequeñas modificaciones, a los artículos 1916 y 1916 bis el daño moral alcanzaría un punto óptimo, porque ellos son fuentes que dan vida propia al mismo, reformándolos nuestro tema jurídico tendría mejores perspectivas para ser exigible con mayor facilidad y por lo tanto con más frecuencia, pretendiendo solamente recordar que los derechos de la personalidad, subjetivos o espirituales del hombre aún y

siempre estarán vigentes; desde ahora quisiéramos anotarlas, pero para tal efecto hemos designado un espacio que nos permita analizar los citados artículos y enunciar nuestras propuestas.

Ahora bien, y como ya es de todos los conocedores del derecho sabido que no sólo la ley es fuente material de él, sino también la jurisprudencia, misma que como fuente obligatoria del derecho puede presentarnos los casos en que ha sido regulada la figura del daño moral.

2.4 Criterio que sustenta la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito.

Las decisiones de los tribunales convertidas en tesis jurisprudenciales con carácter obligatorio son utilizadas como fuente generadora del daño moral y de su correspondiente retribución, la cual como ya en párrafos anteriores hemos anotado sólo fungirá como compensación que aligere el dolor espiritual del hombre. Es así como con cinco ejecutorias en un mismo sentido e ininterrumpidas emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación funcionando en pleno y aprobadas por lo menos por catorce ministros, o bien emitidas por los Tribunales Colegiados de Circuito y aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que los integren. Al respecto encontramos las siguientes tesis jurisprudenciales ya sean interpretativas o integradoras de la ley; debemos subrayar que las mencionadas tesis competen a todas las ramas del derecho a excepción de la fiscal; por lo tanto avocándonos al derecho civil y de acuerdo con el título del texto que debemos explicar, haremos un bosquejo del criterio que en materia del

daño moral sustentan las correspondientes autoridades del Poder Judicial de la Federación.

Al conocer el criterio que sustenta la jurisprudencia observamos que en éste predomina la función interpretativa que hace la citada jurisprudencia acerca de la ley. Tal es el caso de las tesis que transcribimos en el siguiente punto.

2.4.1 Recopilación de tesis y selección de concordantes.

Empezaremos por transcribir las tesis que interpretan el artículo 1916, agregando algunas otras referentes a las personas jurídicamente colectivas que también sufren un daño moral en su reputación y fama frente al cliente o a otros empresarios; para luego terminar con las tesis que interpretan lo dispuesto en el ordenamiento penal.

Instancia: Tercera Sala
Fuente : Semanario Judicial de la federación
Epoca : 7A
Volumen : 217-228
Parte : Cuarta
Página : 98

RUBRO: DAÑO MORAL. SU REGULACION.

TEXTO: 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 como 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 moral, 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 afecciones y creencias de los individuos o contra su honor o reputación. (Exposición de motivos de la reforma legislativa).

PRECEDENTES

Amparo directo 833/86. G.A. y otra. 6 de abril de 1987.
Unanimidad de 4 votos. Ponente Jorge Olivera Toro.

NOTA:

Esta tesis también aparece en :

Informe de 1987, Tercera Sala, tesis 383, p g. 271.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente : Semanario Judicial de la federación
Epoca : 8A
Tomo : VI Segunda Parte-1
Página : 126

RUBRO: DAÑO MORAL. ES INDEPENDIENTE DE QUE SE HUBIERA DEMOSTRADO O NO QUE SE CAUSARON DAÑOS Y PERJUICIOS.
TEXTO: El texto del artículo 1916 del Código Civil es claro al establecer, en lo conducente, que: *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 extrac contractual. De lo que se sigue que no es necesario demostrar previamente que se causaron daños y perjuicios para que pueda ser procedente el concepto de daño moral.*

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

PRECEDENTES:

Amparo directo 2318/90. Francisco Aranda Ruíz. 30 de agosto de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Jesús Casarrubias Ortega.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente : Semanario Judicial de la federación
Epoca : 8A
Tomo : XI-Abril
Página : 237

RUBRO: DAÑO MORAL. SU PAGO ES INDEPENDIENTE DE QUE SE HUBIERE DEMOSTRADO O NO QUE SE CAUSARON DAÑOS Y PERJUICIOS.
TEXTO: El texto del artículo 1745 del Código civil para el Estado de México es claro al establecer, en lo conducente, que *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 pagar el responsable del hecho... De lo que se sigue que no es necesario demostrar previamente que se causaron daños y perjuicios para que pueda ser procedente el pago de daño moral.

TERCER TRIBUNAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

PRECEDENTES:

Amparo directo 590/92. Alicia Mendoza Almaráz viuda de Villa. 29 de octubre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretario: Francisco Javier Rebolledo Peña.

Daños y perjuicios. La acción para obtener su pago no tiene siempre carácter accesorio (legislación del Estado de Guanajuato) -- No es verdad que la acción para obtener el pago de daños y perjuicios debe ser siempre accesorio o subsidiaria. El artículo 362 del Código de Procedimientos Civiles establece: "Cuando hubiere condena de frutos, intereses, daños o perjuicios, se fijará su importe en cantidad líquida, o, por lo menos, se establecerán las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación, cuando no sean el objeto principal del juicio". De este precepto se deduce en efecto que hay casos, entre los que se encuentra la responsabilidad proveniente de una causa extracontractual, en que la acción tiene como objeto principal obtener esa indemnización.

Sexta Epoca, Cuarta Parte: Vol. XLVIII, Pág. 151. A.D. 5141/59.- Ignacio González Herrera.- 5 votos.

DAÑO MORAL. El artículo 1916 del Código Civil del Distrito Federal, está redactado con tal claridad, que hace innecesaria su interpretación. Se dice en él, que 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. Se ve de este texto, que el derecho de los familiares, al ser indemnizados a título de reparación moral, y según la apreciación judicial, no puede considerarse como realizado sino en caso de fallecimiento de la víctima.

Adela Noriega Vda. de Silva y Coags. Pág. 296, Tomo LXXXII, 4 de octubre de 1944. 5 votos.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente : Semanario Judicial de la federación
Epoca : 8A
Tomo : IX-Marzo
Página : 173

RUBRO: DAÑO MORAL. REQUISITOS NECESARIOS PARA QUE PROCEDA SU REPARACION.

TEXTO: De conformidad con el artículo 1916, y particularmente con el segundo párrafo del numeral 1918 (sic) bis, ambos del Código Civil vigente en el Distrito Federal, se requieren dos elementos para que se produzca la obligación de reparar el daño moral: El primero, consiste en que se demuestre que el daño que se ocasionó, y el otro, estriba en que dicho daño sea consecuencia de un hecho ilícito. La ausencia de cualquiera de estos elementos, impide que se genere la obligación relativa, pues ambos son indispensables para ello; así, aunque se acredite que se llevó a cabo alguna conducta ilícita, sino se demuestra que esta produjo daño, o bien, si se prueba que se ocasionó el daño, pero no que fue consecuencia de un hecho ilícito, en ambos casos, no se puede tener como generada la obligación resarcitoria. Por tanto, no es exacto que después de la reforma del 10. de enero de 1983, del artículo 1916, del Código Civil del Distrito Federal, se hubiese ampliado el concepto del daño moral también para los actos lícitos; por el contrario, al entrar en vigor el artículo 1916 bis, se precisaron con claridad los elementos que se requieren para que la acción de reparación de daño moral proceda.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

PRECEDENTES:

Amparo directo 4451/91. Magdalena Monroy Centeno. 11 de diciembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Ignacio Patlán Romero.

Amparo directo 2515/89. Construcciones Industriales Tek, S.A. de C.V. 13 de julio de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Manuel Isías Domínguez.

Octava Epoca, Tomo IV, Segunda Parte-1, Página 189.

Amparo directo 245/88. Jorge Alberto Cervera Suárez 18 de febrero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa. Secretario: Noé Adoni Martínez Berman.

Octava Epoca, Tomo I, Segunda Parte-1, página 230

PROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACION POR DAÑO MORAL. Si se demandan dos indemnizaciones, una a consecuencia de daños materiales y la otra como indemnización moral, es claro que legalmente puede considerarse probado el monto de la reparación material y la acción para ejercitarla, pero no la relativa a la reparación moral, que para su existencia requiere la demostración del hecho ilícito por parte del demandado, según disposición expresa del artículo 1916 del Código Civil vigente en el Distrito Federal.

Cia. Limitada del Ferrocarril Mexicano. Pág. 1953, Tomo LVIII. 15 de noviembre de 1938.

A este respecto consideramos oportuno comentar que existe una contradicción en los artículos 1916 y 1916 bis, puesto que por una parte el primer artículo nos brinda la posibilidad de reclamar la indemnización por daño moral originado por un hecho lícito (responsabilidad objetiva), mientras que por la otra el segundo artículo establece que sólo podrá haber daño moral si éste es causado por un hecho ilícito. Inclusive en el mismo artículo 1916 segundo párrafo, encontramos dicha contradicción. Nótese que sigue persistiendo el espíritu del legislador de 1928 al 27 de diciembre de 1982. Hablamos de hecho lícito o ilícito y no de acto ilícito como lo hace el código civil para el Distrito Federal vigente al momento de denominar el capítulo V del título primero de la primera parte del libro cuarto; por las razones que exponemos en el capítulo tercero del presente estudio.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente : Semanario Judicial de la federación
Epoca : 8A
Tomo : VII-Abril
Página : 169

RUBRO: DAÑO MORAL. FUNDAMENTACION DE SU CUANTIFICACION .
TEXTO: A diferencia de los daños y perjuicios de naturaleza material causado según las circunstancias a que se aluden en el artículo 1913 del Código Civil para el Distrito Federal, que deben repararse a elección de la víctima u ofendido restableciendo el estado de cosas que tenían antes de la causación del daño cuando ello sea posible o en el pago en dinero equivalente a los daños y perjuicios causados o bien, en la hipótesis de que el daño recaiga en las personas y produzca la muerte o incapacidad total o permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo que dispone la Ley Federal del Trabajo en su parte relativa, porque así lo dispone expresamente el segundo párrafo del artículo 1915 de dicho

ordenamiento sustantivo, la reparación del daño moral que define e instituye el primer párrafo del artículo 1916 del Código Civil citado, debe hacerse de acuerdo a las prevenciones contenidas en los diversos párrafos de dicho artículo y, específicamente, en lo que concierne al monto de la indemnización, de acuerdo a la disposición contenida en el cuarto párrafo de dicho artículo. La anterior determinación se fundamenta en la naturaleza inmaterial del daño moral que es diferente a los daños o perjuicios derivados de lo que la doctrina y la ley denominan responsabilidad objetiva. Por eso la ley estableció la procedencia de la indemnización pecuniaria tratándose de la causación de los daños morales, independientemente de las circunstancias de que se hayan causado o no daños materiales, es decir, instituyó la autonomía del daño moral a que se ha hecho referencia.

**TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.
PRECEDENTES:**

Amparo directo 6185/90. José Manuel González Gómez y otra. 28 de febrero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente José Rojas Aja. Secretario: Jesús Casarrubias Ortega.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente : Semanario Judicial de la federación
Epoca : 8ª
Tomo : XIV- Julio
Página : 527

RUBRO: DAÑO MORAL. FIJACION DEL.

TEXTO: De lo estipulado por el artículo 1916 del Código Civil del Distrito Federal aplicable en materia federal en toda la República se concluye que el monto de la reparación del daño moral debe ser fijado por el juzgador de instancia de manera potestativa, y sólo debe atender a los derechos lesionados, al grado de la responsabilidad, a la situación económica del responsable y de la víctima, así como de las demás circunstancias del caso.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO.

PRECEDENTES:

Amparo directo 126/89. José María Pérez Conca y rosa Barranco Martínez (sucesión de Sara Palma Barranco). 28 de noviembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Guillermo Baéz Pérez.

Instancia: Tribunales colegiados de Circuito
 Fuente : Semanario Judicial de la federación
 Epoca : 8A
 Tomo : XIII Enero
 Página : 197

RUBRO: DAÑO MORAL. ELEMENTOS PARA DETERMINAR EL MONTO DE LA INDEMNIZACION.

TEXTO: Conforme al artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, la indemnización debe determinarse por el Órgano jurisdiccional Comando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica tanto del responsable como de la víctima, y las demás circunstancias del caso. De modo que no es una limitante para el juzgador el salario devengado por la víctima del daño, ni puede tenerse como única base para determinar la indemnización.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

PRECEDENTES:

Amparo directo 391/91. Banco B.C.H., S.N.C. 28 de junio de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Villegas Vázquez. Secretario: Régulo Pola Jesús.

Daños y perjuicios monto de los.- Si el actor en la demanda inicial señala como importe de los daños y perjuicios hasta entonces causados, determinada cantidad, pero ante la negativa de ese monto por el demandado, expresada en la contestación de la demanda, aquél manifestó en el escrito de réplica que dejaba su valoración sobre el particular, al juicio de peritos, lo que significa una modificación de uno de los hechos de su demanda inicial, que no cambia el objeto principal del juicio y es por ende legalmente posible y permitida para dejar así fijada definitivamente la litis, al tenor de lo que dispone el artículo 267 del Código de Procedimientos Civiles; se ve que en tal situación no resulta aplicable el principio general de derecho, de que a nadie puede dársele más de lo que pide, en que se funda la autoridad responsable para no condenar al pago de daños y perjuicios por una cantidad mayor a la señalada en caso de ser imposible el restablecimiento de la situación anterior al daño causado, y que debió estudiar y valorar la prueba pericial rendida también para fijar la cantidad líquida, correspondiente, diciendo así consiguientemente uno de los puntos que fueron objeto del debate tal como definitivamente quedó planteado.

Sexta Epoca, Cuarta Parte: Vol. XLIV, Pág. 112. Queja 171/60.
Eugenio Arriaga Vélez.- 5 votos.

Si bien es cierto que el principio general del derecho fija que a nadie puede dársele más de lo que pide, (aplicado al tema que hoy nos concierne, opinamos que se debe a que la indemnización otorgada por el daño moral no puede ser causa de un enriquecimiento ilegítimo para la víctima, sin embargo en el caso de la anterior tesis observamos que si las partes se acogen al dictamen pericial correspondiente no operara dicho principio, además actualmente el juzgador debe fundamentar su criterio con ayuda de todas las pruebas habidas) la indemnización por el daño moral si puede ser mayor que la del daño material; tal y como lo dispone la siguiente tesis jurisprudencial:

Instancia: Tribunales colegiados de Circuito
Fuente : Semanario Judicial de la federación
Epoca : SA
Tomo : XIII-Marzo
Página : 339

**RUBRO: DAÑO MORAL. PRESUPUESTOS PARA DETERMINAR SU MONTO.
TRATANDOSE DE DERECHOS DE AUTOR.**

TEXTO: La autoridad a efecto de determinar el monto de la condena por concepto de reparación del daño moral, debe atender a lo dispuesto por el artículo 1916, cuarto párrafo del Código Civil para el Distrito Federal de aplicación supletoria a la Ley federal de Derechos de Autor, dispositivo legal que establece: "ART. 1916. -... 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." Ahora bien, si el legislador reformó el contenido del artículo 1916 del Código sustantivo citado, eliminando el porcentaje límite antes regulado en ese numeral para la reparación del daño moral, ello no implica la existencia de una laguna en la ley; sino más bien esto implica que el espíritu o la intención del legislador fue, que el juzgador conforme a los elementos que debía observar establecidos en el numeral mencionado, determinar discrecionalmente y conforme a su arbitrio el monto según el caso concreto al que debía ascender la reparación del daño moral eliminando con ello el límite de la condena antes regulado, lo que es justificable en razón de que atendiendo a cada caso específico puede ocurrir que el daño moral causado a una persona sea mayor al daño material.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

PRECEDENTES:

Amparo directo 671/93. Editorial Trillas, S.A. de C.V. 2 de diciembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente María del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretaria: María Concepción Alonso Flores.

Pero si la víctima ya fijó en su demanda una cantidad menor que la que corresponde al daño material, ya no podría obtener una cantidad mayor, debido al principio antes mencionado, salvo que en su réplica, posterior al momento en que se excepcionó el demandado, haya dicho que ofrecería un peritaje.

DAÑOS Y PERJUICIOS. CONDENA GENERICA.

Los artículos 85, 515 y 516 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, y los códigos procesales de los Estados de la República que tienen iguales disposiciones, permiten concluir que si el actor en un juicio que tiene por objeto principal el pago de daños y perjuicios, probó su existencia y su derecho a ser indemnizado, pero no rindió pruebas que permitan precisar su importe, ni establecer las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación, la condena al pago genérico de los mismos es procedente, reservándose la determinación de su cuantía para el procedimiento de ejecución de sentencia.

Sexta Epoca, Cuarta Parte:

Vol. XI, Pág. 80. A. D. 1214/55.- Miguel López Esnaurizar.- Unanimidad de 4 votos.

Vol. XXV, Pág. 118. A. D. 3428/58.- Virginia Guillén Román.- 5 votos.

Vol. XXIX, Pág. 54. A. D. 6953/57.- Sinfoniano Ocejo Río Guillén Román.- Unanimidad de 4 votos.

Vol. XXXIII, Pág. 140. A. D. 5279/59.- Gonzalo Téllez.- Unanimidad de 4 votos.

Vol. LX, Pág. 74. A. D. 2337/61.- Irma Muro de Luyando.- 5 votos.

INDEMNIZACION POR EL DAÑO MORAL. En las ejecutorias de amparo no se puede imponer a la autoridad responsable la obligación de acordar en favor de las víctimas de un hecho ilícito, una indemnización por el daño moral de que habla el artículo 1916 del Código Civil del Distrito Federal, ya que éste sólo concede al juzgador una mera facultad discrecional, para que aplique

alguna cantidad como indemnización compensatoria del daño moral.

Sigales Soledad y Coag. Pág. 5034, Tomo LXXVI. 17 de junio de 1953. 4 votos.

Instancia: Primera Sala
Fuente : Semanario Judicial de la federación
Epoca : 7A
Volumen : 115-120
Parte : Segunda
Página : 95

RUBRO: REPARACION DEL DAÑO MORAL A LA MADRE DE LA VICTIMA.
TEXTO: Si está acreditado el parentesco de la madre de la víctima a través del acta de nacimiento de ésta, debe atenderse el criterio de esta H. Sala, contenido en su Jurisprudencia 270, visible a fojas 589, del Apéndice 1917-1975, Segunda parte, que bajo el rubro: *Sólo puede condenarse al pago de la reparación del daño si en el proceso se comprueba debidamente la existencia del daño material o moral que causa el delito cometido.* En consecuencia es procedente cubrir el daño moral causado a la madre de la víctima, partiendo de la idea de que dicho daño lo constituye el sufrimiento y el dolor de perder a su hijo, que debe ser reparado en la medida que lo estime el juzgador de instancia, tomando en cuenta lo que sobre el particular disponen los artículos 29, 31 y relativos del Código Penal y 1916 y 30. del Código Civil, ambos del Distrito Federal.

PRECEDENTES:

Amparo directo 5126/76. Hernán del Valle Escamilla y Rosa Mancillas. 8 de noviembre de 1978. Mayoría de 4 votos. Ponente Mario G. Rebollo F. Secretario: Edmundo Alfaro M. Disidente: Manuel Rivera Silva.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente : Semanario Judicial de la federación
Epoca : 8A
Tomo : VI Segunda Parte-2
Página : 503

RUBRO: DAÑO MORAL. COMPETENCIA PARA LA DEMANDA INTERPUESTA CONTRA FUNCIONARIOS ESTATALES. (LEGISLACION DEL ESTADO DE MEXICO).

TEXTO: Cuando las prestaciones reclamadas por el actor, no las hace derivar de la relación laboral, sino del hecho de haber estado privado de su libertad a virtud del ejercicio de la acción penal efectuado en su contra por la demandada, esto es, no se demanda el pago de prestaciones de naturaleza laboral, sino de unas vinculadas con el hecho de que se haya ejercitado acción penal en su contra, sin ser responsable de un delito y a causa de ello, dejó de percibir su salario por el tiempo de su detención, tuvo que contratar los servicios de un abogado y fue objeto de descrédito lo cual le causó un daño moral y fundó la acción en la responsabilidad civil de los funcionarios del Estado, prevista en el artículo 1757 del Código Civil que dispone: El Estado tiene obligación de responder de los daños causados por los funcionarios en el ejercicio de las funciones que les están encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria y sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado, cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado, es competente el Poder Judicial del Estado de México, para conocer de este negocio, conforme a lo dispuesto en el artículo 2o. de la Ley Orgánica de esta institución que dispone: Corresponde a los Tribunales de Justicia del Estado en los términos de la constitución Política Local, la facultad de aplicar leyes en asuntos civiles y penales del fuero común, lo mismo que en los asuntos del orden federal, en los casos en que expresamente los ordenamientos legales de esta materia les confieran jurisdicción.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

PRECEDENTES:

Amparo en revisión 19/90. Irineo Díaz Terrón. 19 de abril de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Vega Sánchez. Secretario: José Luis Flores González.

Instancia: Tercera Sala
Fuente : Semanario Judicial de la federación
Epoca : 7A
Volumen : 217-228
Parte : Cuarta
Página : 97

RUBRO: DAÑO MORAL, CASO EN QUE SE CAUSA.

TEXTO: 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.

PRECEDENTES:

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.

NOTA:

Esta tesis también aparece en :

Informe de 1987, Tercera Sala. tesis 380, p. g. 270.

Instancia: Tercera Sala
Fuente : Semanario Judicial de la federación
Epoca : 7A
Volumen : 217-228
Parte : Cuarta
Página : 116

RUBRO: IRRETROACTIVIDAD DEL ARTICULO 1916 DEL CODIGO CIVIL SI LA EXHIBICION DE UNA PELICULA CON LA QUE SE CAUSA DAÑO MORAL, SE HACE DESPUES DE QUE INICIO SU VIGENCIA.

TEXTO: No se aplica en forma retroactiva el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal que regula el daño moral y su reparación económica, cuando si bien el contrato antecedente de una película se firma con anterioridad a la fecha en que entró en vigor y la filmación ubica los hechos de una época también anterior, la película que ocasiona también el daño moral cuya reparación económica y demanda, es autorizada para ser exhibida y la exhibición se realiza cuando ya estaba vigente el precepto, o sea con posterioridad al 1o. de enero de 1983 (Diario Oficial de 31 de diciembre de 1982) toda vez que es con la exhibición de la cinta cinematográfica con la que se causa el daño moral, concretando la lesión al bien jurídico tutelado y al honor.

PRECEDENTES:

Amparo directo 8339/86. G.A. y otra. 6 de abril de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro.

NOTA:

Esta tesis también aparece en :

Informe de 1987, Tercera Sala, tesis 425, p g. 297 (apareció con el RUBRO: "RETROACTIVIDAD DEL ARTICULO 1916 DEL CODIGO CIVIL. NO SE DA SI LA EXHIBICION DE UNA PELICULA CON LA QUE SE CAUSA DAÑO MORAL SE HACE DESPUES DE QUE INICIO SU VIGENCIA.")

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 afectaciones 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 6 de abril de 1987. Unanidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Hilda Martínez González. Ausente: Ernesto Díaz Infante.

DAÑO MORAL: EL QUE UNA PERSONA HAYA SIDO CONDENADA PENALMENTE NO PUEDE DAR LUGAR A CONSIDERAR QUE CAREZCA DE BUENA REPUTACION. Para el efecto de determinar si se causa daño moral, a una persona al distorsionar 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 Art. 22 constitucional, en la parte relativa a la prohibición de penas trascendentales y sería tanto como aseverar que alguien que recibió una sentencia, continuara compurgándola, quedando estigmatizada por el resto de su vida y perdiendo todos sus derechos.

Amparo directo 8339/86. G.A. y otros 6 de abril de 1987. Unanidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Hilda Martínez González. Ausente: Ernesto Díaz Infante.

LA DENUNCIA DE HECHOS, ANTE LAS AUTORIDADES CORRESPONDIENTES, QUE PUDIERAN CONSTITUIR UN DELITO NO IMPLICA LA CAUSACION DEL DAÑO MORAL, POR LA AUSENCIA DEL NEXO CAUSAL. No puede estimarse ilícita la conducta de una empresa denunciante de probables

hechos delictivos al señalar como posible autor de estos a un empleado, pues ello sólo implica la aportación de datos para determinar su presunta responsabilidad, lo que constituye el ejercicio de acudir a las autoridades correspondientes para la defensa de su patrimonio, no pudiendo, por ende, constituir esa conducta un hecho ilícito en términos del artículo 1910 del Código Civil; de suerte que si las autoridades consideran que hay elementos para decretar la orden de aprehensión y formal prisión del presunto responsable, tal actitud ya no es imputable a la denunciante de los hechos y, por consiguiente, no debe responder el supuesto daño moral que se diga del causado, por la circunstancia de que se hubiere revocado el auto de formal prisión.

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer circuito (TC013297 Civ). Amparo directo 2318/90. Francisco Javier Aranda Ruiz. 30 de agosto de 1990. Unanidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Jesús Casarrubias Ortega.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS MORALES. Las personas morales aunque materialmente no pueden intervenir en el manejo de mecanismos peligrosos, responden, no obstante, por el sólo hecho de utilizarlos, creando el riesgo consiguiente para los terceros. De otro modo, se arrojaría la responsabilidad que el uso de tales mecanismos implica a un simple dependiente que, en ejecución de su trabajo, cumple las instrucciones recibidas al poner en actividad las máquinas, cuyo rendimiento en cuanto a beneficios o lucro, es en favor de la persona moral que las utiliza. Por tanto la compañía de Tranvías de México; persona moral que utiliza mecanismos peligrosos, como son sus propios tranvías, es responsable como causante del daño que se origina por el sólo uso de tales mecanismos, sin que pueda aceptarse la tesis de que su responsabilidad sólo deriva, en los casos del artículo 1924 del Código Civil del Distrito Federal, de su carácter de patrón, y no de causante del daño, pues tal tesis es contraria al espíritu y a la letra del artículo 1913, conforme al artículo 1924, se presume que los patrones y los dueños de establecimientos mercantiles incurrerán, bien sea en una culpa in vigilando o en una culpa por mala elección, denominada in eligendo, cuando sus empleados u operarios causan daños en ejecución de los trabajos que les encomiendan, es decir se parte de la base de que el patrón, o bien ha hecho una mala elección al contratar a un trabajador imprudente o torpe o bien, no mantiene la vigilancia y disciplina, necesarias en la ejecución de sus trabajos, motivos por los cuales debe responder por tales culpas. En consecuencia comprobado el hecho ilícito imputable a un motorista, en la colisión del tranvía con otro vehículo, se infiere también la culpabilidad de la Compañía de Tranvías, en los términos del artículo 1924 del Código Civil invocado, y debe estimarse fundada la aplicación que la autoridad responsable haya hecho del artículo 1916 del

mismo ordenamiento, para condenar a la empresa al pago de una reparación por daño moral.

Quinta Epoca Tomo LXXXVII, Pág. 275. Compañía de Tranvías de México, S.A. Tesis relacionada con Jurisprudencia 261/85.

DAÑO EN EL CREDITO DE LOS COMERCIANTES. El crédito de un comerciante constituye un bien social de alta estima, y cuando lo lesionan, constituye un daño que puede llamarse moral, porque el crédito es inmaterial, fatalmente repercute en su situación económica y produce, como lógica consecuencia, daños patrimoniales, que pueden resarcirse pecuniariamente.

Quinta Epoca: Tomo XXXV, Pág. 1005. Hnos: M. Cantú Treviño. Tesis relacionada con Jurisprudencia 206/85.

QUIEBRA EL SOLICITANTE DE LA QUIEBRA QUE SE REVOCABA DEBE REPARAR EL DAÑO MORAL CAUSADO. (INTERPRETACION DE LOS ARTICULOS 24 Y 25 DE LA LEY DE QUIEBRAS Y SUSPENSIÓN DE PAGOS, EN RELACION AL ARTICULO 1849 DEL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE VERACRUZ). Al revocarse la quiebra de un comerciante según los artículos 24 y 25 de la ley de la materia, si el solicitante de la misma procede con malicia, con injusticia notoria y negligencia grave está obligado a indemnizar de los daños y perjuicios que se hayan causado al fallido, con motivo de la sentencia declaratoria del concurso. Entre los daños que se irrogan al comerciante figuran en forma preponderante los de carácter moral, como son los del desprestigio ante los profesionales del comercio y en el mundo de los negocios, así como en la sociedad en general, la privación de su legitimación activa y pasiva para comparecer en juicio y por privarse de la posesión y de la administración de sus bienes. En consecuencia, es supletoriamente aplicable a la Ley de Quiebras la regla que consigna el artículo 1849 del Código civil del Estado de Veracruz, según la cual 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 1861.

Amparo directo 8271/65. General Electric, S.A. de C.V. 17 de agosto de 1966. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa.

Sostiene la misma tesis.

Amparo directo 6343/65. David Barsimantov y otras. 17 de agosto de 1966. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa. Vol. LXXXI, Cuarta parte, Pág. 157.

Responsabilidad Civil.- Puede exigirse al acusado, ya sea que en el proceso criminal se le absuelva o se le condene; por tanto, no se afectan los intereses de carácter civil del acusador o denunciante, porque se declare que no hay delito que perseguir. *T.XVIII.- Mexican Petroleum Co.- Pág. 696.*

Reparación del daño.- El Código penal vigente en el Distrito Federal, fija una regla general sobre lo que es la reparación del daño, comprendiendo la restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuere posible, el pago del precio de la misma; regla que debe observarse sin necesidad de que el legislador se haya impuesto la tarea innecesaria de enumerar, en cada uno de los delitos, la sanción que por concepto de reparación del daño, debe imponerse; pues evidente que esa sanción surge en cada caso en que, con motivo de una infracción a la ley substantiva, se ataca el patrimonio material o moral de la víctima; de suerte que la reparación del daño tiene la amplitud del mismo daño, debiendo determinarse, en cada caso, por los medios probatorios que la ley procesal establece. En consecuencia, aún cuando el Código Penal no consigna la imposición de la reparación del daño, refiriéndose expresamente al delito de robo, si de las pruebas rendidas se obtiene la magnitud del daño en su cantidad, la condenación que se haga ordenando su pago, no es violatoria de garantías. *Tomo XLVII.- Hernández Arrieta Rómulo.- Pág. 929.*

Reparación del daño.- La reparación del daño debe contraerse exclusivamente a reparar los daños causados y no ser una fuente de utilidad o de ingresos para el ofendido; por tanto, si los peritos estiman el daño en determinada cantidad, y el ofendido manifiesta que monta a una cantidad menor, debe tomarse como base esta última suma, para hacer la condena respectiva. *T.XLVII Arellano Medina Salvador.- Pág. 2358.*

Reparación del daño.- Si conforme a la ley local respectiva, la reparación del daño que debe ser hecha por el delincuente, tiene el carácter de pena pública, el tribunal de segunda instancia está obligado a resolver en la apelación interpuesta por el acusado, contra la sentencia de primera instancia, si aquél debe ser absuelto o condenado, por lo que hace a la reparación del daño, y no aplazar la resolución de esa acción y dejar a salvo los derechos del ofendido para que los ejercite

en la vía y forma que corresponda. T. LIII.- Castillo Macario.- Pág. 2168.

Reparación del daño.- Esta reparación comprende la indemnización de los daños materiales y moral causados a la víctima de un delito y a su familia, fijándose su monto de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso y atendiendo a la capacidad económica del obligado a pagarlo; pero es indudable que tal reparación no sea más que una consecuencia jurídica del delito y es necesario que se acredite la existencia de la causa, para que pueda surtir su efecto, porque no puede concebirse que existe lo accesorio sin lo principal. La facultad de declarar si un hecho es o no delito, corresponde a las autoridades judiciales del orden penal, de modo que si la autoridad competente pronuncia resolución en una averiguación penal, declarando que no existe delito que perseguir y esa resolución causa ejecutoria, surte efectos de cosa juzgada en el incidente de reparación del daño que se hubiere promovido con relación a tal delito, y por tanto, si se demanda al patrono del chofer que causó daños con el vehículo y en la averiguación penal se declara que no se comprobaron los elementos constitutivos del delito de daño en propiedad ajena, el citado patrono debe ser absuelto, y la sentencia condenatoria que se dicta en tales condiciones de garantías. T. LV.- Franco Armendáriz Carlos.- Pág. 284.

Reparación del daño.- No puede condenarse a ésta a un individuo, si no se prueba plenamente en el proceso que se le sigue que existe el daño material y moral que causó con el delito cometido. T. LXVI.- Ponce Rodríguez Donaciano.- Pág. 159.

Esta recopilación de tesis nos permite concluir que si a la ley le faltaran fundamentos sólidos que le impidieran sostener la existencia del daño moral así como su correspondiente retribución económica, la jurisprudencia salva los infortunios de aquella persona que pudiera frente a los ojos de la ley quedar desprotegida.

CAPITULO TERCERO

EL DAÑO MORAL DENTRO DE LA TEORIA JURIDICA DE LOS HECHOS Y ACTOS

3.1 Nociones preliminares.

Del marco jurídico legislativo vigente en materia civil, se desprende que todo aquél que obre lícita o ilícitamente incurrirá en responsabilidad civil u objetiva, ya sea que se origine contractual o extracontractualmente, teniendo por obligación reparar los daños y perjuicios causados, o en su caso indemnizar a la víctima cuando el daño sea irreparable, tal es el caso del daño moral; figura jurídica que de sus correspondientes disposiciones legales se observa que guarda íntima relación con las instituciones de derecho mencionadas, por ello es importante conocerlas y saber cual es el desempeño del daño moral dentro de las mismas.

3.1.1 Concepto de hecho y acto.

El daño o perjuicio ocasionado a una persona en el ámbito del derecho civil, sólo es consecuencia de un hecho, ya sea ilícito o lícito, aún cuando el código civil para el Distrito Federal indique ilícito e incluso contradictoriamente el capítulo se denomine "de las obligaciones que nacen de los actos ilícitos" (aunque para algunos otros estados de la República Mexicana como es el caso de Puebla lo llama de los Hechos Jurídicos), para ello será necesario definirlos y clasificarlos, mucho más para el daño moral.

En forma genérica y simple entenderemos por hecho, cualquier acontecimiento o suceso del hombre o de la naturaleza y para la materia en cuestión, también será un acontecimiento del hombre o de la naturaleza que produce consecuencias jurídicas; además de ser una fuente de obligaciones.

Para los diversos autores de la doctrina internacional, como Savigny principal exponente de la noción del hecho jurídico "es todo acontecimiento natural o del hombre, capaz de producir efectos jurídicos (crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas)" (67); por su parte Salvador Pulgiati, en su obra Introducción al Estudio del Derecho Civil, dice que "se designan como hechos jurídicos, todos los hechos naturales o humanos que producen consecuencias jurídicas." (68)

(67) Galindo Garfias Ignacio, *Derecho civil*, p. 206(68) Pallares, *Cit. Pos.*, Salvador Pulgiati, *Introducción al estudio del derecho civil*, p. 218

De la anterior definición se observan dos elementos, material, formado por el hecho ya sea natural o humano, y el formal, constituido por el ordenamiento jurídico que enmarcará las diversas consecuencias jurídicas producidas por el hecho (natural o humano).

El hecho natural debe entenderse como tal, aún cuando se relacione con el hombre, ya que la realización del hecho no depende de la actividad directa de éste, como es el caso de su nacimiento o muerte.

Chiovenda señala que "son los hechos de los cuales deriva la existencia, la modificación o la extinción de una voluntad concreta de la ley" (69); es decir todos los supuestos enmarcados en la ley y de cuya realización se produzca un hecho que crea, modifique o extinga consecuencias jurídicas.

Y para Guasp, "es cualquier suceso o acaecimiento en virtud del cual se crea, se modifica o se extingue una relación jurídica." (70)

Sin lugar a dudas, a pesar de que Chiovenda es muy general en su definición, todos los autores internacionales coinciden en que el hecho jurídico es todo advenimiento humano o natural, involuntario o voluntario, capaz de generar consecuencias de derecho, previamente contenidas en la ley.

Debido a las diversas teorías que los doctrinarios han expuesto en el Derecho, se han observado diversas definiciones y clasificaciones; no sólo del acto sino también del hecho, como ya lo indicamos en el punto anterior.

Sin embargo, no puede dejar de aceptarse, incluso para la mayoría de los juristas expositores de esta materia, que están de acuerdo en que la principal diferencia entre un hecho y un acto jurídico, y diríamos que no solamente en el ámbito jurídico (en sentido estricto, específicamente para la teoría francesa); sino también en la vida del lenguaje castellano, es la intervención del ser humano en el acto, mientras que en el hecho hay una manifestación de la naturaleza. Por su parte las doctrinas también coinciden en llamar a los hechos jurídicos voluntarios, actos jurídicos.

De ahí que el acto jurídico para Enneccerus, sea "... la realización querida o al menos previsible de un resultado exterior..." (71); y para Von Tuhr "... es la conducta externa, consciente y voluntaria." (72) Para ambos autores el acto

(69) Ib

(70) Ib

(71) Valencia, *Cit. Pos.* Enneccerus, *Derecho Civil*, volumen 11-1 p. 117

(72) Ib

siempre será una conducta voluntaria, de tal suerte que si la voluntad es conforme a derecho, los actos jurídicos serán lícitos; pero si es contraria a las leyes, el acto jurídico será ilícito.

Como ejemplo de los actos jurídicos lícitos, encontramos las declaraciones de voluntad o negocios jurídicos. Cabe mencionar que a diferencia de la doctrina española, la doctrina francesa emplea la expresión de acto jurídico para designar sólo las declaraciones de voluntad o negocios, por su parte el código civil colombiano utiliza el término de acto y negocio jurídico en forma equivalente; mientras que las doctrinas alemana, suiza e italiana emplean la denominación de negocio jurídico y nuestra legislación mexicana no podía quedarse atrás, pues en el estado de Quintana Roo se utilizan ambas figuras además del ya mencionado hecho jurídico. La diferencia entre la declaración de voluntad y un acto de derecho, nos señala Arturo Valencia Zea, escriba en que a la primera el efecto lo determina directamente la voluntad y en el acto jurídico lícito el efecto lo determina la ley. Y como ejemplo de actos jurídicos ilícitos, tenemos a los delitos, cuasidelitos o culpas.

De acuerdo con lo mencionado, las doctrinas hacen que nos enfrentemos a diferentes clasificaciones del acto jurídico y consecuentemente a una variedad de distinciones entre hecho y acto jurídico; tal es el caso de la francesa, al postular que la diferencia entre uno y otro está en la voluntad, y añadiendo diríamos que también en la intención; ya que en el caso del hecho jurídico que efectúa el hombre voluntariamente (claro está que nos referimos al hecho jurídico en sentido estricto y dentro de la doctrina francesa), éste nunca pretende alcanzar, ni mucho menos acatar o enfrentar las consecuencias previstas en la norma jurídica, lógicamente los efectos jurídicos se producirán por disposición de la ley; mientras que en el acto jurídico siempre se realizarán con el ánimo de crear consecuencias de derecho. Por lo tanto su clasificación será la siguiente:

A) HECHOS JURIDICOS

a) Hechos:

- 1.- De la naturaleza.
- 2.- Jurídicos ejemplo delitos, cuasidelitos y cuasicontratos.

b) Actos (negocios):

- 1.- Bilaterales ejemplo contratos y convenios.
- 2.- Unilaterales

El máximo exponente de la teoría francesa es el civilista Bonnetcase y para él, el acto jurídico "es una manifestación exterior de voluntad bilateral o unilateral, cuya función directa es engendrar, fundándose en una regla de derecho, en contra o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir una situación jurídica permanente, o al contrario de efecto limitado que conduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho." (73) En el primer caso podríamos estar frente a un contrato aleatorio o comutativo, en el segundo encontramos al matrimonio y en el tercero frente al comodato que únicamente limita al comodatario al uso.

Otra de las doctrinas que expone su concepto y clasificación de diferente manera es la italiana, al señalar que un hecho jurídico es un acontecimiento de la naturaleza y el acto jurídico es un suceso en el que interviene la conducta humana para crearlo. Y éste se clasifica en:

a) **Actos simplemente voluntarios:** Son aquellos en los que las consecuencias jurídicas se producen por la actividad que el hombre desarrolla.

b) **Actos de voluntad:** En estos actos la voluntad del sujeto determina la creación de consecuencias jurídicas.

c) **Negocios jurídicos:** La rotunda declaración de la voluntad del hombre busca con toda sapiencia la producción de las consecuencias jurídicas y la protección que da el derecho a su interés jurídico.

Uno de los autores de esta doctrina es Carnelutti, para él los hechos jurídicos en sentido general y dentro del derecho civil se definen y se clasifican de la siguiente manera:

A. HECHOS JURIDICOS

a) **Naturales o causales:** Fenómenos de la naturaleza.

b) **Humanos o voluntarios:** También son conocidos como actos jurídicos (en sentido amplio) por ser acontecimientos voluntarios que producen consecuencias de derecho; éstos a su vez se dividen en tres grandes grupos, atendiendo a las relaciones entre el fin práctico y las consecuencias de derecho.

1.- De indiferencia:

En este grupo el fin práctico y la consecuencia de derecho no coinciden ni se oponen entre sí, por lo tanto el acto es lícito, tal es el caso de un inventor, al observar que el fin que persigue no se contrapone ni coincide con su derecho de invención.

2.- De coincidencia:

Estamos frente a un acto jurídico en sentido

(73) Galindo, Op. Cit., p. 211

estricto, puesto que el fin coincide con la consecuencia de derecho, el ejemplo más palpable es la compraventa en la cual: el fin es adquirir un bien y la consecuencia es la transmisión de la propiedad.

3.- De oposición:

Habrán un acto jurídico ilícito, ya que el fin y la consecuencia de derecho son opuestos. Ejemplo, el delito.

En sentido estricto, los actos jurídicos son aquellos que se realizan con el objeto de producir determinadas consecuencias de derecho, y se clasifican de la siguiente forma:

- 1.- Proveídos de las autoridades: Representan el ejercicio de un poder.
- 2.- Actos obligatorios: Representan el cumplimiento de una obligación.
- 3.- Negocios jurídicos: Representan el ejercicio de un derecho subjetivo.
- 4.- Acto ilícito: Representa la violación de una obligación, además de ser un acto contrario a derecho.
- 5.- Actos jurídicos simples y complejos: Los primeros se constituyen por un sólo acto; y los segundos se componen de varios actos.
- 6.- Actos jurídicos unipersonales y pluripersonales o también llamados concursales: Se subdividen en unilaterales y bilaterales; en los primeros la voluntad no esta contrapuesta, ya que el fin que persiguen es el mismo; mientras que en los bilaterales la voluntad de las partes es opuesta.

Cabe aclarar que la voluntad de las partes no se considera personal, es decir de acuerdo con el número de personas que integran una parte en un acto jurídico, sino que se conformará con el fin práctico general de cada una de dichas partes; como sería en el caso de la venta de un bien sujeto a régimen de copropiedad, en el cual aún cuando intervengan diez personas con su propia voluntad, deberá entenderse como una sola, puesto que todas buscan el mismo fin.

Dentro de la doctrina mexicana Galindo Garfias nos dice que "en los actos jurídicos interviene la voluntad del hombre dirigida expresa y deliberadamente a producir los efectos previstos en la norma jurídica." (74)

A pesar de que diversos juristas han dicho que la voluntad del hombre siempre va en búsqueda de consecuencias jurídicas, algunos otros opinan que cuando ignora las consecuencias, lógicamente es que no las quiere ni mucho menos las desea; refutando tal posición nos atrevemos a decir que aún

cuando el hombre no es un experto en materia jurídica, si cuenta con los elementos básicos del derecho natural, como el caso del delincuente que no desconoce totalmente dichas consecuencias; por lo que la única excepción de la cual podríamos hablar, es la del hombre que actúa careciendo de capacidad de goce y de ejercicio, y en tal supuesto nos estamos refiriendo a un hecho jurídico en sentido estricto (en concordancia con la doctrina francesa), en el que la persona no sabe si querer o no tales consecuencias, porque ni siquiera sabe que existan.

Finalmente es conveniente dar una definición del acto jurídico en materia de obligaciones, tal como lo indica Borja Soriano, al decirnos que "es una manifestación exterior de voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar, o extinguir una obligación o un derecho y que produce el efecto deseado por su autor, porque el derecho sanciona esa voluntad." (75)

Los actos jurídicos pueden ser fuente de obligaciones entre otros, encontramos los siguientes:

- 1.- **Actos jurídicos públicos:** En los cuales interviene únicamente un órgano del Estado, en estos encontramos la ley, la sentencia (el embargo, el remate y la adjudicación judicial), y la resolución administrativa (las concesiones, los contratos administrativos y la expropiación).
- 2.- **Actos particulares:** En estos sólo intervienen los particulares, ejemplo los contratos, testamentos y actos jurídicos unilaterales.

Una vez conocidos en forma separada el hecho y el acto jurídico, así como sus diversas clasificaciones comentaremos que procedimos a hacer este desglose porque a nuestro parecer la diferencia entre un hecho y un acto es el querer o no las consecuencias jurídicas, en ésta última situación se ubica el hecho, mientras que en el acto jurídico por ende el hombre si acepta y quiere las consecuencias de derecho, además de que éste requiere de los elementos de existencia y validez para alcanzar su eficacia; sin embargo también es cierto que para la doctrina francesa, misma que nuestro derecho civil mexicano proyecta a través de la legislación federal y en la gran mayoría local, la diferencia entre el hecho jurídico en sentido estricto y el acto jurídico en sentido amplio, se funda en el desear y el querer, por parte del hombre, las consecuencias jurídicas que se producen cuando éstos se efectúan, es así como se ha determinado que en el acto jurídico el sujeto voluntariamente busca las consecuencias, por lo tanto las quiere, las acepta y debe enfrentarlas asumiendo su responsabilidad; mientras que en el hecho jurídico, aunque

(75) Borja, *Op. Cit.*, p. 84

también busca voluntariamente los efectos de derecho, puesto que no los ignora, en el momento de enfrentarse a ellos, ya no los quiere porque con seguridad se convertirá en deudor de una obligación de dar, hacer o no hacer.

En tal efecto para la teoría francesa el:

HECHO JURIDICO EN SENTIDO AMPLIO

"Es toda conducta humana o ciertos fenómenos de la naturaleza, que el Derecho considera para atribuirles consecuencias jurídicas". (76)

Clasificándose en:

A) ACTO JURIDICO: Entendiéndose como "la manifestación exterior de voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho, y que produce el efecto deseado por su autor, porque el derecho sanciona esa voluntad." (77)

Del concepto propuesto por Julián Bonnecase se desprende que el acto jurídico tiene dos elementos: Uno es la voluntad personal y otro el derecho objetivo, ambos deben existir, porque si falta la voluntad no se produce ningún efecto jurídico con la sola existencia del derecho objetivo y a la inversa si llegara a faltar éste, con la sola voluntad no se producirán los efectos jurídicos, ya que sin el derecho objetivo no estarían regulados.

El acto jurídico se subclasifica en:

a) **Unilateral:** Para su creación se requiere de la intervención de una sola voluntad, o varias pero concurrentes a un mismo fin. Ejemplo el testamento, la declaración unilateral de la voluntad o la remisión de la deuda.

b) **Plurilateral:** Consta de dos o más voluntades que buscan efectos de derecho opuestas entre sí. Ejemplo el convenio, el cual a su vez se divide en un contrato y un convenio en estricto sentido.

B) HECHO JURIDICO EN ESTRICTO SENTIDO: "Es una manifestación de voluntad que genera efectos de Derecho independientemente de la intención del autor de la voluntad para que esos efectos se produzcan, o un hecho ilícito de la naturaleza al que la ley vincula efectos jurídicos." (78)

(76) Gutiérrez y González Ernesto, Derecho de las obligaciones, p.125

(77) Ibid., p.127

(78) Ibid., p.129

El hecho jurídico en estricto sentido puede ser de dos especies:

a) **Hecho del ser humano voluntario:** Es la conducta humana que genera consecuencias jurídicas para que se produzcan o no de manera independiente a la voluntad de su autor.

Este hecho a su vez se divide en:

1.- **Hecho jurídico voluntario lícito en estricto sentido:** Es aquella conducta humana ubicada en la esfera de la ley de orden público y las buenas costumbres, que crea consecuencias de derecho sin considerar la voluntad del autor que la causa. Ejemplo, la gestión de negocios, al gestor se le imponen los efectos jurídicos que produjo su conducta, aún sin haberlos querido, como es el de no abandonar la gestión hasta que termine el negocio o bien hasta que el propietario o poseedor llegue y se encargue de su negocio, de lo contrario el autor de la conducta o gestor incurriría en responsabilidad civil y tendría que reparar los daños y perjuicios ocasionados.

2.- **Hecho jurídico voluntario ilícito en estricto sentido, el cual en materia civil será un delito civil:** Es aquella conducta humana contraria a la ley de orden público y a las buenas costumbres, que crea consecuencias de derecho independientemente de la voluntad del autor que la origina.

b) **Hecho de la naturaleza:** Es un suceso de la naturaleza que genera efectos jurídicos y en donde no interviene la voluntad humana. Ejemplo el nacimiento, la muerte, el alcanzar la mayoría de edad, el aluvión o la avulsión.

Al hablar de la teoría francesa del hecho y acto jurídico es necesario conocer sus elementos de existencia y validez, para alcanzar su eficacia por tal motivo, los elementos de existencia de un acto jurídico son:

De conformidad con el artículo 1794 del código civil para el Distrito Federal vigente, el consentimiento y el objeto que pueda ser materia del contrato. Algunos contratos de acuerdo con la ley requieren de un tercer elemento para su existencia, el de la solemnidad.

Sus elementos de validez serán: Según el artículo 1795 la capacidad legal entre las partes o de una de ellas, el consentimiento sin vicios (los vicios en la voluntad son el error, el dolo y la violencia física o psicológica), el objeto o motivo o fin, lícito; y que el consentimiento se manifieste en la forma que la ley establece.

Luego entonces si falta algún elemento de existencia el acto jurídico es inexistente y si carece de algún elemento de validez será nulo absoluta o relativamente.

Si el acto es inexistente no producirá efecto jurídico alguno, no podrá ser convalidado ni por confirmación ni por prescripción (el maestro Gutiérrez y González nos dice que lo más correcto sería hablar de caducidad) y lógico es, ya que no podríamos hacer válida la nada; podrá ser invocada su inexistencia por cualquier interesado. Julián Bonnetcase tomando en consideración la tesis de Piedelievre señala que como acto jurídico no produce efectos de derecho cuando se constata su inexistencia, pero si como hecho material o del hombre, ya que puede incurrirse en responsabilidad civil. El juez sólo debe constatar la inexistencia en el momento en que lo invoque un tercero y no declararla por ser ya obvia.

Un acto será nulo cuando se vea afectado en alguno de sus elementos de validez, es decir cuando sea imperfecto en su estructura y no en su existencia; el juez deberá declarar la destrucción de los efectos jurídicos provisionales producidos antes de la sentencia de nulidad. El juez deberá percatarse del caso concreto y de la buena fe de las partes o parte para declarar la destrucción de estos efectos retroactivamente, para poder así permitir el nacimiento de dichos efectos.

La nulidad puede ser de interés general o de interés privado, la primera se refiere a la nulidad absoluta y la segunda a la nulidad relativa.

La nulidad absoluta principalmente se distingue de la inexistencia porque permite producir sus efectos de derecho, mientras no sea declarado nulo, puede invocarse por cualquier interesado, no puede convalidarse ni por confirmación ni por prescripción, debe ser declarado nulo por la autoridad judicial y retroactivamente serán destruidos sus consecuencias desde su nacimiento.

La nulidad relativa asemeja a la absoluta porque permite que al acto produzca provisionalmente sus efectos, sólo puede ser invocada por el interesado, es decir por quien sufrió vicios en su consentimiento, por el perjudicado en la lesión o por el incapaz; puede convalidarse el acto jurídico por confirmación o prescripción y una vez declarada la nulidad por el juez el acto y sus efectos retroactivamente son destruidos desde su origen.

Cabe señalar que el código civil de 1928 nos indica la existencia de algunas nulidades parciales en los actos jurídicos tal es el caso del artículo 2175 en donde se ejercita la acción pauliana y se declara la destrucción del acto nulo,

pero sólo en beneficio de aquél que ejercitó la acción y no de otros acreedores que también pudieron haberla ejercitado y para ese acreedor que la pidió únicamente se decretará la nulidad hasta donde alcance para cubrir el importe de su crédito.

Por último no podemos dejar de mencionar que el requisito de eficacia como objetivo final de cualquier acto existente y plenamente válido se refiere a "la situación de tiempo o conducta positiva o negativa, que fija la ley o pactan las partes, para que un acto jurídico -unilateral o bilateral- que tiene plena existencia y completa validez, empiece a generar algunas, o todas sus consecuencias de Derecho." (79) Dentro de la misma teoría expuesta por el profesor Ernesto Gutiérrez González se anexa un tercer factor que da pauta al origen del requisito de eficacia como es el de ser impuesto judicialmente.

Creemos que hoy es el momento y dada la influencia de la teoría francesa en el código civil de 1928 para corregir la denominación del capítulo V "de las obligaciones que nacen de los actos ilícitos", del libro cuarto titulado "de las obligaciones en general, título primero llamado "fuente de las obligaciones de la siguiente manera "de las obligaciones que nacen de los hechos lícitos e ilícitos en sentido estricto," toda vez que dentro de este capítulo se regula la responsabilidad objetiva y el daño moral, además de que éste último puede causarse aún obrando lícitamente.

3.1.2 Definición de daño y perjuicio, así como sus diferentes tipos.

Cuando se ejecuta un hecho jurídico lícito o ilícito es probable que se cause un daño, daño que quizás se encuentre acompañado de un perjuicio. Por ello para el maestro en materia de daños Jaime Santos Briz, el daño es "... todo menoscabo material o moral causado contravieniendo una norma jurídica, que sufre una persona y del cual haya de responder otra..." (80) o bien es "... el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio..." (81), para ambos autores el daño representa un menoscabo que disminuirá en algo las cosas, materialmente recortará su valor y espiritualmente disminuirá los valores de las personas al provocarle un dolor. Incluso el término dañar etimológicamente significa perjuicio, menoscabo, dolor, molestia, o detrimento,

(79) Ibid. p. 163

(80) Santos Briz Op. Cit., p. 107

(81) Zanoni, Cit. Por, Lorenz Karl, Derecho de Obligaciones, p. 1

alcanzando estos términos a definir tanto al daño moral como al material o al susceptible de valuarse económicamente. Es así como siempre encontraremos en los daños y el perjuicio las palabras menoscabo o pérdida, situación que no sólo afectará al bien jurídico tutelado sea material o inmaterial al depreciarse su valor, sino en general el patrimonio del agraviado, además de referirnos al patrimonio del como un todo que contiene los derechos y obligaciones de una persona. Es importante destacar que por regla general para que exista un daño es necesario que haya un damnificado, sobretudo en el derecho civil. Como se observa el daño en materia civil siempre, en favor de la víctima será reparado o compensado mediante una retribución económica, según el caso del daño de que se trate. En dicha definición es de distinguirse un daño de tipo económico y otro ubicado en el ámbito espiritual, tal y como lo explica el autor italiano Dalmartello, al indicarnos que consisten en la "privación o disminución de bienes que tienen valor principalísimo en la vida del hombre, tales como la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos." (82)

A los daños que lesionan los bienes espirituales o bienes reconocidos por el derecho como derechos de la personalidad, el derecho los denomina daños morales los cuales a su vez reportan una clasificación: Es así como para el autor italiano Alterini el daño moral puede clasificarse en sentido amplio y estricto estando en el primer ámbito los daños morales propios o directos y en el segundo los impropios o indirectos, los directos no afectan en nada el patrimonio económico del hombre, mientras que los indirectos sí lo lesionan aún cuando el daño se produzca en bienes netamente inmateriales. Por lo tanto un daño moral puede derivarse de un daño económico y a la inversa, el primer caso se puede ejemplificar con la pérdida de un objeto perteneciente a varias generaciones de una familia y en el segundo caso puede ocurrir que debido a una afectación en el honor de una persona pierda su trabajo o incluso (adelantándonos un poco en el tema del perjuicio) hasta perder la oportunidad de trabajar en una empresa con un gran capital y un elevado prestigio, pudiendo así dejar de obtener un sueldo mayor o un ingreso económico mejor. Esto no significa que aquél que reciba propinas o limosnas tenga derecho a serle pagado algún perjuicio ya que este hecho nunca afectará ningún bien jurídico material, ya que no existe obligación alguna entre el pedigueño y el caritativo o entre el mesero y el comensal.

Y hablando del perjuicio o como diría el jurista romano Paulo "lucro cesante", cuyo concepto se refiere a la

(82) Santos Cit. Pos., Rivista di Diritto Civile, p. 33, 35, (citado por Ortiz Ricot, Los daños morales en revista de Derecho Español y Americano Madrid, año III número 12 paginas 141-140), p. 121

ganancia aún no perteneciente al afectado, su reparación consistirá en restituir al perjudicado la ganancia económica que tendría si el daño no se hubiera efectuado, siendo el juez el encargado de determinar la cuantía de la ganancia frustrada, además de utilizar su lógica jurídica para decidir si podría haber posibilidades de existir un perjuicio futuro y cierto, es decir no fundado en esperanzas del demandado.

El perjuicio existirá tanto en responsabilidad contractual como en la extracontractual, en la primera la cuantía del perjuicio además de incluir el pago por el retraso en el cumplimiento de la obligación, (según el caso, como en el contrato de mutuo) también comprenderá el aumento del valor pecuniario que tengan en ese momento las cosas, por ejemplo en una compraventa el lucro cesante consistirá desde luego en la ganancia frustrada que tuvo el comprador al no poder revender su producto por culpa del comprador y al aumentar el precio de las cosas y no poder haberlas vendido al nuevo costo; el vendedor pagará además esta cantidad por concepto de ganancia extra anuada a la ganancia ordinaria que de antemano iba a obtener.

El renombrado jurista italiano Alterini señala que el daño en materia contractual "... es presupuesto del resarcimiento..." (83) y en materia extracontractual "... no habrá acto ilícito punible si no hubiese daño causado u otro acto exterior que lo pueda causar, sea que recaiga sobre un objeto exterior o bien se confunda con la existencia de la persona..." (84)

Citando al mismo autor éste clasifica el daño en daño patrimonial refiriéndose al daño material y extrapatrimonial para el daño inmaterial o moral, denominación errónea para éste último debido a que de acuerdo con la teoría del patrimonio los bienes morales están dentro del mismo y no fuera como lo expresa la palabra con la que los denominó el autor.

En relación con la víctima los daños pueden ser comunes cuando una persona sufre por el incumplimiento del deber jurídico en sentido estricto entiéndase que se está frente a una responsabilidad extracontractual, y en propios cuando sólo el acreedor es quien sufre aquí nos encontramos frente a una responsabilidad contractual. Refiriéndonos a los bienes los daños pueden ser intrínsecos o extrínsecos, los primeros son también llamados circa rem comprenden los daños y perjuicios que ocasiona el incumplimiento de una obligación de dar, y los segundos o daños extra rem están constituidos por los daños y perjuicios que ese incumplimiento provoca en los demás bienes del deudor. Y el hecho de retrasarse en el

(83) Alterini Op. Cit., p. 123

(84) Ibid., p.p. 123 y 124

cumplimiento de un contrato genera daños moratorios, los cuales a su vez engendran la obligación de compensarlos teniendo así otra subdivisión de los daños, los compensatorios. En atención al hecho como causa del daño éste puede ser inmediato cuando es consecuencia directa del hecho ilícito o lícito; y mediatos cuando el hecho es una causa indirecta; estos se subclasifican en mediatos propiamente dichos, puesto que el daño se conecta al hecho generador en segundo grado y en remotos cuando su conexión con el hecho va en tercer grado. Por último el daño puede ser previsible o imprevisible en atención al resultado que el mismo daño produce, de tal forma que el daño previsible ocurre cuando pudo haberlo previsto el causante del daño y no lo hizo e imprevisible cuando podía preverse y no lo previó.

Ahora bien no está por demás comentar que para efectuar la "reparación" (aunque en realidad nunca podrá repararse) del daño es precisamente éste lo que debe tomarse en consideración y no la actividad dañosa del causante.

Ya al principio en forma somera habíamos mencionado una subclasificación del daño moral, y ahora analizándolo profundamente diremos que éste puede ser objetivo o subjetivo, o bien de acuerdo con la doctrina francesa puede haber una parte social y una afectiva y por su parte el reconocido jurista Brebbia distingue dos aspectos del daño moral uno el aspecto objetivo y otro el aspecto subjetivo. Luego entonces llamase de una u otra manera la concepción que se tiene es la misma, así encontramos que el daño moral objetivo, aspecto objetivo o parte social se refiere a aquél menoscabo que sufre una persona en su consideración social y el daño moral subjetivo, aspecto subjetivo o parte afectiva es aquél que consiste en el sufrimiento que padece una persona en su individualidad.

De acuerdo con los bienes materiales o inmateriales que pueda lesionar el daño moral, éste puede ser directo o indirecto. Hablamos de un daño moral directo o como suele llamarlo la doctrina un daño moral puro cuando lesiona estrictamente los derechos de la personalidad (derechos que estudiaremos en el siguiente capítulo) y nos referiremos a un daño moral indirecto cuando se produce como consecuencia de un daño material o económico.

El daño moral se caracteriza por ser personalísimo y por ende el único que puede ejercitar la acción de reparación es quien lo sufre, por lo tanto este derecho no pasa a formar parte del acervo hereditario con excepción de la manera en que lo señala nuestra legislación mexicana sólo cuando el autor lo haya ejercitado en vida, tampoco podrán ejercitarla sus acreedores por vía subrogatoria. En el caso de los herederos podrían solicitar la indemnización cuando se sientan dañados

por la muerte de su ser querido, pero regresemos al punto de partida, ésta acción tendrá el carácter de ser personalísima. Por lógica si es personalísima es intransmisible, salvo el caso de los herederos que continúan la acción ya promovida por el agredido en vida. Por su duración el daño moral puede ser transitorio si la lesión espiritual es un hecho que ocurre y desaparece, y permanente si perdura. Como ejemplo del primero encontramos el daño moral ocasionado por un disgusto o un susto y el daño moral perdurable lo ejemplificaremos con una lesión física o psicológica. Aquí destacan los daños que se causan en un lapso de minutos y en toda una vida, pero que ocurre con los de una duración prolongada, la doctrina resuelve el problema diciendo que este tipo de daños con el tiempo se olvidan y si no ocurre al menos su intensidad es menor, tal es el caso del dolor sufrido por la muerte de un ser querido, característica importante que debe considerar el juez para cuantificar la retribución. El daño moral también es indivisible ya que sería absurdo intentar fraccionar el dolor en una persona simplemente por que su integridad moral vale menos o más que otra, pero si sería un obstáculo para el juez al momento de cuantificar el monto de la retribución sobre todo cuando concurren uno o más agredidos por el mismo hecho, y más aún cuando primero haya concurrido a juicio uno y el juez haya determinado la totalidad de la cuantía para él solamente, y después de transcurrido el tiempo pero dentro del término de prescripción acuda ante él otro de los lesionados. ¿En qué situación jurídica pondría al victimario? ¿En qué proporción determinaría el juez el monto de la indemnización? ¿Violaría los preceptos constitucionales de cada ser humano? Es aquí donde el criterio del juzgador debe salir a flote y por nuestra parte dejaremos el intento de resolver estas incógnitas para el último capítulo del estudio que hoy realizamos.

Continuando con las características del daño moral encontramos el gran dilema: ¿El daño moral es de derecho público o privado? Eminentemente que es una figura jurídica del derecho privado, primero por pertenecer al derecho civil, rama del derecho que lo regula con amplitud, pero lo más importante es que el daño moral protege los derechos de la personalidad en forma privada al otorgar una indemnización para la víctima y no multando al causante como lo hace el derecho público, dinero que va a caer en el bolsillo del Estado o del gobierno (para el fin donde se guardé, es lo mismo) de ahí que se derive la duda principalmente porque para la mayoría de los delitos y garantías individuales que sufren una violación constituyen un daño moral, es así como podría confundirse y llegar a pensarse que esta figura jurídica podría pertenecer al derecho público y quizás si podría, porque al ser lesionado un derecho de la personalidad a la colectividad debiera preocuparle. Por ello la única solución que podríamos darle a tal dilema es la de acogernos a la idea que en relación a la cualidad que posee la

compensación pecuniaria que se le otorga a la víctima para aligerar su dolor es sólo para ésta, y nunca se sanciona la actividad dañosa del causante del sufrimiento interno e individual de cada persona.

Otra de las características que presenta el daño moral es su independencia frente al daño patrimonial, porque "un hecho puede producir daños materiales cuantiosos y no vulnerar o lesionar las afecciones legítimas y viceversa" (85). Tal afirmación está encaminada a una independencia válida para poder ejercitar la acción de indemnización, porque realmente un daño moral sí puede derivarse de un daño material y quizás hasta su valor represente una cuantía de retribución mayor en comparación con la reparación del daño material, tal es el caso de la pérdida de un objeto material o de una mascota, con los cuales nos hemos encariñado. Por último cabe señalar que el daño moral al igual que el perjuicio sólo pueden ser reparados una vez, debiéndose entender por reparación del daño moral una retribución económica.

Con el fin de entender mejor la figura del daño proponemos el siguiente cuadro sinóptico:

	Daño material (daño emergente)	
Objetivo	Perjuicio (lucro cesante)	
DAÑO EN SENTIDO AMPLIO		Daño moral objetivo: Afecta los derechos de la personalidad muy semejantes a los de su colectividad
Subjetivo	Daño moral o inmaterial	Daño moral subjetivo: Lesiona los derechos internos o espirituales del hombre afectándolo en su individualidad.

Por último es menester invocar los artículos del código civil para el Distrito Federal vigente que definen el daño y el perjuicio:

(85) Mosset Cit. Pos., Kemelmaier de Carlucci, Indemnización de equidad, p. 72

Artículo 2108.- Se entiende por daños la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.

Artículo 2109.- Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.

3.1.3 Concepto de responsabilidad civil y sus elementos.

Responsabilidad viene de la palabra responder y precisamente el responder es el quehacer moral y jurídico que toda persona tiene al cuestionarle cuando se haya ocasionado un mal, si ella es quien lo ha hecho, moralmente ante su conciencia y jurídicamente ante el derecho en cualquiera de sus ramas, pero las que especialmente nos interesan para hacer una pequeña comparación a fin de comprender mejor la institución del daño moral son la civil y la penal. Por lo tanto en otra de las acepciones del término responder, se considera que la persona que cometa alguna lesión a otra deberá responder de su acto con otra acción, la cual entre otras puede ser una pena o la reparación del daño causado, ello se debe a que "Todo individuo es garante de su hecho..." (86) es así como alguien será responsable del daño causado.

Antes de adentrarnos en la vida jurídica de la responsabilidad civil, comentaremos brevemente que entre otras diferencias, la responsabilidad penal se distingue de la civil en que la primera impondrá al causante una pena, una multa y la segunda la reparación del daño directa al lesionado, es decir en la responsabilidad penal se protegerá a la sociedad en general, incluyendo al mismo delincuente al intentar readaptarlo -si es que nuestro sistema carcelario no lo impide- y en la responsabilidad civil se tutela únicamente al agredido.

Ahora sí, retornando al tema de la responsabilidad civil es necesario señalar que "... una persona es responsable siempre que deba reparar un daño..." (87) Josserand nos indica que será responsable aún cuando fuere la víctima directa del hecho dañoso, a excepción del perjuicio padecido por quien es su autor nos comenta el jurisconsulto Henri Mazeud, pues sería incongruente pagarse a sí mismo por concepto de reparación.

La consecuencia de ser responsable en materia civil es una sanción, consistente en la reparación del daño y perjuicio causado, de ahí que para Eduardo Bonassi Benucci la

(86) Mazeud H. y C., *Op. Cit.*, p. 40

(87) Alterini Attilio *Antibal. La responsabilidad civil*, p.16

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

responsabilidad civil "... es la obligación de soportar la reacción que el ordenamiento jurídico vincula al hecho dañoso..." (88) y para Mazeud la responsabilidad "... es una sanción que consiste en la obligación para quien ha causado un daño a otro, de reparar ese daño". (89)

Consideramos que por responsabilidad civil debe entenderse como la conducta realizada por cualquier persona capaz o incapaz, en forma lícita o ilícita que causa daños y perjuicios que deben ser reparados por el autor de la conducta.

Para configurar y poder aludir una responsabilidad civil en contra de alguien, se requiere conforme a la doctrina mexicana, de los siguientes elementos:

- 1.- La comisión de un daño;
- 2.- La culpa; y
- 3.- La relación de causa a efecto entre el hecho y el daño.

Para la existencia del primer elemento la comisión de un daño es obvio que debe haber una acción equivalente a un hecho o acto jurídico, es decir una acción humana que quiera y acepte o no sus consecuencias jurídicas. Esta acción puede consistir en una acción de hacer lo contrario a lo que un deber jurídico, un convenio o una declaración unilateral de la voluntad determinen; o bien en una acción de no hacer u omitir lo estipulado en cualquier fuente de obligaciones.

Con este tipo de acciones hemos de suponer que inmediatamente se ocasionará un daño, daño que debe ser especial para ser elemento funcional de la responsabilidad civil, debiendo ser privado, es decir afectará directa y únicamente a la víctima, mientras que en la responsabilidad penal el daño tendrá un carácter público porque además de agredir a su víctima el delincuente lesiona el bienestar social, espiritual y educativo de la colectividad. El daño es un elemento esencial "para que la culpa sea reprimida por el derecho...". (90) Por lo tanto el daño es imputable al autor de la conducta perjudicial. También los daños y perjuicios deben ser consecuencia del hecho y para poder ser reparados debe observarse el valor, que representa en el patrimonio lesionado, el cual puede ser subjetivo, es decir el que una persona le da al bien dañado; y objetivo o daño concreto es el valor que se le da en virtud de un tiempo y lugar determinados para todos.

(88) Gutierrez y Gonzalez, *Cit. Pos.* Bonasi Benucci Eduardo, *La responsabilidad civil*, p.7

(89) Gutierrez y Gonzalez, *Cit. Pos.* Mazeud Henri. y Leon. y J., *Lecciones de derecho civil*, volumen I, parte primera p.505

(90) Rojina, *Cit. Pos.* Planol, *Tratado elemental de derecho civil, las obligaciones*, p. 130

El daño se cuantifica y se declara existente mediante el resultado de una comparación entre el aspecto actual del interés lesionado y la situación imaginaria que presentaría el bien sino hubiere sido dañado; y para el caso de que el daño represente en el patrimonio un valor objetivo se cuantifica el valor general del bien restándole el provecho que pudo haber producido sino se hubiera lesionado el bien material. Existe otro tipo de valor, el de afección contemplado como el que un bien u objeto representa para los sentimientos o ideas de una persona en forma individual. (91) Luego entonces el daño debe ser real en su existencia y cuantía, teniendo la carga de la prueba la parte actora, o como dice Jean Carbonnier debe ser cierto para poder ser reparado, para ello no existirá ningún inconveniente si el daño ya se causo o se está causando, pero si se observa que el daño puede ser futuro, "(al menos con una certidumbre jurídicamente suficiente)" (92) es decir absolutamente inevitable, en este caso el juez de inmediato ordenará su reparación ya sea exhibida en su totalidad o en parcialidades de acuerdo con el convenio de las partes; ahora bien si el daño es evitable el juez deberá acordar que el posible responsable civil debió haber hecho un esfuerzo para evitarlo, en contraposición a este daño cierto, pero futuro, se encuentra el daño eventual o hipotético, el cual tendrá una menor probabilidad de ser reparado, ya que no por el hecho de vivir junto a una línea de alta tensión vamos a pedir una indemnización por el probable daño que pueda ocurrirnos. De igual modo el daño debe ser personal, ello excluye que cualquier tercero persiga al responsable si la víctima se abstuere de hacerlo; también deberá ser directo el daño en su reparación porque la víctima no podrá exigir una indemnización al causante de la muerte de su deudor, pensando que si éste no lo hubiera matado, el deudor le habría pagado la reparación, siendo esto falso porque a quien le corresponde reparar el daño es a la sucesión del responsable. También se caracterizará por ser subsistente jurídicamente aun cuando haya sido reparado, por el propio damnificado, entonces la acción para pedir su resarcibilidad estará latente en contra del causante. Por último el daño debe recaer en bienes jurídicamente tutelados.

Por otra parte el daño puede ser material, moral o corporal; el primero se refiere a los daños pecuniarios, abarcando el daño y el perjuicio; el segundo lesiona los derechos de la personalidad de un ser humano y el corporal resultado de una combinación entre el daño material y el moral, constituye un principio de inviolabilidad del cuerpo humano, si

(91) Santos Briz, Cit. Pos. Fisher, Los daños civiles y su reparación, p. 107
 (92) Carbonnier Jean, Derecho civil, tomo II, volumen III Situaciones extracontractuales y dinámicas las obligaciones, p. 64

el daño provoca un menoscabo en la salud e integridad física éste se verá reflejado en los gastos médicos que habrá de erogar el culpable, así como en el pago del perjuicio sufrido por no poder trabajar, he aquí el daño pecuniario y el moral es representado por el dolor físico y psicológico que sufre la víctima al verse enferma o perjudicada estéticamente. Este daño también lo puede sufrir la sucesión de la víctima, consistiendo el daño pecuniario en la dependencia económica que había y el daño moral en el sentimiento de dolor que se presenta por la pérdida de su ser querido.

El segundo elemento de la responsabilidad civil lo conforma la culpa, considerada como el porqué de la realización del hecho en sentido amplio (relativo a la doctrina francesa) que motiva el daño, agregando que cualquier persona pudo haber tenido la culpa por ser negligente, sin pericia e imprevisor o simplemente por haber actuado con toda la intención de afectar a un tercero, o sea con dolo. De ahí que recojamos ideas tan valiosas como las de Emmanuel Lévy o las de los Mazeud, que indican que la confianza es importante para el desarrollo de las relaciones humanas, puesto que en la medida de que haya confianza en nosotros mismos y de los demás frente a las actitudes que tengamos, habrá una mejor paz y tranquilidad en nuestra sociedad, puesto que todos podríamos salir a las calles con menor temor del que actualmente padecemos y dejando nuestras propiedades, claro es que con la debida seguridad, y sobre todo sabiendo que como personas vamos a ser respetados, ya que todos actuaríamos con diligencia, pericia y previsión, y sin la menor intención de dañar, pero como es bien sabido, ninguno todavía alcanza la perfección absoluta, por lo tanto puede caer en algún error, situación no muy grave porque estamos seguros que el daño nos será reparado, por el causante del mismo, quien además de verse presionado jurídicamente también lo estará moralmente, (Valiosa utopía la nuestra). Podría pensarse que el culpable debe ser también inimputable porque en ambos conceptos juega un papel importante la conciencia, pero nuestra doctrina y legislación mexicana precisan que los incapaces son inimputables, pero en materia civil en cuanto a la reparación del daño material son responsables tal y como lo prevé el artículo 1911 del código civil para el Distrito Federal vigente mismo que a la letra dice:

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

Pero que ocurre en materia de daños morales y en el caso específico de no existir ninguna persona que este a cargo de su cuidado, serán también inimputables por carecer de conciencia, disponiéndolo así dicho artículo; sin embargo no sería justo que la víctima se quedara sin retribución alguna,

ya que aún cuando los responsables serían sus tutores o aquellas personas que estén bajo su patria potestad, el artículo 1922 del citado ordenamiento jurídico los libera de dicha responsabilidad; por ello y por razones de equidad la legislación mexicana si los hace responsables del hecho dañoso que realizaron, debiendo aplicarlo también en materia de daños el poder judicial de cada lugar.

En la legislación se observa que hay culpa extracontractual derivada de un hecho ilícito que no acató un deber jurídico; y una culpa contractual derivada también de un hecho ilícito, pero como consecuencia del incumplimiento de una obligación u obligaciones de dar, hacer o no hacer convenidas en un acuerdo de voluntades. La culpa extracontractual se muestra en el artículo 1910 del ordenamiento en cuestión y la contractual se sitúa en los artículos 2104 al 2118 y 2025 de dicho código.

La doctrina suele hablar de una culpa delictual cuando la persona culpable actúa con dolo y cuasidelictual cuando la culpa se deriva de una negligencia, impericia o imprevisión, ello se debe a que el artículo 1910 del mencionado código conceptúa a la culpa como la ausencia de un hecho ilícito, conocido también como el delito civil.

No podemos pasar por alto el antecedente histórico más importante de la culpa, ya que del derecho romano ha dependido su aplicación. De tal suerte que dicha legislación contempló dos clases de culpa, una de ellas es la grave o lata y la otra leve o levis ésta se dividía en culpa leve in abstracto y en culpa leve in concreto.

a) Grave o lata: Ocurría cuando alguien no tomaba ni la más mínima precaución, aún cuando ya había observado casos parecidos al que en ese momento se encontraba, se solía decir que se encontraba en una gran ignorancia.

b) Leve o levis: Como ya comentábamos presentaba dos clases; la culpa leve in abstracto, se presentaba cuando alguien omitía las precauciones de un buen padre de familia o de un hombre diligente; y la culpa leve in concreto se incurría cuando alguien no ponía el mayor cuidado del que en forma normal ponía en relación con sus propias cosas, es decir debe observar "... la misma diligencia que acostumbre emplear en sus propios negocios..." (93)

Con posterioridad los glosadores modificaron esta clasificación para dar la siguiente:

a) Lata o grave; se verificaba en los casos donde el menos beneficiado sería el culpable, tal sería el ejemplo del depósito gratuito, quien sólo respondía cuando no hubiera puesto el cuidado necesario que cualquier persona habría hecho.

b) Leve o levis; debían responder de ella todas las personas que se beneficiarian del acto o hecho jurídico; tal es el caso de un contrato de compraventa.

c) Levísima; respondería en su totalidad el culpable por ser el más beneficiado en la situación, ejemplo el contrato de comodato.

Un proyecto de ley francés nos indica que estas reglas son un poco difíciles de aplicación y que sería mejor fundarse en un principio de derecho natural "... que quiere que se haga por los demás lo que querríamos que ellos hicieran por nosotros..." (94), siendo aplicable esto en cualquier hecho o acto jurídico y para el caso de los contratos en los se confía al deudor la conservación de la cosa, éste debe hacerlo como si fuera suya; sin embargo no puede "exigirsele" un cuidado extraordinario, salvo que las partes o los contratantes así lo hayan estipulado.

Es así como sólo nos queda por definir la culpa como una conducta derivada de un hecho realizado por una persona capaz o incapaz, que actuó con dolo o negligencia, impericia o imprevisión causante de un daño a un bien jurídicamente tutelado.

Por último debemos señalar que la culpa pudiera no existir si se comprueba que: a).- El daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima, de acuerdo con la parte final del artículo 1910 del ordenamiento jurídico ya citado, pero si la víctima cometió culpa excusable, habrá responsabilidad civil por las dos culpas, la de la víctima y la del causante del daño, pero si el afectado demuestra que la culpa del agresor es la única causa del daño será condenado a la reparación total, y para el caso de que con la culpa de la víctima sólo se agravara la cuantía del daño, deberá el demandado ser condenado a pagar únicamente la indemnización que le corresponde por el daño ocasionado. b).- Por hecho de un tercero, con excepción de que sea responsable directo de ese tercero. c).- Por caso fortuito, entendiéndose éste como el suceso que no pudo preverse o que aún previéndose no pudo evitarse; o por fuerza mayor caracterizándose por ser imprevisible e inevitable. Sin embargo y dado los principios elementales del derecho creemos que la víctima no puede quedarse sin reparación alguna, correspondiéndole dicha actividad al Estado, actuando éste únicamente en casos de emergencia y cuando en realidad no haya un responsable, apoyando en algún modo la propuesta del Maestro Ernesto Gutiérrez y González, para crear un organismo público que responda en este tipo de casos.

(94) Mazeud H. y C., Cit. Pos. Informe en nombre de la sección de legislación, sesión del 13 de pluvioso del año XI: (locr. 17, XI), p. 70

El tercer elemento de la responsabilidad civil lo constituye la relación de causalidad y efecto que debe existir entre el hecho realizado directamente por el hombre o indirectamente a través de la acción de un tercero, un objeto o un animal y el daño que aquél causa. éste debe ser mediato y directo. Tal y como lo prescribe el artículo 2110 del código civil para el Distrito Federal vigente:

Artículo 2110.- Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.

Para que una persona sea responsable además de ser culpable del daño debe ser su causante, requisito esencial para determinar la reparación.

La relación de causalidad debe darse entre el último hecho que cause el daño, en virtud de lo anterior es de observarse la dificultad que hay para concretar la causa que provocó el daño frente a la multitud de hechos que ocurrieron; en este caso hablamos de causa eficiente, sin embargo la relación de causalidad puede derivarse de varios hechos encaminados a generar un sólo daño, aquí nos referimos a causas concurrentes. Así es que el hecho determinante será el último que produjo el daño; de tal manera que si la víctima demuestra que si el causante del daño no hubiera actuado éste no se habría producido inmediatamente surgirá una responsabilidad, pero si ocurre un daño sin haber actuado alguien no habrá responsabilidad alguna.

A diferencia del primer elemento constitutivo de la responsabilidad civil, el daño, el nexo causal deberá ser comprobado por el demandado, es decir éste demostrará que la relación de causalidad entre el hecho y el daño, no existe por no tener la culpa de lo ocurrido y no haber un nexo causal entre ambos elementos, o quizás a pesar de haber cometido un hecho que pudo haber ocasionado un daño, éste hecho no fue causa directa e inmediata de la lesión motivo de reparación, por lo tanto, no tendría la culpa ni sería responsable, además de haberse realizado un hecho ilícito el cual y afortunadamente para él no ocasionó ningún daño, situación que no permitirá que a través de la responsabilidad civil se obtenga una reparación simplemente por no corresponderle a dicha figura jurídica la sanción del hecho cometido.

En relación a la responsabilidad civil no podemos omitir el reconocer a las personas que pueden ser responsables por sí mismos; por personas que estén bajo su vigilancia y custodia, esto se debe a que en algunas ocasiones el autor material del hecho no responde por sí sólo, sino también es responsable la persona que lo cuida y precisamente lo es por no tener la precaución necesaria para hacerlo; o bien por las cosas que posean, tales como máquinas o animales.

Las personas responsables por si mismas pueden ser los capaces (artículo 1910) o incapaces salvo que su responsabilidad recaiga en otra persona (artículo 1911), una persona moral (artículo 1918), ya sea un sindicato, una asociación, una empresa, etc.; y por último el Estado, pudiendo llegar a ser hasta responsable solidario y no solamente subsidiario (artículo 1927).

Los responsables por los hechos de un tercero que está bajo su cuidado son: El que ejerce la patria potestad y/o la tutela (artículos 1919 y 1921 respectivamente), el director de un colegio o taller, los maestros artesanos (artículo 1923) y por último los patronos o los dueños de establecimientos mercantiles y el jefe de casa de huéspedes u hostelero (artículos 1924 y 1925 respectivamente), teniendo éstos últimos el "derecho de repetir" (artículo 1928) considerando que el derecho de repetir es ejercer la misma acción que la víctima realizó en su contra para obtener la reparación del daño, permitiéndole la ley ahora ejercer dicha acción en contra de sus sirvientes o empleados a fin de que le paguen el monto total de la cantidad que erogó por concepto de reparación de daños, toda vez que él no cometió el hecho ilícito.

Finalmente será responsable la persona que no cuida los objetos o animales que posea; para el caso de los animales será responsable el propietario por el hecho dañoso que causen sus animales (artículo 1929); y para el caso de los objetos responderá por las ruinas de su edificio que provoquen daños por no hacer las reparaciones necesarias o por vicios en su construcción (artículo 1931) por no tomar las precauciones esenciales de consolidación al excavar o construir pudiendo causar daños en los predios contiguos (artículo 839), también responderá por la explosión de máquinas o inflamación de sustancias explosivas, humos o gases nocivos a personas o cosas, caída de árboles, emanaciones cloacas o depósitos de materias infectantes, depósitos de agua que humedezcan o dañen la propiedad vecina y por el peso de movimiento de máquinas, acumulación de materias o animales, u otras causas análogas que produzcan daño sin derecho a provocarlo (artículo 1932) y por último por objetos que se arrojen o caigan desde el interior de un lugar (artículo 1933).

No habrá responsabilidad cuando se demuestre que no hay culpa, o bien que se cometió por culpa inexcusable de la víctima, por hecho de un tercero, por caso fortuito o fuerza mayor y como lo estipula el artículo 1914 tampoco habrá responsabilidad civil ni objetiva si se producen daños sin haber empleado mecanismos o instrumentos o sin culpa o negligencia de ninguna persona, cada una de las partes se quedará con su daño y sin derecho a indemnización, sin embargo y como lo dijimos cuando afecten los daños fuertemente a la comunidad el Estado reparará los mismos. Lógico es que si falta alguno de los elementos como en este caso la culpa no se

FALTA PAGINA

No. 87

Artículo 1078.- El que quiera usar agua de que pueda disponer, tiene derecho a hacerla pasar por los fundos intermedios, con obligación de indemnizar a sus dueños, así como a los de los predios inferiores sobre los que se filtren o caigan las aguas.

b) **Responsabilidad objetiva por riesgo creado:** Es la obligación que tiene una persona de reparar el daño que causen los bienes muebles que posea independientemente de que él mismo los ponga en movimiento o quizás un tercero; exceptuando el caso en que la víctima actué con culpa o negligencia inexcusable.

c) **Responsabilidad objetiva por una conducta errónea:** Se debe reparar el daño causado por una conducta lícita que realiza la entrega de una prestación que no debe.

Además de aplicarse esta figura jurídica en materia civil, también lo es en el derecho laboral a través de los artículos 472 al 513 de la Ley Federal del Trabajo que tratan de los riesgos de trabajo.

Los elementos de la responsabilidad objetiva son

tres:

1.- **Uso de cosas peligrosas.** Según el artículo 1913 del ordenamiento jurídico en cuestión son cosas peligrosas los objetos que por su naturaleza sean peligrosas por sí mismos y aquellos que únicamente puestos en funcionamiento representen una peligrosidad.

2.- **La existencia de un daño.** Antes de la reforma del artículo 1916 y de la adición del artículo 1916 bis, la responsabilidad objetiva sólo reparaba el daño económico causado y no el daño moral, simplemente por no existir culpa del causante, pero ahora con la reforma se deben indemnizar ambos daños, incluyendo el corporal y psicológico.

3.- **Relación de causa a efecto entre el hecho y el daño.** Elemento que en la responsabilidad civil ya fue explicado.

Esto es a grandes rasgos la forma en que la legislación mexicana contempla a la responsabilidad civil.

Sin embargo, consideramos oportuno señalar que la legislación mexicana lamentablemente crea un cúmulo de confusiones, ya que por una parte con la diversidad de artículos que existen, señala dos tipos de responsabilidad una la civil equiparándola con la subjetiva y por otra la responsabilidad objetiva:

A.- **RESPONSABILIDAD CIVIL.** derivada de un hecho ilícito, artículo 1910 equiparada a la responsabilidad subjetiva, con sus tres elementos, pudiendo cometerse el hecho dentro de la vida de un contrato como fuera de ella.

B.- RESPONSABILIDAD OBJETIVA. Originada por un hecho lícito, para cuya integración se requiere de un hecho que cause un daño y la relación de causalidad entre ambos, Artículo 1913. El hecho puede desarrollarse dentro de un deber jurídico o una declaración unilateral de la voluntad.

Por ello creemos pertinente decir que lo más idóneo es la existencia de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, la cual a su vez se clasifica en responsabilidad objetiva y subjetiva, puesto que en forma genérica toda responsabilidad que ocurra por culpa o sin ella debe pertenecer a una responsabilidad civil, que tendrá como consecuencia la reparación del daño o la retribución económica en favor de la víctima, de tal suerte que lo anterior se explicaría así:

	Contractual
OBJETIVA:	Extracontractual

RESPONSABILIDAD CIVIL:

	Contractual
SUBJETIVA:	Extracontractual

3.2 El daño moral en la responsabilidad civil y en la objetiva.

El daño moral se causa por la comisión de un hecho en amplio sentido, incluyendo los actos jurídicos, o un hecho ilícito o lícito en sentido estricto. Si es a consecuencia del hecho ilícito en sentido estricto será el autor del mismo responsable civilmente, responsabilidad fundada en la teoría de la culpa; pero si el hecho es lícito en sentido estricto estará frente a una responsabilidad objetiva o teoría del riesgo.

Afortunadamente en la actualidad el daño moral es regulado con claridad por el derecho civil desprendiéndose totalmente del daño económico y del delito penal. Disposición que se encuentra expresa en el artículo 1916 del código civil vigente para el Distrito Federal, y especialmente para la teoría de la culpa en el inicio del segundo párrafo de dicho artículo: "... Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero..."

Gracias al progreso jurídico el daño moral debe ser reparado independientemente de que se haya causado un daño

material o un delito en materia penal; o bien puede solicitarse la reparación de ambos daños y el castigo para el delincuente de acuerdo con la situación presentada y lo que proceda conforme al derecho penal. Lo importante es que ahora a la víctima le sea reparado el daño y quien más que su propio victimario. En tanto que a la reparación penal sólo le interesa salvaguardar la seguridad de la colectividad y la conducta del victimario, por lo tanto nunca sería regulado con amplitud jurídica el daño moral en dicha materia penal, mientras que a la reparación civil le es primordial el sufrimiento de la víctima y en caso de importarle a la responsabilidad civil la conducta del victimario sancionaría también las tentativas como lo hace la penal del daño, claro que únicamente se podría comprobar la tentativa en el daño material, pues en el moral existe una irremediable subjetividad; y para alejar tal dolor deberá indemnizarse el daño, en el caso del moral se hará a través de una cantidad en dinero que tendrá como fin una "...satisfacción en cuanto permite o puede permitir, la víctima compensar el sufrimiento con un goce equivalente." (96) Y al apreciar la gravedad del daño: "La tarea del juez es realizar la justicia humana y con ello no hay enriquecimiento sin causa ni se pone en juego algún tipo de comercialización en los sentimientos. No hay lucro porque ese concepto significa sacar ganancias o provechos, y en este caso se trata de obtener compensaciones ante un daño consumado, es un beneficio contrapuesto al daño, el único posible para que se procure una igualación en los efectos." (97)

Debemos destacar que la reparación del daño moral no es un castigo, tampoco una sanción que prevenga a la sociedad para no cometer un agravio moral que les traiga como consecuencia erogar una cantidad monetaria, simplemente y como ya lo dijimos se trata de una retribución económica que compense el dolor de la víctima.

El daño moral se ubica en la responsabilidad civil subjetiva u objetiva porque la retribución económica sería para el agredido, si estuviera en la penal simplemente se otorgaría para el Estado y no hablaríamos de retribución sino de multa.

Es de agregarse que la responsabilidad civil en sus dos esferas opera por hechos de terceros que se encuentren bajo su vigilancia o custodia cuando causen daño moral.

En relación a la responsabilidad objetiva también es fuente de reparación por daño moral, el artículo 1916 del código adjetivo es muy claro en su segundo párrafo: "... Igual

(96) Mosses, *Op. Cit.*, p. 58

(97) *Ibid.*, p. 53

Obligación de reparar: el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913...", tal protección para la víctima de un daño moral se debe a que cualquier persona aún sin la más remota intención de dañar puede hacerlo, ya sea por realizar una conducta errónea o por poseer bienes muebles peligrosos que al funcionar o hacerlos funcionar por un factor externo, no sólo pueden causar un daño en objetos materiales sino también un daño en el cuerpo del lesionado, daños que en la mayoría de los casos afectan su vida espiritual, inclusive el daño moral puede ser independiente, ya que aún sin causarse daño material, surgirá el moral por el simple temor y angustia de verse en peligro y hasta de muerte, provocando un daño psicológico que termina siendo un trauma de difícil curación.

3.3 El daño moral en la responsabilidad contractual y extracontractual.

Nuestra figura jurídica como tema central del presente análisis es regulada sin obscuridad ni complicación alguna en el derecho civil, empero antes de sumergirnos en su regulación jurídica queremos dar una explicación breve de las responsabilidades a las que hoy hacemos alusión.

Si bien es cierto que la doctrina invoca a la responsabilidad contractual como una conducta que se deriva del incumplimiento de una obligación contraída en un acuerdo de voluntades constituido para crear o transferir derechos u obligaciones, y a la responsabilidad extracontractual como una conducta cuyo origen deviene del incumplimiento de deberes jurídicos y de obligaciones ambos en amplio sentido o como dice la mayoría de los autores de los demás casos exceptuando a los contratos, no debiera importarle a la responsabilidad civil de donde provenga el daño, lo importante será su reparación cuando en su caso opere, salvo para conocer los términos en que se pactó, pero es bien sabido que aquél que tenga el interés jurídico de ejercitar la acción de reparación de daños exhibirá inmediatamente su contrato con el objeto de aumentar el monto de dicha reparación, e incluso demostrar con mayor facilidad que existe un daño moral ya que en cláusulas se prevé que podría surgir, pactando entonces sobre la posible retribución económica del daño moral que pudiese causarse. También es cierto que en ellos encontramos un hecho ilícito que causa daño, por tal razón creemos que la responsabilidad objetiva también puede ser contractual o extracontractual puesto que a pesar de haber actuado bajo una licitud jurídica finalmente la acción que ocasiona un mal se debe a un hecho ilícito, y no sólo en la responsabilidad civil subjetiva como lo establecen la ley y doctrina mexicanas. Así por ejemplo en una obra se

contratan los servicios de una constructora y esta al estar manobrando sus grúas en forma lícita causa un daño al predio colindante y a sus habitantes, ocasionando daños materiales y morales.

Por otra parte se reconoce a la responsabilidad contractual por desenvolverse dentro de una relación preexistente, en cambio en la extracontractual el derecho de crédito indemnizatorio o la relación obligatoria surge por primera vez al generarse el daño. Sin embargo al parecer la denominación de responsabilidad contractual y extracontractual no incluye a los convenios, olvidándose de que son ellos el género (claro es el convenio en amplio sentido, los cuales contienen a los contratos y convenios en sentido estricto); por ello consideramos oportuno para nuestros legisladores reflexionar un poco hacia este tema de la responsabilidad, desde su denominación hasta su anulación completa, ya que no importa de donde se derive el daño, sino la reparación del mismo a causa de la comisión de un hecho ilícito. Obvio es que tendrían que hacerse diversos cambios en nuestro ordenamiento jurídico civil, como por ejemplo en el libro de contratos y capítulo de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones incluyéndolo en el capítulo de las obligaciones que nacen de los hechos en sentido amplio, el cual ya propusimos en el primer punto de este capítulo. Además en concordancia con lo que señala el prestigiado autor mexicano Gutiérrez y González sólo debiera existir la responsabilidad extracontractual, porque desde el momento que uno de los contratantes no acata las cláusulas establecidas está incurriendo en responsabilidad pero extracontractual es decir por estar fuera de lo estipulado, en cambio si cumple simplemente no hay responsabilidad, pues está dentro de lo pactado.

Empero siguiendo con el curso normal de nuestra legislación, diremos que la principal diferencia entre la responsabilidad contractual y extracontractual estriba en que la primera opera dentro de un ámbito ya limitado, pues nace entre las partes y a consecuencia del incumplimiento de la obligación de un contrato plenamente válido y existente se engendra, y en cuanto a responsabilidad extracontractual comprende el resto del ya referido ámbito, de las declaraciones unilaterales de la voluntad, de las gestiones de negocios o de los hechos ilícitos en sentido estricto son los llamados delitos civiles.

Por otra parte la responsabilidad contractual sólo podrá ser invocada por las partes y no por terceros que sufran un daño a causa del incumplimiento de un contrato pudiendo acogerse éstos a la responsabilidad extracontractual para obtener su indemnización en contra del deudor correspondiente;

además la responsabilidad contractual únicamente nacerá del incumplimiento de una obligación contenida en el propio contrato y si se diera el caso de que el daño sufrido se debiera a causa del incumplimiento de una obligación anterior al contrato se estará incurriendo en responsabilidad extracontractual, ejemplo el desistimiento injustificado (observarse que hay dolo) de la declaración unilateral de la voluntad; o postcontractual cuando el contrato haya agotado sus efectos jurídicos o se haya declarado su nulidad absoluta o relativa, ésta última en el caso de que una de las partes conociendo la falta de algún elemento de validez en el contrato no le haya comunicado a la otra tal situación, estará obligada a resarcir el daño que haya sufrido por haber confiado sin culpa en la invalidez del contrato.

Asimismo se dice que el afectado puede dejar de invocar la reparación del daño por hecho ilícito, es decir extracontractualmente y limitarse solamente a la esfera contractual, siempre que así lo hayan acordado, de conformidad con el artículo 2117 del código civil para el Distrito Federal vigente, excepto la responsabilidad procedente por dolo, pues la renuncia de esta será nula:

"Artículo 2117.- La responsabilidad civil puede ser regulada por convenio de las partes, salvo aquellos casos en que la ley disponga expresamente otra cosa.

Si la prestación consistiere en el pago de cierta cantidad de dinero, los daños y perjuicios que resulten de la falta de cumplimiento no podrán exceder del interés legal, salvo convenio en contrario."

También aquí cabe mencionar que la cláusula penal sólo opera en la responsabilidad contractual, si el acreedor hace valer esta cláusula en el juicio no tendrá derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la indemnización es insuficiente. De tal suerte que tal parece que: "La extensión de la reparación parece hallarse más condicionada en la responsabilidad contractual ... que en la delictual". (98)

Puede ocurrir que debido a una cláusula de irresponsabilidad por culpa con negligencia, impericia o imprevisión, (excepto en materia de daño moral derivado de un incumplimiento contractual toda vez que los principios jurídicos no permitirían la renuncia de los derechos inherentes a la personalidad, sobre todo porque la mayoría de ellos representan garantías individuales reguladas en toda ley fundamental) el acreedor no podrá exigir una reparación por el daño sufrido, teniendo que recurrir a la responsabilidad extracontractual aunque también puede el supuesto acreedor acudir con el fin de hacer innecesaria la constitución en mora,

(98) Carbonnier, op. cit., p. 150

principio llamado de concurrencia o acumulación; al cual se oponen diversos autores como Planiol-Esmein, Rodière y Josseland, aludiendo que se puede hacer valer que las instituciones especiales derogar a las generales (en este caso la contractual deroga a la extracontractual), de las que se derivan, que una misma persona no puede adquirir al mismo tiempo el carácter de parte y tercero ya que al contratar ha sido su libre decisión; en el otro extremo encontramos a Bonnacase y Savatier quienes están a favor diciendo que hay una jerarquía de instituciones por lo tanto la extracontractual es superior a la contractual y en este caso la ley y el orden público son de mayor rango que el contrato, por otra parte en materia procesal el concurso de acciones es un mecanismo natural del procedimiento pues no sería justo que una posible víctima no pueda usar todos los medios que el derecho pone a su disposición para alcanzar la reparación del daño en primera instancia por el incumplimiento de una obligación contractual.

Por ejemplo el jurisconsulto Jean Carbonnier señala que los tribunales franceses han emitido resoluciones que se sustentan en la responsabilidad extracontractual para condenar a los causantes del daño fundándose en la idea de que la obligación violada no pertenecía realmente al contenido del contrato. Sin embargo continúa el citado autor, hay muy pocas resoluciones que en estos términos fueron emitidas salvo aquellas en las que la responsabilidad revestía una naturaleza penal.

Ambas responsabilidades se caracterizan en que la carga de la prueba la tiene el actor, misma que se presume a raíz de la culpa del causante del daño, en la contractual por el simple incumplimiento y en la extracontractual tendrá una dificultad mayor la probanza ofrecida por el actor; mientras que en la responsabilidad extracontractual el demandado probará que no fue quien cometió la acción causante del daño y en la contractual demostrará que si cumplió con lo establecido o bien deberá comprobar la existencia de un eximente que lo llevó a no cumplir.

Por su parte la mora en el ámbito contractual se produce por el vencimiento de las obligaciones a plazo y a falta de éste cuando el juez fije la fecha en la sentencia para cumplir la obligación, en cambio en la extracontractual se produce una vez que el deudor haya sido interpelado judicial o extrajudicialmente constituyéndose el monto de la indemnización a partir del día en que se produce el daño.

Habrá responsabilidad contractual por hecho ajeno en el caso de la representación tanto legal como convencional, (aunque no en el mandato por carecer éste de representación, salvo que se convenga dentro del otorgamiento de un poder ya sea especial o genera, para así surtir sus efectos frente a

terceros, claro es que si habrá responsabilidad contractual en el mandato, pero sólo entre el mandatario y su mandante) y en la extracontractual generalmente por una representación legal debido a la situación de dependencia que existe entre un padre y un hijo por ejemplo.

La prescripción para ejercitar la acción por reparación de daño es decenal en la responsabilidad contractual y para la extracontractual es bianual, destacando que el plazo para ejercitar la acción de reparación de daños en el campo de los delitos se suspende hasta antes de cerrarse el período de instrucción en el proceso penal o antes de otorgar el perdón a la víctima en la querrela.

En lo referente a la competencia territorial deberá interponerse la acción en materia de responsabilidad contractual ante el juez del lugar en donde deba cumplirse la obligación o a elección del actor en el domicilio del demandado o en su último lugar de su residencia para el caso de no tener domicilio fijo, o bien en el lugar donde se elaboró el contrato; y en la extracontractual el lugar del hecho o el domicilio del demandado. En cuanto a la competencia por materia ésta será de acuerdo con el contrato de la rama del derecho al que pertenezca, ya sea civil, mercantil, laboral, etc.; y en la responsabilidad extracontractual será conforme al tipo del delito que se haya cometido civil o penal. En lo relacionado a la ley se aplicará aquella que esté en vigor al momento del incumplimiento contractual o del hecho ilícito, sin efecto retroactivo alguno.

Ahora bien retomando nuestro tema central diremos que el daño moral si existe en la responsabilidad contractual, de lo contrario "...sería inícuo en materia contractual que en materia delictual negarle una satisfacción a aquél cuyo patrimonio moral ha sido lesionado; porque ha tenido el cuidado de celebrar una convención para asegurarse una ventaja de orden extrapecuniario, con frecuencia ha prometido una contrapartida en dinero; por ese hecho la avaluación del perjuicio se encuentra grandemente facilitada." (99) Ejemplo: "¿Cómo no condenar a el pago de daños y perjuicios al que, por querer cumplir un contrato relativo a las exequias, retiene los restos del difunto?" (100)

Para reparar el daño moral en la responsabilidad contractual, el afectado debe solicitarla acreditando su existencia y no una susceptibilidad fingida, un estado de incertidumbre o la eventual frustración del incumplimiento contractual, puesto que aquí no se presume como sucede en la

(99) *Mazeud, Op. Cit.*, p. 467
 (100) *Ibid.*, p. 468

extracontractual que por afectar deberes jurídicos prescritos por una ley que es de interés y de orden público, en el caso del derecho penal, ocurriendo lo mismo en el derecho civil puesto que la legislación lo prevé como una consecuencia de un acto ilícito; además la lesión es causada por un tercero que quizás nunca se tuvo el honor de conocer a diferencia de la contractual que en ella generalmente se sabe con quien se está creando la relación jurídica, al menos ya se conoce a la persona y tal vez por los lazos afectuosos que pueda haber entre ellos resultaría difícil creer que se lastimarian moralmente, y por último que en el campo de la responsabilidad contractual a menudo lo único que interesa es lo pecuniario mismo que se satisface con un cumplimiento equivalente, por ello es más difícil su presunción, situación que acarrea una ardua demostración de su existencia y magnitud, salvo que sea claramente notorio, todo esto a fin de que el juez pueda ordenar objetivamente su reparación, analizando las circunstancias que circunscriben al hecho para determinar si realmente pudo generarse el daño. Es así como en todo incumplimiento contractual que produzca un daño moral sea culposo o doloso deberá ser compensado mediante una retribución económica.

Si puede ser reparado el daño moral causado por el incumplimiento de una conducta lícita antes convenida, lo es con mayor razón en responsabilidad extracontractual por afectar intereses comunes en una sociedad perteneciente al derecho civil y por poder causarse el daño en cualquier momento. Intereses que "...tienen valor precioso en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los sagrados afectos." (101) Por ello es necesario que el daño moral para ser retribuido no baste con ser derivado de "...cualquier molestia, inquietud o perturbación del ánimo" (102), circunstancias "...que la vida con otros, en sociedad acarrea casi necesariamente, y el Derecho realista no puede desconocerlos." (103) Por tal razón la simple incomodidad del daño moral no es causa suficiente para obtener una retribución, sino que debe crear verdaderas angustias, depresiones u otras alteraciones psíquicas relevantes en la personalidad normal del individuo. De tal suerte que podamos encontrar un hecho ilícito que cause un daño moral ya sea con dolo o negligencia, originando así sólo una responsabilidad civil extracontractual.

Finalmente el artículo 1916 del código civil para el Distrito Federal vigente establece que la responsabilidad

(101) Mosset, Op. Cit., p. 130
 (102) Ib
 (103) Ib

contractual y extracontractual pueden ser consecuencia del daño moral, párrafo segundo parte inicial: "...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 inmaterial, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual."

CAPITULO CUARTO

DERECHOS QUE SALVAGUARDAN LA MORAL Y LA ESPIRITUALIDAD
DEL HOMBRE

4.1 Bienes jurídicamente tutelados (patrimonio moral).

El conjunto de bienes jurídicamente tutelados por el derecho civil y cuya violación provocan un daño moral forman parte del patrimonio moral y son los denominados derechos de la personalidad, personalísimos o también llamados derechos subjetivos, los cuales a través de la historia jurídica sólo han sido contemplados por el Derecho Natural o la Filosofía del Derecho, y no fue sino hasta 1909 cuando el juriconsulto francés Perreau incluyó a los derechos de la personalidad en el derecho positivo vigente, exactamente en el derecho civil.

Pero el antecedente más lejano fue la "actio injuriarum" en el derecho romano y la figura denominada "potestas in se ipsum o jus in corpus", con sus respectivos significados "potestad sobre el mismo o derecho sobre el cuerpo." En el siglo XVII la Escuela de Derecho Natural buscó que el Estado reconociera los derechos naturales del hombre precisamente por ser innatos a él, situación que terminó en ambiente político en 1789 con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que expone los derechos sagrados, naturales, irrenunciables imprescriptibles e inalienables de todos los hombres y mujeres, derechos que consisten en la igualdad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión de la clase privilegiada y de sus propios gobernantes, precisando los derechos individuales que incluyen a muchos de los derechos civiles y políticos. Y ya a mediados de nuestro siglo exactamente el 26 de junio de 1945 en San Francisco se firmó la Carta de las Naciones Unidas, la cual desarrolla y estimula el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales y que actualmente cuenta con 185 estados miembros; por su parte la Organización de las Naciones Unidas, sin quedarse al margen, por medio de su Asamblea General el 10 de diciembre de 1948 en París, aprueba la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, a través de un proyecto que contiene treinta artículos que conceptualizan en forma más amplia y actualizada los derechos humanos, conteniendo además de los derechos políticos y civiles, los derechos económicos, sociales y culturales, posteriormente el 16 de diciembre de 1916 se efectuaron dos pactos internacionales que se ocuparon de estos derechos, pero de manera separada, por un lado los políticos y civiles y por el otro los económicos, sociales y culturales; después la Proclamación de Teherán en 1968 exhorta al respeto por los derechos del hombre; además diversas organizaciones

regionales de estados han aprobado convenciones sobre derechos humanos, así por ejemplo lo hizo la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá el 2 de mayo de 1948 por la IX Confederación Internacional Americana, el Convenio de Salvaguardia Europea de los Derechos del hombre, aprobada en Roma el 4 de noviembre de 1950 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada en San José Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, la reciente Comisión Nacional de Derechos Humanos en la República Mexicana, por último debemos destacar que en la Edad Media los derechos humanos y/o los derechos de la personalidad, aunque para algunos sea increíble, también fueron contemplados en esa época, tal es el caso del honor que para los siervos significaba que el señor feudal, tuviera el primer encuentro amoroso con sus esposas en su primera noche de bodas. Actualmente organizaciones privadas también velan por el respeto a los derechos humanos como por ejemplo en Ginebra La Comisión Internacional de Juristas, en Londres Amnesty Internacional y en Nueva York la Liga Internacional por los Derechos Humanos y en México aunque no son instituciones privadas, el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) y la Comisión Nacional de Derechos Humanos están destinadas única y exclusivamente a proteger la vida espiritual de todo hombre, la primera aunque en algunos casos indirectamente pero la segunda en definitivo lo hace de manera directa.

Fue así como en el siglo XIX en la doctrina italiana, después de muchos debates, se concluyó que a pesar de estar regulados en el derecho penal y constitucional, deberían incluirse en el derecho civil, con el afán de que sea el propio agredido en su derecho subjetivo o derecho de la personalidad quien lo ejercite y así poder obtener una retribución económica que en algún modo pueda disminuir el daño moral sufrido. Convirtiéndose así los derechos humanos en derechos subjetivos dentro de la rama civil, pero en el derecho constitucional son derechos fundamentales.

Debemos resaltar que los derechos de la personalidad están contenidos en los derechos humanos, regulados en todas las leyes fundamentales de los países y que sus diferencias consisten en que los primeros pertenecen al derecho privado, mientras que los segundos al derecho público, en dicha diferencia se observa que la víctima será protegida de las violaciones que los derechos hagan los mismos particulares y en los derechos humanos será protegida de las arbitrariedades que cometan en su contra los funcionarios públicos representantes de los diversos organismos gubernamentales.

Con el ingreso de los derechos de la personalidad a la esfera del derecho civil cualquier persona estará facultada para ejercitar su acción ante la correspondiente autoridad

judicial, a fin de poder exigir el cumplimiento de una obligación a un tercero, siendo éste el significado del derecho subjetivo o como dice el reconocido autor Eduardo Zañoni que: "Cuando la facultad de actuación en la esfera propia de la persona se transforma en un concreto poder de actuar atribuido por la ley, aquélla se transforma correlativamente en el contenido de un derecho subjetivo." (104) Y de acuerdo con el derecho español los derechos de la personalidad ingresan al ámbito del derecho civil porque tanto éste "... como el derecho privado en general se basa en la dignidad de la persona humana y en la libertad de su desenvolvimiento. El artículo 10. del Fuero de los Españoles proclama como principio rector del Estado el respeto a la dignidad, la integridad y la libertad de la persona humana, reconociendo al hombre su cuantía portador de valores eternos y miembro de una comunidad nacional, titular de deberes y derechos, cuyo ejercicio garantiza en orden al bien común." (105) Es así como el derecho privado termina por contemplar los derechos de la personalidad que todo hombre posee, por ser simplemente humano, cuyas características principales son la intransmisibilidad, la indisponibilidad por su titular y la irrenunciabilidad, con el objeto esencial de conservar la dignidad del ser humano y el respeto para él mismo.

Es importante recordar que los derechos de la personalidad que enuncia el legislador de la reforma de diciembre de 1982 no son en su totalidad los atributos de la personalidad, como podría confundirse, estos atributos forman parte de los bienes jurídicos que tutelan los derechos de la personalidad como sería el caso del derecho al nombre y al patrimonio, e inclusive podría hablarse de que el atributo como es el caso del patrimonio (atributo de la personalidad) el cual puede ser material o moral, contiene al derecho de la personalidad, pero nada más, por lo tanto son figuras jurídicas que no deben confundirse.

Los derechos de la personalidad cuya característica principal es que su violación causa un daño moral puro (recuérdese la clasificación del daño moral a que alude el jurista Eduardo A. Zañoni y que comentamos en el capítulo anterior) tampoco deben confundirse con el derecho que su misma libertad le da a toda persona jurídica para contratar, testar, casarse o bien para constituir algún derecho real o crear un derecho personal, a pesar de que en un sentido amplio estos derechos también puedan ser derechos de la personalidad, como lo es todo el derecho, pero estos derechos en muy pocas

(104) Zañoni, Op. Cit., p. 27

(105) Santos Bfiz, Op. Cit., p. 162

ocasiones o quizás nunca causen un daño moral puro, sino que también podrán causar un daño económico.

Los derechos de la personalidad han sido definidos por diversos doctrinarios y de tales definiciones transcribiremos los párrafos, que a nuestro parecer son los más precisos para definirlos: El jurista Ferrara dice que los derechos de la personalidad "... aseguran al individuo el señorío de su persona, la actuación de las propias fuerzas físicas y espirituales" (106); o bien como señala Degni "... se dirigen a garantizar a la persona el goce de las facultades del cuerpo y del espíritu, atributos esenciales de la misma naturaleza humana condiciones fundamentales de su existencia y de su actividad" (107); por su parte Mario Rotondi en su obra las Instituciones de Derecho Privado los considera como derechos subjetivos que imponen "... la obligación negativa de una abstención que se traduce en el respeto de todas las legítimas manifestaciones de la personalidad ajena" (108) Joaquín Díez Díaz manifiesta que regulan "... las diversas proyecciones psíquicas o físicas de la persona misma" (109) por último Castán Tobeñas dice que son "... Bienes constituidos por determinados atributos o cualidades físicas o morales del hombre, individualizados por el ordenamiento jurídico". (110)

Después de conocer el criterio con el que definen los citados juristas a estos derechos, proponemos la siguiente definición: Son todos los derechos innatos a toda persona jurídica capaz o incapaz oponibles frente a cualquier persona, contemplados por el derecho civil para proteger todos sus bienes físicos y espirituales, y de cuya violación siempre se cause un daño moral. Esta definición nos obliga a dar una definición propia del derecho subjetivo a fin de entender mejor los derechos de la personalidad, de tal suerte que el derecho subjetivo corresponderá a la facultad que toda persona jurídica tiene de poder exigir jurisdiccionalmente al causante una retribución económica por el daño moral sufrido, haciendo valer el respeto que merecen sus derechos de la personalidad. "... Siendo misión de los juristas, principalmente de los

- (106) Gutiérrez y González Cit. Pos. Ferrara a su vez citado por Castán Tobeñas José en su obra Los derechos de la personalidad en nota 5- Díez Díaz Joaquín, Derechos de la personalidad o bienes de la persona, p. 777
- (107) Gutiérrez y González Cit. Pos. Degni, citado por Castán Tobeñas José en su obra Los derechos de la personalidad, p. 777
- (108) Gutiérrez y González Cit. Pos. Mario Rotondi, Instituciones de Derecho Privado, p. 777
- (109) Gutiérrez y González Cit. Pos. Díez Díaz Joaquín, Derechos de la personalidad o bienes de la persona, p. 778
- (110) Gutiérrez y González Cit. Pos. Castán Tobeñas José, Los derechos de la personalidad, p. 778

Tribunales, valorar en cada caso los principios básicos para delimitarlos y aplicarlos con objeto de garantizar siempre la justicia en la actuación práctica de los derechos de la personalidad." (111)

A consecuencia del no ejercicio de los derechos de la personalidad la gran mayoría de los jurisconsultos y litigantes cuestionan cruelmente el objeto de estos derechos, afortunadamente existen algunos otros que esclarecen sus dudas diciendo que los derechos que todo ser humano posee por el sólo hecho de serlo, le impiden perder su dignidad, caer en el abismo de la depresión tan frecuente en esta época de crisis espirituales y económicas o simplemente el sentir algún dolor que demerite su desarrollo y al contrario al ser respetados le brindan en gran parte la felicidad y tranquilidad que toda vida pudiera tener.

Entonces diremos que los derechos de la personalidad se caracterizan por ser generales, es decir que todos pueden ser titulares y defensores de estos derechos, por ende son oponibles frente a todos; tienden a convertirse en derechos subjetivos privados cuando son violados, forman parte del patrimonio moral de cada persona tanto física como jurídicamente colectiva, son intransmisibles y por lógica no susceptibles de formar parte del acervo hereditario, salvo que la acción por daño moral la haya ejercitado en vida la víctima a lo que sólo los herederos tendrán derecho a continuarla a fin de salvaguardar la reputación y el honor del difunto siempre que exista tal daño, creemos pertinente comentar que sólo en estos casos y de acuerdo con la práctica y el criterio del juez será procedente la retribución económica por daño moral, ya que en la violación de otros derechos de la personalidad podría pensarse que se está comerciando con los sentimientos y lo que es peor con los derechos de un tercero que ya ni siente el dolor ni puede comprobar que sufrió un daño espiritual, siendo ahora oportuno y procedente conforme a lo establecido en la figura del daño moral que los herederos ejerciten la acción por su propio derecho y en su carácter de víctimas o víctima. Los derechos de la personalidad son irrenunciables, en el caso de ser garantías individuales, pero en el derecho argentino pueden ser renunciados siempre que la disposición, no sea contraria a la moral, a las buenas costumbres y a la ley, debiendo otorgar su expreso consentimiento para renunciar a dichos derechos podrá ser libremente revocado, pero si la retractación causa daño deberá resarcirse salvo disposición en contrario, en lo relativo al consentimiento de los incapaces puede ser suplido por su representante legal, pero requiere el asentimiento del incapaz, sobretodo en los casos en los que a pesar de su incapacidad pueda discernir (momentos de lucidez o

(111) Santos Briz, Op. Cit., p. 164

cuando el menor tenga dieciséis años) en el caso de personas fallecidas sus herederos testamentarios o intestamentarios darán el consentimiento y para el caso de haber controversia, lo hará el juez; retomando los caracteres de los derechos de la personalidad, estos también serán imprescriptibles, mientras no sean garantías individuales aunque claro sólo para algunas legislaciones son imprescriptibles como lo es la española, porque para la mexicana de acuerdo con el artículo 1934 del Código Civil para el Distrito Federal vigente prescriben en dos años contados a partir del día en que se haya causado el daño, lamentablemente para los mexicanos estos derechos subjetivos privados tienen que prescribir cuando en realidad debieran ser imprescriptibles, ya que puede ocurrir que después de dos años la víctima que haya sufrido una agresión en sus derechos de la personalidad se configure el daño moral, debido a que después de ese tiempo se detecte alguna enfermedad, pero lo fundamental es que no podemos limitar con el tiempo la dignidad, el respeto, la tranquilidad y la felicidad a que todo ser humano tiene derecho, claro que va a ser más difícil probar el daño, pero bien podría ampliarse el plazo de prescripción.

Para terminar con el desarrollo del tema, expondremos su clasificación; no sin antes apuntar que aquellos derechos que ya se encuentran contemplados por el derecho constitucional como lo son la vida la libertad, etc. o bien los tutelados por el derecho penal que configuran delitos que siempre ocasionarán un daño moral para la víctima, o aquellos derechos de la personalidad contemplados en diversas leyes como es el derecho al cadáver, los derechos de autor, el derecho al secreto telefónico y telegráfico, pero no contenidos en el citado Código Civil y que también la violación a estos derechos puede causar un daño moral; no incluiremos dentro del capítulo los dos primeros grupos que mencionamos porque ya son conocidos, los segundos los analizaremos someramente al final del capítulo debido a que sólo nos avocaremos a los regulados por el legislador en el artículo 1916 de dicho código, para así estudiarlos profundamente y poder entender porque el legislador sólo incluyó a éstos y posteriormente concluir si fue lo más correcto o debió no limitarse, todo ello con el fin de proponer alguna reforma o aplaudir el avance que en la materia tuvo nuestra legislación.

Carbonnier distingue dentro de los derechos que protegen al cuerpo humano, los que operan contra tercero o en contra del propio individuo, protegiendo además los derechos sobre el nombre, la libertad personal, el honor, la correspondencia, la imagen y los derechos no pecuniarios del actor, por su parte el jurista Nipperday agrega la palabra hablada, la filiación sanguínea esfera secreta, respeto a la esfera privada y al mundo sentimental de la persona, derecho a la libertad de afirmación (debiendo incluir también la de

negativa), por último defensa en el proceso penal; De Cupis especialista en materia de daños habla de un derecho al nombre, comprendiendo el sobrenombre, el seudónimo y los nombres extrapersonales (refiriéndose a los nombres de fantasía), derecho al título y un derecho al signo figurativo formando parte de estos derechos el de la identidad personal. Para Gangi existe un derecho al libre desarrollo de una actividad incluyendo un derecho a la libertad de locomoción, de residencia y de domicilio, derecho a la libertad matrimonial, contractual, comercial y de trabajo, en lo particular agregamos el derecho a la libertad sexual; el derecho al secreto epistolar y el derecho al secreto telegráfico y telefónico.

Para el prestigiado jurista Zanoni los derechos de la personalidad están dirigidos a proteger la integridad física y existencia de toda persona, teniendo en ésta última una manera de reconocerse y valorarse a sí mismo. Independientemente de coincidir o no con alguna de las clasificaciones, es una inquietud manifestar que nos adherimos a la opinión del autor francés Roger Nerson quien asegura que los derechos de la personalidad no pueden avocarse a una clasificación que especifique cuales son los derechos, ya que sería circunscribir cada uno de ellos a una época y un lugar, y esto es cierto porque la cultura de cada sociedad es diferente, y conserva sus propios derechos de la personalidad, por tal razón sólo debemos acatar una clasificación en sentido general que nos lleve a conocer la parte física y afectiva de cualquier ser humano.

Sin embargo nuestro artículo 1916 del Código Civil antes citado describe lo contrario, enunciando los derechos subjetivos privados que puede hacer cualquier persona víctima de un daño moral, mismos que a continuación analizaremos.

4.1.1 Bienes jurídicos enunciados en el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal vigente.

Como ya lo habíamos comentado ahora nos avocaremos al estudio y análisis de los bienes citados en dicho artículo, indicando a que parte del ser humano pertenecen si a la parte afectiva o la social pública del patrimonio moral de todo ser humano.

4.1.2 Los sentimientos y afectos.

Por sentimiento debe entenderse la acción y efecto de sentir física y espiritualmente, acompañada esa acción de

gusto, placer, deleite o de una impresión agradable o desagradable; y para nuestro particular punto de vista es una forma muy propia de percibir todos los estados de ánimo por los que puede atravesar cualquier persona; y por afecto se entenderá la inclinación cariñosa hacia alguien o algo o bien amistosa hacia alguien. Por ejemplo es usual que una persona se encariñe con su automóvil porque "... es una extensión de sí mismo. Lo mira, lo cuida, lo baña, le habla y comparte hasta sus más íntimos secretos con éste ..." (112)

Es así como por una parte encontramos a los sentimientos del yo superficial, identificados como los cinco sentidos fisiológicos los cuales pueden hacer sentir un dolor o placer, algo agradable o no, etcétera y por otra parte los del yo profundo los sentimientos de amor, odio, ternura, amistad, misericordia, desprecio y demás, los cuales serán percibidos por cada persona en forma distinta convirtiéndose los de amor y amistad en afectos. Y sin importar a que tipo de yo pertenezcan el artículo 1916 estipula indemnizarlos cuando se vean dañados.

El reconocido autor mexicano Ernesto Gutiérrez y González acertadamente clasifica a los sentimientos y afectos en dos grupos uno para la familia y otro para los amigos. Encontrando en el primero el amor y afecto que se profesa a los parientes por consanguinidad, afinidad o adopción; por regla general es así pero no siempre, todos debemos amar a nuestros padres, hermanos, hijos, abuelos, tíos, primos, por el sólo hecho de haber nacido en ese seno familiar, y aunque tenemos la oportunidad de escoger a la persona con quien formar una familia también debemos incluir al cónyuge y a todos los parientes por afinidad, reforzando tal amor con la convivencia diaria que tenemos durante nuestra vida. También encontraremos el amor a los recuerdos familiares ejemplificados en las fotografías, condecoraciones y objetos materiales que han pertenecido a distintas generaciones, entre otros; el artículo 216 del código civil para el Distrito Federal en vigor, en alguna forma regula los recuerdos de familia, señalando que se fijará el valor estimativo o de afecto si se prueba que el responsable lo hizo con el ánimo de lastimar al propietario. También se encuentra el amor que se profesa a las criptas y tumbas familiares por ser los sitios que guardan los restos de sus seres queridos y el refugio a donde pueden acudir para sentirse cerca de ellos "... y especialmente destinados a perpetuar su memoria y mantenerla viva en el seno de la familia y la sociedad." (113). Por ende el respeto y amor al cadáver del ser querido, incluyendo la misma disposición que el mismo

(112) Horizontes, Revista de automóviles, Como vender un automóvil General Motors, de Alfred P. Sloan, p.

(113) Zanoni Cit. Pos. Díaz de Guisjarro Enrique, La inhumación de cadáveres y las relaciones jurídicas familiares, p. 379

difunto le haya dado a su propio cadáver, ya sea enterrándolo, inhumándolo, o bien donando sus órganos vitales, o a falta de disposición propia la que los familiares quisieran darle. Desafortunadamente no se ha legislado nada sobre donación de órganos y nosotros por sí solos no hacemos la donación quizás por cuestiones religiosas, temor, imprevisión o simplemente no estamos educados para ello.

En el grupo de la amistad también podemos encontrar los recuerdos, las fotografías, las criptas y tumbas, porque a veces un amigo es para nosotros más que un hermano, o lo consideramos parte de nuestra familia.

Por fortuna el legislador a través de la figura jurídica del daño moral, tuteló los sentimientos de dolor, angustia, depresión y enojo que provoca la agresión a los sentimientos de amor, amistad, cariño, estima etc., llamándolos positivos y los de odio, tristeza, molestia, etc., serán negativos, sean positivos o negativos los sentimientos deben ser respetados, por lo que ninguna persona tiene derecho a burlarse ni a lastimar a otra en sus sentimientos o afectos, por ser propios e individuales de cada ser humano, finalidad del Derecho que se traduce en la protección a la vida, la cual no sólo incluirá a la vida física, sino también la psíquica y espiritual del hombre, características últimas que distinguen a éste de los animales y vegetales, ubicando en ellas a los sentimientos y afectos. Sin duda que está por demás recordar que estos bienes pertenecen a la parte afectiva del patrimonio moral de cada hombre y mujer del planeta tierra.

4.1.3 Las creencias.

Una creencia es la firme convicción que se tiene acerca de algo como verdadero, aún cuando no esté demostrado, tal es el caso de la creencia religiosa o las famosas creencias sobre esoterismo, fantasmas u ovnis; o bien el convencimiento de pertenecer a determinado grupo o ideología política por considerar que es la mejor opción para obtener un avance social, económico, cultural, tecnológico, etc.

Además del artículo 1916 del Código Civil citado, que regula la libertad de las creencias, debemos invocar los artículos 24 y 130 constitucionales, los cuales establecen la libertad que todo hombre tiene para profesar cualquier culto.

"Artículo 24.- Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley

El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna.

Los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos. Los que extraordinariamente se celebren fuera de éstos se sujetarán a la ley reglamentaria.

Artículo 130.- El principio histórico de la separación del Estado y las iglesias orienta las normas contenidas en el presente artículo. Las iglesias y demás agrupaciones religiosas se sujetarán a la ley.

Corresponde exclusivamente al Congreso de la Unión legislar en materia de culto público y de iglesias y agrupaciones religiosas. La ley reglamentaria respectiva, que será de orden público desarrollará y concretará las disposiciones siguientes:

... c) Los mexicanos podrán ejercer el ministerio de cualquier culto. Los mexicanos así como los extranjeros deberán, para ello, satisfacer los requisitos que señale la ley...".

Y en cuanto a las creencias políticas el artículo 35 constitucional en su fracción III establece que:

"Artículo 35.- Son prerrogativas del ciudadano:

... III. Asociarse libre y pacíficamente para tomar parte en los asuntos políticos del país..."

En relación a las creencias de fenómenos sobrenaturales todos tienen derecho a ser respetados y no criticados, de lo contrario podrían ser víctimas de un daño moral al verse como anormales frente a los demás. Es importante remarcar que así como existe una libertad para creer en lo que cada uno desee, también hay una restricción para que con sus propias creencias no afecten a un tercero. Por ejemplo la psicosis que estas creencias pueden engendrar en personas sensibles, es decir que puedan resentir con mayor facilidad el daño.

Refiriéndonos al derecho a creer en la ideología política que más les convenza, manifestando su simpatía por cualquier partido o grupo político.

Para finalizar no podemos dejar de decir que estas creencias deben alejarse del fanatismo, para así evitar las frecuentes tragedias mortales que se han venido dando y además retirarse de los "cargos de masas" con el sólo fin de lucrar y buscar un nivel económico alto para sí mismo. (Hablamos de los malos líderes políticos).

Las creencias como derechos de la personalidad pertenecen a la parte afectiva del patrimonio moral, salvo las creencias de tipo político que convierten al seguidor en funcionario público, terminan por formar también, parte de la esfera social-pública de su patrimonio no económico.

4.1.4 El decoro, el honor y la reputación.

Tanto el honor o decoro como la reputación son derechos personales que pertenecen a la parte social y pública del patrimonio moral, mismos que provocarán un daño inmaterial objetivo, (debemos recordar la partes que en el daño moral existen, la afectiva y la social pública, ocasionando un daño inmaterial objetivo en esta última), esto se origina porque no todos los seres humanos, sino sólo un grupo de ellos que comparten un mismo lugar y una época sentirán de acuerdo con sus costumbres, que puede ser afectado su honor y reputación. Todo dependerá del concepto que sobre ellos cada grupo social o individuo propio tenga; así por ejemplo en México es mal visto y se dice que el honor y la reputación de una familia no va a ser burlado por la deshonra que un "caballero" haga sobre una jovencita, situación que en los países del viejo mundo es normal que las jóvenes a muy temprana edad "alteren la reputación de su familia y su propio honor" por ser muy natural mantener relaciones sexuales extramaritales e incluso la unión libre, con el fin de conocerse mejor antes de contraer matrimonio y si no conviene la relación de pareja, evitarse los trámites del divorcio, para luego iniciar con toda libertad otra relación sentimental.

Es así como el legislador en el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal vigente, incluyó a estos derechos aún sin definirlos confundiendo el honor con decoro, mismo que proviene del latín decorum que significa honor y respeto que se debe a una persona, pureza, honestidad; y honor es una cualidad moral que lleva a cumplir con el deber y todo deber se funda en la honestidad, dignidad y respeto, situación que nos hace pensar respecto al artículo 1916 que decoro / honor son bienes diferentes, y como ya vimos son sinónimos. También el honor puede entenderse como una acción meritoria, de ahí que el maestro Ernesto Gutiérrez y González diga que el título profesional es un derecho de la personalidad basado en el honor (y no como título nobiliario, pues como es sabido, en México no se permite). Sin embargo la palabra reputación aunque también en esencia significa honestidad, respeto, honor, lo es pero a diferencia de las otras lo es frente a los demás, porque es una especie de honor externo.

Tal y como lo define el renombrado jurista italiano De Cupis, el honor "... es la dignidad personal reflejada en la consideración de los terceros y en el sentimiento de la persona misma." (114) De la misma definición se desprende que el honor puede ser objetivo o subjetivo. Cuando nos referimos a éste

último "... es el sentimiento de nuestra propia dignidad ... (115) y el honor objetivo, "... es el reconocimiento que de esa dignidad hacen los demás ... siendo éste además la buena reputación ..." (116)

Debemos resaltar que el honor subjetivo puede o no coincidir con el honor objetivo, según el tiempo y el lugar en el que se encuentre la persona, por ejemplo: En el siglo pasado y todavía a principios de siglo el honor y la reputación se "limpiaban" batiéndose los caballeros en un duelo", llamando a la muerte en una forma tan elegante que hasta debían tener "padrino de armas". Y el que moría lo hacía con dignidad así como también el que continuaba con vida; ahora la ley no permite "los duelos a muerte" y aún cuando uno lo quiera hacer para limpiar su honra lo único que lograría sería convertirse en un delincuente al cometer el delito de homicidio.

Algunos autores como el mexicano Gutiérrez y González indican que hay diversas especies del honor, como lo es el profesional, el individual y el civil o político, entre otros. El jurista argentino Zanoni agrega el honor conyugal o adulterio. Por su parte el jurista español Santos Briz habla de un honor comercial o mercantil, al proteger el crédito y la buena fama del comerciante, por último el científico. En sociedades como la nuestra eminentemente latina; debemos incluir el honor de una mujer casta pura y honesta, aunque jurídicamente el Código Penal para el Distrito Federal en materia común y en materia federal para toda la República vigente, ya lo suprimió, sin embargo nuestra cultura y educación lo sigue aceptando, pues es muy lamentable la mala reputación de la mujer.

El honrar la memoria de los difuntos es una especie de honor para ellos, aunque no de ellos, ya que hay una tesis negativa en el derecho argentino que señala lo siguiente: "... los muertos no son ni pueden ser sujetos pasivos de los delitos contra el honor porque ya no son personas." (117) "Sin embargo esta tesis negativa no desconoce que las ofensas a la memoria de los difuntos, lo sean a la vez para el honor de sus parientes vivos. Y entonces ... la afirmativa sostiene la resarcibilidad del menoscabo moral que, como damnificado directo, sufre la persona a quien afecta la lesión inferida a la memoria del pariente fallecido." (118) "Si alguien ofendiera la memoria de mi padre muerto -dice Prats Cardona- mi derecho a querrelar al ofensor no deriva, por herencia del que hubiere podido ejercitar aquél en vida, sino de mi propio derecho al

(115) Gutiérrez y González Cit. Pos. Castán Vázquez José María, Los derechos de la personalidad, p. 789

(116) Ib

(117) Zanoni Cit. Pos. Del voto del Doctor Alberto S. Millán en el Proyecto Soler de 1960 del Código

Penal, p. 375

(118) Ibid, p. 376

respeto que conservo por el mismo y que nadie puede herir impunemente, porque su memoria no es una vaga o abstracta entelequia ubicada en regiones siderales; constituye un valor positivo y concreto dentro de ese mundo espiritual que me pertenece y del que soy legítimo custodio." (119) En nuestro país, el honrar a los difuntos no es la excepción, pues el primero y segundo día del mes de noviembre de cada año puede verse la prueba más fidedigna de ello, con las ofrendas y los cementerios adornados con flores. Es por eso que la ofensa más que para el difunto es para la familia porque sería como agredir el amor, el respeto que se le tuvo en vida y que todavía se le sigue teniendo aún de muerto, dejando el derecho a la propia familia para ejercitar su acción por el daño moral ocasionado.

En la legislación mexicana el honor es directamente regulado a través de los delitos de golpes y otras violencias físicas simples ya derogados, hoy sólo son lesiones en primer grado, los cuales a pesar de no poner en peligro la vida, sí ponen en peligro la dignidad del ser humano y el respeto a sí mismo y frente a los demás; delitos de injurias, difamación y calumnia en el Código Penal para el Distrito Federal vigente. "La injuria es la ofensa de palabra o de hecho a la dignidad o decoro de una persona; la difamación consiste en deshonrar o desacreditar a otro comunicando a terceros especies idóneas para afectar su reputación; la calumnia consiste en atribuir falsamente a otro la comisión de un delito doloso o una conducta criminal dolosa; la difamación calumniosa se configura cuando la atribución falsa lo es de una conducta dolosa o criminal indeterminada." (120) Y en alguna forma también los delitos contra la moral pública y las buenas costumbres contenidas en el título octavo del código aludido.

También el honor es regulado en la Ley de Imprenta de 1917, la cual en su artículo 27 concede un derecho de rectificación y otro de respuesta a las autoridades, empleados o particulares, mediante una publicación gratuita en los periódicos donde hayan faltado a su honor por escribir un texto o hacer un dibujo como las famosas y simpáticas caricaturas que sobre muchos políticos se han hecho. El derecho de respuesta o replica no debe ser una forma de ofender al agresor, sino un medio de defensa o justificación frente al público.

Dentro del derecho civil también el honor aunque en forma indirecta es regulado en el derecho familiar a través de

(119) Zanoni Cit. Pos. Del voto del Doctor Prats Cardona en el Proyecto Solar de 1960 del Código Penal, p. 376

(120) Gutiérrez y González Cit. Pos. Proyecto del Código Penal Argentino, artículos 149, 150, 151, p. 355

las causales de divorcio como son el adulterio, las injurias, la calumnia, la sevicia, las amenazas, el impugnar la paternidad; en materia de contratos exactamente en el de esponsales se protege la reputación del prometido inocente y en el de donación, el donante puede revocarla si el donatario ataca su honra; en el derecho sucesorio la situación se repite en el artículo 1316 fracciones II, III y IV, aquí se observa que el ataque al honor no siempre será sólo contra su propia persona sino también en contra de su familia el cual también es tutelado, y el artículo 1317, en materia de alimentos, el cónyuge supérstite y el cónyuge inocente en el rompimiento del vínculo matrimonial tiene derecho a recibirlos mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente; también se observa en las precauciones que deben tomarse para acreditar que la viuda está encinta no deben afectar su pudor ni su libertad.

En lo referente al ejercicio de las acciones el ofendido puede ejercitar la acción civil sin haber la necesidad de hacerlo por la vía penal, o bien a pesar de que se haya ejercitado esta acción, si el victimario o procesado fue absuelto por alguna excluyente de responsabilidad o causa de justificación, la víctima gracias a la reforma de 1982 podrá solicitar mediante vía civil la retribución económica por daño moral, ya que, y como lo hemos explicado en capítulos anteriores a través de la vía civil se protege a la víctima solamente y en la vía penal a toda una colectividad además se juzga exclusivamente la actividad del delincuente y no la dañosa siendo ésta última la importante para el derecho civil, pues sirve de parámetro para cuantificar dicha retribución.

Cabe resaltar de manera breve cual es la forma de retribuir económicamente el daño moral sufrido a causa de la afeción en el honor y la reputación de una persona, ya que del tema nos ocuparemos ampliamente en uno de los puntos del último capítulo. De tal suerte que la reparación del daño material en la agresión del honor y la reputación se hará mediante el pago del perjuicio que haya tenido el ofendido al ser injuriado, difamado o calumniado, además de pagar los gastos y costas del juicio, especialmente en los casos de un artista o de una persona jurídicamente colectiva, pero la compensación del daño moral puro se hará a través de la retribución económica que para tal efecto fijará el juez competente. En lo referente a la cuantía el jurista argentino Eduardo A. Zanoni señala que "... la medida de la indemnización deberá atender tanto a la magnitud del agravio, según las circunstancias del ofendido como a la calificación de la conducta del ofensor. Así, v.gr., no será lo mismo, a los efectos de cuantificar el daño, la calificación de la conducta meramente culposa del ofensor que en virtud de la ausencia de dolo o animus iniurandi excluye el

delito penal que la actitud deliberada es dolosa encaminada a provocar el agravio al honor del ofendido." (121)

No coincidimos con la postura del autor porque el fin del daño moral es la obtención de la retribución económica con base en el mismo daño moral y nunca en la actividad dañosa del ofensor aún cuando la acción de reparación de dicho daño se ejercite dentro del proceso, lo comentamos por aquello de que el criterio del juez puede influenciarse con la resolución del proceso penal. Por otra parte la retribución puede ser satisfactiva, esto es porque con la cantidad económica recibida la víctima puede en alguna forma aligerar su dolor y neutralizarlo con la retractación que el ofensor haga de su acción de daño debilitando así dicho daño, aún cuando no lo borre, esto se debe a que el efecto de una causa disminuye otro por la concurrencia de uno opuesto; esto deberá realizarse mediante una publicación de la sentencia que para tal suceso el juez haya ordenado.

La retractación deberá ser ordenada en la sentencia y a solicitud del ofendido en el mismo periódico. Esta publicación de retractación funge para la doctrina en general como una reparación por equivalente, aunque claro es que pueden darse ambas, tanto la pecuniaria como ésta, en una cita de la obra del doctrinario Zanoni se nos indica que la retractación tiene un doble efecto: "... 1) el de dar publicidad a la retractación operando así como un complemento del resarcimiento del daño causado por la ofensa, resarcimiento de tipo moral porque también puede haberse decretado uno de tipo pecuniario; y 2) esa publicación, en el mismo periódico en el que se propaló la ofensa, tiene por virtud sancionar de esta manera al director del periódico, quien así aprenderá a no prestar las columnas de su periódico. Es una obligación impuesta tanto al dueño del periódico como al ofensor." (122) Pero también el Tribunal puede ordenar que el ofensor no se retracte en el mismo medio de comunicación, tal y como se observa en una resolución emitida por los tribunales argentinos, en la cual se ordena que aún cuando la ofensa no se haya dado en el mismo medio de comunicación, la retractación deberá hacerse en el medio de comunicación más difundido como lo es la televisión, con mayor razón debe hacerse en el mismo medio en donde se haya hecho la ofensa pues así el medio televisivo que transmita la retractación no perdería la credibilidad que como medio informador y educativo debe tener; sin embargo en nuestro país no ocurre así, pues en lo que respecta al medio periodístico para los dueños de los "diarios" lo más importante es vender y lucrar "diariamente" y ya muy poco les interesa informar con

(121) Zanoni Op. Cit., p.p. 360 y 361

(122) Zanoni Cit. Post., Luqui, Un caso de exceso de poder p.p. 365 y 366

veracidad e imparcialidad, más aún para la televisión en donde el dinero fluye y corre incansablemente como las aguas del río Amazonas; por tal razón invitamos a los tribunales mexicanos para que el derecho de rectificación, réplica y retractación se haga por el mismo medio televisivo, precisamente por ser el medio masivo con mayor audiencia y sobretodo que las generaciones nuevas no vean que hay gente intocable, por el contrario que aprendan y conozcan a la gente que acepta sus errores y entonces si sea un medio creíble y educativo. Obviamente que en el caso de un libro es difícil hacer la retractación en el mismo, pero si podría publicarse una edición especial, incluyendo la sentencia condenatoria, utilizando el escritor sus ganancias en el nuevo libro.

4.1.5 La reputación de las personas jurídicamente colectivas.

Las personas morales, tal y como lo define el artículo 25 Código Civil para el Distrito Federal vigente, o jurídicamente colectivas también pueden verse afectadas en su patrimonio moral por la agresión y descrédito que un tercero haga sobre su reputación.

El sentido objetivo del honor, identificado por la doctrina como reputación, fama o crédito que una persona física o moral tiene dentro de su patrimonio no pecuniario (de conformidad con lo establecido por el artículo 1916 del citado código, indica que: "Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en ...", debiendo comprender que debe incluirse a la persona moral también, ya que no hace diferencia alguna), de acuerdo con la legislación y doctrina mexicanas, es uno de los dos bienes jurídica e indirectamente (porque no menciona claramente el artículo 1916 a las personas morales) tutelados y reconocidos por el legislador. Aunque a decir verdad, las personas jurídicamente colectivas: ¿Serán en realidad víctimas de un "daño moral puro"? Al respecto nosotros consideramos que no lo son por la siguiente razón: Una sociedad mercantil cuyo fin es el lucro, al poner en duda la reputación, fama y crédito de su nombre frente a la clientela, proveedores y acreedores se verá afectada en su honor objetivo, pero no sólo existirá un daño moral (de conformidad con el citado artículo 1916) sino también un daño pecuniario y por consecuencia un perjuicio, el cual para estas sociedades será el más preocupante, ya que estaría en juego un gran capital. Muchas personas dirían que lo más importante para ellas sería el daño moral porque resultaría más fácil arrancar el problema de raíz, es decir deberá demandar una retribución económica por el daño moral sufrido ya que al corregir su mala reputación inmediatamente su patrimonio pecuniario se reestablecerá e incrementará, pero en esencia y lo más trágico para estas

personas será perder su patrimonio económico que el moral. Sin embargo el honorable lector pensaría objetando, y con justa razón que las sociedades civiles y asociaciones civiles no tienen por objeto el lucro, aunque el fin de esta última sea preponderantemente económico, por lo tanto no se estaría poniendo en juego un extenso capital y lo más dramático para ellas sería el perder su buena reputación por el daño moral ocasionado, pero aún cuando vayamos en contra del artículo constitucional que permite asociarse y del artículo 25 del código de derecho privado invocado, el cual le da los mismos atributos que a una persona física; diremos que la persona jurídicamente colectiva como ente sujeto a derechos y obligaciones e independiente de la integridad de las personas físicas, no posee un espíritu como lo tiene la persona física, por lo que consideramos que esta persona no podrá demandar un daño moral puro, además de carecer de sentimientos que le impidan sufrir y experimentar el dolor causado, por ello creemos que quien tendría mejor derecho, es decir legitimación activa, para reclamar en juicio una afección por daño moral serían los socios como personas físicas, aduciendo que ejercitan la acción por el hecho de pertenecer a una sociedad o asociación cuyo "nombre" ha sido severa y públicamente criticado. Incluso el maestro Gutiérrez y González en su obra intitulada El Patrimonio dice que más que una afección en la reputación ocurre en el buen o mal nombre de la sociedad, aunque el citado autor nos confunde con su ejemplo de una sociedad denominada "Los Malditos, S.A." ya que el buen o mal nombre de la sociedad dependerá de la actividad a la que se dedique y por ende el nombre termina siendo objeto de comercio.

Empero como por el momento no podemos ir en contra dichos preceptos legales ni tampoco de las diversas teorías estudiadas por todos los juristas en relación a la ficción jurídica que existe en las personas morales (hemos tratado de evitar tal denominación en primer lugar porque creemos más correcto la de jurídicamente colectivas, porque hablar de personas morales sería entender que hay personas amORALES; y en segundo término porque al ser nuestro tema central el daño moral y estar anotando el de personas morales conjugado al mismo tiempo con el de daño moral estaríamos redundando demasiado además de confundir al lector con el nombre de las dos figuras jurídicas, tema que sería de excelente importancia y que nos llevaría a ocuparnos de su estudio y análisis para reestructurar su denominación en otro momento) teniéndolas como si fueran personas físicas en cuanto a que les otorgan los mismos atributos personales, si creemos justo prevenir al órgano jurisdiccional para que en el momento procesal oportuno que tenga para dictar sentencia definitiva que determine el monto de la retribución económica que deberá recibir una empresa, sociedad o asociación por concepto de daño moral, deberá ser menor al recibido por una persona física, sobretodo

porque no sólo será compensado el daño moral sino también reparados los daños y perjuicios; y aún cuando ya se haya superado la dependencia que existía entre el daño moral y el económico, no debemos olvidar que las personas jurídicamente colectivas en su gran mayoría más temen perder su capital al verse afectadas por una mala reputación, que temer a dicha afección y sufrir el dolor y rechazo que cualquier persona física pueda sentir en convivencia diaria con la sociedad.

En virtud de tal razonamiento podemos afirmar sin lugar a dudas que las personas jurídicamente colectivas (sociedades, asociaciones, sindicatos y corporaciones) para exigir una retribución económica por daño moral sufrido no necesitan recurrir a la aplicación de la filosofía pura del derecho que nos explica la esencia de la moral, la existencia de una espiritualidad de una subjetividad, de una immanencia, de una inmaterialidad que posee todo ser cognoscente bio-psico-social (hombre) concebido como una individualidad, sino que recurre a la exigencia de una indemnización moral de carácter no espiritual, sino material, objetiva, trascendente y eminentemente mercantilista, además de ser para este tipo de personas más fácil probar ante el órgano jurisdiccional el daño moral porque el daño pecuniario que finalmente es el que más repercute en la denigrante reputación que tenga, y tan sólo veamos un poco el área mercantil, en la cual la fama, clientela y ayo de una negociación, pueden verse afectadas por la negativa reputación que sobre ella tengan sus proveedores, consumidores o acreedores, causando inmediatamente un daño pecuniario, precisamente por la naturaleza y fin jurídicos de la negociación. Por tal razón el único tipo de retribución que puede recibir es la consistente en la retractación y publicación de la sentencia.

4.1.6 La configuración y aspectos físicos o la consideración que las demás personas tienen de nosotros mismos.

Al analizar los últimos derechos de la personalidad enumerados en el primer párrafo del Código civil para el Distrito Federal en vigor, pensamos que la verdadera intención del legislador fue la de la estética, pero no contemplándola como una ciencia que trata de la belleza, sino de aquella que se limita a buscar la armonía en el cuerpo y rostro de las personas, es decir si sólo nos circunscribimos a la belleza que encontremos en hombres y mujeres hermosos, habrían muy pocas personas con este derecho de la personalidad y no debemos olvidar que el Derecho se distingue por ser general; además de existir a lo largo de toda la República Mexicana una variedad de rasgos físicos en la población, lo cual nos invita a reflexionar que la estética debe ser vista como una armonía

plasmada en el cuerpo y rostro de cada persona perteneciente a una raza humana.

Con ello también queremos decir que una persona no sólo debe preocuparse por alcanzar esa armonía en su cuerpo y rostro, dejando en el descuido su aspecto físico que le impida una total desintegración dentro de su grupo social. Esto es, no basta con poseer un cuerpo y rostro agradable, sino que también es necesario cuidar nuestro aspecto físico, con una buena higiene personal y un adecuado vestuario, lo que no implica usar un lujoso vestuario, obvio es que para mucha gente no será el idóneo y hasta les parezca ridículo o repugnante, pero para evitar tal situación será necesario percatarnos de la época, la moda que se vive en ese momento, del lugar en el que nos situemos, del grado cultural de la persona, de su estrato económico social, y por último de su edad, entre otros aspectos, sólo así podremos determinar el por qué de su muy particular aspecto físico que los demás observamos, siendo éste para unos agradable y para otros desagradable, todo dependerá del grupo social con el que en ese momento se relacione.

En nuestra opinión nos agradaría el que todas las personas fueran aceptadas como son, porque las normas jurídicas y la libertad de la cual supuestamente gozamos se ven truncadas con las normas sociales, las cuales regularmente harán a una persona sentir incómoda o rechazada por otras que conforman una determinada sociedad.

El problema se agrava con verdadera crueldad cuando una persona es rechazada por presentar alguna deformidad en el cuerpo o rostro por carecer de alguno de los miembros de su cuerpo, o bien por presentar alguna cicatriz en el rostro, a causa del daño ocasionado por una lesión. De ahí que la configuración y el aspecto físico de alguien no sea relacionado solamente con el hecho de estar mal vestido, desaliñado o sucio, sino también con la situación de presentar una lesión física que desfigura el rostro y el cuerpo ocasionando además de un daño económico un daño moral "... constituido por la lesión a las afecciones íntimas del damnificado, los padecimientos que experimenta, la duración de su tratamiento, y la incertidumbre sobre el grado de restablecimiento." (123) Existirá un daño moral en el delito de lesiones además de representar una afección en la estética de un individuo porque "... la corporidad es un bien espiritual desde este punto de vista: el hombre no tiene un cuerpo sino que es su cuerpo. Desde luego hemos sostenido que las lesiones duelen o afectan físicamente al lesionado, pero no es sólo su cuerpo el que sufre, sino la proyección existencial de la persona a partir o desde su cuerpo, que lo muestran mutilado, deformado, estéticamente lesionado." (124)

(123) Zanoni Cit. Pos. Ch. Exp. Civ. Com., Sala V, 16/8/81 citado por Deray, Accidentes Automotores, p. 162

(124) Zanoni Op. Cit., p. 163

La configuración y aspecto físico de una persona será el bien jurídico tutelado por el legislador a través de la figura jurídica del daño moral, con el único fin de respetar la imagen y la estética individual y propia de cada ser humano así como también respetar al ser humano que fue desfigurado y mutilado.

Porque si en México todos gozamos de una "supuesta libertad", cada uno es libre de vestirse y peinarse como mejor le convenga, claro es que el sabrá donde y con quien presentarse, pues con seguridad que llegará a sentir una incomodidad por acudir en forma inadecuada a determinado lugar, pero lo que si es seguro y lo que el legislador trata de proteger es que a ninguna persona puedan hacerlo sujeto de burlas y desdenes, mucho menos cuando esté incapacitado o desfigurado.

Desafortunadamente la moda para los jóvenes en la actualidad es signo de rebeldía, la cual se equipara a delincuencia, lo que hace dudar en el honor y reputación de una persona, por su aspecto físico; sin embargo esto no debe dar lugar a que en México seamos maltratados por nuestro aspecto físico, pues recordemos que "el hábito no hace al monje". Y sobre todo debemos prepararnos en una educación que deje de menospreciar a un discapacitado o a aquél que presente una deformidad o desfiguración en el rostro.

4.1.7 La vida privada y el derecho a la reserva.

La vida privada o la intimidad, o bien el derecho a reservarse los acontecimientos más importantes de su propia vida o de los demás pertenecen a una "... vida interior, ... a lo personal, lo encerrado entre las paredes del yo ..." (125) El Jurisconsulto Jean Carbonnier señala que "el derecho del individuo de tener una esfera secreta de vida, de la que tenga el poder de alejar a los demás." (126)

Por su parte el renombrado jurista y filósofo Eduardo Novoa Monreal nos indica que de acuerdo con la semántica por vida privada debe entenderse "aquella parte de la vida personal y particular. Y por intimidad se significa la zona espiritual íntima y reservada de una persona o un grupo, especialmente de

(125) Sainz De Robles Federico Carlos, Ensayo de un Diccionario de la Literatura Tomo I, p. 664

(126) Novoa Monreal Eduardo, Derecho a la vida privada y libertad de información, cit. Pos. Jean Carbonnier El derecho civil, p. 16

una familia." (127) Pero el legislador de la reforma de 1982 no hizo distinción alguna acerca de la vida privada y la intimidad, sino que se refirió a la primera en un sentido amplio, comprendiendo a la intimidad, sin embargo el citado jurista marca la diferencia entre una y otra; al decirnos que la intimidad "... corresponde al derecho que tiene todo ser humano a disponer de momentos de soledad, recogimiento y quietud que le permitan replegarse sobre sí mismo, meditar, orar, abrirse a la contemplación tanto interior como exterior, eso es indispensable para su pleno desarrollo, para su paz interior, para su descanso y para su creatividad artística e intelectual. ... Este derecho es vulnerado por todos los que turban la tranquilidad ajena mediante asedios, hostigamientos, ruidos y otros medios que impiden su ejercicio." (128) Y la vida privada "... consiste en el derecho de mantener fuera del conocimiento ajeno hechos o actos que pertenecen a lo privado de una persona. Se atenta en contra de este derecho de varias maneras, sea mediante observación directa que otro hace del afectado a sus espaldas, bien sea obteniendo o procurándose otro, información sobre éste por diversos medios irregulares. Su esencia está en la facultad de alejar del conocimiento de los demás lo concerniente a sí misma que una persona desearía que fuere ignorado por otros." (129)

La vida privada es un bien jurídico que protege al ser humano del conocimiento de sucesos ocurridos en su vida íntima por personas extrañas a él y de la turbación moral que por el conocimiento de estos sucesos o revelación de sus secretos se vea afectado su pudor, recato, honor o reputación. En el derecho civil el daño debe probarse a pesar de que las legislaciones constitucional y penal indican que en el instante en que la vida privada es invadida, se está violando el derecho a la vida privada y por consecuencia existe un daño, sin necesidad de probarlo claro es que lo importante para estas legislaciones es el hecho ilícito y no la consecuencia del mismo, situación que debiera adoptar el derecho civil, pues debe presumirse que en el momento de ser lesionado tal derecho surge de inmediato un daño moral.

Vida privada a que todo ser humano desde hace mucho tiempo tiene derecho a ella, como en incansables ocasiones hemos repetido, por el simple hecho de serlo, intimidad que por ende le dará un derecho a la tranquilidad.

Con exactitud desde 1890 en Estados Unidos de Norte

(127) Nueva Montreal Eduardo, DR. CIL., p. 31
 (128) ibid., p. 48
 (129) ibid.

América mediante un estudio de Warren y Brandeis intitulado El derecho a la privacidad y poco tiempo antes el juez Cooley quien proclamaba el "derecho de ser dejado tranquilo y de no ser arrastrado a la publicidad" (130); en 1949 la ley fundamental de Alemania reconoció los derechos de la personalidad y concedió una indemnización por daño moral si se desconocían, incluyendo obviamente el de la vida privada, por su parte la ley francesa del 17 de julio de 1970 destinó una parte a la protección de la vida privada.

En México la vida privada es regulada por la Constitución en su artículo 16 párrafo tercero, Código Penal artículo 173; salvaguardando el secreto epistolar el cual se encargará de hacer respetar la correspondencia ajena incluyendo al fax; el derecho a no perturbar la tranquilidad del hogar es tutelado a través de la inviolabilidad del domicilio en los artículos 14 y 16 constitucionales y en el Código Penal se protege a través del delito de allanamiento de morada en su artículo 285; el derecho al secreto de todos los medios de comunicación, (teléfono, radio localizador, fax, etc.) mediante los artículos 14 y 16 constitucionales, el Código penal artículo 167 y la Ley de Vías Generales de la Comunicación; el derecho al secreto profesional mediante los artículos 14 y 16 constitucionales, la Ley Reglamentaria del Artículo 50. constitucional en materia de profesiones, el Código Civil, artículo 2590 y en el ámbito penal a través de sus artículos 210 y 211; el derecho a la imagen que en la esfera de la vida privada debe comprenderse como la prohibición de que se publique la imagen captada mediante fotografía o pintura sin su consentimiento o se reproduzca la voz captada por algún aparato electrónico; el derecho al secreto testamentario en sus diferentes clases testamento ológrafo o público cerrado, el código civil para el Distrito Federal en su artículo 1916 también tutela la vida privada, y en los demás estados de la República a través de sus respectivos artículos que contemplan la figura del daño moral.

En la esfera del derecho civil la vida privada es tutelada, cuando alguien "... arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario

o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación". (131)

Cabe apuntar que la vida privada será diferente para cada una de las personas, ya que dependerá de su propia individualidad, es decir de los sentimientos, creencias afectos, hábitos, costumbres, cultura, situación económica-social, ocupación, edad, época y lugar entre otros aspectos, mismos que llevarán al juzgador a poder determinar la cuantía que por concepto de retribución económica deberá entregar a su víctima la persona que arbitrariamente invadió su intimidad.

Sin embargo la vida privada en términos generales puede integrarse por la comisión de los siguientes hechos:

1.- Invasión a la vida privada propia, la familiar y del hogar incluyendo el nacimiento, la filiación, los esposales, el estado civil, el matrimonio, el embarazo, las infidelidades, el divorcio, las enfermedades o los fallecimientos, la vida amorosa, sexual, amistosa, profesional, económica, tributaria, las creencias religiosas, filosóficas, políticas, acerca de los fenómenos sobrenaturales, los lugares para vacacionar, las costumbres, enemistades, el pasado, los sueños, las supersticiones, los temores, gustos personales; defectos físicos o psíquicos, el comportamiento social;

2.- Invasión a la integridad física o mental, a su libertad moral o intelectual;

3.- Invasión a la tranquilidad o quietud que todo hombre y mujer buscan para sí mismos;

4.- Ser presentado bajo una falsa apariencia;

5.- Divulgar hechos inútiles o embarazosos;

6.- Publicar sin autorización fotografías privadas; pues todas las personas tienen el derecho a conservar su imagen captada por cámaras fotográficas o de video, o bien plasmada en una pintura, teniendo este derecho dos rostros, uno como derecho que protege la vida privada, exactamente cuando su imagen haya sido captada en momentos privados y presentada sin su autorización; y otro como derecho de autor en el que se protegerá la autoría y autenticidad de la imagen, así como las pérdidas económicas que tuviera éste, mientras que el usurpador obtiene enormes ganancias.

7.- Cometer espionaje, indiscreciones injustificables e inadmisibles;

8.- Utilizar en forma abusiva las comunicaciones privadas como interceptar líneas telefónicas, grabar conversaciones o divulgar informaciones comunicadas o recibidas

en forma confidencial por un particular o través de las publicaciones en los medios informativos;

9.- Usar el nombre, identidad o semejanza de otro;

10.- Ser copiado, atisbado, observado o acosado;

11.- Abrir la correspondencia ajena;

12.- Revelar el secreto profesional; éste se crea con el fin de que se tenga plena confianza en los profesionales y no exista titubeo alguno para contar la verdad, el cual ayudará en su mejor desempeño. Cabe mencionar que el bien jurídico tutelado en el secreto profesional es la confianza y fidelidad que el profesional debe dar a su cliente o paciente. Por otra parte es de apuntar que únicamente los hechos concernientes al buen desempeño de su ejercicio profesional formará parte de dicho secreto, lo cual no quiere decir que si se entera de otros hechos relativos a la vida privada de su cliente o paciente pueda divulgarlos.

13.- Ostigar a una persona acosandola, observandola, llamandole telefonicamente, etc.

14.- Violar el derecho a mantenerse en anonimato, bajo un seudónimo, mote o apodo

Los titulares a la protección de la vida privada podrá serlo cualquier persona que sienta que su intimidad y privacidad han sido invadidas, las cuales serán acordes al lugar y tiempo en el que se sitúen. Los incapacitados podrán ejercer acción con asistencia de sus representantes legales. Con lo anterior para algunos autores se presenta la siguiente cuestión: ¿Podrán ser titulares los herederos para ejercer la acción por "reparación de daño moral (recurso) que no es correcto hablar de reparación y que en nuestro último capítulo profundizaremos más en el tema) cuando al autor de la sucesión se le haya violado su derecho a la vida privada o bien, serán los herederos quienes tendrán el derecho para ejercitar dicha acción en razón de haberse violado su propia vida privada, es decir por ser los afectados directa y no indirectamente como en el primer caso, además si la vida termina precisamente con la muerte, mucho más la privada? Claro que nos referimos al daño que la persona pueda sentir propiamente, pues es obvio que la vida que tuvo cualquier persona debe ser respetada todavía después de la muerte.

Nuestra posición para contestar a tal cuestionamiento se inclina en favor del segundo supuesto, pues precisamente la vida incluyendo la vida privada termina con la muerte, entonces los titulares serán los familiares o amigos que se sientan afectados en su vida privada con la divulgación y revelación de los secretos que el difunto haya confiado en vida a un tercero o simplemente con dar a conocer la forma de vida que llevó o el suceso de su fallecimiento.

La indiscreción y divulgación de la vida privada y secretos no se justifica con la excusa del ofensor al decir que los hechos divulgados son ciertos, tampoco cuando los hechos o los personajes sean en algunos detalles diferentes a los reales, pero en esencia sean los mismos, por lo tanto no quedarán exentos con la leyenda de que cualquier semejanza con la realidad es sólo mera coincidencia.

De ahí que se desprenda la duda acerca de los límites que deben existir en la vida privada y pública de las personas reconocidas por sus actividades artísticas, deportivas, culturales, educativas, etcétera, en un grupo social; y de la contraposición entre el derecho a la libertad de información y el derecho a la vida privada.

Los límites de la vida privada son difíciles de determinar por que la situación se complica cuando una persona realiza actos de su vida privada en lugares públicos. Para algunos autores la solución está en el hecho de que la persona expone voluntariamente su vida privada en lugares públicos a sabiendas de que el lugar será demasiado concurrido; pero la posición de ellos cambia cuando se observa que la persona ha hecho ciertos actos para ocultar su intimidad y privacidad delante de los demás, como por ejemplo acudir a lugares menos concurridos y al mismo tiempo aislarse de las pocas personas que se encuentran en ese lugar, ir a lugares solitarios u oscuros, o bien ocultar su personalidad con unos lentes y una peluca. A nuestro juicio el problema también debe solucionarse evitando que las personas divulguen la vida privada de aquellas que han intentado ocultarla, imponiéndose la obligación de no hacerlo, de esta forma se estará respetando la vida privada.

Especial cuidado debe tener el juez al dictar sentencia definitiva que contenga el monto de retribución económica que el ofensor deberá entregar a la víctima por concepto de daño moral en la intromisión a su vida privada, sobretodo cuando ésta pertenezca al mundo de los famosos, ya que en excesivas ocasiones son ellos mismos quienes exponen a luz pública sus intimidades, con toda la intención de obtener publicidad, sin embargo habrán algunos hechos que guarden para sí, sucesos que serán privados y por lo tanto respetados; hecho con el que no concordamos, porque la gran mayoría de los artistas jóvenes representan para sus admiradores los amores platónicos de sus vidas, además de crearles una fuerte atracción sexual, circunstancias que harán verlos siempre asediados, por ello creemos que el juez debe tener mucho cuidado con este tipo de gente, que podría aprovecharse de su situación e instaurar frecuentemente demandas por daño moral con la seguridad de que obtendrán una elevada suma de dinero, cuando realmente saben y están conscientes de lo que representan para sus admiradores y por consecuencia perderán su privacidad. Esto no quiere decir que dejan de ser seres humanos

carentes de sus derechos de la personalidad, lo que ocurre es que queremos evitar que el daño moral sea un medio para obtener recursos económicos que no tengan como fin aligerar este dolor, sino por el contrario que los utilicen para enriquecerse; para resolver el problema el juez deberá estudiar el desarrollo de la vida artística del agredido, observar que tanto ha expuesto su vida privada, porque no será lo mismo para aquél que realmente muestre su arte y a pesar de que oculte su intimidad el monto no deberá ser excesivo, porque por una parte el artista sabe las consecuencias de su carrera y por otra la naturaleza de la retribución económica por daño moral puro perdería su esencia, esto es porque la invasión de la vida privada en algunas ocasiones representa hablar de la reputación traduciéndose en pérdidas económicas pues se ataca el trabajo del artista.

Cuando el derecho se enfrenta al dilema de resolver la contraposición de los derechos, en especial los derechos de la personalidad que aquí nos ocupan, deberá al órgano jurisdiccional su análisis y decisión para determinar cual de los dos prevalecerá sobre el otro y en que casos sucederá.

Así encontramos que toda persona tiene el derecho a la libre y total información acerca de cualquier acontecimiento e incluso en torno a una persona en particular, persona que en contraposición con el derecho a la libertad de información tendrá derecho a una privacidad. Luego entonces por una parte se tiene derecho a enterarse de lo sucedido, y por otro a impedir que se enteren más allá de los límites que tiene el derecho a la libertad de información y de expresión. Estos límites y exigencias requeridos para difundir la información son:

- a) veracidad de los hechos sobre los que informa;
- b) que los hechos seleccionados para su difusión sean de aquellos que tienen interés para el público;
- c) que esos hechos no ocasionen con su divulgación un daño a los intereses colectivos." (132)

Empero con la objetividad que debieran tratar los estudiosos del periodismo dejarían de vender toda la información parcial e insólita que a las grandes agencias noticiosas les dejan enormes cantidades de dinero. Únicamente con los requisitos mencionados podría presentarse el caso de que el derecho a la libertad de expresión prevalezca sobre el derecho a la vida privada, tal y como lo explica el jurista G. Bovio para quien "... el derecho de información debe prevalecer, cuando ella es veraz y responde al interés público, sobre el derecho del particular." (133)

(132) Mazon, Op. Cit., p. 156

(133) Id.

El renombrado jurista español Wilhelm Sauer nos habla de algunos "medios de ataque" que violan la vida privada y consecuentemente el derecho a vivir con tranquilidad.

Uno de ellos es muy usual para con las personas que viven dentro del espectáculo, siendo asediados por los periodistas curiosos y desesperados por obtener las primicias de su vida íntima, noticias que aparecerán en primera plana de sus periódicos o en la primera hora de transmisión de sus respectivos medios de comunicación, noticias que se venderán y difundirán rápidamente. Otro de los medios con frecuencia utilizado es la llamada telefónica empleada para ofender soez y obscenamente a una persona. Algunos otros medios los constituyen aquellas intromisiones físicas en el domicilio del hogar de una persona, incluyendo al arrendador, comodante, usufructuario, entre otros, aunque con los adelantos técnicos ya no es necesaria la presencia física, pues basta con colocar pequeñas cámaras o micrófonos en el lugar en que se va a invadir la vida privada; también encontramos la violación de la correspondencia ajena que inclusive no puede ser divulgada ni por el receptor, salvo que así lo haya autorizado el remitente. Otro de los medios utilizados es el de corromper a las personas allegadas a una persona, cuya vida privada interesa conocer.

Medios de ataque que para su realización son los auxilios electrónicos y tan excesivamente sofisticados que son "mucho más temibles que los ojos o los oídos del hombre" (134). Pues permiten captar cualquier imagen a pesar de haber obstáculos materiales (arbustos, paredes, cortinas, etc.) o cualquier conversación a cualquier distancia y además conservarlas por tiempo indefinido. Entre ellos podemos mencionar luces infrarrojas o fluorescentes, diminutos micrófonos, potentes lentes de cámaras o telescopios, en fin una inmensidad de aparatos inimaginables. Productos que en el mercado son contrarrestados con otros, cuyo fin es proteger la intimidad y privacidad, tales como el radio localizador con claves numéricas que corresponden a un código personal conocido únicamente por determinadas personas.

Es nuestro deber aclarar que ninguna persona tendrá derecho para utilizar estos aparatos electrónicos, si lo hace estará actuando ilícitamente; por lo tanto las únicas personas que puedan hacerlo serán las autoridades, pero debemos tener precaución con sus actuaciones, porque sólo podrán invadir la vida privada de una persona cuando se presuma que ha cometido un delito doloso y cuya pena exceda de cinco años, y mediante un decreto que permita en una sola ocasión realizar el cateo levantando una acta posterior al mismo. Sin embargo con la

(134) Novoa, *Cit. Pos.* R. Nelson, *Droit de la personnalité*, p. 93

reciente aprobación de la nueva ley, ninguna persona quedará exenta de poder ser investigada su vida privada por alguna autoridad judicial y de acuerdo con su criterio, el cual deberá ser firme, ecuaníme y totalmente neutral para así evitar violaciones en las garantías individuales por abuso de dichas autoridades.

Otro de los medios utilizados para invadir la vida privada de un ser humano es la propia agresión que el mismo individuo sienta ante las diversas formas psicológicas y físicas (tortura) de confesión que otro realiza en su contra.

Entre ellos está el famoso detector de mentiras, el narcointerrogatorio, cuyo fin es degradar al ser humano y dejarlo sin sentido de la realidad, permitiendo conocer solamente sus fantasías y sueños, sin obtener la verdad de los hechos. Por último está la hipnosis la cual sólo puede hacerse bajo prescripción médica y en el entendido de que habrá un secreto profesional que no deberá revelarse, teniendo una garantía de su intimidad; por último los análisis clínicos con los cuales podrían dar a conocer las enfermedades que una persona ha contraído, invadiendo así su privacidad.

Sobre los medios que atacan la vida privada debemos reflexionar y llamar la atención del legislador a fin de salvaguardar este derecho, pero no mediante leyes que vayan a permitir abusos para con los débiles e ignorantes ni tampoco excepciones para con los fuertes económicamente hablando.

Las formas de atentar contra la vida privada son la indiscreción y la divulgación, con la primera se conocen hechos concernientes a la vida íntima de alguien y con la segunda se viola el derecho a reservarse los secretos de esa persona, o bien el derecho que le da a alguien llamado transmisor para que otra persona denominada receptor (persona en quien confió) no revele los secretos que ahora y después de esa confesión conoce.

En conclusión el derecho a la vida privada debe entenderse como el derecho que todo ser humano tiene para no hablar acerca de su vida íntima propia y familiar o bien tratarla con discreción, eliminando toda intromisión y divulgación por parte de un tercero, así como el derecho a reservarse los secretos que a su consideración son importantes en su vida, en la de su familia y en la de los demás, impidiendo que con su revelación alteren la tranquilidad, independientemente de que sean ciertos o falsos estos secretos;

La vida privada y el derecho a la reserva tendrán una diversidad de conceptos dependiendo del tiempo y lugar en el que se encuentre el titular del derecho, con la única limitante de que la vida privada no sea perjudicial para un tercero o vaya en contra de la moral, las buenas costumbres y el orden

público, de lo contrario las autoridades tendrán con el fundamento legal que invadir su vida privada.

4.1.7.1 La vida privada y el derecho a la reserva de las personas jurídicamente colectivas.

Las personas jurídicamente colectivas como entes que forman parte de una ficción jurídica, obviamente carecen de pudor bien jurídico que es protegido por el derecho a la vida privada y el derecho a reservar sus secretos y a no ser obligadas a revelarlos ellos mismos ni otros que hayan confiado en sus representantes o socios. De tal manera que de acuerdo con nuestro criterio no podrían ser víctimas de daño moral en esencia, a pesar de que algunos doctrinarios y nuestra legislación que las reconoce como a las personas físicas con sus atributos de la personalidad, digan lo contrario al explicarnos que estas personas tendrán derecho a no violar su correspondencia, ya sea por vía telegráfica, de correo o vía fax, un derecho a no interceptar sus líneas telefónicas, derecho a no ser invadido en su domicilio entendiéndose como lugar donde se establezcan para llevar a cabo su objeto, por ejemplo recetas de cocina secretas, mezclas químicas especiales, etc; derecho a reservarse sus patentes y marcas incluyendo su logotipo y nombre comercial, por último el secreto al derecho bancario y tributario, es decir a guardar en secreto el nombre del banco en el que realizan sus operaciones financieras, así como el monto de sus declaraciones fiscales y si las realizan a tiempo o definitivamente no declarar sus impuestos correspondiéndole a la autoridad fiscal solicitarle información y en su caso obligarla a pagarlos.

Insistimos en que no será un daño moral puro porque sustentándonos en la posición de la que hablamos en uno de los puntos de este capítulo relacionado a la reputación de las personas jurídicamente colectivas, éstas no tienen un patrimonio moral, pues lo que realmente importa para ellas es proteger su patrimonio económico, no dejando que la competencia conozca sus secretos y pueda utilizarlos para mejorar su objeto y sus utilidades; o bien afectarlas en su nombre y así crearles una reputación negativa frente a su clientela, proveedores o acreedoras.

4.2 Otros derechos de la personalidad no enunciados en el artículo 1916

En el inicio del presente capítulo mencionamos que explicaríamos aunque en forma muy somera algunos otros derechos

de la personalidad cuya distinción consistía en un doble carácter como es el caso del derecho al nombre que al mismo tiempo funge como un atributo de la personalidad tanto de la persona física como de la moral (nos inclinamos más por la denominación jurídicamente colectivas); los derechos a la vida y a la libertad incluyendo el de la libre disposición del cuerpo con sus dos funciones, la de derechos de la personalidad y garantías individuales; derechos de autor que implican la protección en la parte afectiva del ser humano; por último aquellos derechos de la personalidad que tutelan uno de los bienes jurídicos actualmente olvidados por la humanidad el respeto para sí mismo y para con los demás.

a) Derecho al nombre: Desde la perspectiva de derecho de la personalidad se conoce el derecho al nombre como un signo de identificación personal dentro del conglomerado humano que existe en el planeta tierra, esto se debe a que una de las características psicológicas del ser humano como persona única, "... es el de percatarse de sí mismo, de su yo y ya en el plano jurídico, ese mismo ser humano no se conforma con la sola idea abstracta de sujeto de derechos sino que aspira además, a no ser confundido con los individuos que con él componen el medio social." (135)

Debiendo incluir en el derecho al nombre, el nombre mismo, el apellido, el seudónimo, sobrenombre, mote o apodo, siempre que los dos últimos no afecten psicológica y moralmente al individuo.

E independientemente de que es una obligación para los ascendientes dar un nombre a sus descendientes y así cumplir con los atributos de la personalidad de todos los seres humanos como personas sujetas a derechos y obligaciones, debemos tener, día con día los padres se esfuerzan en buscar nombres diferentes para individualizar y autentificar aun más a la persona.

Lo paradójico es que a la persona jurídicamente colectiva también se le ha dado un derecho al nombre directamente como atributo de la personalidad e indirectamente como derecho de la personalidad porque la Ley de Sociedades Mercantiles con la intervención de la Secretaría de Relaciones Exteriores en su caso, así como las sociedades o asociaciones civiles, establecen que para su constitución requieren solicitar un permiso a dicha Secretaría con el fin de quedar registrada bajo determinado nombre, debiendo proporcionar incluso opciones para cambiarlo cuando otra ya esté registrada bajo ese mismo nombre, por su parte las asociaciones religiosas y las sociedades cooperativas con su respectiva

legislación, también disponen que para su constitución deberán tener un nombre diferente; observamos con ironía que la persona jurídicamente colectiva presenta un singular signo de identidad muy personal y único, mientras que en una persona física podemos encontrar homónimos claro que habrán otros signos de identidad para ellas, pero en cuanto al nombre está más protegida por este derecho; aunque a nuestro juicio lo es indirectamente porque en esencia lo que se protege es el patrimonio económico de la sociedad; por otra parte su derecho al nombre se encuentra debidamente sustentado como derecho de la personalidad tanto en la doctrina como en la legislación, ya el artículo 1916 del código civil en cuestión no hace distinción alguna entre persona física y jurídicamente colectiva.

El derecho al nombre evita los sentimientos crueles y tristes que pueda haber en una persona que desconozca su origen, su ascendencia y de que nunca pueda evocar la tan famosa frase de todos los mexicanos "así somos los Pineda o los Oropeza", asimismo permite que aquellas personas que hayan sido abandonadas o no reconocidas puedan demandar la retribución económica por daño moral, ya que también tiene un derecho a la filiación sanguínea; la cara opuesta de este derecho al nombre es que no siempre se logra evadir el daño moral que una persona pueda sufrir, exactamente cuando el juez dificulta la procedencia de dicho derecho, ya que se opone rotundamente (dificultando el procedimiento) a reconocer que puede existir un verdadero daño moral por ostentar o no determinado nombre, a pesar de que la ley permite el cambio o rectificación del mismo.

b) Derecho de la vida y a la vida: El primero o derecho de la personalidad es un derecho interno o subjetivo que faculta a cualquier persona para mantenerse con vida, para cuidar su vida, tanto física como espiritual, pudiendo aludir (conjuntamente con el delito de tentativa de homicidio) un daño moral por el atentado que en su contra se haya cometido y por el hecho de verse en peligro situación que se verá reflejada en desequilibrios psicológicos, angustias y miedos, también podrá demandarle al agresor una retribución económica por concepto del daño moral sufrido. Desde luego que en esencia también es una garantía individual, pero en el derecho de la vida ya existe una persona que puede expresar el daño moral que sufre.

Y en segundo lugar el derecho a la vida como garantía individual se traduce en la obligación que el Estado tiene de proteger la vida de su pueblo a través del derecho penal, rama del derecho público.

La vida física del ser humano estará constituida por un cuerpo, por ello junto con la vida se protege la integridad corporal impidiendo sufrir lesiones y maltratos físicos realizados por otras personas.

Por último si precisamente hablamos de un derecho a mantenerse con vida, a cuidar su vida, nos referimos a un derecho de la personalidad, a una facultad que sólo el ya nacido quien ya puede vivir y valerse por sí mismo podría ejercer y no un embrión o un feto que depende todavía de otra persona, a quien en su caso directamente se afectarían sus propios derechos de la personalidad; por lo tanto el derecho de la vida surge después del nacimiento, mientras que un derecho a la vida es protegido antes del nacimiento mediante el delito del aborto pudiendo denunciarlo hasta un grupo social y no necesariamente el afectado pues no puede hacerlo por sí sólo como lo haría la víctima de una violación a sus derechos de la personalidad.

c) Derecho de libertad: Es el derecho que toda persona tiene para hacer o no hacer todo lo que desee sin obstáculo alguno, es decir la libertad deberá entenderse como el poder manifestar su propia personalidad sin restricciones ni límites, salvo los jurídicos. Pero aún así hay personas que estando privadas de su libertad física espiritualmente son libres, o bien aquellos que privados de su libertad espiritual por una violencia moral están físicamente libres, sin embargo el privar a alguien de su libertad espiritual debiera ser todavía más importante para el Derecho (mucho más de lo que actualmente lo es) porque es más peligroso vivir psicológicamente atemorizado.

La libertad tanto física como espiritual puede manifestarse dentro del mundo jurídico desde una libre disposición para expresarse; para testar de acuerdo con lo dispuesto por el derecho sucesorio; libertad para contraer matrimonio con quien se quiera (con la única condición que sea del sexo opuesto o bien en el caso del cónyuge culpable en el juicio de divorcio dentro de un cierto tiempo, regularmente son dos años); libertad para contratar de conformidad con las leyes del lugar; libertad para disponer del cuerpo cuando sea con fines útiles y lícitos, ya sean científicos o heroicos como sería en el caso de los bomberos quienes disponen de su propio cuerpo exponiéndolo para salvar a otra vida, también se puede disponer de algunas partes del cuerpo que no son vitales y que por lo regular son restituibles (el cabello, la leche materna, etc.), por lo tanto el derecho reprueba los actos relativos al suicidio y a la prostitución, incluyendo una libertad para disponer del cuerpo donando algunos de sus órganos vitales, o no, antes o después de la muerte; libertad religiosa; una libertad política (aunque en realidad no siempre la tenemos); libertad para elegir la profesión u oficio que mejor convenga siempre que sus fines sean lícitos.

Luego entonces el derecho de libertad como derecho de la personalidad tiene por objeto, a través de la figura

jurídica denominada daño moral, salvaguardar el dolor o sufrimiento de una persona que espiritual o físicamente está atada o amenazada para realizar u omitir determinada actividad; el impedimento para tener una libertad espiritual se traduce en ser objeto de amenazas y la libertad física en el delito del secuestro, porque resulta obvio decir que el procesado o sentenciado no puede reclamar daño moral alguno lo único posible de hacer como ya es sabido, es instaurar una demanda de amparo para proteger su garantía individual de derecho a la libertad pero sólo como tal y no como derecho de la personalidad.

d) Derechos de autor: La realidad respecto a los derechos de autor para muchos doctrinarios representan parte del patrimonio moral ya que se caracterizan por ser derechos de la personalidad que tienen por objeto proteger el intelecto, ingenio y originalidad de todo ser humano que tenga por actividad inventar algo, escribir una obra literaria o pintar, entre otras virtudes, previa inscripción de la obra en la Dirección General del Derecho de Autor, aunque en realidad "... el derecho de propiedad intelectual no nace del registro sino de la obra misma, que debe constituir la creación intelectual ..." (136) todo ello con el fin de que el autor del invento o de la obra no se sienta agredido espiritualmente al ver que no se le reconoce ni protege su capacidad de creatividad individual o colectiva, ni tampoco su pensamiento propio; también puede sustentarse el criterio de la doctrina de observar que los bienes jurídicos que tutelan los derechos de autor se caracterizan por ser inmateriales; y por su parte la Ley Federal de Derechos de Autor en su artículo 2o. fracción I establece una protección de tipo moral para el autor. "En se debe a que los derechos de autor aunque no directamente produzcan un daño moral puro de acuerdo con la explicación que a continuación daremos, si lo producen algunos otros derechos de la personalidad que también están relacionados con el derecho de autor, entre ellos se encuentra el derecho al nombre, sobrenombre, seudónimo, apodo o mote, el derecho a la imagen, al honor y reputación del autor sobre todo cuando un tercero copie, publique o difunda su obra sin su consentimiento habrá un daño moral por el sufrimiento que padece el autor por haber publicado su obra cuando el aún no quería, quizás por no ser el momento indicado para ello; y a pesar de existir el consentimiento la obra debe traducirse o difundirse en forma total y sin cambios de lo contrario se estará a lo que más favorezca al autor de conformidad con la invocada ley; y también, aún cuando el autor haya enajenado sus derechos la ley lo sigue protegiendo moralmente inclusive hasta treinta años

después de su muerte (realmente son cincuenta años según lo que se convino en Berna en el año de 1975), ello se debe a que el derecho de autor es un derecho oponible frente a todas las personas. Tampoco una persona puede adquirir los derechos de un autor a través de la prescripción positiva.

Sin embargo nosotros consideramos que la esencia de los derechos de autor no son parte del patrimonio moral sino del económico, al menos si no están dentro del todo si en un gran porcentaje especialmente en un país como el nuestro en donde lo más problemático es la crisis económica por la que siempre vivimos, en tal virtud al autor le importará más el dinero que obtenga por sus derechos de autor que el valor moral y espiritual que inclusive él mismo pueda darle, además casi todos los autores viven de sus regalías. Por otra parte algunos doctrinarios como Jaime Santos Briz, indican que los derechos de autor pertenecen a un grupo muy especial, puesto que reúnen más características de los derechos de tipo pecuniario, como son la de no ser innatos, transmisibles y renunciables, además de tener una duración limitada.

e) Derechos de respeto: Teniendo como inspiración las ideas del prestigiado doctrinario mexicano en derecho Ernesto Gutiérrez y González, reconocido también por el profundo estudio que ha realizado respecto a los derechos de la personalidad, nosotros dentro de este grupo de derechos incluimos a los que denominaremos derechos de respeto del ser humano tanto para sí mismo como para con los demás. Refiriéndonos al respeto en un sentido amplio que va desde un concepto de un no ofender, ni violar los derechos ni la dignidad de otro hasta una sumisión, un miedo, pues porque no, el tener miedo a la reacción de los demás implicaría una disminución en las agresiones que a diario recibimos de los seres humanos iguales a nosotros y sobre todo por considerar que es lo más justo para todos.

Sin temor a equivocarnos podemos afirmar que desde el primer momento o tal vez si desde siempre se hubiera fomentado el respeto entre todos los seres humanos, nuestra vida día con día sería más agradable, segura, justa y equitativa, además sería una fortuna no estar escribiendo esta pequeña obra (lo decimos pensando como conciudadanos y ante todo como seres humanos), ni tampoco los abogados tendríamos exceso de trabajo porque así de sencilla estaría la vida que aquél que recibiera en préstamo algo sin ninguna objeción y gustosamente lo devolvería en el tiempo y en la forma estipulados, sin embargo la falta de respeto de la cual todos carecemos ocasiona lo contrario.

De tal suerte que si todos pensáramos en respetar a los demás con el único fin de que también se nos respete y no

sólo con la esperanza de ser respetados, sino que a través del respeto que damos a los demás nosotros mismos nos estamos respetando, considero que todos viviríamos mucho mejor; y es que no sabemos el por qué del rechazo a cumplir con la vieja fórmula encomendada por el ex presidente mexicano Don Benito Juárez.

La vida y las relaciones humanas serían diferentes, si tan sólo pensáramos en no dar o hacer lo que a nosotros no nos gustaría recibir, para ello el respeto iría desde un no estacionarnos en la entrada de la cochera del vecino, en no tirar basura no solamente afuera de la casa del vecino sino en toda la calle, aquí encontramos un ejemplo de respeto a nosotros mismos, no hacer ruidos estruendosos no sólo en altas horas de la noche sino durante el día sobretodo porque actualmente la gran mayoría de las personas debido a la sobre población y a los pocos recursos económicos que existen en México tienen que vivir en conjuntos habitacionales en donde la pared de uno es la del otro y el piso de uno es el techo del otro, lo que nos lleva a exigir un respeto de mesura para el bullicio.

En esos y muchos otros ejemplos consistirían los derechos de respeto, a nuestro juicio bastaría tan sólo con respetar las leyes por sí mismas, estando conscientes que es la mejor forma de relacionarnos, y no por temor a sus sanciones.

Obviamente sería muy difícil lograrlo, pero si todos incluyendo a nuestros gobernantes nos comportáramos con más gentileza y menos egoísmo las agresiones físicas tanto verbales como espirituales disminuirían.

Nos permitimos definir los derechos de respeto como las proyecciones psicológicas de acatar y de cortesía que toda persona debe tener para con los demás seres humanos que conforman su grupo social, a fin de preservar y mejorar las relaciones humanas, dentro de una época y un lugar; logrando así el bien común que pretende encontrar la filosofía jurídica.

Por otra parte debemos aclarar que nos referimos a unos derechos de respeto en términos generales, ya que un derecho a la tranquilidad y seguridad o un derecho ecológico ya están legislados, además de encontrarse inmersos en los derechos de respeto que incluirían a éstos y otros más, sin poder precisarlos todos porque varían según el tiempo y el lugar en el que los seres humanos se desarrollen, será el juez el encargado de cada lugar de dilucidar cual es el derecho de respeto que ha sido violado y por lo tanto de determinar con las pruebas que las partes ofrezcan si existe o no un daño moral.

Con este punto concluimos el capítulo cuarto de los derechos de la personalidad diciendo que el legislador de la reforma de 1982 y de la actual en 1994 fue acertado al hablar en sentido general de lo que son los derechos de la personalidad porque el limitarnos enumerando cuales serían los que ocasionan un daño moral, sería como limitar el espíritu del ser humano, cuando todos sabemos que somos diferentes, tampoco pueden definirse porque las concepciones que de cada uno se tiene son diferentes de acuerdo con el lugar y el tiempo en el que nos encontremos, quizás lo que le faltó al legislador fue indicar directa y concretamente que cuando haya un daño moral se afectarían los siguientes derechos de la personalidad y algunos otros que a juicio del órgano jurisdiccional considere que por la época y el lugar son también derechos que atañen a la personalidad del ser humano.

CAPITULO QUINTO

EL DAÑO MORAL EN EL DERECHO COMPARADO MEXICANO

Es de suma importancia conocer el alcance jurídico que la figura del daño moral tiene en todas las legislaturas locales de la República Mexicana ya que el derecho a la libertad de tránsito consagrado en las garantías individuales de nuestra Carta Magna (artículo 11), no implica que debamos abandonar el derecho de respeto a que todos tenemos sobre nuestros bienes jurídicos inmateriales, por ello en el presente capítulo conoceremos la etapa en que se encuentra la figura del daño moral en cada uno de los Estados, teniendo como parámetro la legislación del Distrito Federal.

5.1 Estados de la República Mexicana que su legislación diverge de la del Distrito Federal.

1.- AGUASCALIENTES

El Estado de Aguascalientes en su artículo 1790 dispone

"Artículo 1790.- 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 ni a los Municipios en el caso previsto en el Art. 1802." (137)

Y por su parte el artículo 1802 establece lo siguiente:

"Artículo 1802.- El Estado y los Municipios tiene obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les están encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria y solo podrá hacerse efectiva cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado." (138) Pero ello no operará en el caso del daño moral, causado por estos o sus funcionarios en el ejercicio de sus atribuciones, por lo tanto se eximen de la responsabilidad por daño moral.

También cabe señalar que el Código Civil del Estado de Aguascalientes en su título quinto denominado Del

(137) Código Civil del Estado de Aguascalientes, Colección Ferrer, México, 1994, p. 298

(138) Ibid, p. 300

matrimonio. Capítulo Primero De los **esponsales**, artículo 140 menciona ampliamente la figura del daño moral, e incluso es igual al artículo 143 del Código Civil para el Distrito Federal vigente, y que a la letra dice:

"Artículo 140.- El que sin causa grave, a juicio del juez, rehusarse cumplir su compromiso de matrimonio o difiera indefinidamente su cumplimiento, pagará los gastos que la otra parte hubiere hecho con motivo del matrimonio proyectado.

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

También pagará el prometido que sin causa grave falte a su compromiso una indemnización a título de reparación moral, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras causas semejantes, el rompimiento de los esponsales cause un grave daño a la reputación del prometido inocente.

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

(139)

2.- BAJA CALIFORNIA

Por su parte el estado de Baja California en su código civil artículo 1794 dispone exactamente lo mismo que el artículo 1790 del código civil del estado de Aguascalientes, con la única diferencia de que al final del texto de dicho artículo hace referencia al artículo 1806 del citado ordenamiento jurídico.

"Artículo 1806.- El Estado y los municipios tienen obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les están encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria y sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado y municipios cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado."

(140)

Y en materia de esponsales el código civil para el estado de Bajacalifornia también en su título quinto denominado Del matrimonio, Capítulo Primero De los esponsales, artículo 140 señala la figura del daño moral en los mismos términos que la legislación civil del estado de Aguascalientes.

3.- COAHUILA

En el código civil para el estado de Coahuila en su

(139) *Ibid.*, p. 38 y 39

(140) Código Civil para el Estado de Baja California, Colección Porrua, México, 1991, p. 313

artículo 1813 explica que podrá existir una indemnización como reparación moral por un daño de la misma clase, desde luego que el contenido del mencionado artículo es igual que el artículo 1790 del código civil del estado de Aguascalientes, con la diferencia de que al final del texto se cita al artículo 1825 de su propio código. "Artículo 1825.- El Estado tiene obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les están encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria y sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado." (141)

Con relación a los esponsales en el Código Civil para el Estado de Coahuila también en su título quinto Del matrimonio, Capítulo Primero De los esponsales, artículo 143 establece una indemnización por el daño moral causado entre los esponsales cuando alguno de ellos rompiera con su compromiso matrimonial con la misma redacción del artículo del código civil para el Distrito Federal.

4.- CHIAPAS

El código civil para el estado de Chiapas, artículo 1892 dispone que podrá condenarse al victimario a pagar una cantidad de dinero como indemnización moral por haber cometido un hecho ilícito en contra de una persona en los mismos términos que el artículo 1790 del código civil del estado de Aguascalientes, con la única diferencia es que al final del texto se invoca al artículo 1904, el cual es igual al 1825 del código civil para el estado de Coahuila.

En materia de esponsales el Código Civil para el Estado de Chiapas en su título quinto Del matrimonio, Capítulo Primero De los esponsales, artículo 140 establece que: " El que sin causa grave, a juicio del juez, rehusare cumplir su compromiso de matrimonio o difiera indefinidamente su cumplimiento, pagará los gastos que la otra parte hubiere hecho con motivo del matrimonio proyectado.

En la misma responsabilidad incurrirá el prometido que diere motivo grave para el rompimiento de los esponsales." (142) Obsérvese que el artículo no tiene el mismo contenido que el del código civil para el Distrito Federal, por lo tanto nunca se podrá demandar por daño moral a aquél esponsal que rehusé cumplir con su compromiso matrimonial.

(141) Código Civil para el Estado de Coahuila, Colección Porrúa, México, 1995, p. 291

(142) Código Civil para el Estado de Chiapas, Colección Porrúa, México, 1992, p. 28

5.- DURANGO

El estado de Durango también se caracteriza por tener el mismo criterio que el estado de Coahuila, para determinar la existencia de un daño moral, ello queda asentado en el artículo 1800 de su propio código civil, invocando en su última parte el numeral 1812.

En cuanto a los esponsales en el Código Civil para el Estado de Durango en su título quinto Del matrimonio, Capítulo Primero De los esponsales, artículo 138 menciona la figura del daño moral, en los mismos términos que la legislación civil del Distrito Federal.

6.- GUANAJUATO

El código sustantivo para el estado de Guanajuato indica en su código civil artículo 1406 lo siguiente:

"ART. 1406.- Independientemente de los daños y perjuicios el juez acordará 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. Para fijar la indemnización el tribunal tomará en cuenta la naturaleza del hecho dañoso y la de la lesión moral sufrida por el ofendido, apreciará ésta según las circunstancias personales de éste, tales como su educación, sensibilidad, afectos, posición social, vínculos familiares, etc. Esa indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil." (143) Aún cuando en el texto del artículo señala el criterio que debe tomar el juez para fijar el monto de la retribución económica por daño moral, sigue en una etapa de retroceso la legislación civil de este estado, porque la cuantificación no puede ser mayor ni siquiera la mitad de la reparación del daño económico. En cuanto a la responsabilidad en que pueda incurrir el Estado, el artículo es omiso al respecto, sin embargo supletoriamente debe aplicarse el artículo 1418, cuyo texto es el siguiente: "Artículo 1418.- El Estado y los municipios tienen obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios y empleados en el ejercicio de las funciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria y sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado cuando los funcionarios y empleados directamente responsables no tengan bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado." (144) Por lo tanto además del criterio tan retrograda que impera en dicha

(143) Código Civil para el Estado de Guanajuato, Colección Porrúa, México, 1995, p. 227

(144) *Ibid.*, p. 228

legislación, se dejó abierto el campo de la responsabilidad para el Estado, el cual con su antiguo criterio debería estar eximido de responsabilidad alguna, pero por no manifestarlo termina siendo el Estado responsable del daño moral de conformidad con el artículo 1416.

El derecho familiar no hace mención alguna el código acerca de los esponsales.

Ahora bien cabe señalar que en materia federal podría aplicarse el código civil para el Distrito Federal, pero el problema se suscita cuando no hay nada legislado al respecto, la única solución que debemos darle es recurrir a toda la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para utilizarla como fundamento en una demanda de daño moral.

7.- GUERRERO

El código civil para el estado de Guerrero en su Libro Quinto De las Obligaciones, Primera Parte De las Obligaciones en General, Título Primero De las Fuentes de las Obligaciones, Capítulo Quinto De las Obligaciones que Nacen de los Hechos Ilícitos en su parte denominada Del Monto de la Reparación del Daño y de la Indemnización por el Perjuicio Causado, artículo 1768 establece:

"ART. 1768.- Las normas fijadas en este capítulo serán sin perjuicio de la indemnización por daño moral si procede.

Independientemente de los daños y perjuicios el juez podrá 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." (145) Aún cuando en el texto de dicho artículo no indica si el Estado es responsable o no el artículo 1750 que a la letra dice deberá aplicarse supletoriamente: "Artículo 1750.- El Estado y el municipio tendrán obligación de responder de los daños causados por sus obreros, empleados o funcionarios en el ejercicio de las actividades o labores que les estén encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria y sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado o contra el municipio, cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes, o los que tuviere no sean suficientes para responder del daño causado." (146) Ocurriendo lo mismo que en el Estado de Guanajuato.

Y en materia de esponsales tampoco hace mención alguna, por no contemplarse tal figura en el citado código.

(145) Código Civil para el Estado de Guerrero, Colección Porrúa, México, 1994, p. 284

(146) *Ibid.*, p. 281

8.- HIDALGO

En materia del daño moral el código civil para el estado de Hidalgo en su artículo 1900 establece la existencia de un daño moral en los mismos términos que el artículo 1790 del código civil del estado de Aguascalientes, con la diferencia de que al final del texto se cita al artículo 1812 de su propio código, cuyo contenido es idéntico al artículo 1802 del Código Civil del Estado de Aguascalientes.

Con relación a los esponsales no se contempla esta figura en su código civil, sino en el código familiar y de procedimientos familiares para dicho estado, capítulo segundo de los esponsales, se indica que un hombre y una mujer mayores de dieciocho años pueden celebrar esponsales mediante un escrito ratificado ante el Oficial de registro del Estado Familiar o ante un Notario Público y para el caso de que alguno de los promitentes no cumplieran el artículo 10 establece lo siguiente:

"Art. 10.- Si alguno de los pretendientes rehusare cumplir su promesa de matrimonio o la difiera indefinidamente, tendrá la responsabilidad de indemnizar la otra parte, de los gastos que hubiere realizado, con motivo del matrimonio prometido. Esta acción puede ejercitarse dentro de un lapso de 6 meses, contados a partir del vencimiento de la promesa." (147)

9.- JALISCO

El código civil del Estado de Jalisco en su artículo 1837 establece: "ART. 1837 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. Para fijar la indemnización el tribunal tomará en cuenta la naturaleza del hecho dañoso y la de la lesión moral sufrida por el ofendido, apreciará ésta según las circunstancias personales de éste, tales como su educación, sensibilidad, afectos, posición social, vínculos familiares, etc., pero sin que en ningún caso el monto de la compensación exceda de \$50,000.00 (cincuenta mil pesos)." (148)

A pesar de que el artículo presenta un gran avance en el criterio que tendrá el juez para cuantificar el daño moral, en realidad marca uno de los mayores retrocesos puesto que limita el monto de la retribución económica que deberá

(147) Código Familiar y de Procedimientos Familiares para el Estado Libre y Soberano de Hidalgo con sus Reformas, México 1996, p. 12

(148) Código Civil del Estado de Jalisco, Colección Porrúa, México, 1992, p. 360

otorgarse a una víctima de daño moral a dicha cantidad, la cual puede resultar mucho menor a la tercera parte de lo que represente el monto de la reparación por daño material. El artículo no indica nada con referencia a la responsabilidad del Estado por los hechos ilícitos de sus servidores públicos, sin embargo con carácter supletorio deberá aplicarse el artículo 1849, cuyo texto es el mismo que el artículo 1418 del código civil para el estado de Guanajuato. Por ello aún cuando en esencia el artículo exime al Estado de la responsabilidad, no puede ocurrir esto ya que por no indicarlo explícitamente el Estado será responsable del daño moral en los términos del mencionado artículo.

Con relación a los esponsales esta figura jurídica se contempla en su artículo 135 del Título Quinto Del matrimonio, Capítulo I De los esponsales el código civil del estado de Jalisco dispone: "Artículo 135.- El que sin causa grave, a juicio del juez, rehusare cumplir su compromiso de matrimonio o difiera indefinidamente su cumplimiento, pagará los gastos que la otra parte hubiere hecho con motivo del matrimonio proyectado.

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

También pagará el prometido que sin causa grave falte a su compromiso una indemnización a título de reparación moral, cuando por la duración del noviazgo, la intimidación establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras causas semejantes, el rompimiento de los esponsales cause un grave daño al prometido inocente.

La indemnización será prudentemente fijada en el caso por el juez, teniendo en cuenta los recursos del prometido culpable y la gravedad del perjuicio causado al inocente." (149)

10.- ESTADO DE MEXICO

Nuestra figura en cuestión se caracteriza por ser igual a la del estado de Aguascalientes, artículo 1790 del código civil, la única diferencia estriba en que al final del texto del artículo 1745 del código civil del Estado de México se menciona al artículo 1757, cabe destacar que su contenido es el mismo al artículo 1825 del Código Civil para el Estado de Coahuila.

Nada se indica en relación a los esponsales.

11.- MICHOACAN

El daño moral se contempla en el artículo 1774 en la misma forma que en el estado de Aguascalientes, sólo debemos percatarnos de la diferencia que existe en el final de dicho artículo citando a el numeral 1786, cuyo contenido es el mismo al artículo 1825 del Código Civil para el Estado de Coahuila.

No está legislada la figura de los esponsales en dicho código civil local.

12.- NUEVO LEON

Nuevo León se caracteriza por mantener un criterio igual al de el estado de Aguascalientes, en su artículo 1813 se constituye la figura del daño moral, citando en su última parte al artículo 1825 que contiene un texto idéntico al 1825 del código civil para el estado de Coahuila.

En materia de esponsales el artículo 143 menciona la figura del daño moral, en los mismos términos que la legislación del Distrito Federal.

13.- OAXACA

La figura del daño moral esta contemplada en el artículo 1787 del código civil del estado de Oaxaca en los mismos términos que el estado de Aguascalientes artículo 1790, invocando dicho artículo al final de su texto al artículo 1800, cuyo contenido es idéntico al numeral 1825 del código civil para el Estado de Coahuila.

En relación a la materia de esponsales el código civil no indica nada sobre ello.

14.- SAN LUIS POTOSI

El artículo 1752 del código civil para el estado de San Luis Potosí señala al daño moral en los mismos términos que el artículo 1790 del código civil del estado de Aguascalientes, sólo encontramos una diferencia en el final del texto de dicho artículo, el citar al artículo 1764, el cual es idéntico al numeral 1825 del código civil para el Estado de Coahuila.

En materia de esponsales no hay nada legislado al respecto.

15.- SINALOA

En el artículo 1800 el código civil para el estado de Sinaloa establece la forma en que se "reparará" el daño

moral, la cual es exactamente igual a la del artículo 1790 del código civil del estado de Aguascalientes, con la única diferencia de que en la parte última de su texto se cita al artículo 1812, cuyo contenido es igual al del artículo 1825 del código civil para el Estado de Coahuila.

El artículo 143 de dicho código sustantivo se refiere a la reparación moral que podrá efectuar cualquiera de los esposales, cabe mencionar que su texto es igual al del código civil para el Distrito Federal.

16.- TABASCO

El código civil para el estado de Tabasco en su artículo 1817 se establece la indemnización que pagará el victimario a su víctima o de la familia si ésta muere, por el hecho ilícito cometido en contra de la lesionado, situación jurídica que se presenta en forma idéntica a la del artículo 1790 del código civil del estado de Aguascalientes, variando la última parte del texto, ya que se menciona al artículo 1829, en lugar del artículo 1802 del código de Aguascalientes, el texto de dicho artículo igual al número 1825 del código civil para el Estado de Coahuila.

El artículo 143 del código civil de dicho estado dispone acerca de la manera en que deberán reparar los esposales el daño moral que puedan causar, el texto de este artículo es igual al del código civil para el Distrito Federal.

17.- VERACRUZ

En el código civil para el estado de Veracruz, artículo 1849 en materia de daño moral es similar al artículo 1790 del código civil del estado de Aguascalientes, con la diferencia de que al final del texto de dicho artículo se cita al numeral 1861, el cual está redactado en los mismos términos que el artículo 1825 del código civil para el estado de Coahuila.

Con relación a los esposales el Código Civil para el Estado de Veracruz en su Título Cuarto Del matrimonio, Capítulo Segundo De la promesa de matrimonio, artículo 83 establece: "ART. 83.- El que sin causa grave, a juicio del juez, rehusare cumplir su compromiso de matrimonio, o difiere indefinidamente su cumplimiento, pagará al otro prometido, a título de reparación moral, la indemnización que fije el juez, cuando por la duración del noviazgo, por la intimidad establecida entre los prometidos, por la publicidad de las relaciones, o por otras causas semejantes, la falta de cumplimiento de la promesa de matrimonio, cause un grave daño a la reputación o los intereses del prometido inocente.

La indemnización será fijada por el juez, teniendo en consideración los recursos del prometido culpable y la magnitud del daño causado al inocente." (150) Este es uno de los estados de la República que se avoca a un daño moral eminentemente puro en materia de esponsales, dándole así la verdadera importancia del daño moral, pues éste es el único que debería surgir en el incumplimiento de una promesa matrimonial.

18.- YUCATAN

El código civil para el estado de Yucatán en su artículo 1090 dispone que el daño moral es exactamente igual a la legislación del estado de Coahuila la única diferencia estriba en que en su última parte cita al artículo 1102 en lugar del 1825 de la legislación de Coahuila.

No existe nada en materia de esponsales.

19.- ZACATECAS

El artículo 1201 del código civil para el estado de Zacatecas establece: "ART. 1201.- 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 ya que éste está obligado a responder de los daños causados por sus funcionarios con motivo de sus funciones, si éstos no tuvieren bienes para responder del daño." (151)

El código familiar para el estado de Zacatecas establece exactamente lo mismo que el Estado de Hidalgo en materia de esponsales

Exhortamos a los Congresos locales a fin de reformar los artículos que actualmente rigen en materia de daño moral, con el único objeto de proteger los bienes jurídicos inmateriales a que todo ser humano en todos los lugares y rincones de la República Mexicana tiene derecho, sin embargo y como ya lo habíamos mencionado, no debemos olvidar que aquellos Estados que no contemplan la "reparación" (sería mejor decir retribución) por daño moral sufrido podríamos invocar la jurisprudencia que al respecto ha emitido nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación.

(150) Código Civil para el Estado de Veracruz, Colección Porrúa, Mexico, 1995, p. 15

(151) Código Civil de Zacatecas, Colección Leyes y Códigos, Mexico, 1996, p.p. 192 y 193

5.2 Estados de la República Mexicana que su legislación concuerda con la del Distrito Federal.

En este inciso analizaremos y conoceremos las legislaciones de los estados de la República Mexicana que son similares a la del Distrito Federal, decimos similares porque en muchas de ellas superan a la de nuestra Capital, pero también muchas otras no han evolucionado del todo, sino que aún conservan el criterio anterior a la reforma legislativa de 1982, o bien muchas otras su contenido es muy parecido al criterio de esta reformas, pero al final presentan un retroceso porque aún limitan la cuantía de la retribución económica por daño moral, dándole así un toque del antiguo artículo 1916.

1.- CAMPECHE

El código civil del estado de Campeche en su artículo 1811 dispone la forma en que se rige la figura del daño moral, debiendo observarse que su texto es idéntico al de los artículos 1916 y 1916 bis del código civil para el Distrito Federal de 1982, de tal suerte que en el código en cuestión únicamente se acoge el daño moral en un sólo artículo, pues aquí no encontramos un artículo 1811 bis.

"Artículo 1811.- Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, 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 responsabilidad contractual, como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1808, así como el Estado y sus funcionarios conforme al artículo 1823, ambas disposiciones del presente Código.

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

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

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

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 política de los Estados Unidos Mexicanos. 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." (152)

Y por su parte el artículo 1823 establece lo siguiente:

"Artículo 1823.- El Estado tiene obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les están encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria y sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado." (153)

En el derecho familiar la promesa de matrimonio está regulada por el Título Quinto denominado Del matrimonio, Capítulo I De los esponsales, artículo 154 del código civil para el estado de Campeche el cual concuerda totalmente con el artículo 143 del código civil del Distrito Federal.

"ART. 154.- El que sin causa grave, a juicio del juez, rehusare cumplir su compromiso de matrimonio o difiera indefinidamente su cumplimiento, pagará los gastos que la otra parte hubiere hecho con motivo del matrimonio proyectado.

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

También pagará el prometido que sin causa grave falte a su compromiso una indemnización a título de reparación moral, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras causas semejantes, el rompimiento de los esponsales cause un grave daño a la reputación del prometido inocente.

La indemnización será prudentemente fijada en cada caso por el juez, teniendo en cuenta los recursos del prometido culpable y la gravedad del perjuicio causado al inocente." (154)

(152) Código Civil del Estado de Campeche, Colección Porrúa, México, 1995, p.p. 273 y 274
 (153) *Ibid.*, p. 376
 (154) *Ibid.*, p. 31

2.- COLIMA

El estado de Colima también se caracteriza por tener una legislación en materia de daño moral muy similar a la del estado de Campeche, pudiendo verse en el artículo 1807 del código civil para el estado de Colima, con la diferencia de que en este artículo menciona al numeral 1804 de la responsabilidad objetiva y el 1819 en relación a la responsabilidad subsidiaria del Estado y sus servidores públicos.

Y en cuanto a los esponsales el artículo 143 también coincide en contenido con el del estado de Campeche o el Distrito Federal.

3.- CHIHUAHUA

El código civil del estado de Chihuahua comparte el mismo criterio que los anteriores estados, verificándose ello en el artículo 1801, incluyendo los artículos 1798 y 1813 que se refieren a la responsabilidad objetiva y/o del Estado junto con sus funcionarios respectivamente; por último un artículo 1801 bis el cual expone que la retribución económica del daño moral es impropcedente cuando se ejercite el derecho a la libertad de expresión crítica, objetiva y nunca destructiva.

No se legisla absolutamente nada en lo relacionado a los esponsales.

4.- MORELOS

En el código civil para el estado de Morelos su Título Primero De las Obligaciones, Capítulo Quinto De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos, artículo 2018 se desprende que:

"ART. 2018.- El daño moral a que tengan derecho la víctima o sus beneficiarios será regulado por el juez en forma discrecional y prudente, tomando en cuenta los valores espirituales lesionados y que pueden consistir en el afecto, honor, prestigio, estimación de las cosas o integridad de las personas. En este último caso, cuando el daño origine una lesión en la víctima, que no la imposibilite total o parcialmente para el trabajo, el juez fijará el importe del daño moral, tomando en cuenta si la parte lesionada es o no visible, así como el sexo, edad y condiciones de la persona. La indemnización por daño moral es independiente de la material y se decretará aun cuando ésta no exista." (155)

Podemos decir que es uno de los artículos de las

legislaciones en derecho civil más avanzadas de la República Mexicana, ya que dicho artículo protege los sentimientos que una persona puede generar sobre el afecto en los bienes materiales, incluyendo a las mascotas por ejemplo, aunque no del todo pues limita la retribución económica de la víctima en su artículo 2019, pues para ninguna persona va a ser muy grato y fácil el adaptarse a una nueva vida.

"ART. 2019.- Sumando las indemnizaciones por daño patrimonial y por daño moral, cuando el riesgo no ocasione la muerte, pero si lesiones que produzcan incapacidad total o parcial permanente, podrá cambiar el juez la pensión vitalicia en pensión temporal, por el lapso que estime prudente y sin sobrepasar el posible importe de la vitalicia, a fin de reeducar o readaptar a la víctima a formas de trabajo adecuadas a los defectos que le hubiere causado el riesgo sufrido. Es de interés público el cumplimiento de este precepto, tratándose de menores." (156) Sin embargo existe una contradicción al analizar el artículo 2221 localizado dentro del título denominado Incumplimiento de las obligaciones, Capítulo primero Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones:

"ART. 2221.- El precio de la cosa será el que tendría al tiempo de ser devuelta al dueño, excepto en los casos en que la ley o el pacto señalen otra época.

Al estimar el deterioro de una cosa se atenderá no solamente a la disminución que el causó en el precio de ella, sino a los gastos que necesariamente exija la reparación.

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 acento que por estas causas se haga no podrá exceder de una tercera parte del valor común de la cosa." (157)

Tampoco enuncia la obligación de publicar extracto de la sentencia que permita purificar el honor de una persona.

Por otra parte el artículo es omiso a la responsabilidad en que por daño moral puede incurrir el Estado y sus servidores públicos debiéndose aplicar los artículos 2032 y 2033 del mismo ordenamiento jurídico y que a la letra dicen:

"ART. 2032.- El Estado tiene obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios o empleados en el ejercicio de las funciones que les estén encomendadas, siempre y cuando exista culpa en la elección de los mismos o falta de vigilancia del superior jerárquico.

ART. 2033.- Esta responsabilidad es subsidiaria y sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado, cuando el funcionario o empleado directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para reparar el daño causado." (158)

(156) Ib
 (157) Ibid, p.p. 489 y 490
 (158) Ibid, p. 352

El daño moral en la promesa de matrimonio o de los esposales está regulado por el artículo 237 del citado código sustantivo, con la característica de ser igual que el artículo 143 del estado de Campeche o del Distrito Federal.

5.- NAYARIT

El código civil del estado de Nayarit en su Libro Tercero denominado De las obligaciones, Primera Parte De las obligaciones en general, Título Primero Fuentes de las Obligaciones, Capítulo Quinto De las Obligaciones que nacen de los actos ilícitos, artículo 1289 se dispone la manera en que debe operar la figura del daño moral, la cual es igual a la actual en el código civil para el Distrito Federal, artículo 1916.

Transcribiremos el contenido de tal artículo a fin de poder conocer las únicas diferencias que puede haber y que específicamente son los cambios de orden numérico que se le dan a los artículos que dentro del mismo se citan.

"Artículo 1289.- 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. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnera o menoscaba ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

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 haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual. La obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al Artículo 1286, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1300 y 1301, todos ellos del presente Código.

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

El monto de la indemnización lo determinará el juez, tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso. Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los 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." (159)

También cita un artículo 1289 bis en los mismos términos del artículo 1916 bis del código sustantivo del Distrito Federal.

"ARTICULO 1289 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." (160)

El artículo 1286 citado en el artículo 1289 se refiere a la responsabilidad objetiva y el artículo 1300 así como el 1301 establecen lo siguiente:

"ARTICULO 1300.- El que paga los daños y perjuicios causados por sus sirvientes, empleados, funcionarios y operarios, puede repetir de ellos lo que hubiere pagado.

ARTICULO 1301.- El Estado tiene obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que le estén encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos, en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos." (161)

Cabe mencionar que si el estado de Nayarit tiene su base jurídica en lo dispuesto por el Distrito Federal, éste no se ha percatado de que en el Distrito Federal el artículo 2116 se relaciona con el 1916, dejando sin reforma alguna la siguiente disposición: "ARTICULO 1489.- 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 cosas se haga no podrá exceder de una tercera parte del valor común de la cosa." (162)

Y en su Título Quinto Del matrimonio, Capítulo I De los esposales, artículo 139 se regula esta figura de la misma forma que en la legislación del Distrito Federal, artículo 143.

(159) Código Civil de Nayarit, Colección Leyes y Códigos, México, 1997, p.p. 234 y 235

(160) Ibid, p. 237

(161) Ibid, p. 235

(162) Ibid, p.p. 265 y 266

6.- PUEBLA

El código civil del estado de Puebla en su libro cuarto de las Obligaciones, capítulo vigésimo de la Reparación del daño causado por hecho ilícito, Sección Segunda del Monto de la reparación, inciso B denominado del Daño a las personas, establece la forma en que se rige el daño moral, en los siguientes artículos:

"ART. 1958.- El daño moral resulta de la violación de los derechos de la personalidad." (163)

"ART. 1993.- La indemnización por daño moral a que tengan derecho la víctima o las personas que sufran éste, será regulada por el juez en forma discrecional y prudente, tomando en cuenta la mayor o menor gravedad de las lesiones causadas a la víctima en sus derechos de la personalidad.

ART. 1994.- Si la lesión recayó sobre la integridad de la persona y el daño origina una lesión a la víctima, que no la imposibilite total o parcialmente para el trabajo, el juez fijará el importe de la indemnización del daño moral, tomando en cuenta si la parte lesionada es o no visible, la duración de la visibilidad, en su caso, así como la edad y condiciones de la persona.

ART. 1995.- La indemnización por daño moral es independiente de la economía, se decretará aun cuando ésta no exista, siempre que se cause aquél daño y no excederá del importe de un mil días del salario mínimo general.

ART. 1996.- Cuando el daño moral haya afectado la víctima en su decoro, prestigio, honor o buena reputación, puede el juez ordenara, además, a petición de aquélla, que a costa del condenado se publique, en los medios informativos que el juez señale, la sentencia que imponga la reparación.

ART. 1997.- El Estado creará, mediante una ley el Fondo para el Pago de la Reparación del Daño, el que se encargará de la protección de quienes sufran daños personales." (164)

Incluimos la legislación del estado de Puebla toda vez que presenta una ligera evolución en cuanto al daño moral, pues es el primer código civil que es explícito al señalar que los derechos protegidos por el daño moral son los llamados derechos de la personalidad; pero el hecho de limitar la cuantificación del daño no representa un total y conveniente avance para la población del estado y no sólo para ella, sino para cualquier transeúnte. Otro de los cambios que presenta este estado es la creación de un artículo innovador, el 1997, creado por cierto a propuesta del Maestro Gutiérrez y González, al respecto consideramos que el nuevo artículo es bueno, pero

(163) Código Civil del Estado de Puebla, Colección Porrúa, México, 1991, p. 374

(164) Ibid., p.p. 380 y 381

también creemos que la esencia de la retribución económica del daño moral pertenece exclusivamente al derecho privado tener la característica de satisfacer en algún modo a la víctima, lo cual con el nuevo artículo le da un matiz de derecho público, aunque como ya lo mencionamos en el fondo mucho nos agradecería que el monto fuera mayor, llegando a representar incluso, una sanción para el victimario y así poder evitar la pérdida de nuestros valores; además mucho contribuiría a crecer esta pérdida de valores al dejar en manos de una institución pública lo que le corresponde al causante del daño. Por otra parte como no se regula en forma clara la responsabilidad del Estado y sus servidores públicos, debe aplicarse el artículo 1976 contenido en el citado libro cuarto De las obligaciones, capítulo vigésimo también ya mencionado, pero en la Sección Primera de las Reglas Generales, que dispone lo siguiente:

"ART. 1976.- El Estado tiene obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios o empleados, en el ejercicio de las funciones o trabajos que le estén encomendadas." (165)

Otro de nuestros argumentos para decir que esta legislación presenta un retroceso es el de no haber incluido a la responsabilidad objetiva como una fuente de daño moral, porque el citado ordenamiento jurídico al acoger a esta dentro de su Capítulo vigésimo primero de la Reparación del daño causado por hechos lícitos y al daño moral dentro de la Reparación del daño causado por hechos ilícitos, dispone que el daño moral es consecuencia de un hecho ilícito solamente, lo cual como ya hemos visto no es del todo cierto, porque cualquier persona sin dolo alguno puede causar un daño moral.

En lo referente a los esponsales el estado de Puebla no dispone nada sobre ello.

7.- QUERÉTARO

El daño moral en el estado de Querétaro se regula en los artículos 1781, 1782, 1783, 1784, 1785, 1786 y 1787 del código civil vigente para dicho estado.

"Artículo 1781.- Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

Quando 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 1776, así como el Estado y sus funcionarios conforme al artículo 1779, ambas disposiciones del presente Código.

Artículo 1782.- El monto de la indemnización por daño moral 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. Dicho monto nunca excederá del importe de la indemnización por muerte.

Artículo 1783.- Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los informativos que considere convenientes.

Artículo 1784.- 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 1785.- 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.

Artículo 1786.- En el caso del artículo anterior, 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.

Artículo 1787.- La acción de reparación por daños corporal o moral no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida." (166)

El supuesto brillo que el estado de Querétaro tuvo con el avance de la legislación de Querétaro al acoger el criterio del artículo 1916 del código del Distrito Federal del año de 1982, se ve opacado con el contenido del artículo 1782 especialmente en su parte final, ya que no debe condicionarse el monto de la retribución económica que por daño moral recibirá una víctima, pues no siempre la muerte es el sufrimiento más cruel y doloroso de una persona, además recuerdese que esta indemnización será para un tercero, en cambio el agredido que continúa viviendo con su dolor puede éste ser mayor que la propia muerte. Por otra parte puede darse el caso en que la víctima esté al borde de la muerte, y el

juzgador se forme un criterio que determine una cierta cuantía para la retribución; pero si finalmente la víctima se salva puede ocurrir que el juez condene al victimario a pagar una monto menor al que si hubiera muerto su víctima, pensando en que la muerte es lo más grave que puede ocurrir. Además no puede limitarse la cuantía porque cada caso es diferente , y es ahí donde el criterio de ser humano debe imperar en un juez.

Los artículo 1776 y 1779 mencionados en el numeral 1781 del citado ordenamiento jurídico se refieren el primero de ellos a la responsabilidad objetiva contenida en los mismos términos que el artículo 1913 del código civil vigente para el Distrito Federal y el segundo enuncia el exactamente el segundo párrafo del artículo 1915 también del código civil del Distrito Federal.

La figura de los esponsales no está contemplada en la legislación del estado de Querétaro.

8.- QUINTANA ROO

El código civil de Quintana Roo establece la manera de regular el daño moral a través de su Título Segundo De los actos jurídicos nominados que generan obligaciones, Sección Tercera De la Responsabilidad por causa de los bienes, Capítulo VI De la cuantificación del daño, artículos 131 y 132, que a la letra dicen:

"ARTICULO 131.- Independientemente de los daños y perjuicios materiales, el juez puede acordar, en favor de la víctima o de sus beneficiarios si aquella muere, una indemnización equitativa, a título de reparación moral que pagará el responsable del hecho sea éste lícito o ilícito.

ARTICULO 132.- La indemnización a que se refiere el artículo anterior será prudentemente fijada por el juez en cada caso, tomando en cuenta los elementos lesionados del patrimonio moral, como el afecto, el honor, el prestigio, la estimación de los bienes y la propia integridad personal. En este último caso, cuando el daño material origine una lesión en la víctima, el juez fijará el importe del daño moral tomando en cuenta la visibilidad de la lesión y la región del cuerpo en que se halle, así como el sexo, edad, actividad a que la víctima esté delicada y sus demás condiciones personales." (167)

Esta legislación es omisa en señalar explícitamente (es decir dentro del contenido de los artículos 131 y 132) la responsabilidad del Estado, ángulo importante en la vida del daño moral, tampoco menciona nada acerca de la responsabilidad

objetiva, contractual o extracontractual, teniendo que aplicarse supletoriamente los artículos 101 de la responsabilidad del Estado y los municipios, y el artículo número 115 de la responsabilidad objetiva, ubicado dentro de la misma Sección tercera, pero en el Capítulo V De la responsabilidad objetiva o riesgo creado. Sin embargo lo analizamos aquí por ser uno de los artículos que describe cada uno de los bienes jurídicos inmateriales que integran el daño moral.

9.- SONORA

El código civil de Sonora en su artículo 2087 enuncia la figura del daño moral en la misma forma que el artículo 2018 del estado de Morelos, retomando los mismos comentarios que se hicieron a éste.

Y en cuestión de los esponsales el artículo 236 es idéntico al 143 del Distrito Federal.

10.- TAMAULIPAS

El estado de Tamaulipas en su derecho civil enuncia la figura del daño moral a través del artículo 1164 mismo que establece:

"Artículo 1164. El daño puede ser también moral cuando el hecho ilícito perjudique a los componentes del patrimonio moral de la víctima.

Enunciativamente se consideran componentes del patrimonio moral, el efecto del titular del patrimonio moral por otras personas, su estimación por determinados bienes, el derecho al secreto de su vida privada, así como el honor, el decoro, el prestigio, la buena reputación y la cara e integridad de la persona misma." (168)

Y el artículo 1393, localizado en el Capítulo V De la responsabilidad civil, Sección I. Reglas generales, establece la forma en como y cuando deberá operar nuestra figura jurídica disponiendo lo siguiente:

"Artículo 1393. El daño moral a que tengan derecho la víctima o sus beneficiarios será regulado por el juez en forma discrecional y prudente, tomando en cuenta los componentes del patrimonio moral, según la enunciación contenida en el segundo párrafo del artículo 1164. Si la lesión recayó sobre la integridad de la persona y el daño origina una lesión en la víctima, que no la imposibilite total o parcialmente para el trabajo, el juez fijará el importe del daño moral, tomando en cuenta si la parte lesionada es o no visible, así como el sexo, edad y condiciones de la persona.

La indemnización por daño moral es independiente de la material y se decretará aun cuando ésta no exista, siempre que se cause aquél daño y en ningún caso podrá exceder del veinte por ciento de la indemnización señalada como pago.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, prestigio, honor o buena reputación, puede el juez ordenar que la reparación de aquél daño se haga por publicación de la sentencia que condene a la reparación, en los medios informativos que él señale." (169)

Limitar el monto de la retribución económica por daño moral a una cantidad no mayor del veinte por ciento de la reparación del daño material, implica tener un retroceso palpable en materia del daño moral. Sin embargo cabe destacar que el daño moral es consecuencia de una responsabilidad civil en sentido amplio, ya sea que se derive de un hecho lícito (incurriendo en una responsabilidad objetiva) o ilícito, y en cuanto a la responsabilidad del Estado, éste responderá conforme a lo dispuesto por el artículo 1409.

"Artículo 1409. El Estado y los Municipios tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por sus obreros, empleados o servidores públicos en el ejercicio de las actividades o labores que les estén encomendadas." (170)

Los esponsales están regulados en el Título Tercero Del matrimonio, Capítulo I De los esponsales, artículos 127 y 128, mismos que establecen:

"ART. 127.- El que sin causa grave, a juicio del juez, rehusare cumplir su compromiso de matrimonio o difiera indefinidamente su cumplimiento, pagará los gastos que la otra parte hubiere hecho con motivo del matrimonio prometido.

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

En cualquiera de los casos anteriores, el prometido culpable perderá en beneficio del inocente, las donaciones que le hubiere hecho.

También pagará el prometido que sin causa grave falte a su compromiso una indemnización a título de reparación moral, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras causas semejantes, el rompimiento de los esponsales cause un grave daño a la reputación del prometido inocente.

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

ART. 128.- Las acciones a que se refiere el artículo que precede, sólo pueden ejercitarse dentro de seis meses, contados desde el rompimiento de los esponsales." (171)

(169) *Ibid.*, p.p. 284 y 285

(170) *Ibid.*, p.p. 287

(171) *Ibid.*, p. 32

11.- TLAXCALA

El estado de Tlaxcala regula a la figura del daño moral en los mismos términos que el estado de Tamaulipas, excepto con algunas variantes y para tal efecto transcribimos el artículo que contiene el daño moral:

"Artículo 1409. El daño moral a que tengan derecho la víctima o sus beneficiarios será regulado por el juez en forma discrecional y prudente, tomando en cuenta los componentes del patrimonio moral, según la enunciación contenida en el segundo párrafo del artículo 1402. Si la lesión recayó sobre la integridad de la persona y el daño origina una lesión en la víctima, que no la imposibilite total o parcialmente para el trabajo, el juez fijará el importe del daño moral, tomando en cuenta si la parte lesionada es o no visible, así como el sexo, edad y condiciones de la persona.

La indemnización por daño moral es independiente de la material y se decretará aun cuando ésta no exista, siempre que se cause aquél daño y en ningún caso podrá exceder de doscientos mil pesos.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, prestigio, honor o buena reputación, puede el juez ordenar que la reparación de aquél daño se haga por publicación de la sentencia que condene a la reparación, en los medios informativos que él señale." (172)

Y el artículo 1402 dispone exactamente lo mismo que el 1164 del estado de Tamaulipas antes descrito.

Para tal legislación tenemos los mismos comentarios que para la anterior, y peor aún porque limita el monto de la retribución económica hasta una cantidad ya especificada, solo es de reconocerse que la legislación de Tlaxcala, también, en un orden lógico y jurídico encuadra a la figura del daño moral dentro de su Título quinto De la responsabilidad civil, Sección primera Reglas generales y no como ocurre en el Distrito, Federal la cual es clasificada únicamente dentro de la responsabilidad civil considerandola sólo como una consecuencia de un acto ilícito, (pues la legislación de la Capital da a entender que aquél que comete un acto ilícito sólo es responsable civilmente) mientras que también puede provenir de un acto lícito, tal y como el propio artículo 1316 lo señala, incurriendo entonces en responsabilidad objetiva, y esto crea confusiones ya que en realidad debiera ser como lo dispone el artículo 1374, que indica:

"ART: 1374.- Cuando un hecho cause daños y perjuicios a una persona, y la ley imponga al autor de este

hecho o a otra persona distinta, la obligación de reparar esos daños y perjuicios hay responsabilidad civil.

Los daños y perjuicios cuya reparación impone la ley, pueden provenir de un hecho ilícito, según se dispone en este título o de un hecho lícito, de acuerdo en este segundo caso, con lo establecido también en este código, en los artículos 1420 a 1424." (173) Estos artículos regulan lo relativo a la responsabilidad objetiva.

Y en relación al Estado responderá con fundamento en el artículo 1394 de dicho ordenamiento al disponer lo siguiente:

"ART. 1394.- El Estado tiene obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios o empleados en el ejercicio de las funciones que les estén encomendadas." (174)

La retribución económica por daño moral que recibirá alguno de los esposales está regulada por el artículo 40, Título Tercero Del matrimonio, Capítulo I De los esposales:

"ART. 40.- El que sin causa grave, a juicio del juez, rehusare cumplir su compromiso de matrimonio o difiera indefinidamente su cumplimiento, pagará los gastos que la otra parte hubiere hecho con motivo del matrimonio proyectado.

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

También pagará el prometido que sin causa grave falte a su compromiso una indemnización a título de reparación moral, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras causas semejantes, el rompimiento de los esposales cause un grave daño a la reputación del prometido inocente.

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

Si el matrimonio no se celebra, tienen derecho los prometidos a exigir la devolución de lo que se hubieren donado con motivo de su concertado matrimonio. Este derecho durará un año contado desde el rompimiento de los esposales." (175)

Por último concluimos este capítulo diciendo que los estados de Aguascalientes, Baja California, Coahuila, Chiapas, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Estado de México, Michoacán, Nuevo León, Oaxaca, San Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco, Veracruz, Yucatán y Zacatecas contienen la misma legislación que presentaba el artículo 1916 del código civil para el Distrito Federal antes de la reforma de diciembre

(173) Ibid, p. 289

(174) Ibid, p. 293

(175) Ibid, p.p. 16 y 17

de 1982; por su parte los estados de Campeche, Colima, Chihuahua, Querétaro y Quintana Roo aún conservan la legislación que estableció la reforma de 1982; Puebla, Tamaulipas y Tlaxcala presentan una legislación mixta es decir recogen un poco de la reforma de 1982 y de la anterior a ésta; el único estado que se encuentra en igualdad de circunstancias que la legislación actual que incluye la reforma de 1994 es Nayarit; afortunadamente los estados de Morelos y Sonora son representantes del progreso que en materia de daño moral muestran sus correspondientes legislaciones.

Todos los estudiosos del Derecho deben seguir luchando para que cada una de las legislaciones de los Estados de la República continúen evolucionando positivamente hasta llegar a superar la del Distrito Federal, todo con el fin de que en ningún lugar los seres humanos queden desprotegidos en sus derechos de la personalidad, por tal razón en el capítulo sexto, inciso último de este trabajo propondremos algunas reformas que con la esperanza de que algún día sean consideradas por los legisladores para una mejor aplicación de la "reparación" por el daño moral sufrido y con ello facilitar que esta figura jurídica sea motivo de demanda con más frecuencia y sin temor a realizar un juicio infructuoso.

CAPITULO SEXTO

EL DAÑO MORAL EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL

Es sabido que a través de la ciencia jurídica todo litigio necesita de la llamada "trilogía estructural de la ciencia del proceso" como lo sostiene atinadamente el jurista argentino Podetti (1), es decir deben existir las siguientes premisas:

A.- La jurisdicción: Como el poder del Estado para resolver conflictos de trascendencia jurídica en forma vinculada y equitativa entre las partes.

B.- Un proceso: Como institución jurídica previamente establecida y señalada expresamente en leyes, costumbres, usos, jurisprudencia, etcétera con el objeto de que el Estado pueda conducir a las partes en litigio a una solución que dirima un conflicto.

C.- La forma en que debe ejercitarse "la acción", comprendida ésta como el derecho facultado o poder de las personas para ejercer plenamente su derecho subjetivo para provocar la actividad del órgano jurisdiccional, del Estado.

Ahora bien cabe mencionar que esta trilogía es aplicable a todas las ramas del derecho procesal "... en que el egoísmo pone en desacuerdo a los hombres que se encuentran en conflicto de intereses, vemos que se dirigen al juez para pedirle cada cual que le dé a él la razón y se la niegue al otro litigante." (2) Y es precisamente el egoísmo el motor principal que causa la violación de los derechos de la personalidad y que engendra el juicio por daño moral en el proceso civil, lo que origina una clasificación de procesos que citaremos con el único propósito de ir encuadrando nuestro tema central de tesis al procedimiento que dentro del proceso debemos recurrir para demandar y poder obtener la retribución que por concepto de daño moral se ha sufrido.

CLASIFICACION DE LOS PROCESOS QUE CONTIENEN LOS SIGUIENTES PRINCIPIOS:

1.- PRINCIPIO DISPOSITIVO: Se caracteriza por tener una iniciativa que a diferencia del proceso penal no lo sigue de oficio el juez, pues a fin de promoverse siempre será solicitado por la parte que en ello tenga algún interés, impulsando así el proceso; consecuentemente se dispone libremente del derecho a desistirse, allanarse, confesar o transaccionar la acción. También se caracteriza por fijar el objeto en controversia, pues el juez no puede resolver más allá

(176) Podetti J. Ramiro, Trilogía estructural de la ciencia del proceso, p.p. 113 -170 ,

(177) Carnelutti Francesco, Como se hace un proceso, p. 2v

de las pretensiones de las partes; asimismo fija el objeto de la prueba, es decir aguilata su valor probatorio; impugna las resoluciones del juzgado; resuelve como cosa juzgada surtiendo efectos sólo entre las partes que conformaron el litigio. En este principio ubicamos al PROCESO CIVIL y MERCANTIL.

2.- PRINCIPIO DE JUSTICIA SOCIAL: En este principio se localizan el proceso laboral y el agrario.

3.- PRINCIPIO INQUISITORIO. Encontrándose el proceso penal, administrativo, constitucional, familiar y del estado civil.

En tal virtud podemos afirmar que nuestro tema está reglamentado dentro del proceso de carácter civil, "... porque se realiza inter cives, es decir, entre hombres dotados de civilidad. ... La civilidad no es, pues, otra cosa que andar de acuerdo; pero si los hombres tienen necesidad del proceso, quiere ello decir que falta el acuerdo entre ellos." (178) Los conflictos de la figura del daño moral tienen que disminuir en un proceso civil porque: "La moral no aconseja nunca la vileza; resistir al comportamiento injusto del adversario no es contrario sino conforme a la moral." (179) Luego entonces este proceso civil contiene las siguientes fases una instrucción como primera etapa del proceso y que sirve para instruir al juzgador provocandole conocer el tipo de litigio que las partes instauran, para que éste en su oportunidad esté en posición de dictar una sentencia que resuelva ese conflicto de intereses. Y la otra gran etapa llamada juicio, que concluye como ya dijimos con una sentencia pronunciada por el órgano jurisdiccional.

Aplicando estos conceptos a nuestro daño moral tenemos que:

1.- Se trata de un proceso civil contencioso porque se desarrolla en presencia de una litis o litigio, es decir un desacuerdo;

2.- Tiene una fase postulatoria;

3.- Tiene una fase probatoria con sus diferentes estudios procesales como: Ofrecimiento, admisión, preparación y desahogo;

4.- Tiene una fase preconclusiva formada por los alegatos y las conclusiones;

5.- Culmina con "el juicio", o sea la actividad exclusiva del órgano jurisdiccional, que ya sea el juzgador o juzgadores en el caso de tribunales colegiados donde estos aplican la ley, valoran las pruebas, ponen en práctica su lógica jurídica y dictan sentencia, juicio que deberán solicitarlo y promover el procedimiento las partes que sobre el tengan interés, tanto el demandante de la retribución como el oponente al otorgamiento de ella y a la existencia de dicho daño;

(178) Ibid. p. 24

(179) Ibid. p. 24

6.- Juicio efectuado mediante la vía ordinaria civil, de conformidad con el artículo 255 del título sexto, capítulo primero del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en vigor;

7.- Se fundamenta jurídicamente en los siguientes ordenamientos legales: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Constituciones Locales, Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia Federal, Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia Federal; Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Código Federal de Procedimientos Penales, todos ellos enunciados en el segundo capítulo de la presente tesis. También debemos hacer mención del código penal para cada uno de los Estados.

8.- Su fin generalmente es obtener el pago de una retribución económica por concepto del daño moral causado por el victimario y a cargo de él mismo, o bien la publicación de la sentencia que resolvió en su favor y también a costa del victimario;

9.- Es un juicio que nace de una acción personal e intransmisible;

10.- La sentencia que se dicta en el juicio regularmente es de carácter condenatoria, declarativa y ejecutiva;

11.- Es un juicio que obliga a agotar el principio de la definitividad, el cual consiste en agotar todos los medios e instancias procesales de impugnación.

Hasta aquí las características del proceso civil en la figura del daño moral; y como ya lo mencionamos las partes interesadas tienen que promover en el juicio, por lo que procederemos a conocer quiénes pueden ser los titulares de este derecho y de la obligación que surge ante la conducta lícita o ilícita.

6.1 Personas con derecho a ejercitar la acción por concepto de reparación moral y personas que tienen derecho a ser indemnizados.

La legitimación activa en el juicio ordinario civil que tenga por objeto demandar la "reparación" (para nosotros será retribución) por daño moral causado en algún ser humano estará constituida por las siguientes personas.

En primera instancia encontramos a la víctima quien en forma directa sufre el daño, en el ámbito económico es el propietario de los bienes perjudicados y en la esfera moral es el titular de sus derechos de la personalidad, aunque sabemos

que será difícil acreditar que efectivamente es un damnificado directo, especialmente cuando haya un grupo bastante numeroso de personas que también puedan ser víctimas directas; de ahí que el afectado directo deba demostrar un daño cierto, mediato e inmediato y que tiene un interés legítimo para poder demandar una retribución por concepto de daño moral.

En virtud de lo anterior todas las personas físicas capaces o incapaces serán víctimas directas, a pesar de los criterios de los diversos doctrinarios civilistas que distan de la idea de considerar a los incapaces con aptitudes para sentir el llamado daño moral puro y esto es intrínsecamente cierto porque un incapaz por locura, idiotez o imbecilidad no tienen facultad para discernir entre lo bueno y lo malo, menos aún para saber si existe o no algún sufrimiento moral en su persona, por ello se piensa que un incapaz con estas características nunca podría ser víctima directa de un daño moral; sin embargo esta situación no puede de ninguna manera ser aprobada, pues iría en contra de la esencia de los derechos de la personalidad, los cuales se distinguen por ser inherentes a todo ser humano además de que sería negar la naturaleza de dicho ser humano y que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no los cubre con su manto jurídico.

También podrán ser víctimas directas las personas jurídicamente colectivas, pero recordemos que nuestra posición no concuerda con esta idea, a pesar de que la doctrina las incluye dentro del grupo de personas que pueden ejercitar acción por daño moral; por tal razón el juez deberá tener especial cuidado al determinar el monto de la retribución, situación que expondremos más adelante, en los siguientes apartados de este capítulo.

Para la doctrina (incluyendo la mexicana) y algunas de las legislaciones como lo son la española y la argentina, indican que existe otra víctima que puede ejercitar acción por daño moral en contra de aquél que cometa una afección, aunque no de manera directa hacia ella sino que sufren "... por rebote -ricochet en la doctrina francesa-, por su vinculación o relación con el atacado o el agredido." (180) A estas personas se les ha denominado víctimas indirectas quienes también sufren en algún modo el daño directo y cierto que resienten sus seres queridos, y que con regularidad tienen el carácter de parientes, tutores, personas con facultades para ejercer la patria potestad o los representantes legales (al respecto pensamos que los derechos de la personalidad nunca deberán ser deducidos en juicio mediante apoderado o mandante, en especial las personas físicas -las jurídicamente colectivas no tendrían derecho a demandar por la ficción jurídica y naturaleza que las

caracteriza, sin embargo por su misma esencia las llevan a necesitar de un representante legal- por otra parte quien mejor que la víctima directa para demostrar y así poder convencer al Órgano jurisdiccional de que verdaderamente existe un daño moral y por último designar a un apoderado o mandante de mis sentimientos para conseguir una retribución económica por la afección sufrida en los mismos sería como estar comerciando con ellos ya que tampoco se estaría dando el tiempo que como ser humano y como persona con dignidad propia se merece); creemos que estas supuestas víctimas indirectas no lo son y que sólo su legitimación en dicho juicio ordinario civil se limita a ser procesal, es decir representantes de los incapaces que son las víctimas directas del daño, ya que la acción por daño moral es un acto personalísimo por ello no deben existir las víctimas indirectas, y si a pesar de ello existiesen, consideramos que los afectados directos sólo serán las personas más precisas para hacer valer sus derechos; por otra parte el permitir la existencia de varios demandantes por el mismo daño, sin importar la cuantía de la retribución, la cual por equidad y justicia siempre será menor a la de la víctima directa, y sin corroborar fehacientemente la verdadera existencia del sufrimiento por un daño moral; lo que llevaría a poner en desventaja jurídica al demandado.

La única posibilidad de ser una víctima indirecta de acuerdo con nuestra legislación mexicana es la que poseen los herederos cuando la víctima directa ha ejercido su acción en vida y el juicio ha quedado inconcluso a causa de su muerte; a quienes desafortunadamente el legislador les da la más amplia facultad para demandar el daño moral, cuando en realidad pueden no ser los más afectados con la muerte de la víctima, ni tampoco ser las personas más aptas para recibir la retribución económica o la publicación de la sentencia por eso el juez deberá aplicar su lógica jurídica en beneficio de la determinación del tipo de retribución que deberá darle al heredero o de una persona con la que en vida la haya unido a una relación afectuosa, en virtud de no haber vivido con la víctima durante los últimos años de su vida, o bien a pesar de ser herederos testamentarios también pueden ser personas no cercanas a la víctima durante este tiempo o quizás antes de su muerte la víctima estaba a punto de revocar su testamento, por ello será necesario que el juez investigue con profundidad la vida de ésta, para así poder determinar con seguridad quiénes serán las posibles víctimas indirectas que puedan continuar reclamando en juicio el correspondiente daño moral, de lo anterior se concluye que no sólo los herederos serán las víctimas indirectas, sino también otras personas podrán continuar el ejercicio de la acción en el juicio correspondiente. Ya que por una parte podrá recibir la cantidad en dinero con la condición de que sea una persona que realmente sufre el daño (aunque en forma indirecta) y que no tiene

recursos económicos, además de que la suma que recibirá sin duda es menor a la que la víctima directa hubiera recibido, de lo contrario si no llena los requisitos lo idóneo es que la sentencia sea publicada sobretodo cuando se afectaron los bienes inmateriales de la parte social pública del difunto, pero si se afectó la parte afectiva sólo se le otorgará la retribución económica a la víctima indirecta si cumple con los citados requisitos, de lo contrario de nada serviría darsela cuando la esencia de ésta es la de aligerarle en algún modo el dolor a la víctima en vida, tampoco en nada serviría que la sentencia fuera publicada, aunque pensandolo bien podría servir para formar parte de los casos que crean jurisprudencia.

Es fundamental apuntar dado que en la legitimación activa el damnificado es el único que debe decidir si demanda o no al agresor, a fin de obtener una retribución por ello el ejercicio de la acción no es transmisible por sucesión ni a terceros, esto se debe a que es él el único capaz de sentir su propio daño y dolor; además en lo más recóndito del ser humano éste siempre buscará venganza, por lo tanto sólo la víctima será quien decida si castiga o no al ofensor de tal forma que para la víctima la reparación por daño moral (misma que para nosotros es una retribución, tal y como lo explicaremos en el siguiente punto) en esencia podría ser sancionadora o punitiva.

Otro de los casos en los que podría pensarse que concurren víctimas directas e indirectas es en el del estado vegetativo, pero aún así el incapaz espiritualmente no está muerto, y en el supuesto de existir una víctima indirecta por el sufrimiento que pueda sentir alguien al ver en ese estado a su ser querido serían víctimas directas porque el daño que a ocurrido les ha afectado a ellas en forma directa y en sus propios sentimientos; pero en realidad no hay víctima indirecta, porque la víctima directa aún respira y clínicamente todavía no está muerta y ella misma podría demandar por el daño a través de un representante legal (un tutor).

Como se observa hay dos interpretaciones que se le dan al tema de las víctimas indirectas, una es la de no poder ser víctimas indirectas por no sufrir completa y directamente el daño, es decir no son sus derechos de la personalidad los realmente afectados, tampoco sufren con la misma intensidad que la víctima directa, dicha interpretación está relacionada con la consecuencia del daño moral, refiriéndose al dolor que cada víctima sentirá; la otra interpretación es con relación al daño que también causa sufrimiento en otra persona por rebote." Sin embargo e insistiendo en nuestra posición consideramos que es imposible tener esta personalidad, ya que debe entenderse que todo ser humano es capaz de disminuir su dolor y quebranto al ver que su ser querido de algún modo alivia o supera su dolor con la retribución económica otorgada, no negamos que pueda

sentir una frustración o un dolor moral, pero éste debe ser menor que el de la víctima directa, además de desaparecer con la satisfacción y alegría que representa ver a los familiares y amigos quizás felices y tranquilos o tal vez menos tristes y más calmados.

Respecto a la legitimidad pasiva se divide en directa e indirecta, correspondiéndole a la primera todas aquellas personas físicas o jurídicamente colectivas (recordemos nuestra opinión ya vertida en el capítulo cuarto del presente estudio respecto a éste último tipo de personas) obligadas a retribuir económicamente el daño moral directo y cierto que hayan causado con o sin culpa a un tercero. No debemos olvidar que si la legitimación pasiva se constituye por varias personas todas ellas serán responsables solidarias, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1917 de la ley que regula la presente materia.

De acuerdo con la doctrina también dentro de la legitimación pasiva existen personas indirectas como los representantes legales, tutores y/o personas en el ejercicio de la patria potestad, maestros y directores de colegios, patrones, dueños de animales, así como el Estado, el cual deberá responder subsidiaria y solidariamente atribuyéndosele ésta última como consecuencia de la reforma de enero de 1994 (la responsabilidad solidaria en realidad ya le era atribuida mediante el artículo 1917 del invocado código civil) por los hechos ilícitos o lícitos que cometan los funcionarios que están a su cargo, por último los herederos tanto legítimos como testamentarios del de cuius, excepto los legatarios, la integración de los herederos en la legitimación pasiva se debe a que el derecho del acreedor no se extingue con la muerte del deudor, transmitiendo así su obligación a dichos herederos. Sin embargo la legislación considera a todas estas personas, con excepción de los herederos, como responsables directos por no tomar las debidas precauciones en la vigilancia y elección de las mismas en su caso, y por no tener la diligencia de un buen padre de familia.

En nuestra opinión más que responsables indirectos son únicamente representantes de los incapacitados, de las personas jurídicamente colectivas y del Estado, con excepción de los representantes de los incapacitados privados de racocinio e inteligencia, así como los dueños de animales quienes efectivamente y como lo indica la legislación si serán responsables directos; fuera de éste grupo de personas las anteriores sólo tendrán la obligación de retribuir en nombre y representación de su incapacitado, socio o asociado, funcionario público una cantidad económica por el daño moral que se produjo en la víctima; a pesar de ello reiteramos que la legislación ha establecido que si existe una responsabilidad

por no cuidar en forma estricta a las personas que están bajo su custodia y vigilancia, con seguridad serán responsables civiles por daño moral o pecuniario, pero nunca causantes directos del daño (que en nuestro tema corresponde al moral) pues de manera personal no cometieron el daño, tal es el caso de las personas jurídicamente colectivas, el Estado e incluso los incapacitados menores de edad, quienes ya saben distinguir entre el bien y el mal. la excepción insistimos se encuentra en el caso de los incapacitados privados de su inteligencia, por tales razones el supuesto causante indirecto no lo es, ya que físicamente no cometió el daño, y como no podríamos dejar sin retribución económica a la víctima, alguien forzosamente debe responder por el daño causado, pero no en calidad de legitimado pasivo ni directo ni indirecto, sino en calidad de legitimado procesal pasivo, la confusión surge porque la doctrina y la misma legislación han colocado a los responsables directos dentro de la legitimación pasiva por considerar que lo son debido a la falta de vigilancia que se observa en los daños que causan sus representados o por la falta de diligencia para elegir a sus empleados, pero en realidad sólo fungen como representantes y el derecho procesal es claro al determinarlos.

Analizar la legitimación activa y pasiva en el juicio ordinario civil de responsabilidad por daño moral implica conocer ampliamente el controvertido tema de la "reparación del daño moral", misma que estudiaremos en el siguiente punto del presente capítulo.

6.2 La retribución otorgada a la víctima de un daño moral.

La cúspide de todo juicio ordinario civil que tenga por objeto demandar un daño moral será la obtención de una reparación en sentido amplio de acuerdo con la teoría de reparación de daños (a pesar de que el daño moral sea irreparable) ésta se entenderá como el deber que tendrá el deudor de cumplir una prestación a causa de la violación que cometió sobre el derecho subjetivo de otro, teniendo el legitimado activo el derecho a reclamarla, por lo que será un derecho personalísimo, intransmisible y extingible con la muerte, salvo la excepción que ya conocemos; la denominación de reparación se desvirtúa por la influencia del factor jurídico y gramatical que representa la palabra reparación, así por ejemplo encontramos que para muchos juristas reparar significa "borrar, desaparecer o quitar el daño ocasionado" lo cual nunca podrá ocurrir en materia de daños morales.

Indiscutiblemente que todo ser humano debe recibir una cantidad de dinero por el daño moral sufrido, pues "... la función del dinero no es sólo reparadora o

compensatoria, sino también satisfactoria -siguiendo las enseñanzas de Jhering- y que esta función no puede calificarse ni de impuria ni de espuria ni de moralmente rechazable. El dinero es de valor neutro. Ni bueno ni malo. Todo depende del empleo que se le dé." (181) Y a pesar de las diferentes teorías manifestadas por distintos autores, y que señalan a la "reparación del daño moral" como una forma de comerciar con los sentimientos humanos o bien como una manera de sancionar al causante del daño, tarea que pertenece exclusivamente al derecho penal, (cuyo objeto primordial es castigar a quien comete un hecho ilícito, además de efectuar las correspondientes medidas de seguridad a fin de prevenirlo) y no al derecho civil el cual sólo está reservado para remediar en algún modo el sufrimiento de la víctima; sin embargo a muchas personas favorecería el hecho de darle a la retribución económica otorgada al afectado un carácter punitivo, obviamente estaríamos en contra de los fines del derecho civil en relación al tema del daño moral y por otra parte se ignoraría al derecho penal, pero habría mejores resultados si el criterio del juez se avocara a darle este carácter, mismo que por ende alcanzaría la víctima una cantidad pecuniaria mayor como retribución, por otra parte no estaría demás que se castigará a aquél que lastime los sentimientos de otro (en especial porque éstos no están tutelados por el derecho penal) y que mejor que afectar al victimario en donde también más puede lastimarlo, en su bolsillo o monedero, con mayor razón por las crisis económicas que hoy vivimos. Pero la realidad es que no puede tener la característica de sancionadora en nuestro derecho mexicano porque el Juez está obligado a considerar en su criterio si el agresor cuenta con recursos económicos o no, y así poder determinar la cuantía de la retribución pecuniaria, lo cual impide que tenga un carácter punitivo para el ofensor.

Por fortuna se han superado las diversas teorías que están en contra de la "reparación en el daño moral", por lo que ahora tenemos que analizar para después concluir cual es la manera idónea de nombrarla, tomando en consideración el significado de la palabra y lo que debe entenderse en la figura del daño moral. Es así como a lo largo de varias décadas mucho se ha discutido sobre el controvertido tema de la reparación, resarcimiento, indemnización o compensación en el daño moral.

La diversidad de denominaciones que este tema ha recibido se debe a las diferentes opiniones que al respecto muchos juristas han emitido; tal es el caso de Jaime Santos Briz y Alterini entre otros, quiénes nos hablan de reparación

(181) Mosset, Cit. Pos., Cíentee en su voto en fallo de la CNJIV., Serie C, LI 1978-D-065, p. 64

tanto en el daño pecuniario como en el moral, lamentablemente el término de reparación no es el más acertado ya que desde un punto de vista gramatical significa "componer, remediar" y el daño moral padecido en ningún momento podrá repararse porque aquél que ya sintió la vergüenza frente a los demás o sintió la angustia, desesperación o miedo (todos insuperables) jamás en su vida podrá olvidarlo por lo tanto nunca podrá repararse simplemente porque no podemos componer, zurcir o pegar un corazón roto, aún cuando metafóricamente utilizemos esta frase.

Lafaille (182) y Eduardo A. Zanoni por su parte indican que el término idóneo es resarcir, el cual tampoco es loable, en virtud de que éste quiere decir dejar sin daño o volver las cosas al estado en que estaban antes de producirse el daño, o bien como indica Castán Tobeñas en su obra Derecho de obligaciones que la finalidad del resarcimiento "es en todo caso equilibrar o nivelar la diferencia entre el estado actual del patrimonio del perjudicado por el acto dañoso, y el que tendría ese patrimonio en el caso de que ese hecho no se hubiera producido" (183) situación que tampoco es posible en la violación de los bienes jurídicos tutelados a través de la figura jurídica del daño moral.

Otros autores recurren a la palabra indemnización para denominar la cantidad que recibirá la víctima que sufrió el daño moral, término también equivocado, porque indemnizar quiere decir "sin daño" y en el área jurídica se entiende también como la acción de restituir las cosas al estado que tenían antes de efectuarse el daño, hecho que tampoco ocurrirá en materia de daños morales.

Emplear el vocablo compensación es incorrecto tal parece que se refiere a la figura jurídica de la compensación ubicada en el derecho de las obligaciones, lo cual se presta a crear confusión, porque en la compensación como forma de extinguir obligaciones siempre habrá dos partes con la calidad de deudores y acreedores al mismo tiempo, existiendo además entre ellos una obligación recíproca, características que nunca tendrán la víctima y el victimario de un daño moral. (184) Y en el supuesto de permitir el uso del término compensación como sinónimo de indemnización o resarcimiento, no es tampoco viable pues "... resultaría absurdo compensar, poner una medida igual o equivalente, cuando el daño que ha de indemnizarse no es susceptible de medición exacta ..." (185)

(182) Lafaille, Héctor, *Derecho Civil, Tratado de las Obligaciones*, Bs. As., Edior, 1967 p. 133

(183) Santos R. Z. Gil, *Los Castán Tobeñas, Derecho de Obligaciones (Parte General)*, p. 252

(184) Exaltamos el excelente criterio que tiene el maestro Gutiérrez y González para exhortar a todos los

estudiosos del Derecho a usar los términos jurídicos y figuras jurídicas correctamente.
(185) Ochoa Gil, *Pos Nuevo Laneri* citado a su vez por García López Rafael, *Responsabilidad Civil por daño moral*, p. 58

En tal virtud consideramos que lo más conveniente sería denominar al pago de dinero que obtendrá la víctima por el daño moral causado como una retribución económica o en especie o bien una retribución que contenga una obligación de hacer ambas con carácter satisfactorio, consistente esta última en la publicación o retractación del extracto de la sentencia que a petición del ofendido deberá hacer el victimario cuando ponga en duda el honor, reputación o decoro de una persona o invada su vida privada o intimidad, todo ello de conformidad con el último párrafo del artículo 1915 del código civil para el Distrito Federal vigente, y aunque el citado párrafo no hace mención alguna acerca de publicar la sentencia que obligue al agresor a retractarse de la divulgación que haya hecho sobre la vida privada o intimidad de alguien, deberá también incluirse en la sentencia que condene a dicha retribución, a pesar de que la divulgación sea cierta y la retractación se constituya en una falsedad, lo importante será proteger el derecho de la personalidad que ha sido transgredido.

Cabe señalar que para algunos autores es una reparación por equivalente, sin embargo también nosotros podemos decir que es por equivalente, pero de acuerdo con nuestro criterio antes vertido es una retribución y no reparación. Y en consecuencia debemos mencionar la reparación natural que consiste en hacer que las cosas regresen a su estado anterior, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1915 del código invocado.

Empero de dicho artículo también se desprende la reparación por equivalencia, esto es que se deben pagar los daños y perjuicios cuando los bienes lesionados no puedan adquirir nuevamente el estado que tenían antes de haberse causado el daño.

Es necesario mencionar que el citado artículo permite al ofendido elegir entre la reparación natural y la reparación por equivalencia dicha elección sólo puede ocurrir en el daño pecuniario pues independientemente de que los bienes materiales puedan restituirse, el ofendido puede optar por el pago de daños y perjuicios, siempre que haya perjuicios; pero en el caso de los daños morales tendrá que operar únicamente la retribución económica o también llamada reparación, pero con el juicio que nosotros hemos emitido será quizás una retribución económica por equivalente.

La reparación por equivalente o retribución económica por equivalente también es denominada neutralizadora porque y de acuerdo con el criterio del jurista Zanoní señala que el neutralizar "... debilita el agravio mismo, aún cuando no implique borrar el ilícito y los daños ya producidos..." (186)

Optamos por el término de retribución como una manera de que el agresor rinda tributo, o se disculpe con humildad ante el ofendido (hecho que en la mayoría de los casos también espera la víctima); tributo que funge como satisfactor parcial en el dolor de la víctima a través del dinero, con el cual nunca podremos comprar los bienes lesionados en un daño moral, pero sí adquirir algunos bienes materiales que nos brinden un poco de tranquilidad, porque "... el dinero ha de servir para procurarse placeres o distracciones que atenúen el dolor sufrido; de donde la ecuación no es entonces reparación sino dolor-placer" (187) e incluso el derecho alemán lo llama dinero de llanto.

De acuerdo con lo establecido en el citado artículo la retribución económica tiene las siguientes características:

En primera instancia encontramos el principio de que la acción de retribución económica (enunciada en el multicitado artículo 1916 como acción de reparación) no es transmisible a terceros por acto entre vivos, siendo únicamente transmisible a los herederos de la víctima con la condición de que ésta haya intentado la acción en vida, creemos que con seguridad el monto que obtendrán los herederos será menor que el monto que la víctima en vida hubiera alcanzado, por tal razón consideramos que la mejor opción será demandar una retribución económica con el carácter de víctima directa pues es ella la que siente ahora el daño, especialmente en los casos en que la víctima muere a causa del daño moral, aunque también podría serlo en el caso de habersele violado su derecho de honor y reputación los cuales en muchas ocasiones repercute en la vida de los herederos, con excepción de estos dos casos, el juez en los demás deberá, con extrema diligencia para resolverlos y dictar una sentencia justa; por ello el legislador estableció la intransmisibilidad de dicha acción a un tercero entre vivos porque se perdería la esencia del daño moral es decir de proteger a la víctima en forma directa y así poder reducir en algún modo su dolor, además de conformidad con nuestro criterio sustentado en el punto anterior del presente capítulo, si no hay víctima directa no hay daño moral, pues ninguna otra persona sentirá el mismo dolor como la víctima lo padeció.

El monto de la retribución económica puede obtenerse a través de las conocidas formas de autocomposición ya sea unilateral o bilateral, o bien mediante el criterio de un juez en un proceso ordinario civil en donde la cuantía de la retribución pecuniaria dependerá del tipo de derecho lesionado, del grado de responsabilidad y de la situación económica del

victimario y de su víctima; con lo que no estamos de acuerdo porque se está condicionando la existencia de los derechos de la personalidad, tampoco deben tomarse en consideración los recursos económicos de los agredidos y agresores pues podría cometerse alguna injusticia, lo que debería proceder es que el órgano jurisdiccional analice la necesidad real de obtener una determinada cantidad de dinero que pueda en algún modo permitir olvidar el daño que la víctima ha sufrido y no apoyarse en la clase económica de la víctima puesto que podría darse el caso de pagarle a la víctima lujos innecesarios para el fin buscado, o puede ocurrir que el victimario sea muy pobre lo cual nunca justificará su agresión ni tampoco deberá ser un coadyuvante para pagar una cantidad menor de retribución; además y en realidad con ésta nunca vamos a olvidar en su totalidad el daño moral sufrido. En relación al grado de responsabilidad el propio artículo 1916 se contradice porque por un lado nos indica que habrá daño moral con independencia de que se haya producido en responsabilidad contractual, extracontractual u objetiva, es decir que el hecho ilícito se haya cometido con o sin culpa, y por otro lado debemos tomar en cuenta el grado de responsabilidad para cuantificar el daño, lo cual es ilógico, porque si el grado de responsabilidad se refiere al vínculo jurídico que existe entre el sujeto activo y el agraviado, ya sea de responsabilidad directa o indirecta, es decir si directamente causó el daño o se encuentra indirectamente obligado a resarcirlo, puede darse el caso de existir una responsabilidad objetiva en donde el causante del daño sea un incapaz, luego entonces habrá una responsabilidad objetiva indirecta por parte de su representante, teniendo que retribuir económicamente a la víctima sin importar el grado de su responsabilidad, de lo contrario se estaría vulnerando la institución del daño moral al ver perdido su fin jurídico, el cual sólo deberá velar por que siempre se evite el dolor de una víctima. Por último todos los derechos de la personalidad merecen ser reconocidos a través de la figura del daño moral en igualdad de circunstancias simplemente por ser inherentes al ser humano.

Para algunos autores como el doctrinario en derecho civil Alterini es permitido establecer una cláusula penal en un contrato por daño moral, con lo cual no concordamos porque parecería estar comerciando con los bienes jurídicos inmateriales.

La retribución económica puede acrecentarse si así lo determina el juez y cuando la víctima obtenga una cantidad extra en virtud del incumplimiento que el sentenciado agresor haga respecto al pago de dicha retribución, la nueva cantidad de dinero no deberá considerarse como intereses pues de lo contrario también podría pensarse que se comercia con esta clase de bienes. Podrá obtenerse una cantidad extra al monto

determinado por el juez sólo cuando el sentenciado condenado al pago de la retribución continúa negándose a cumplir entonces se procederá a trabar embargo sobre determinados bienes de su propiedad y que sean suficientes para garantizar la deuda, en virtud de que la sentencia condenatoria al pago es ejecutable, claro que también podrá abrirse un incidente de gastos y costas pero, nada más nunca de intereses. También puede haber un incidente de daños y perjuicios, pero en este caso de daños materiales, los cuales si los hubiera tendría el actor que acreditarlos. Hablamos solamente de daños materiales y no morales, pues al transcurrir el tiempo, el daño moral pudo haberse superado, de lo contrario tendría nuevamente que probarlo y aún cuando lo hiciera, no procedería por ser ya cosa juzgada.

Por último y de conformidad con el artículo 1916 BIS de la ley de la materia no existirá retribución económica cuando el supuesto agresor justifique su afección en el ejercicio de su derecho de opinión, crítica, expresión e información con los límites que estipulan los artículos 6° y 7° constitucionales. Tampoco cuando el derecho de acción de la víctima haya prescrito.

6.3 Término en el que prescribe la acción de retribución por daño moral.

Mencionar el término jurídico de la prescripción implica analizar el de la caducidad para así usar el más correcto dentro de los derechos y obligaciones. Decimos que el requisito indispensable conocer ambas figuras porque para la gran mayoría de los doctrinarios ha sido un dilema encontrar sus diferencias para poder aplicarlas al caso concreto, ello se debe a que el código civil para el Distrito Federal vigente no define la figura de la caducidad. Aunque la práctica del derecho establece una diferencia muy objetiva: La prescripción es la pérdida de un derecho por el simple transcurso del tiempo y la caducidad es la pérdida de la acción del derecho para demandar la actividad de un órgano jurisdiccional por el transcurso del tiempo, estipulado en la ley para ejercitar ese derecho. Sin embargo la prescripción en materia de daño moral el código sustantivo es claro al señalar en su artículo 1934 la destrucción de la acción en un plazo de dos años, contados a partir del día en que se haya causado el daño.

Mientras que por otra parte es curioso observar que la prescripción para ejercitar la acción por reparación de daño es decenal en la responsabilidad contractual y para la extracontractual es bianual, destacando que el plazo para ejercitar la acción de reparación de daños en el campo de los

delitos se suspende hasta antes de cerrarse el período de instrucción en el proceso penal o antes de otorgar el perdón la víctima en la querrela.

Continuado con el problema que presenta nuestra legislación para diferenciar una figura de la otra encontramos el siguiente aspecto: No obstante que el código civil determina que la acción de reparación por daños prescribe negativamente, esto es porque libera al deudor de la obligación de reparar el daño y que en nuestro caso es el moral, el artículo 1137 de dicho ordenamiento jurídico contradictoriamente establece que la figura de la prescripción sólo operará en bienes que estén dentro del comercio, situación en la que nunca se ubicarán los bienes jurídicos tutelados por la figura del daño moral. La excepción se localiza en la práctica con las personas jurídicamente colectivas porque en realidad este tipo de bienes son considerados dentro del comercio, salvándose esta objeción con lo dispuesto en el último renglón del propio artículo. "Artículo 1137.- Sólo pueden prescribirse los bienes y obligaciones que están en el comercio, salvo las excepciones establecidas por la ley." Otra de las contradicciones que encontramos dentro del mismo código civil para el Distrito Federal, respecto al plazo en que prescribe la acción de reparación por daño moral se establece en el contrato de esponsales disponiendo al respecto el artículo 144 (188), el cual indica que el plazo para solicitar tal reparación prescribe en un plazo de un año contado a partir del día en que uno de los esponsales se negara a cumplir con su compromiso matrimonial, la excepción legal que nuestro juicio es incongruente porque si el propio código acepta que puede haber un daño moral en la figura de los esponsales por violarse los bienes jurídicos inmateriales de la reputación y de los sentimientos, bienes que integran al daño moral y que se encuentran señalados en el propio artículo 1916, el cual a su vez en materia de prescripción es regido por el artículo 1934, operando la bianual.

Es oportuno comentar otra vez que el plazo que el código civil para el Distrito Federal vigente determina es bastante corto para un daño tan fuerte que psicológicamente pueda sentir un ser humano y aún más en materia de esponsales, con excepción de los estados de Guerrero y Guanajuato que disponen de un plazo de tres años; consideramos que el plazo de prescripción debiera ampliarse a un número de años mayor en especial en los casos del daño moral que se derive de alguna

(188) Artículo 140 del código civil para el Distrito Federal dispone que: "Las acciones a que se refiere el artículo que precede, sólo pueden ejercitarse dentro de un año, contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio."

enfermedad que se manifieste después de haberse cometido la conducta ilícita, como por ejemplo en la diabetes y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA). Pero, dado que todo sistema jurídico debe ser justo y equitativo además de utilizar el método deductivo (de lo general a lo particular) debiendo ser la ley igual para todos (189) por lo que no podría ampliarse el plazo en primera instancia porque se dejaría en estado de indefensión al deudor y por otra parte si en el proceso hay una dificultad enorme para probar la existencia del daño moral causado, aún más lo sería si se llegara a ampliar el plazo, puesto que si es difícil probar un daño que sólo un ser humano vive en sus entrañas y que además de ser subjetivo e interno es temporal y muchas veces momentáneo, por otra parte sucede que este tipo de daño puede ser curable con el paso del tiempo; luego entonces resultaría más difícil probarlo, sobretodo porque ya habría transcurrido mucho tiempo de haberse suscitado el daño y todavía más cuando las personas ya no sufren del mismo modo y con la misma intensidad.

Debido a ello es de suma importancia analizar los medios de prueba que pueden aplicarse en la determinación de la existencia de un daño moral, con el fin de que el juez pueda determinar en que caso si opera la prescripción que consta de un plazo mayor.

6.4 Medios de prueba.

Antes de citar cuales son los medios de prueba que haremos valer en un juicio de retribución para el daño moral creemos pertinentemente anotar un breve concepto histórico de lo que se entiende por prueba. Es así como el antecedente más remoto lo señalan las Leyes de Partida, del Rey Sabio de Alfonso X escritas en el siglo XIII, "prueba es averiguamiento que se faze en juyzio en razón de alguna cosa que es dudosa" (190); después el concepto se corrigió exactamente en la Ley I del Título XIV, de la Partida Tercera para quedar de la siguiente manera: "probatio est rei dubiae in judio verificatio" (191), la evolución de dicho concepto se debió a que en realidad probar significa verificar los hechos que se afirman, obviamente que por lo regular se hará a través de una averiguación que las mismas partes deberán hacer, tal vez buscando quiénes estuvieron en el momento de llevarse a cabo la conducta ilícita o lícita pero dañosa. En tal virtud el prestigiado jurista Francesco Carnelutti nos dice que: "Las

(189) La ley es igual para todos ... los ricos e igual para los pobres, pero desigual a la de los ricos.
 (190) Sentis Matendo Santiago, La prueba, los grandes temas del derecho probatorio, p. 10
 (191) *ibid*, p. 11

pruebas son hechos presentes sobre los cuales se construye la probabilidad de la existencia o inexistencia de un hecho pasado; la certeza se resuelve, en rigor en una máxima probabilidad." (192)

Recientemente el maestro Eduardo Pallares nos proporciona un concepto de prueba que nos parece acertadamente de carácter filosófico pues afirma que: "Probar es producir un estado de certidumbre en la mente de una o varias personas respecto de la existencia o inexistencia de un hecho o de la verdad o falsedad de una proposición." (193). También sostiene dicho jurisconsulto que probar es evidenciar algo, esto es lograr que nuestra mente lo perciba con la misma claridad con que los ojos ven las cosas materiales; como apreciamos efectivamente este concepto de prueba se encuentra dentro de las ciencias deductivas y en la filosofía. El medio de prueba es eminentemente un coadyuvante para la realización del proceso que culminará con una sentencia basada en las pruebas ofrecidas, desahogadas y valoradas con una sana y libre crítica; las partes tienen la obligación de aportar las pruebas (salvo en derecho penal que es el Ministerio público quien las aporta pero siempre como representante de la sociedad y que en su caso es la víctima, quien también es parte), generalmente la actora probará la existencia del daño, mientras que el demandado acreditará que no es él el responsable de dicho daño.

Después de contemplar tal concepto procederemos a formar un cuadro sinóptico de los diferentes medios de prueba que algunos tratadistas aceptan; inclinándonos por la clasificación que hace el maestro Eduardo Pallares pues esta ha inspirado a la mayoría de los estudiosos del derecho y es la siguiente:

CLASIFICACION DE LAS PRUEBAS.

- 1.- **Directas o inmediatas.** Producen el conocimiento del hecho sin intermediario.
- 2.- **Reales.** Consisten en cosas y que son contrarias a las personales, producidas por actividades de personas.
- 3.- **Originales y derivadas.** Se refiere a las pruebas documentales y sus copias son las derivadas.
- 4.- **Preconstituidas y por constituir.** Las primeras se preparan antes del juicio y las segundas las que se llevan a cabo durante el juicio.
- 5.- **Plenas, semiplenas y por indicios.** Se refieren al grado de convicción que producen en el ánimo del juzgador.
- 6.- **Nominales o innominadas.** Son las que tienen un nombre o no en el texto de la ley.

(192) Carnelutti, *Op. Cit.*, p. 53

(193) Pallares, *Eduardo, Derecho procesal civil*, p.p. 372 y 373

7.- **Pertinentes e impertinentes.** Se refieren las primeras a los hechos controvertidos y las segundas a los hechos no controvertidos.

8.- **Idóneas e ineficaces.** Las primeras son las adecuadas para probar los hechos y las segundas no son las adecuadas.

9.- **Útiles e inútiles.** Las primeras son las necesarias para probar los hechos las segundas son aquellas en las que no hay controversia o bien los hechos con anterioridad ya fueron probados.

10.- **Concurrentes.** Son varias pruebas que convergen a probar ciertos hechos.

11.- **Inmorales y morales.** Las primeras son aquellas que atentan contra la conducta positiva del hombre dentro de la sociedad y las segundas serán aquellas que se ajustan al comportamiento de la conducta positiva del hombre dentro de una determinada sociedad.

12.- **Históricas y críticas.** Las primeras se refieren a la reconstrucción de los hechos a través de un registro, o el relato que de los mismos hace una persona, y las críticas no reproducen el hecho a probar, sino que implican un análisis de causas y efectos y por lo tanto alguna deducción o inferencia.

La clasificación que hace nuestra legislación vigente se encuentra reglamentada en los preceptos legales contenidos en el código procesal en su capítulo II de la prueba, artículos 278 al 283, 299, 308, 327, 346, 354, 356 y 373; de ahí que resulta que:

Las pruebas en dicho ordenamiento son:

- 1.- La confesional;
- 2.- La instrumental;
- 3.- La pericial;
- 4.- Del reconocimiento o inspección judicial;
- 5.- La testimonial;
- 6.- Fotografías, videos, cintas de audio, copias

fotostáticas y demás elementos;

- 7.- Presunciones;

Como apreciamos nuestra legislación respecto a las pruebas que se puedan ofrecer son de carácter limitativo; sin embargo el artículo 278 del código adjetivo de su simple redacción se aprecia que se pueden ofrecer todo tipo de pruebas sin limitación alguna sólo que no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral.

Al contemplar en forma panorámica las diferentes clasificaciones de las pruebas, nos encontramos con la siguiente interrogante: ¿Qué tipo de prueba podremos ofrecer para demostrar el daño moral sufrido? Si ese daño es inmanente, es decir está dentro del individuo, el daño moral es subjetivo e inmaterial, pertenece a la esfera ética ideal de cada sujeto cognoscente, el cual interactúa dentro de la sociedad en que

vive y que en algún momento se le lesiona o transgrede su moralidad, lo que ocasiona que tiene pleno derecho de exigir su reparación en la vía y forma propuesta por la ley, pero: ¿Que pruebas se acompañaran para acreditar el dolor o sufrimiento sentido?

Probar o demostrar el sufrimiento de un daño moral en el proceso es para la víctima la tarea más difícil, pues éste debe ser probado en su existencia y gravedad, sobretodo cuando se trata de un "daño moral puro" porque cuando proviene de un delito su probanza procede con mayor facilidad, además las pruebas que cada parte ofrezca siempre serán diferentes porque el daño moral que ella sufra varía puesto que las reacciones psicológicas de cada individuo son diferentes; por ello trataremos de ofrecer las pruebas que persigan el objeto, motivo y fin del daño moral, el cual es la retribución económica otorgada a la víctima de este daño, a través del siguiente cuadro sinóptico, que contiene las siguientes pruebas que ofreceremos (el cual se sujeta a críticas y cambios que puedan ampliarlo y mejorarlo):

- 1.- Las pruebas directas o inmediatas, ejemplo: La inspección judicial.
- 2.- Las reales consistentes en la confesional, la testimonial, la pericial en sus diferentes aspectos, ejemplo un examen médico, estudios de trabajadores sociales, etc.
- 3.- Las originales y derivadas consistentes en la documental, ejemplo documentos originales y copias certificadas o simples.
- 4.- Pruebas preconstituidas y por constituir, consistentes en los documentos que se acompañan como base de la acción, ejemplo contrato de sponsales, actas del estado civil de las personas, etc. Las pruebas por constituir consistentes en la fama pública, la testimonial de buena conducta, la presuncional, interpelación notarial, confesión judicial previa, etc.
- 5.- Plenas, semiplenas y por indicios, las primeras consistentes en la instrumental de actuaciones y la inspección judicial, las segundas consistentes en la presuncional debidamente razonada, que origina a partir de un indicio y lleva a una conclusión lógica y jurídicamente razonada. El jurista reconocido en derecho procesal Carnelutti (194) agrega que existen pruebas personales, consistentes en el modo de ser del hombre y pruebas reales relacionadas con el modo de ser de una cosa, la prueba personal será imprescindible en el daño moral, la prueba personal se divide en representativa e indicativa o indiciaria, la primera tiene por objeto presentar algo que ya sucedió a través de ciertos medios sensibles que provoquen la misma situación que ya ocurrió y que trata de probarse, de ahí que haya una representación indirecta conocida

como la manera en que describe el propio hombre lo que percibe, de las pruebas que enumera el código procesal ésta se refiere a la confesional o testimonial, y la representación directa que se hace a través de los medios que registran en cuestión de segundos alguna imagen, sonido o idea de los hechos que intentan probarse, se refieren a las documentales privada y pública como las fotografías, las grabadoras, cartas etc. o las escrituras públicas; las pruebas indiciarias, actúan por medio de lo real, subclasificándose en naturales denominadas indicios y las artificiales reconocidas por señales, sellos, marcas, contraseñas, etc.

6.- Nominadas o innominadas consistentes en ponerle nombre al tipo de prueba, o bien en no ponerlo.

7.- Pertinentes ofreceremos solamente este tipo de pruebas por estar relacionadas con los hechos.

8.- Las pruebas idóneas relacionadas con los puntos litigiosos (todo tipo de pruebas) ejemplo, documentos, oficios, testigos, inspecciones, periciales, etc.

9.- Ofreceremos siempre pruebas útiles, consistentes en todo tipo de prueba que trate de demostrar y encontrar la verdad.

10.- Concurrentes y singulares, consistentes en, las primeras en la prueba presuncional y las segundas como la confesión judicial, la interpelación notarial, la información testimonial, la inspección judicial, la documental, etc.

11.- Morales con contenido inmoral, respecto a este tipo de pruebas tenemos que hacer notar la relevante importancia y necesidad jurídica de ofrecerlas, puesto que tienden en el caso que nos ocupa (que es obtener la retribución del daño moral) a demostrar indubitavelmente que el daño moral sufrido es consecuencia directa de una actuación del sujeto activo que al actuar lo hace inmoralmante, causando un daño moral al sujeto pasivo viviendo la morosidad de éste; luego entonces la necesidad justifica la prueba, pues sólo podremos probar un daño moral con una actuación inmoral del responsable.

Con este breve razonamiento filosófico jurídico ofreceremos pruebas consistentes en la testimonial, la documental incluyendo los que contengan palabras obscenas o morbosas, etc., la moralidad que predomina en la sociedad como aquellas costumbres y usos buenos, positivos y valiosos que esa misma sociedad ha elevado al rango de normas del deber ser o de carácter obligatorio, es decir que la intención del sujeto activo sea mala y con ello viole la ley moral.

12.- Por último ofreceremos pruebas históricas y críticas consistentes en la testimonial, la documental (fotografías, copias fotostáticas, videos, cintas de audio, etc.), la presuncional y la prueba de peritos.

Debemos resaltar que cuando el daño no pueda acreditarse deberá imperar en el juez un criterio que determine la sanción en contra de alguna de las partes a quien perjudique

menos y como siempre deberán estar por encima de todo los derechos de la personalidad, podrá otorgarse para la víctima una retribución económica aunque sea menor al monto demandado, pero como precisamente lo que se protege son los derechos de la personalidad no puede al supuesto victimario condenarse a pagarla cuando no se ha acreditado la responsabilidad, pues de lo contrario se estarían transgrediendo sus propios derechos personales, situación que el Derecho no permite, entonces en este caso corresponderá al Estado (a través de alguna institución gubernamental que legalmente se configure) proporcionar una pequeña cantidad de dinero que funja como retribución para la víctima por el daño moral que sufre.

Concluiremos que para acreditar la retribución del daño moral se pueden ofrecer todos los medios de prueba que se contemplan en la ley y en la teoría jurídica, sin olvidar que cada prueba debe estar relacionada específica y razonada filosóficamente para lograr que en el juzgador la prueba sea "eficaz" es decir producir en el ánimo del juez un estado de certeza respecto de la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos y así poder comprobar lo que afirman cada una de las partes que contienen en el proceso.

Tal y como lo indica la exposición de motivos de la reforma de 1982 al artículo 1916 del código adjetivo, en México, se le da al juez la oportunidad de que con menos pruebas y con toda facilidad pueda determinar la existencia del daño moral, esto es porque el citado artículo enumera los casos en que puede ocurrir; sin embargo consideramos que así como presenta un avance, retrocede ya que limita en muchas ocasiones el criterio del juzgador al dejar fuera algunos de los derechos, como los mencionados en el capítulo cuarto de la presente tesis.

6.4.1 La prueba como contraposición a la demanda por daño moral.

La esporádica presencia de la figura del daño moral en las demandas que reciben y en su caso admiten los tribunales se debe al enorme obstáculo de la prueba con el que se enfrenta la víctima y es que antes de promoverse un juicio el litigante debe pensar en las pruebas de que dispone para demostrar los hechos que se afirman y que fundan la acción, y así prepararlas y desahogarlas oportunamente, a fin de que el juez las valore con toda libertad, de lo contrario: "... Promover un juicio sin probar lo que se afirma carece de sentido, porque se perderá el

juicio, el tiempo y el dinero, ya que toda afirmación que no se pruebe, es como si no se hiciera." (195) Por tal razón en el Tribunal Superior de Justicia se observa una ausencia de estas demandas, la víctima siente temor a iniciar un juicio que no sea fructífero, al ver la víctima esto, con frecuencia se resigna a quedarse con su propio sufrimiento moral y a no demandar la retribución económica por dicho daño.

Sin embargo cuando exista un hecho que provoque un daño moral y podamos ver que la víctima se dirige al juez para pedirle que "... le dé a él la razón y se la niegue al otro litigante..." (196), es decir le pedirá que el victimario le otorgue una retribución por concepto del daño moral sufrido, entonces en ese momento surgirá un conflicto de intereses que se resolverá a través de las pruebas que cada una de las partes ofrecerán con el fin de que cada una acredite sus propios intereses, luego entonces el juez tendrá que desempeñar una actividad de gran importancia que deberá exigir en el una atención, sagacidad, experiencia y paciencia extremas, además de una psicología que el juez deberá utilizar para valorar las pruebas, creemos que el juez también, y ante todo deberá proceder como ser humano con el objeto de que al actuar como tal llegue a imaginar y hasta sentir el daño que sufre la víctima; por el momento sólo diremos que el juez debe valorar las pruebas con todos estos requisitos, porque en los siguientes puntos de la presente tesis conoceremos como se desempeña un juez.

Por ello y regresando a nuestro punto central el juez deberá valorar las pruebas con toda libertad, es decir interiorizándose intensamente con el juicio, disponiendo y utilizando ampliamente de las pruebas aportadas e "... cuando la de expresar que no ve las cosas claras, que está en duda; non liquet. Los romanos eran más honestos: al no verlo claro, lo decían así y, no sentenciaban; era una gran libertad." (197) De esta forma "... será posible aproximarse al fin último de la justicia que es dar o reconocer la razón a quien la tiene." (198) Pero puede ocurrir que el juez no cuente con toda la libertad, para disponer de las pruebas y entonces se abstenga de no dictar sentencia; presentándose así un grave problema pues tendrá que dictar forzosamente una sentencia que declare dejar a salvo los derechos de las partes para ejercitarlos como mejor les convengan, surgiendo así el famoso empate.

Por otra parte con las reformas actuales al procedimiento y la propia práctica de los tribunales dificulta

(195) García Rivas Heriberto, *Manual práctico del litigante*, p. 9

(196) Garretutti, *Como se hace un proceso*, p. 27

(197) Melendo, *Op. Cit.*, p. 25

(198) *Ibid.*, p. 27

nún más la instauración de una demanda de esta naturaleza, pues el propio artículo 257 fracción V del código de procedimientos civiles para el Distrito Federal vigente exige que al momento de presentar la demanda esta deberá acompañarse con todas y cada una de las pruebas que acrediten la acción en el mismo se sentido dispone el artículo 95 fracciones II y III, como vemos podemos asegurar sin a lugar a dudas que si el propio juzgador dada su experiencia y conocimiento de la lógica jurídica cree que no hay pruebas o que las que exhibe el actor no son suficientes puesto que la acción a ejercitar como ya dijimos es muy subjetiva e inmanente, luego entonces las pruebas casi son imposibles de acompañar en forma "material y objetiva"; lo que ocasiona que nuestra institución jurídica a estudio "casi" sea ineficaz en nuestro derecho positivo vigente.

Además de la prueba existen otros factores que influyen en el ánimo de la víctima para no demandar la retribución, tales factores son el pudor, la vergüenza que siente al tener que hablar de los ultrajes sexuales que sufrió por ejemplo o bien el sentimiento que la invade al pensar que está comerciando con sus bienes inmateriales, o simplemente por querer olvidar lo más rápido posible el sufrimiento, ignorancia de que cuenta con esta institución jurídica, por carecer de recursos económicos para solventar los honorarios de un abogado, o bien aún teniendo dinero piensan que no van a invertir lo que quizás nunca recuperarán o lo que puedan obtener sea en menor cantidad que sus lo que erogaron para gastos judiciales etc.

6.4.2 Facultad discrecional para la valoración de las mismas.

Es conocido por los juristas mexicanos que las pruebas son aportadas por las partes para ser adquiridas por el juez y en beneficio del proceso, pero en ese lapso el juez tiene plenas facultades para valorarlas y poder determinar la existencia del daño moral en sentencia definitiva.

En tal virtud las pruebas "... deben ser en primer lugar percibidas por el juez, y en segundo lugar valoradas por él: en particular debe el juez interrogar a las partes y a los testigos, así como leer los documentos, interpretar su narración y estimar su veracidad." (199) Y para tal efecto todos los jueces mexicanos cuentan con el artículo 279 que el propio código procesal establece y que a la letra dice:

"ART. 279. Los tribunales podrán decretar en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos cuestionados. En la práctica de estas diligencias, el juez

obrará como estime procedente para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar el derecho de las partes oyéndolas y procurando en todo su igualdad."

Con este precepto legislativo el juez comunmente debería dictar un auto para mejor proveer en sentencia con el único fin de que las partes acrediten la existencia o inexistencia del daño moral y que el juez pueda determinar el monto de la retribución económica o el tipo de retribución que deberá realizar el victimario, condenado en la sentencia definitiva. Pero podría pensarse que con las medidas para mejor proveer "... y en general los poderes del juez en orden a la prueba, no se pueden calificar pensando en el uso abusivo que los malos jueces puedan hacer, sino que se han de contemplar a través del uso correcto que de ellos hagan los buenos jueces." (200)

Desafortunadamente pocos son los jueces que en materia de daño moral "... cuando la ley les dice que pueden o podrán, entiendan que la disposición es imperativa o que con ella se los autoriza para hacer discrecionalmente lo que sin premeditación se les ocurra." (201) Esto se debe a que, y de acuerdo con lo manifestado por el Licenciado Alvaro Augusto Pérez Juárez juez vigésimo cuarto de lo civil en el Tribunal Superior de Justicia en el Distrito Federal en una entrevista que muy amablemente se sirvió darnos el día 17 de marzo del año en curso, señaló que se trata de una facultad discrecional relativa, pues la limita a un desempeño que ya está dispuesto por la propia ley y por los requisitos que establece el código procesal para ofrecer, admitir y desahogar las pruebas para finalmente poder valorarlas. Tal circunstancia puede solucionarse con la frecuente y rígida inspección judicial de que puede ser sujeto el citado juez por parte del presidente del Tribunal, tal y como lo preve la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal.

Las actividades judiciales son "... de grandísima importancia, que exigen del juez atención, sagacidad, experiencia y paciencia. Tales actividades culminan en la llamada crítica de las pruebas, ... sirve una preparación técnica inspirada en la rama de la psicología que es la psicología judicial." (202) Con el fin de que la prueba "... de la no alteración perjudicial en los estados de espíritu, del no sufrimiento, debe analizarse con prudencia extrema para evitar dejarse llevar por las apariencias." (203)

(199) Carnelutti, *Op. Cit.*, p. 59

(200) Melendo, *Op. Cit.*, p. 200

(201) Melendo, *Op. Cit.*, p. 200

(202) Carnelutti, *Op. Cit.*, p. 59

(203) Mosses, *Op. Cit.*, p. 211

(204) Melendo, *Op. Cit.*, p. 200

(205) Melendo, *Op. Cit.*, p. 200

(206) Melendo, *Op. Cit.*, p. 200

(207) Melendo, *Op. Cit.*, p. 200

(208) Melendo, *Op. Cit.*, p. 200

(209) Melendo, *Op. Cit.*, p. 200

(210) Melendo, *Op. Cit.*, p. 200

(211) Melendo, *Op. Cit.*, p. 200

(212) Melendo, *Op. Cit.*, p. 200

(213) Melendo, *Op. Cit.*, p. 200

(214) Melendo, *Op. Cit.*, p. 200

(215) Melendo, *Op. Cit.*, p. 200

(216) Melendo, *Op. Cit.*, p. 200

(217) Melendo, *Op. Cit.*, p. 200

Empero esta facultad discrecional para valorar las pruebas está sustentada por el artículo 402 del código procedimental, el cual exalta el desempeño del juez para valorar las pruebas a través de las reglas de la lógica y de la experiencia, además de una sana crítica, contemplada en el artículo 344 del invocado ordenamiento procesal y entendiéndose como "una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción" (204), y de una intuición humana que le permita valorar libremente las pruebas hasta una libre convicción sobre ellas y que al final determinarán la existencia del daño moral.

Lo anterior nunca deberá implicar que el juez se convierta en parcial y arbitrario puesto que "valorar libremente la prueba no quiere decir arbitrariedad." (205) Además la valoración debe culminar con un correcto razonamiento que, como nos dice el reconocido magistrado Jorge Olivera Toro en su libro titulado El daño moral, sirva de analogía en posteriores resoluciones y así permita la creación de criterios judiciales mejor fundamentados y adecuados a las necesidades del progreso moral.

La libertad con que cuenta el juez para valorar las pruebas no puede ser arbitraria simplemente porque él tiene la obligación de expresar en los considerandos de la resolución definitiva cuales son las pruebas esenciales que eligió para decidir su fallo.

El criterio del juez para obtener un valor jurídico pleno en las citadas pruebas tendrán un carácter objetivo tal y como lo prevé el código adjetivo específicamente en los requisitos que debe satisfacer cada una de las pruebas enunciadas por dicho ordenamiento y como nos lo expresaron el Licenciado Roberto Rojo González juez trigésimo octavo de lo civil y el Licenciado Alvaro Augusto Pérez Juárez juez vigésimo cuarto de lo civil ambos del Tribunal Superior de Justicia en el Distrito Federal; sin embargo la intuición humana del juez tendrá una gran importancia en esta facultad discrecional ya que con ella las pruebas pueden resultar más eficaces, esto es porque el juez conocedor de la época y del lugar en que viven las partes y por ende de los sentimientos y reacciones que por las costumbres generalmente pueden tener sus conciudadanos, podrá relacionar cada una de las pruebas ofrecidas por éstas con cada uno de los hechos que ellas afirman. E inclusive la jurisprudencia se torna en el mismo sentido que a nuestro juicio consideramos debe ser: ***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 afectaciones íntimas, al honor y a la reputación, por eso la víctima debe acreditar únicamente la realidad del ataque." (206)

Cabe aclarar que en un país tan grande como el nuestro las costumbres de cada lugar pueden causar sentimientos y reacciones muy similares, pero como es obvio no iguales por lo tanto será necesario que las partes ofrezcan durante el período de pruebas o anteriores al auto para mejor proveer en sentencia, peritajes especiales de trabajadores sociales y psicólogos quiénes son los mejores profesionistas para estudiar las reacciones y caracteres que cada una de las personas tiene y ha tenido en toda su vida, quizás mediante un análisis hipnótico.

Lo lamentable es que si bien es cierto que las pruebas ideales para acreditar el daño moral son las periciales de este tipo, también lo es que son las más costosas por esa razón muchas personas de escasos recursos económicos prefieren no demandar y mejor quedarse con el sufrimiento en sus adentros, a tener que erogar un gasto que ni siquiera tiene con que pagarlo, pues sería ilógico invertir una cantidad económica para luego recaudar otra que tal vez tampoco siquiera sea de igual cantidad.

Por ello consideramos que a esta clase de personas se les debería brindar la oportunidad de ver retribuido su dolor, y quizás la forma idónea sea que a través del Estado reciban una pequeña ayuda, consistente en la oportunidad que éste les brinda al poder ofrecer juicios periciales por profesión a los expertos en la materia que se requiera y que están adscritos al Tribunal con el fin de intervenir en los llamados juicios de peritos actualmente establecido por el artículo 349 del código procesal antes derogado, dichos peritos podrían cobrar tal vez la mitad de sus honorarios o bien hacer una obra de caridad, a pesar de que la Ley Orgánica establezca que las partes pagarán sus honorarios por partes iguales, podría pensarse que en estos casos pudieran presentarse anomalías y se diría que podrían abusar las partes de los económicos juicios periciales, sin embargo la ley podría condicionar el desempeño de estos peritos, solicitándole a las partes que acrediten su situación económica y quizás la manera más clara para probarlo es ver que el ofendido u ofensor están patrocinados por un defensor de oficio.

Por tal razón es que entre otros motivos las demandas por daño moral no son frecuentes en los tribunales mexicanos es así como nos lo dicen los jueces mexicanos, los Licenciados Rojo González y Pérez Juárez, el primero dice que de "diez

(206) Amparo directo 8339/86. G.A. y otra 6 de abril de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olvera Toro. Secretarías: Nilda Martínez González, Ausente: Ernesto Díaz Infante.

demandas una es por daño moral y no siempre" (207), mientras que el segundo comenta que en promedio "cinco al año" (208).

Cabe señalar que en la prueba legal como la documental pública no opera la discrecionalidad del juez.

Esta facultad discrecional sobre las pruebas es la que lleva al juzgador a obtener un criterio amplio, además de algunos otros requisitos que establece el código sustantivo para determinar la existencia del daño moral y fijar su retribución, factores que conoceremos en el siguiente punto.

6.5 Criterios que emplea el juez para determinar la existencia del daño moral y la cuantificación de su retribución en sentencia.

La prueba no es el único factor determinante que debe considerar el juez para determinar la existencia del daño moral, sino que también los requisitos enunciados en el cuarto párrafo del artículo 1916 del código sustantivo en vigor, a pesar de que con la reforma de 1982 a dicho artículo del invocado código, se le da al juez la oportunidad de que con menos pruebas y con toda facilidad pueda determinar la existencia del daño moral, esto es porque en el citado artículo se enumeran los casos en que puede haber daño moral; sin embargo consideramos que así como permite un avance hay un retroceso, puesto que limita en muchas ocasiones el criterio del juzgador al dejar fuera algunos otros daños como los mencionados en el capítulo cuarto de la presente tesis; y en la misma situación se encuentran dichos requisitos tal y como lo explicaremos en este capítulo.

Es importante señalar que estos requisitos serán considerados por el juez para determinar la existencia del daño moral en una víctima simplemente porque el caso concreto y las reacciones y emociones de cada individuo son diferentes, por lo tanto estos requisitos son de mucha ayuda para el juzgador de nuestro país.

Los factores que influirán en el criterio del juez para determinar la existencia y cuantificación del daño moral son:

Bienes jurídicos inmateriales afectados.- Conocer la denominación del daño inmaterial transgredido es de gran importancia para determinar la existencia del daño y el monto de su retribución, pero únicamente en relación al tiempo, lugar

(207) Entrevistas realizadas a los jueces décimo sexto, vigésimo cuarto, trigésimo octavo y quincuagésimo primero de la civil en el Distrito Federal los días 17 y 18 de marzo del presente año.

(208) Ib.

y persona en el que se sitúa como objeto litigioso del caso concreto, es decir se afecta el bien de la reputación la consecuencia del daño moral no será el mismo en un pueblo que en la ciudad, ni en el tiempo porque sus efectos no fueron los mismos en la Revolución Mexicana que en la actualidad, tampoco una persona jurídicamente colectiva sufrirá lo mismo que una persona física, incluso su dolor se traduce en un perjuicio que como todos sabemos es de carácter económico. Por lo tanto estos sólo fungirán para tales efectos en relación a dichos factores, pero nunca con el afán de jerarquizarlos e influyendo en muchas ocasiones esta tabla de valores en el criterio del juzgador para determinar la retribución; simplemente porque todos los bienes inmateriales pertenecen a la constitución espiritual y física del ser humano, quien es el principal protagonista de la vida. Por lo tanto si el comportamiento del ser humano cambia o evoluciona el Derecho también debe hacerlo.

Situación económica de las partes materiales en el juicio.- Consideramos que únicamente debe tomarse en cuenta la posición cultural y académica, es decir la educación de la víctima en lugar de la económica, pues puede presentarse el caso de una persona con escasos recursos económicos pero un nivel cultural elevado el cual le permita un mejor desarrollo mental y espiritual que por ende sus valores jurídicos inmateriales serán diferentes al de una persona sin grado escolar o cultural alguno y en situación económicamente precaria, pero también puede ocurrir que una persona aún no teniendo dinero y un grado académico o cultural elevado no significa que no pueda ser víctima de un daño moral. O bien podemos encontrarnos con una situación inversa, nos referimos al caso de una persona con mucho dinero, pero con valores distintos a los que al ser afectados pudieran causar un verdadero daño moral; por ello este factor sólo debe ser un complemento del más importante que es el grado de la intensidad del daño que se sufre, teniendo entonces que aplicar su intuición humana y sana crítica.

Grado de responsabilidad.- Se refiere a la responsabilidad directa o indirecta, o sea si el daño fue causado por el victimario en forma directa o indirecta, es decir por hechos de un tercero que esté bajo su cuidado o vigilancia o bien que lo haya elegido para laborar con él, sin embargo consideramos que el monto de la retribución no debe disminuir y aumentar por el grado de responsabilidad pues lo único que le interesa a la víctima es que el daño moral que fue debidamente acreditado sea retribuido sin importar quien lo haya cometido. Creemos que este factor sólo debe considerarse para determinar la existencia del daño, pero no para fijar el monto de su retribución. Con dicho factor se sabrá si el victimario es una persona tan sólo con capacidad de goce, quien en ocasiones puede estar afectada de sus facultades mentales y que jurídicamente con mayor rigor debe estar bajo el estricto

cuidado de otra persona con capacidad de goce y ejercicio, siendo así, entonces si es factible que puede ser responsable del daño, en primer lugar porque una persona como esas características no sabe lo que hace ni sus consecuencias y en segunda instancia su representante legal debe poner mayor diligencia y cuidado. Lo ideal sería que este factor se sustituyera por el de grado de intensidad en el daño, pues éste factor verdaderamente sí influiría en la determinación de la retribución, además de considerar el parentesco o la relación afectiva como otros factores, que también influyen en el grado de intensidad que una persona puede sentir respecto al daño moral que dice sufrir, obviamente también deberá ser probado con los peritajes a que hemos hecho alusión en el apartado anterior de este capítulo, ya que con ellos puede saberse generalmente las reacciones de una persona.

También con el grado de intensidad del daño moral se le da solución al problema que enfrenta el juez con las diferentes acciones que engendran un mismo hecho lícito o ilícito así como en el momento de determinar y en su caso cuantificar el monto de la retribución y más aún el problema se complica cuando primero haya concurrido a juicio uno y el juez haya determinado la totalidad de la cuantía para él solamente, y después de transcurrido el tiempo pero dentro del término de prescripción acuda ante él otro de los lesionados; y como el daño moral no es divisible, pues como ya lo dijimos es absurdo el pretender fraccionar el dolor de una persona tan sólo porque los factores influyen de manera diferente en cada ser humano, por lo tanto el factor determinante será el grado de intensidad del daño que de cada una de las víctimas.

Las demás circunstancias del caso.- Sin duda que este el mejor y único factor que permite claramente el libre desempeño de la facultad discrecional que posee el juez.

Sin embargo consideramos que la ley debe ser más explícita al señalar algunos otros factores como es el tiempo, lugar, educación, grado de intensidad del daño, parentesco o relación afectiva y sin duda la relación de causalidad punto principal para determinar la responsabilidad del victimario, es decir que el daño que se produjo fue consecuencia de la conducta lícita o ilícita del victimario; por último dejar claro que el monto de la retribución nunca deberá ser el mismo o mejor dicho mayor para una persona jurídicamente colectiva que para una persona física; evitando con ello confusiones que en la práctica suelen darse respecto a las funciones del poder judicial y el legislativo.

Finalmente el monto de la retribución económica como es bien sabido constituye una facultad potestativa, para el juez (tal y como lo sustenta la jurisprudencia), pudiendo éste fijarla en sentencia definitiva o en ejecución de sentencia,

para evitar prolongar el juicio podría el actor presentar la demanda acompañada de un dictamen pericial que fije el monto de la retribución sin perjuicio de que el juez tenga que acatarlo, por el contrario podrá modificarlo, en disminución o aumento, (observándose nuevamente la facultad discrecional del Órgano jurisdiccional) tal y como lo previene la jurisprudencia (209) y la regla jurídica que indica que a nadie puede dársele más de lo que pide, luego entonces si opera una disminución ésta no deberá tener una disparidad excesiva, sin embargo la jurisprudencia sostiene que "... si los peritos estiman el daño en determinada cantidad, y el ofendido manifiesta que monta a una cantidad menor, debe tomarse como base esta última suma, para hacer la condena respectiva." (210)

Cabe señalar que acompañar a la demanda con un peritaje que indique el tipo de retribución, o si se tratase de la retribución económica el monto que pretende obtener la víctima; asimismo se resuelve el problema de la competencia por cuantía, ya que el artículo 2º del Título Especial de la Justicia de Paz del código de procedimientos civiles para el Distrito Federal vigente establece que la competencia de un juez de paz en materia civil corresponderá a los juicios de cuyo monto no exceda de mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal; impidiendo con esto que el demandado pudiera excepcionarse invocando la incompetencia del juzgador.

Empero puede ocurrir que si el actor no sugiere el monto en su demanda, puede el juez determinararlo en ejecución de sentencia tal y como lo señala la jurisprudencia "... que si el actor en un juicio que tiene por objeto principal el pago de daños y perjuicios probó su existencia y su derecho a ser indemnizado, pero no rindió pruebas que permitan precisar su importe, ni establecer las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación, la condena al pago genérico de los mismos es procedente, reservándose la determinación de su cuantía para el procedimiento de ejecución de sentencia." (211)

Por su parte el artículo 515 del código procesal en vigor dispone lo siguiente:

"Artículo 515.- Si la sentencia no contiene cantidad líquida la parte a cuyo favor se pronunció, al promover la ejecución presentará su liquidación de la cual se dará vista por tres días a la parte condenada y sea que la haya o no desahogado, el juez fallará dentro de igual plazo lo que en

(209) Tesis jurisprudencial inserta en el segundo capítulo de la presente tesis denominada: "Daños y perjuicios monto de los."

(210) Tesis jurisprudencial citada en el segundo capítulo de la presente tesis denominada: "Reparación del daño."

(211) Tesis jurisprudencial inserta también en el segundo capítulo de la presente tesis denominada: "Daños y perjuicios. Condena genérica."

derecho corresponda. Esta resolución será apelable en el efecto devolutivo."

Actualmente con la reforma del 24 de mayo del año próximo pasado, el procedimiento de ejecución en sentencia fue modificado, con el fin de que la "justicia sea rápida, gratuita y expedita, evitando que el procedimiento se retrase; en tal virtud el escrito de la parte que promueva dicha ejecución contendrá la cantidad líquida por concepto de retribución económica que el victimario deberá entregarle a más tardar en un plazo de seis días hábiles por lo que no debe retardarse el incidente de ejecución así como la realización del juicio de peritos en dicha ejecución de sentencia; que de acuerdo con la jurisprudencia denominada "Daños y perjuicios monto de los" transcrita en el segundo capítulo de esta tesis la valoración de los daños y perjuicios puede dejarse resolver en el juicio de peritos.

También debemos señalar que si en la sentencia definitiva se cuantificó el monto de la retribución económica, en ejecución de sentencia se procederá al embargo en donde también se incluirán el daño moratorio y los gastos y costas del juicio previos incidentes correspondientes, así mismo cabe indicar que el monto de la retribución económica deberá cuantificarse hasta el momento de la ejecución en sentencia y tomando como base el valor adquisitivo que hasta esa fecha pese el dinero situación importante que debe considerar el juez especialmente ahora que comunmente padecemos de "ajustes de precios" que en realidad significan devaluaciones en nuestro pobre peso mexicano.

Esto es en lo referente a la retribución económica, pero en relación a la retribución que se traduce en una obligación de hacer (publicación de sentencia que condena al victimario y que es favorable para la víctima) el artículo 517 fracciones I y II del código procesal en vigor determinan el procedimiento en ejecución de sentencia y que a la letra dice:

"ART: 517. Si la sentencia condena a hacer alguna cosa, el juez señalará al que fue condenado un plazo prudente para el cumplimiento, atendidas las circunstancias del hecho y de las personas.

Si pasado el plazo el obligado no cumpliera, se observarán las reglas siguientes:

I. Si el hecho fuere personal del obligado y no pudiere presentarse por otro, se le compelerá empleando los medios de apremio más eficaces, sin perjuicio del derecho para exigirle la responsabilidad civil;

II. Si el hecho pudiere prestarse por otro, el juez nombrará persona que lo ejecute a costa del obligado en el término que le fije; ..."

Sin duda que este incidente de ejecución en el que se pretende cuantificar el monto de la retribución económica es apelable en el efecto devolutivo (salvo lo que dispone el artículo 696 del código de procedimientos civiles reformado, cuya apelación se admitirá en ambos efectos si la ejecución llegara a causar un daño irreparable o de difícil reparación para lo cual el apelante deberá exhibir una fianza como garantía) y la sentencia definitiva en ambos efectos, no obstante lo anterior el demandado podría oponer las excepciones o defensas que el propio código procesal establece, además de las causas de improcedencia que del código sustantivo se dispone y que lo eximirían de la supuesta responsabilidad; estas causas de improcedencia son precisamente las que enunciaremos y analizaremos en el siguiente apartado de este capítulo.

6.6 Causas de improcedencia.

El Derecho como ciencia social se caracteriza por ser justo para todos y sin distinción alguna es por esa razón que nunca se podría permitir que un demandado quedara en estado de indefensión.

De tal suerte que la figura del daño moral situada en el Capítulo V denominado de Las obligaciones que nacen de los actos ilícitos también presenta causas de improcedencia que al final se traducen en eximentes de responsabilidad para el demandado y para tal efecto las principales causas son: La culpa o negligencia inexcusable de la víctima, hechos de un tercero y el caso fortuito o de fuerza mayor.

El código civil en su artículo 1910 señala que el victimario será irresponsable del daño cometido cuando acredite que tal daño se suscitó por culpa o negligencia inexcusable de la víctima, esto es en responsabilidad subjetiva contractual o extracontractual.

Y en lo relacionado a la responsabilidad objetiva ya sea contractual o extracontractual también le permite al victimario eximirse de dicha responsabilidad a través del artículo 1913 en su última parte cuando se acredita que el daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Los hechos de un tercero se observan cuando el responsable no ha tenido el debido cuidado, vigilancia, precaución o previsión, diligencia y la no correcta elección, de las personas que legalmente se les haya asignado para su debido cuidado y vigilancia (tutores maestros, patrones y el

Estado) o bien que tienen el deber de cuidar a alguien sin capacidad de ejercicio (padres, persona o personas que ejerzan la patria potestad y tutores, claro es que también la ley les ha impuesto este deber, pero tal deber ya ha sido impuesto moral y sentimentalmente). Sin embargo cuando un menor no tenga quien lo represente se le designará un tutor dativo, pues de conformidad con el artículo 1911 todos los incapaces que causan un daño deben "repararlo", quien con los bienes del menor retribuirá el daño moral causado, pero en el supuesto de que el menor no tuviera bienes o el agresor se declarara insolvente la víctima tendrá que quedarse con su daño moral, lo cual a nuestro juicio nos parece injusto y por tal razón consideramos que en estos casos podrá actuar alguna dependencia gubernamental como el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) o la Comisión Nacional de Derecho Humanos la cual debería tener un área departamental (pero que realmente ofrezca ayuda y no que se convierta en una de tantas novedosas dependencias que lo único que hacen es ofrecer empleos nada redituables para el país y si bastante difícil para mantenerlas pues representa un gasto mas en el erario público) que única y exclusivamente se dedique a dar apoyo a las víctimas por daño moral y quizás no con dinero, pero sí con asistencia médica como psicológica o bien integrarla a un grupo de apoyo que pueda ofrecerle un poco de diversión y entretenimiento con el que pueda aligerar en algo su dolor.

De acuerdo con lo que explicamos todos los responsables que estén encargados del cuidado de los incapaces y que causan un daño deben repararlo en virtud del principio jurídico "in vigilando", tal es el caso de las personas que ejercen la patria potestad sobre los menores que están bajo su poder y que habitan con ellos, estas personas se eximirán de su responsabilidad cuando dichos menores se encuentran bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, tal es el caso de maestros, directores de colegios, de talleres o bien instructores.

Los tutores se encontrarán en la misma situación que las personas que ejercen la patria potestad.

Ninguna de las citadas personas serán responsables cuando comprueben que el daño se produjo por caso fortuito o causa de fuerza mayor, pero esta causa de improcedencia no operará si se observa que no han tenido la debida diligencia y vigilancia sobre sus incapacitados.

Por su parte los maestros artesanos o de cualquier otro oficio, los patronos o dueños de establecimientos mercantiles, jefes de casa, dueños de hoteles, jefes de familia son responsables tanto de su familia como de sus visitas, obreros, empleados, sirvientes o servidores, públicos respectivamente; salvo que demuestren que no hubo culpa o

negligencia de su parte y que si hubo la suficiente vigilancia, la excepción la tiene el Estado quién ahora ya es responsable solidario de sus servidores públicos haya culpa o no en el Estado.

Cabe mencionar que dichas personas responsables pueden repetir la acción en contra de sus sirvientes, empleados, obreros, operarios o servidores públicos.

También las personas que sufren el daño pueden ejercitar la acción directamente en contra de los responsables y no de aquellos que son responsables de sus hechos por el "principio jurídico in eligendo."

Asimismo son responsables los dueños de animales y propietarios de edificios. Salvo que acrediten en su caso que el dueño del animal lo guardaba y vigilaba con extremo cuidado, que el animal fue provocado o excitado por la víctima o por un tercero, adquiriendo la responsabilidad ellos y no el dueño del animal, también cuando se demuestra que si el animal atacó a la víctima fue por su imprudencia, o bien cuando el daño ocurrió por caso fortuito o de fuerza mayor.

En el caso de los propietarios de edificios serán irresponsables de la ruina parcial o total de su inmueble, de explosiones, humo o gases nocivos, caída de árboles, emanaciones de cloacas o residuos de materiales infectantes, de los depósitos de agua que humedezcan el predio colindante, del peso o movimiento de las máquinas, de las aglomeraciones de materias o animales que causen daños (rebaños, manadas, yunta, etc.) o bien de toda causa que origine un daño, cuando se compruebe que el daño moral se produjo por culpa inexcusable de la víctima o por caso fortuito o de fuerza mayor.

Como se desprende el caso fortuito o fuerza mayor está contemplado también como una causa de impropiedad en el artículo 1914 del código civil vigente, el cual establece que cada una de las partes se quedará con los respectivos daños que se produzcan cuando sin el empleo de mecanismos o instrumentos, o bien sin culpa o negligencia de ninguna de ellas se genere un daño que en nuestro tema es el de carácter moral; refiriéndose a siniestros graves.

El artículo 2647 del código civil, también enuncia una causa de impropiedad relativa al contrato de los porteadores, quienes no responderán del daño que se cause por defecto de los conductores y medios de transporte que se empleen, si demuestran que el daño ocurrió por fuerza mayor o caso fortuito.

La no existencia de la relación de causalidad así como la prescripción son motivo de improcedencia de conformidad con el artículo 1934 del citado código.

Por otra parte el juez también deberá observar el tiempo y el lugar para determinar si la acción por daño moral es procedente, ya que el demandado se podrá excepcionar diciendo que "... tales manifestaciones son muestras de cariño y no de desprecio." (212) Por tal circunstancia es preponderante que el juez ubique el lugar y el tiempo en el que el caso concreto se sitúa pues las costumbres y las formas de expresión pueden cambiar con el tiempo y ser distintas en cada uno de los estados y recónditos lugares de la República Mexicana.

Encontramos otra causa de improcedencia en la responsabilidad contractual cuando el agredido opta por la cláusula penal (aunque nosotros no concordamos con ella) por daño moral que contiene el contrato en el que convinieron el victimario y la víctima, aunque pruebe que la retribución económica es insuficiente.

En materia penal los delitos regularmente van acompañados por un daño moral en los cuales operará la legítima defensa y el estado de necesidad como excluyentes de responsabilidad que por ende en el juicio ordinario civil cuyo objeto litigioso es dicho daño moral el juez las considerará como causas de improcedencia porque si no hubo delito es casi seguro que no haya daño moral, sin embargo por la independencia que la reforma de 1982 en materia civil se le dio a este daño moral, deberán las partes acreditar que si existe y por su parte el juez considerará los demás aspectos que son necesarios para determinarlo, factores que ya enumeramos en el inciso anterior de este capítulo.

Por último también serán causas de improcedencia las excepciones que el código de procedimientos civiles para el Distrito Federal en vigor enuncia.

Creemos necesario transcribir la clasificación que a los eximentes hace el doctrinario Jorge Mosset Iturraspe: "... eximentes generales en el sentido de ser susceptibles de acuar frente a cualquier supuesto de responsabilidad por daños (al menos como regla, pues también es posible su exclusión por un pacto expreso); y de eximentes especiales o particulares, cuando cumplen su rol ante una situación concreta y específica. ... también es posible distinguir por el origen; eximentes legales y convencionales, según que nazcan de una norma legal y convencionales, según que nazcan de una norma

legal o sean incorporadas por las partes (son las legales las que pueden ser genéricas o específicas).

De acuerdo a la gravedad de su incidencia, podemos distinguir: a) según que liberen totalmente de responsabilidad; b) liberen parcialmente o, c) transfieran la responsabilidad a otra persona.

Por el ámbito en el cual recaen, es posible diferenciar: a) causas que exoneran de la responsabilidad por el incumplimiento obligatorio; y b) causas que exoneran de la responsabilidad emergente de actos ilícitos." (213)

Por último y de conformidad con el artículo 1916 BIS de la ley de la materia no existirá alguna retribución cuando el supuesto agresor justifique su afección en el ejercicio de su derecho de opinión, crítica, expresión e información con los límites que estipulan los artículos 6° y 7° constitucionales.

6.7 Nuevas propuestas y reformas para el daño moral.

El daño moral debe ser una figura jurídica trascendental en la vida del ser humano, con ella podría tener un desarrollo espiritual, social y económico mejor y tranquilo.

Para situarse en ese punto óptimo será necesario realizar algunos cambios legislativos que a nuestro juicio permitirán elevar el número y frecuencia de procedentes demandas instauradas ante nuestros tribunales mexicanos y en contra de aquellos que luchan por disminuir los valores jurídicos inmateriales de cada uno de los seres humanos pertenecientes a los distintos grupos sociales que integran nuestro pueblo mexicano.

En primera instancia consideramos que acertadamente el legislador de las reformas de 1982 y 1994 respecto al mencionado artículo 1916 se refirió a los derechos de la personalidad de manera general porque estos no pueden limitarse debido a los diferentes usos y costumbres de cada época y lugar así como por los distintos pensamientos y caracteres de cada persona, por lo tanto lo único que le faltó al legislador fue decir que esos serían los derechos de la personalidad que al ser afectados podrían causar un daño moral, además de los que a juicio del órgano jurisdiccional considere que por la época y el lugar son también derechos que pueden transgredir la vida espiritual y psíquica del ser humano. Pero también deberán agregarse a los derechos de la personalidad enunciados por el legislador de las citadas reformas los derechos de respeto por

ser los derechos que con mayor frecuencia se agreden en la vida diaria de todo ser humano.

Después del análisis que hemos hecho respecto a los distintos términos que son utilizados para denominar a la supuesta "reparación" proponemos que el término que más se acerca a este fin es el de retribución.

Otra de las propuestas la encontramos en el inicio del artículo 1916 al no distinguir entre persona física y jurídicamente colectiva, en consecuencia tampoco puede diferenciarse la intensidad del daño moral que una y otra pueda tener, lo cual causa enormes injusticias, porque por una parte la persona jurídicamente colectiva consagrada en el artículo constitucional que permite a toda persona asociarse y el artículo 25 del código civil que la contempla como si fuera una persona física dándole iguales atributos personales y aún contraviniendo dichos ordenamientos legales, consideramos que ésta no debe estar protegida por la figura del daño moral por ser una persona que carece de espíritu y por ende de bienes inmateriales, sin embargo y debido a las citadas disposiciones jurídicas vigentes dispondrá de un derecho a la reputación, a la reserva y al nombre con los que podrá exigir el pago de una retribución económica por el daño moral que pueda causarle un tercero, pero es ahí donde el juzgador vendrá a intervenir con un amplio y excelente criterio, justo en el momento de cuantificar el monto de la retribución, la cual nunca deberá ser mayor a la otorgada a una persona física, pues en dado caso la mejor retribución sería la publicación de la sentencia favorable para ellas y si en verdad quiere resarir su daño lo ideal será reparar el daño material e indemnizar los perjuicios.

Por otra parte y continuando con el artículo 1916 consideramos que si la acción es intransmisible debe entenderse que también es personalísima puesto que además los derechos a la personalidad son precisamente de la persona, en consecuencia la acción debe ser personalísima así como su comparecencia a juicio y no por conducto de apoderado salvo, que la víctima sea incapaz o sea una persona jurídicamente colectiva, aunque en realidad creemos que estas personas no debieran ser sujetos pasivos (víctimas) de un daño moral, sin embargo si serán sujetos activos por el principio jurídico "in eligendo."

Y en lo que respecta a la transmisibilidad por sucesión, creemos que los herederos que no deben ser los únicos con el derecho para continuar la acción que la víctima inició en vida porque en diversos casos los herederos legítimos o los testamentarios (debe especificarse que también el artículo 1916 se refiere a estos últimos) no son las personas más idóneas para continuarla ya que muchas veces los últimos

días de nuestra vida no los compartimos con ellos, por lo que debe otorgarse también este derecho a los amigos o a las personas con las que nos unan ciertos lazos afectuosos.

En materia penal dentro del proceso el Ministerio Público puede ser un gran ayudante para la víctima e indirectamente para el juez pues con su función la víctima podrá acreditar la existencia del daño, mientras que el juez por su parte podrá determinar dicha existencia; el problema nace cuando la víctima tiene que enfrentarse totalmente sola en el juicio ordinario civil, pues es ella la encargada de aportar las pruebas por lo tanto, la única solución está en que el juez albergue una sana crítica y una valiosa intuición humana en su razonamiento final para dictar sentencia definitiva, para ello el juez podrá dictar un auto que lo lleve a mejor proveer en sentencia haciendo uso de la facultad que el artículo 279 del código de procedimientos civiles para el Distrito Federal vigente establece.

Con el fin de evitar procedimientos largos y de tener que esperar a que el juez determine el monto de la retribución y quizás hasta la ejecución en sentencia es conveniente que el actor acompañe a la demanda un peritaje con el cual pueda sugerir la víctima, a su juicio, el monto que pretende que el juez le otorgue, por lo que generalmente y siempre que el caso lo amerite será recomendable anexar un peritaje psicológico así como un estudio analítico de la vida del demandante, realizado por un experimentado trabajador social; tal vez realizado por alguno de los peritos adscritos al Tribunal. También acompañando a la demanda de este peritaje se da solución al problema de la competencia del juez por cuantía.

Por otra parte y debido a que también podrán aportarse pruebas morales pero con contenido inmoral es de merecerse que el daño moral, tal y como lo apunta Francesco Carnelutti, algunas veces se deberá hacer en audiencias privadas para desahogar pruebas como la testimonial y confesional, a pesar de ser un juicio ordinario civil, aunque es bien sabido que en derecho familiar sí las hay; además de que es necesario porque el hecho de no demandar este daño se debe al pudor que mucha gente guarda sobre su persona por tal motivo prefieren quedarse con su dolor interno.

Asimismo es preocupante saber que mucha gente se puede quedar con su daño sin poder hacer nada por lo que sugerimos que en los casos en donde los victimarios no tengan bienes y por ende sean declarados insolventes o en caso fortuito o de fuerza mayor pueda intervenir alguna dependencia gubernamental como el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) o la Comisión Nacional de Derecho Humanos, la cual en forma especial debería contar con un área

departamental que se dedique a dar apoyo a las víctimas por daño moral tal vez no con dinero, pero sí con asistencia médica psicológica o bien invitandola e integrandola a un grupo de apoyo que pueda proporcionarle algo diferente con lo que aligere su dolor.

Por último consideramos conveniente ampliar el plazo de prescripción a un número de diez años, y es que si la prescripción positiva procede a los diez años de mala fe para adquirir un bien material (inmueble), porque a los bienes inmateriales se les limita su existencia a un plazo mucho menor cuando dicha existencia, como en el inciso correspondiente lo explicamos, puede aflorar tiempo después de haber ocurrido la conducta lícita o ilícita tal es el caso de alguna enfermedad como el SIDA o la diabetes.

En virtud de lo anterior estimamos pertinente formular un proyecto de reforma respecto al artículo 1916 para quedar como sigue:

"Artículo 1916.- Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, honor, reputación, vida privada e íntima y derecho a la reserva, dignidad y respeto, aspecto físico, o bien en la consideración que respecto a ella tienen los demás, así como en su libertad e integridad tanto físicas como psíquicas; además de algunos otros derechos de la personalidad que el juez considere que por la época y el lugar también la afectan; presumiéndose entonces que hubo daño moral cuando hayan sido estos derechos vulnerados o menoscabados ilegítimamente.

Cuando un hecho u omisión lícitos o ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de retribuirlo mediante una cantidad en dinero o en especie, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual. Igual obligación de retribuir el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.

I. La acción de retribución no es transmisibile a terceros por acto inter-vivos y sólo pasa a los herederos o a las personas que acrediten haberlas unido lazos de afecto a la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

II. El monto de la retribución lo determinará el juez tomando en cuenta la época, el lugar, la intensidad del daño, los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, el parentesco o la amistad en el caso de las víctimas indirectas,

el nivel académico y cultural del responsable y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

III. Tratándose de las personas jurídicamente colectivas podrá afectarsele únicamente en su reputación y derecho a la reserva, así como en su derecho al nombre; la retribución en dinero que pueda otorgarle el juez estará sujeta a su consideración, la cual nunca podrá exceder del monto que en igualdad de circunstancias una persona física haya obtenido; sin embargo la retribución a la que siempre serán acreedoras las personas jurídicamente colectivas es la publicación de la sentencia favorable.

IV. Cuando el daño moral haya afectado a la víctima sea persona física o jurídicamente colectiva en su honor, reputación o consideración, o bien en el caso del derecho al nombre respecto a la persona jurídicamente colectiva, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los 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.

a) Para el caso de las personas jurídicamente colectivas deberá ser publicada de diez en diez días por tres veces en el periódico de mayor circulación en el domicilio del demandante; y

b) En relación a la persona física la publicación se hará también de diez en diez días pero por cinco veces en el periódico de mayor circulación de la localidad del demandante.

Otro de los artículos del código civil que proponemos debe adicionarse es el numeral 1934 que a la letra dice: "Artículo 1934.- La acción para exigir la reparación de los daños causados, en los términos del presente capítulo, prescribe en dos años, contados a partir del día en que se haya causado el daño.

Artículo 1934 bis.- En el caso de que se trate de una acción relativa a la retribución por el daño moral causado, ésta prescribirá en un plazo de diez años; cuando la magnitud del daño moral se produce por una consecuencia que pueda ser y sea de tracto-sucesivo, es decir que se siga produciendo tiempo después de ocurrido el daño."

Finalmente queremos dejar asentado que las propuestas y proyectos de reformas y adiciones estarán sujetas a las críticas y modificaciones que hagan los estudiosos del Derecho; todo con el objeto de que nuestra institución jurídica sea

totalmente eficaz y no se fomente su desuso, dándole a las personas el respeto de sus valores morales, principalmente ahora que por las crisis económicas que sufrimos y por el impetuoso movimiento de la ciudad los bienes que imperan para el ser humano son únicamente los materiales.

CONCLUSIONES

En el derecho mexicano la regulación y la evolución del daño moral se ha visto influenciado también con el derecho romano esencialmente con la figura de la injuria de carácter moral, la cual se demandaba ejerciendo la personalísima e intransmisible "actio injuria rum aestimatoria" que prescribía en un año, podía generarse tanto en responsabilidad contractual como extracontractual y cuyo fin principal era la obtención de una reparación privada en la que la propia víctima estimaba el monto dejando al arbitrio del pretor su determinación, asimismo consideró a las víctimas directas e indirectas. La inclusión de los sufrimientos psíquicos (en las personas físicas) y de las personas jurídicamente colectivas como sujetos activos y pasivos del daño moral; por su parte el derecho italiano influyó para establecer los factores que el juez tomará en cuenta al cuantificar la reparación del daño con excepción del parentesco y de la época, asimismo por reconocer la pluralidad de acciones derivadas de un mismo hecho; en cuanto a la transmisibilidad por sucesión contemplada siempre que la víctima haya iniciado la acción en vida o provenga de un incumplimiento contractual, así como el daño moral en el contrato de esponsales se debe al derecho alemán por último el derecho suizo reflejó su reparación por equivalente en sus dos modalidades la pecuniaria y la publicación de la sentencia en el daño moral en México.

Desafortunadamente el daño moral aún no se ha visto favorecido en el derecho mexicano con el criterio del derecho español, italiano e inglés en lo relacionado a la intuición humana que debiera prevalecer en el razonamiento del juez al analizar las pruebas que lo lleven a la existencia del daño moral y su retribución en sentencia; así como la inclusión de los mal llamados derechos de la personalidad con mínima importancia como los ideales (traducidos a ilusiones), maldad, prepotencia, insolvencia o atrevimiento entre otros.

Durante el transcurso del tiempo el ser humano se ha percatado que su constitución no sólo es física, sino también espiritual, por ello el legislador fundándose en la esencia del derecho crea una nueva institución jurídica denominada daño moral, cuyo fin primordial será proteger los derechos de la personalidad de todo ser humano que se vean vulnerados en su intimidad, sentimientos y emociones dándole a la víctima la oportunidad de ser retribuida pecuniariamente; luego entonces siempre existirá un victimario y una víctima, un autor que produce el daño y un receptor que lo soporta, facultándose a éste último para hacer valer su derecho subjetivo acreditando el daño moral que sufre; y es que al Derecho como regulador de una convivencia social le importa que su desarrollo mental y

emocional se encuentre equilibrado, surgiendo así la necesidad de retribuir el daño sufrido ya sea pecuniariamente o disculpándose a través de la publicación de la sentencia favorable para éste. Si bien es cierto que con el dinero nunca podrá reparar su daño, también lo es que podría allegarse algunos bienes que le ayuden a olvidar en algunos momentos su sufrimiento muy especialmente a la víctima con escasos recursos económicos, quienes lamentablemente son los que más padecen este tipo de daño y los que menos demandan la retribución.

La filosofía jurídica ciencia que busca principios universalmente válidos influyó en el pensamiento del legislador al crear reglas de conducta necesarias para fomentar un orden en las relaciones humanas, concluyendo en una moral social válida para todos los seres humanos por ser colectiva y universal; y en consecuencia protegiendo los derechos de la personalidad de todo individuo víctima de un daño moral. Es así como el Estado habla de una renovación moral, basada en una conciencia popular, en una creencia ciega en la justicia, en la igualdad, en la dignidad, en el derecho, y en nuestro respeto a los demás. Desafortunadamente las exposiciones de motivos legislativos sólo quedan en eso, en exposiciones. En tal virtud surge una renovación en la doctrina civilista contemporánea de los derechos de la personalidad, tendiente a garantizar el goce de sus facultades y el respeto al desenvolvimiento, sin ninguna obstrucción, de su personalidad espiritual y física, de lo contrario no podrá alcanzarse el progreso moral de todo ser humano, al recobrar los valores morales tan perdidos actualmente. Todo ello se podrá obtener con la figura del daño moral como un satisfactor a la necesidad moral de la vida humana.

Entendimos que: El daño moral se deriva de un hecho ilícito o lícito (el cual incluso puede ser resultado del incumplimiento de una obligación contenida en un contrato o convenio) que lesiona los bienes jurídicos espirituales de toda persona, imposibles de repararse por ser invaluable en dinero, pero sí susceptibles de ser retribuidos pecuniariamente para compensar en algún modo el sufrimiento causado.

Constitucionalmente el daño moral es tutelado a través de los artículos 6° y 7°, mientras que el derecho sustantivo civil lo enuncia en sus artículos 1916, 1916 bis, 1927, 1928 y 2116 así como en el artículo 143 referente al contrato de esponsales. El código penal no podía faltar pues fue el primer ordenamiento que legisó en forma más extensa la figura en cuestión, por lo que los artículos 29, 30 fracción II, 31, 34 y 36 al 39 nos señalan cuando opera la reparación por daño moral; y respecto al código de procedimientos penales para el Distrito Federal se rige mediante los artículos 468 fracciones I y III, 477 y 489.

Por fortuna la jurisprudencia nos proporciona fundamentos sólidos para poder acreditar la existencia del daño moral así como la obtención de su correspondiente retribución,

cuando a la ley le faltaran, pues llena las lagunas que la ley pudiera tener y por lo tanto salvaguarda a toda víctima de un daño moral que pudiera frente a los ojos de la ley quedar desprotegida.

El derecho mexicano adopta la teoría del hecho y acto jurídico de la doctrina francesa, en consecuencia el daño moral siempre será generado por un hecho jurídico voluntario o involuntario en sentido estricto por lo tanto el causante puede incurrir en responsabilidad civil objetiva o subjetiva, ya sea contractual o extracontractual, y es que si ésta es la verdad jurídica que el propio código civil para el Distrito Federal vigente señala, no entendemos porque el capítulo V de su libro cuarto de las obligaciones en general es denominado "De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos", cuando en realidad debería ser "De las obligaciones que nacen de los hechos lícitos e ilícitos en sentido estricto".

Evidentemente que el daño moral por ser una figura del derecho civil pertenece al derecho privado muy a pesar de que se haya generado por la violación de un derecho de la personalidad que al mismo tiempo sea una garantía individual, ya que el principal fin de la creación del daño moral es la obtención de una retribución exclusivamente para la víctima, encontrando así una forma netamente privada de proteger estos derechos; de ahí que en relación con la víctima el daño puede ser propio o común, en lo referente con los bienes el daño podrá ser intrínseco o extrínseco, inmediatos y mediatos subclasificándose en mediatos propiamente dichos y remotos, previsibles e imprevisibles, todas estas características pertenecen al daño en general, pero también son aplicables al daño moral, las cuales en forma específica son: Objetivo (parte social) o subjetivo (parte afectiva), propios o directos que como suele llamarlo la doctrina es un "daño moral puro" que no afecta en nada el patrimonio económico del hombre y por ende es impropios o indirectos, por lo que dicho daño moral podrá derivarse de un daño económico y éste de un daño inmaterial, pero siempre manteniendo su independencia frente al daño material, siendo tal independencia una característica más; también por su duración puede ser transitorio o permanente, por último indivisible. Y en lo que respecta a la acción por daño moral ésta es personalísima, intransmisible salvo que la víctima haya iniciado el juicio en vida, renunciabile cuando no afecten derechos constitucionales y prescriptible, por lo tanto la retribución sólo puede otorgarse una vez. (Además de que ya sería cosa juzgada).

El legislador ha establecido que el daño moral puede generarse a raíz del incumplimiento de un contrato y es que entonces se estaría negando la existencia del patrimonio moral en una persona que por el simple hecho de haber tenido la precaución de formalizar su relación jurídica no pueda tener

los mismos derechos de la personalidad que cualquier otra y no obstante que pueda creerse que en los contratos impera un objeto pecuniario lo cual es rotundamente falso porque la prueba más palpable es el contrato de esponsales que en riguroso derecho (en cuanto a su fin) nunca prevalecerá la esfera económica.

La principal función de la figura del daño moral es salvaguardar los derechos de la personalidad, derechos que fueron incluidos por primera vez en la doctrina italiana durante el siglo XIX y que se definen como "aqueellos derechos innatos a toda persona jurídica capaz o incapaz oponible frente a cualquier persona, contemplados por el derecho civil para proteger todos sus bienes físicos y espirituales, y de cuya violación siempre se cause un daño moral." Y en algunos casos también representan garantías individuales o atributos de la personalidad, pero independientemente del doble carácter que dichos derechos tengan, el fin nunca cambiará, el cual consiste en el ejercicio del derecho subjetivo que "corresponde a la facultad que toda persona jurídica tiene de poder exigir jurisdiccionalmente al causante una retribución económica por el daño moral sufrido, haciendo valer el respeto que merecen sus derechos de la personalidad."

Este tipo de derechos se caracterizan por ser generales porque todos pueden ser titulares de los mismos, oponibles frente a cualquier persona, se convierten en derechos subjetivos privados cuando son violados, pertenecen al patrimonio moral tanto de la persona física como de la persona jurídicamente colectiva, intransmisibles, (por lógica nunca formarán parte del caudal hereditario, excepto la retribución económica que sí podrá formar parte del acervo hereditario cuando la víctima en vida haya ejercido su derecho subjetivo a través de la correspondiente acción), irrenunciables e imprescriptibles siempre que también funjan como derechos fundamentales.

Resulta imposible delimitar el grupo de estos derechos ya que la constitución de éste siempre dependerá de la época y el lugar en que se sitúen los seres humanos; sin embargo el legislador mexicano enunció a través del artículo 1916 del código civil para el Distrito Federal vigente en materia común y para toda la República en materia federal de manera general indicando que los jurídicos inmateriales que serán protegidos por el daño moral son los sentimientos, afectos, creencias, honor, decoro, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico o bien la consideración que de sí mismo tienen los demás; debiendo suprimir al decoro por ser un sinónimo de honor y agregar a la vida privada también a íntima y el derecho a la reserva con sus respectivas limitaciones entre ésta y los derechos constitucionales de libertad y expresión mismos que fueron también protegidos por

el derecho civil en el artículo 1916 bis del citado código, asimismo concluimos que por aspecto y configuración física de acuerdo con la real intención del legislador deberá hablarse de una estética que busca la armonía en el cuerpo y rostro de cada una de las personas que pertenecen a las diferentes razas humanas. También deben incluirse los derechos de respeto para sí mismo y para con los demás, el derecho a nombre, el derecho de la vida (es decir a conservarla), el derecho de libertad, aunque con la última reforma de 1994 fue incorporado este derecho, contemplándose también la libertad e integridad psíquicas, y los derechos de autor, pero éstos últimos con ciertas restricciones ya que regularmente el autor persigue un fin económico con su obra, caso en el que el juez debe aplicar su mejor criterio al fijar el monto de la retribución en dinero, ocurriendo lo mismo con las personas jurídicamente colectivas. Sobre todo porque en la vida diaria estos son los derechos que con más frecuencia se ven afectados.

Sin duda que el legislador aunque en forma muy general enumeró los derechos de la personalidad, realmente lo hizo bien al concretarse a enumerar sólo a éstos derechos porque cada una de las personas, de los lugares y de las épocas son diferentes, tal vez lo único que le faltó agregar fue decir que podían afectarse algunos otros derechos de la personalidad que a juicio del juez y tomando en consideración la época y el lugar si atañen al ser humano en su aspecto espiritual pudiendo causarle un daño moral.

Empero desafortunadamente la excelente evolución que el multicitado artículo 1916 del código civil vigente presenta, no ocurre lo mismo con la mayoría de las legislaturas locales como la de los siguientes estados de la República Mexicana: Aguascalientes, Baja California, Coahuila, Chiapas, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Estado de México, Michoacán, Nuevo León, Oaxaca, San Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco, Veracruz, Yucatán y Zacatecas mismos que aún mantienen el criterio que prevaleció antes de la reforma de 1982; y aunque un tanto ligero las legislaturas de los estados de Puebla, Tamaulipas y Tlaxcala nos muestran un criterio jurídico evolucionado, ya que acogen ambas posiciones legales (la anterior a la reforma de 1982 y la de dicha reforma) por lo tanto tienen una legislación mixta; por su parte Campeche, Colima, Chihuahua, Querétaro y Quintana Roo tienen una legislación igual a la contemplada por la reforma de diciembre de 1982 al artículo 1916 del código civil del Distrito Federal; y el único estado de la República Mexicana que comparte el mismo criterio actual es Nayarit. Por fortuna Morelos y Sonora presentan un mejor nivel jurídico respecto a la institución en cuestión que incluso superan a la legislación del Distrito Federal.

Exhortamos a todos los juristas y doctrinarios del derecho a seguir luchando por alcanzar una mayor y mejor protección de los derechos de la personalidad en especial las legislaturas que aún muestran un lamentable retroceso, fundamentalmente porque si de acuerdo con el artículo 11, constitucional gozamos de una libertad de tránsito por todo el país, es ridículo que en un estado de la República nuestros derechos de la personalidad que no precisamente fungen como garantías individuales o atributos de la personalidad estén en el olvido y lo más importante es que prácticamente en tales estados no existimos espiritualmente; y aún cuando la jurisprudencia venga a suplir las lagunas de la ley consideramos que son necesarias las reformas legislativas, porque no es de Derecho tener que esperar a que haya cinco personas que sufran por el mismo daño para poder resolver en su favor, cuando con la ley de inmediato podemos prevenir el dolor de estas personas o por lo menos si no prevenirlo si otorgarle una retribución en sentencia o en ejecución de sentencia previa demostración del citado daño.

En un juicio ordinario civil se determinará la existencia del daño moral aportación de todo medio de prueba que las partes ofrezcan, teniendo entonces la tarea más importante el juez, es decir la aplicación de una sana crítica, lógica jurídica y de una estricta intuición humana; todo con el fin de poder obtener una retribución ya sea económica la cual será regularmente otorgada a una persona física y o la que contenga una obligación de hacer debiendo entenderse la publicación de un extracto de la sentencia favorable para la víctima, retribución que generalmente y de preferencia debiera concederse a las personas jurídicamente colectivas.

Esta retribución podrá otorgarse en ejecución de sentencia, sin embargo con el fin de retardar el procedimiento la actora puede acompañar a su demanda un peritaje psicológico o analítico de la vida de la víctima con el que pueda fundamentar el monto de la retribución económica o bien la publicación de la sentencia; asimismo el juez para fijar el monto de la retribución deberá considerar entre otros factores la época y el lugar, y la intensidad del daño principalmente, el parentesco para el caso de las víctimas directas e indirectas y el grado académico y de cultura tanto de la víctima como del responsable.

La acción que debe ejercerse para alcanzar esta retribución tendrá un carácter personalísimo, intrasmisible salvo que la víctima la haya iniciado en vida esta pasará a sus herederos incluyendo también a todas las personas con las que haya tenido una relación afectuosa, prescriptible en un lapso de dos años con excepción los daños de tracto-sucesivo en cuyo caso el plazo deberá ampliarse a diez años y renunciabile siempre que no implique bienes inmateriales que también sean

considerados como garantías individuales. Finalmente la acción será improcedente esencialmente cuando haya culpa o negligencia inexcusable de la víctima, hechos de un tercero y el caso fortuito o de fuerza mayor.

BIBLIOGRAFIA

- ALTERINI, Atilio Anibal. La responsabilidad civil. Límites de la reparación civil. 3ª edición, 1ª reimpresión Buenos, Aires, Abeledo-Perrot, 1990.
- BREBIA, Roberto H., El daño moral. 1ª edición, Buenos Aires, Editorial Orbi, 1974.
- BORJA, Soriano Manuel, Teoría general de las obligaciones tomo II. 6ª edición, México, Porrúa, S.A. de C.V., 1970.
- BORJA, Soriano Manuel, Teoría general de las obligaciones. 12ª edición, México, Porrúa, S.A. de C.V., 1991.
- CARBONNIER, Jean, Derecho civil tomo II, volumen III. Situaciones extracontractuales y dinámica de las obligaciones. Estudio introductorio y traducción de la primera edición francesa con adiciones de conversación al derecho español por Manuel María Zorrilla Ruiz. 1ª edición Barcelona, Bosh, 1971.
- CARNELUTTI, Francesco, Como se hace un proceso. 3ª edición, México, Colofón, S.A., 1994.
- CARRAL, y De Teresa Luis, Derecho notarial y derecho registral. 12ª edición, México, Porrúa, S.A. de C.V., 1993.
- CARRANCA, y Trujillo Raúl, Derecho penal mexicano. Parte General. 2ª edición, México, Antigua Librería editado de José Porrúa e hijos, 1941.
- COVIELLO, Nicolás Dr., Doctrina general del derecho civil edición italiana revisada por el profesor Leonardo Coviello. Traducción del abogado Felipe J. Tena. 4ª edición, México, Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana, 1938.
- DE CASSO, y Romero Ignacio Exmo. Sr. y otros, Diccionario de derecho privado de la letra A la F. tomo I. 1ª edición, España, Editorial Labor, 1954
- DE CUPIS, Adriano, El daño. Teoría General de la responsabilidad. Traducción A. Martínez Sarrión. 6ª edición, Barcelona, Bosh, 1975.
- DE CUPIS, Adriano, El derecho de la personalidad. Traducción A. Martínez Sarrión. 7ª edición, Bosh, Barcelona, 1959.
- ENRIQUEZ, Coronel Cuauhtémoc Adolfo, El daño moral. Tesis 1992.

- FLORIS, Margadant S. Guillermo, Derecho privado romano, 16ª edición, Estado de México, Editorial Esfinge S.A. de C.V., 1989.
- GALINDO, Garfias Ignacio, Derecho civil. Primer curso. Parte General. Personas. Familia., 7ª edición, México, Porrúa, S.A. de C.V., 1985.
- GARCIA, Maynez Eduardo, Introducción al estudio del derecho, 40ª edición, México, Porrúa, S.A. de C.V., 1989.
- GARCIA, García Fernando Augusto, Fundamentos éticos de la seguridad social, 1ª edición, UNAM, México, 1968.
- GARCIA, Rivas Heriberto, Manual práctico del litigante, 2ª edición, México, Gómez Gómez Hermanos Editores, S de R. L., 1986.
- GRAF, Zu Dohna Alexander Dr., La ilicitud. traducción del Dr. Faustino Ballvé, 1ª edición, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1959.
- GUTIERREZ, y González Ernesto, El patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad y derecho sucesorio de las obligaciones, 3ª edición, México, Porrúa, S.A. de C.V., 1990.
- GUTIERREZ, y González Ernesto, Derecho de las obligaciones, 7ª edición, México, Porrúa, S.A. de C.V., 1990.
- HANS, Kelsen Dr., La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho, 2ª edición, México, Editora Nacional, 1989.
- HEDEMANN, J. W., Derecho de obligaciones, volumen III, 1ª edición, Madrid, España, Revista de Derecho Privado, 1958.
- LAFAILLE, Héctor, Derecho Civil. Tratado de las obligaciones, 1ª edición, Buenos Aires, Ediar, 1950.
- LARROYO, Francisco, Los principios de la ética social, 15ª edición, México, Porrúa, S.A. de C.V., 1976.
- MAZEUD, Henri y Capitant, Tratado Teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, tomo primero, volumen I. traducción de la quinta edición por el abogado Luis Alcalá y Zamora, 5ª edición, Buenos Aires Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.
- MOSSET, Iturraspe Jorge, Responsabilidad por daños. El daño moral, tomo IV, 1ª edición, Buenos Aires, Ediar, S. A., 1988.

- MOSSET, Iturraspe Jorge, Responsabilidad por daños. Eximentes. Tomo III, 1ª edición, Buenos Aires, Ediar, S.A., 1988.
- NOVOA, Monreal Eduardo, Derecho a la vida privada y libertad de información. un conflicto de derechos, 1ª edición, México, Siglo Veintiuno Editores, S.A., 1979.
- OJEDA, Velázquez Jorge, Derecho punitivo. teoría sobre las consecuencias jurídicas del delito, 1ª edición, México, Editorial Trillas, 1993.
- OCHOA, Olvera Salvador, La demanda por daño moral, 1ª edición, México, Grupo Editorial Monte Alto, S.A. de C.V., 1993.
- OLIVERA, Toro Jorge, El daño moral, 1ª edición, México, Editorial Themis, 1993.
- PALLARES, Eduardo, Derecho procesal civil, 2ª edición, México, Porrúa, S.A. de C.V., 1961.
- PALLARES, Eduardo, Diccionario de derecho procesal civil, 19ª edición, México, Porrúa, S.A. de C.V., 1990.
- PASAPERA, Mora Alfonso, Daño moral, Tesis 1985.
- PEREZ FERNANDEZ, Del Castillo Bernardo, Derecho notarial, 6ª edición, México, Porrúa, S.A. de C.V., 1993.
- PRECIADO, Hernández Rafael, Lecciones de filosofía del derecho, 7ª edición, México, Editorial Jus, 1973.
- PRETELIN, Fong David, La reparación del daño moral en el delito de violación, Tesis 1992.
- PODETTI J. Ramiro, Trilogía estructural de la ciencia del proceso, 1ª edición, Buenos Aires, Ediar, 1944.
- ROJINA, Villegas Rafael, Derecho civil mexicano. Obligaciones. tomo II, 5ª edición, México, Porrúa, S.A. de C.V., 1985.
- SAINZ, De Robles Federico Carlos, Ensayo de un diccionario de la literatura Tomo I, términos, conceptos, ismos literarios, 2ª edición, Madrid, España Aguilar S.A. de Ediciones, 1954.
- SANTOS, Briz Jaime, Derecho de daños, 1ª edición, Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1963.

SENTIS, Melendo Santiago, La prueba los grandes temas del derecho probatorio, 1ª edición, Buenos Aires, Argentina E. J. E. A. (Ediciones Jurídicas Europa-América), 1985.

VALENCIA, Zea Arturo, Derecho civil, 3ª edición, Bogotá, Editorial Temis, 1967.

ZANONI, Eduardo A., El daño en la responsabilidad civil, 2ª edición, Buenos Aires, Astrea, 1993.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

HORIZONTES, Revista de automóviles, número 45, Como vender un automóvil General Motors, artículo de Alfred P. Sloan, septiembre-octubre, 1996

NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA Tomo VI, preparado por Buenaventura Pellisé Prats, publicado bajo la dirección de Carlos E. Mascareñas, Barcelona, Editorial Francisco Seix, S.A., 1985.

Diario Oficial de la Federación publicado el 31 de diciembre de 1982.

Diario Oficial de la Federación publicado el 10 de enero de 1994.

Diario de debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos "LII" Legislatura, del día 28 de diciembre de 1982, en primera lectura.

Cámara de Diputados, Exposición de Motivos a la XXXV Reforma del día 23 de noviembre de 1993, Año III No. 11.

Entrevista realizada al Licenciado Francisco Castillo González, Juez décimo sexto de lo civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el día 17 de marzo del presente año.

Entrevista realizada al Licenciado Alvaro Augusto Pérez Juárez, Juez vigésimo cuarto de lo civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el día 17 de marzo del presente año.

Entrevista realizada al Licenciado Roberto Rojo González, Juez trigésimo octavo de lo civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el día 17 de marzo del presente año.

Entrevista realizada al Licenciado Jaime Daniel Cervantes Martínez, Juez quincuagésimo primero de lo civil del Tribunal

Superior de Justicia del Distrito Federal, el día 14 de marzo del presente año.

ORDENAMIENTOS JURIDICOS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1ª edición, editorial Alco, S.A., México, 1994.

Código Civil del Estado de Aguascalientes, Colección Porrúa, 3ª edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1994.

Código Civil para el Estado de Baja California, Colección Porrúa, 3ª edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1991.

Código Civil para el Estado de Coahuila, Colección Porrúa, 4ª edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1995.

Código Civil del Estado de Campeche, Colección Porrúa, 2ª edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1995.

Código Civil para el Estado de Colima, Colección Porrúa, 1ª edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1989.

Código Civil para el Estado de Chiapas, Colección Porrúa, 2ª edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1992.

Código Civil del Estado de Chihuahua, Colección Porrúa, 5ª edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1994.

Código Civil para el Distrito Federal y para toda la República en Materia Federal, Colección Porrúa, 65ª edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1996.

Código Civil para el Distrito Federal y para toda la República en Materia Federal, Colección Porrúa, 63ª edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1994.

Código Civil para el Distrito Federal y para toda la República en Materia Federal, Colección Porrúa, 50ª edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1981.

Código Civil para el Estado de Durango, Colección Porrúa, 3ª edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1996.

Código Civil para el Estado de Guanajuato, Colección Porrúa, 6ª edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1995.

Código Civil para el Estado de Guerrero, Colección Porrúa, 1ª edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1994.

Código Civil para el Estado de Hidalgo, Colección Porrúa, 2ª edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1996.

Código Familiar y de Procedimientos Familiares para el Estado Libre y Soberano de Hidalgo con sus Reformas, 1ª edición, editorial Cajica, S.A., México, 1996.

Código Civil del Estado de Jalisco, Colección Porrúa, 10ª edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1992.

Código Civil del Estado de México, Colección Porrúa, 13ª edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1995.

Código Civil del estado de Michoacan, Colección Porrúa, 6ª edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1995.

Código Civil para el Estado de Morelos, Colección Porrúa, 7ª edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1992.

Código Civil de Nayarit, Colección Leyes y Códigos, 1ª edición, Anaya Editores, S.A., México, 1997.

Código Civil para el Estado de Nuevo León, Actualizado, Serie Jurídica, 1ª edición, editorial Mc Graw-Hill Interamericana Editores, S.A. de C.V., México, 1996.

Código Civil del Estado de Oaxaca, Colección Porrúa, 2ª edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1991.

Código Civil del Estado de Puebla, Colección Porrúa, 3ª edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1991.

Código Civil para el Estado de Querétaro, 1ª edición, editorial Sista, S.A. de C.V., México, 1996.

Código Civil de Quintana Roo, Colección Leyes y Códigos, 1ª edición, Anaya Editores, S.A., México, 1997.

Código Civil para el Estado de San Luis Potosí, Colección Porrúa, 2ª edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1992.

Código Civil para el Estado de Sinaloa, Colección Porrúa, 3ª edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1996.

Código Civil de Sonora, Colección Leyes y Códigos, 1ª edición, Anaya Editores, S.A., México, 1996.

Código Civil del Estado de Tabasco, Colección Porrúa, 3ª edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1996.

Código Civil para el Estado de Tamaulipas, Actualizado, Serie Jurídica, 1ª edición, editorial Mc Graw-Hill Interamericana Editores, S.A. de C.V., México, 1995.

Código Civil para el Estado de Tlaxcala, Colección Porrúa, 3ª edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1991.

Código Civil para el Estado de Veracruz, Colección Porrúa, 5ª edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1995.

Código Civil y del Registro Civil del Estado de Yucatan, Colección Porrúa, 2ª edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1991.

Código Civil de Zacatecas, Colección Leyes y Códigos, 1ª edición, Anaya Editores, S.A., México, 1996.

Código Familiar y de Procedimientos Familiares para el Estado Libre y Soberano de Zacatecas con sus Reformas, 1ª edición, editorial Cajica, S.A., México, 1996.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Colección Porrúa, editorial Porrúa, S.A. 49ª edición, México, 1996.

Código Penal para el Distrito Federal y para toda la República en Materia Federal Colección Porrúa, 56ª edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1996.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Actualizado, 3ª edición, Ediciones Delma, México, 1991.

Código Federal de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Actualizado, 5ª edición, Ediciones Delma, México, 1991.

JURISPRUDENCIA

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION, 4º CD-ROM julio de 1994.

APENDICE AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de los fallos pronunciados en los años de 1917 a 1965. Cuarta parte. Tercera Sala. Ministro Inspector. Licenciado José Luis Zambrano Sevilla. Subdirector. Licenciado Daniel Cervantes Garibay. México, Imprenta Murguía, S.A., 1965.