



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**“EL DAÑO MORAL CAUSADO A LOS MENORES DE EDAD DERIVADO DE LOS  
CONFLICTOS FAMILIARES”**

**TESIS**

**QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE:**

**LICENCIADO EN DERECHO**

**PRESENTA:**

**CÉSAR MATEO TORRES GUTIÉRREZ**

**DIRECCIÓN: MTRA. MARÍA DEL CARMEN MONTOYA PÉREZ**

Ciudad Universitaria

Septiembre, 2013



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**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.



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO: SEMCIV 48/2013

ASUNTO: Aprobación de Tesis.

**DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ,  
DIRECTOR GENERAL DE LA  
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR, U.N.A.M.,  
P R E S E N T E.**

El alumno, **TORRES GUTIERREZ CÉSAR MATEO**, quien tiene el número de cuenta **305186052**, elaboró bajo la asesoría y responsabilidad de la suscrita **Mtra. María del Carmen Montoya Pérez**, la tesis denominada **“EL DAÑO MORAL CAUSADO A LOS MENORES DE EDAD DERIVADO DE LOS CONFLICTOS FAMILIARES.”**, y que consta de **164** fojas útiles.

La tesis de referencia, en mi opinión, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, se otorga la aprobación correspondiente y se autoriza su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional. Dicha autorización no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen, haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de esta Facultad.

Reciba un cordial saludo.

**“POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU”**  
Cd. Universitaria, D. F., a 30 de septiembre del 2013.

**Mtra. María del Carmen Montoya Pérez**  
Directora del Seminario. Turno Vespertino.



FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE  
DERECHO CIVIL

*“...Primeramente ¡oh hijo!  
has de temer a Dios;  
porque en el temerle está la  
sabiduría,  
y siendo sabio no podrás errar en  
nada...”*

*-De los consejos que dio Don Quijote a Sancho Panza antes  
de que fuese a gobernar la insula-*

*Miguel de Cervantes Saavedra*

## *AGRADECIMIENTOS*

*A DIOS: por darme la existencia, guiar mis pasos e iluminar mi camino.*

*A la UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO:  
la institución más noble de este país y a quien le debo mi formación profesional y humanística.*

*A todos mis maestros, mismos que han aportado valiosas enseñanzas a mi vida académica e incluso personal; en especial, a la distinguida y apreciable maestra **María del Carmen Montoya Pérez**, por su invaluable apoyo, disposición y diligencia para la realización de este proyecto.*

## DEDICATORIAS

*Dedico este trabajo con gran cariño y entusiasmo a mi familia, a quien le debo no sólo mi formación como ser humano íntegro, sino también la culminación de mis estudios profesionales.*

*A mi mamá: quien me dio la vida, me ha entregado su amor y lo mejor de sí; además de enseñarme el valor de la Prudencia y a distinguir la Justicia de lo injusto.*

*A mi abuelita Doña Luz Gutiérrez: ejemplo de fortaleza y probidad.*

*A la memoria del licenciado Mateo Torres Peña: mi abuelito y mi fuente de inspiración para optar por el camino del estudio de la ciencia jurídica como mi verdadera vocación.*

*A mis tías: Rosa Afrodita, Luz, Paty y Lety; gracias por estar siempre a mi lado, en la bonanza y en la adversidad; por brindarme su cariño, orientación y apoyo incondicional en todo momento; así como inculcarme los valores que me han forjado a ser quien ahora soy.*

*A mis hermanitos: Diana y Toñito; a mis primos, particularmente a los más pequeños: Itzel, Aranza y Marx; así como a mis sobrinos: Paula, Demián, Ivonne y Mariana. Ojalá pueda lograr -aunque sea un poco- incentivarlos para que siempre se conduzcan por el camino del estudio y de la rectitud. Los quiero.*

*Con amor a Gaby, gran ser humano que le ha dado un sentido distinto a mi existencia, de quien aprendí que la vida es aún mejor de lo que llegué a pensar. Gracias por todo.*

*A mis amigos.*

*A la familia Alatorre Trejo, muchas gracias por su cariño, por su confianza y por abrirme las puertas de su hogar.*

*Y a quienes -por diferentes causas- no están conmigo. Su ausencia me ha dado la fuerza y la sabiduría necesarias para continuar mi camino.*

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>I</b>
<b>CAPÍTULO PRIMERO</b>	
<b>UBICACIÓN DEL DAÑO MORAL DENTRO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL</b>	
I CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD.....	1
1. <i>Etimología</i> .....	1
2. <i>Concepto gramatical</i> .....	2
3. <i>Concepto jurídico</i> .....	3
II ANTECEDENTES HISTÓRICOS .....	6
1. <i>Venganza privada</i> .....	6
2. <i>Composición voluntaria o facultativa</i> .....	6
3. <i>Composición legal u obligatoria</i> .....	7
4. <i>La Lex Aquilea</i> .....	7
5. <i>Antiguo derecho francés</i> .....	9
III RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL.....	10
1. <i>Responsabilidad contractual</i> .....	11
2. <i>Responsabilidad extracontractual</i> .....	12
IV RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y RESPONSABILIDAD OBJETIVA .....	13
1. <i>Responsabilidad subjetiva</i> .....	13
A. <i>Fundamento de la responsabilidad subjetiva</i> .....	13
2. <i>Responsabilidad objetiva</i> .....	17
A. <i>Elementos de la responsabilidad objetiva</i> .....	21
V PERSONAS OBLIGADAS A RESPONDER.....	23
VI INDEMNIZACIÓN.....	25
VII DEFINICIÓN DOCTRINAL DE DAÑOS Y PERJUICIOS.....	30

## CAPITULO SEGUNDO

### EL DAÑO MORAL

I. DEFINICIÓN .....	32
II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DAÑO MORAL .....	40
1. <i>Derecho Romano</i> .....	40
2. <i>Antiguo Derecho Español</i> .....	42
3. <i>Antiguo Derecho Francés</i> .....	42
4. <i>Antiguo Derecho Alemán</i> .....	43
III. TEORÍAS RESPECTO AL DAÑO MORAL.....	44
1. <i>Teorías acerca del concepto de daño</i> .....	44
A. <i>Teoría de la diferencia</i> .....	45
B. <i>Teoría del daño concreto</i> .....	45
C. <i>Teoría del daño normativo</i> .....	45
D. <i>El daño moral es todo daño patrimonial</i> .....	46
E. <i>El daño moral por la naturaleza extrapatrimonial del derecho lesionado</i> .....	46
F. <i>El daño moral como lesión a los derechos de la personalidad</i> .....	47
G. <i>Doctrina que toma en cuenta las consecuencias de la acción que causa el perjuicio</i> .....	47
H. <i>El daño moral como lesión a un interés jurídico espiritual</i> .....	47
2. <i>Teorías sobre la reparación del daño moral</i> .....	48
A. <i>Teorías que niegan la reparación del daño moral</i> .....	48
a. <i>Tesis negativa clásica</i> .....	48
b. <i>Tesis negativa moderna</i> .....	49
B. <i>Teorías que aceptan la indemnización del daño moral</i> .....	50
a. <i>Tesis de la sanción ejemplar</i> .....	50

b. Tesis del resarcimiento .....	51
c. Posición funcional .....	52
3. <i>Criterios de valoración judicial del daño moral</i> .....	52
A. <i>El daño moral y su relación con el daño patrimonial</i> .....	52
B. <i>El daño moral basado en criterios subjetivos del juzgador</i> .....	53
C. <i>El daño moral en función de la gravedad de la falta</i> .....	53
D. <i>El daño moral en función de la gravedad del menoscabo</i> .....	53
E. <i>Doctrina que pondera la gravedad de la falta y la entidad objetiva del daño</i> .....	54
IV. ESTUDIO COMPARADO DEL DAÑO MORAL .....	54
1. <i>Códigos que admiten implícitamente su resarcimiento amplio</i> .....	55
2. <i>Códigos que regulan expresamente la reparación amplia</i> .....	55
3. <i>Códigos que admiten la reparación con un criterio restrictivo</i> .....	56
4. <i>Argentina</i> .....	56
5. <i>Colombia</i> .....	57
6. <i>Italia</i> .....	59
7. <i>Alemania</i> .....	61
8. <i>Francia</i> .....	62
V REGULACIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL DISTRITO FEDERAL .....	65
1. <i>El daño moral en la legislación civil</i> .....	65
2. <i>Daño moral en materia penal en el Distrito Federal</i> .....	70

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **REGULACIÓN JURÍDICA EN RELACIÓN A LOS MENORES DE EDAD**

I DEFINICIÓN DE MENOR DE EDAD Y DE NIÑO.....	72
II CAPACIDAD. ASPECTOS GENERALES.....	75
1. <i>Capacidad de goce</i> .....	76

2. <i>Capacidad de ejercicio</i> .....	77
3. <i>Incapacidad natural</i> .....	79
4. <i>Incapacidad legal</i> .....	79
5. <i>Capacidad para suceder</i> .....	80
6. <i>Emancipación</i> .....	80
III <b>NORMATIVIDAD NACIONAL EN MATERIA DE MENORES DE EDAD</b> .....	81
1. <i>Código Civil para el Distrito Federal</i> .....	81
2. <i>Ley de los derechos de las niñas y niños en el Distrito Federal</i> .....	104
3. <i>Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes</i> .....	108
IV <b>LA PROTECCIÓN A LOS DERECHOS DE LOS MENORES DE EDAD EN MATERIA INTERNACIONAL</b> .....	114
1. <i>Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores</i> .....	114
2. <i>Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la edad mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios</i> .....	116
3. <i>Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional</i> .....	118
4. <i>Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores</i> .....	118
5. <i>Convención sobre los Derechos del Niño</i> .....	120
6. <i>Enmienda al párrafo 2 del artículo 43 de la Convención sobre los Derechos del Niño</i> .....	122
7. <i>Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados</i> .....	123
8. <i>Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía</i> .....	125

**CAPÍTULO CUARTO**

**LOS MENORES DE EDAD Y LA NECESIDAD DE PROVEER RESPECTO AL DAÑO MORAL QUE SUFREN DERIVADO DE CONFLICTOS FAMILIARES**

I CONFLICTOS FAMILIARES QUE AFECTAN A LOS MENORES ..... 128

II LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE GARANTIZAR EL SANO DESARROLLO DE LOS MENORES ..... 134

III JURISPRUDENCIA ..... 136

    1. *Criterios relativos a la familia en sentido amplio*..... 136

    2. *Criterios relativos a la protección de los menores de edad*..... 138

    3. *Criterios relativos a los menores de edad y su vinculación a la familia* ..... 143

IV PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE AFECTEN A NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES ..... 150

V PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 1916 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL..... 154

**CONCLUSIONES ..... 156**

**BIBLIOGRAFÍA ..... 159**

## INTRODUCCIÓN

La familia representa la base de la sociedad, es uno de los grupos sociales que desde los orígenes de la humanidad ha existido; la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, la define como el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

Es lamentable advertir que la sociedad actual carece de valores, los cuales son fundamentales para la armónica convivencia de sus integrantes; esto se debe a diversos factores, uno de ellos es el hecho de que, la familia, eje fundamental de toda sociedad, se encuentra en crisis.

Basta con asistir a los tribunales del orden familiar y observar el elevado número de familias que acuden a ellos en busca de una solución a sus conflictos; si bien es cierto que la población de la ciudad de México es muy basta y por ende debe existir un mayor número de juzgadores, de tal suerte esa carga de trabajo sea repartida entre más funcionarios; también lo es que, al recurrir las familias al órgano jurisdiccional para resolver sus diferencias pone en evidencia la crisis referida.

Ahora bien, en ciertos casos, las personas que acuden a los tribunales -en materia familiar particularmente- cuentan con la madurez y criterio necesarios para asimilar la problemática por la que atraviesan, y en su caso asumir el fallo que al respecto se dicte; sin embargo, en numerosas ocasiones quienes se ven involucrados en los conflictos familiares son los menores de edad, triste y preocupante es notar que en muchos casos los progenitores los emplean como “la mejor arma” para atacarse entre sí, o como objeto de chantaje o bien para cobrar venganza.

Me atrevo a afirmar que casi en todos los conflictos familiares en los que se vean involucrados los menores de edad, éstos van a sufrir -en cierto grado- afectaciones en sus sentimientos, creencias, decoro, incluso en su reputación, por ejemplo ahora con el fenómeno del *bullying*; pues el hecho de ser testigos de la

fractura de su familia, de saberse objetos de disputa entre sus padres, o incluso el llegar a comparecer ante el órgano jurisdiccional a responder interrogatorios formulados por las autoridades debe, sin duda alguna, afectar en alguna medida su personalidad y su desarrollo.

Es por ello que el presente trabajo tiene por objeto analizar los presupuestos del daño moral y su vinculación con los conflictos familiares, para determinar la viabilidad de que el Juez de lo Familiar, al tener conocimiento de un conflicto en el que se vean involucrados menores de edad, ordene oficiosamente la reparación del daño moral causado, siempre que sea acreditado, pues si bien es cierto que puede promoverse un juicio de responsabilidad civil para la reparación del daño moral, también lo es que el mismo deberá ser solicitado a instancia de parte. En este caso, por tratarse de menores de edad y en atención al interés superior del niño, consideramos deberá decretarse de oficio.

Para la elaboración de este trabajo se emplearon primordialmente los métodos de investigación deductivo, analítico, histórico, exegético y comparativo.

Esto es así, puesto que se partió de la responsabilidad civil como antesala del daño moral, se analizaron sus elementos y naturaleza jurídica.

También se hizo un estudio cronológico de la responsabilidad civil y del daño moral, mismo que dio pauta para conocer su génesis y su evolución hasta llegar a la actualidad; de igual forma se realizó un estudio comparado de dichas figuras jurídicas.

Por otro lado, se analizaron las normas concernientes a las citadas instituciones jurídicas; así como a los menores de edad: desde a quiénes reputa la ley como tales, su capacidad, hasta su ámbito de protección no sólo en el plano nacional sino también en el ámbito internacional.

Se incluyen además algunos criterios novedosos emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación a la familia, a los niños y al interés superior de éstos; así como las pautas que debe seguir el órgano jurisdiccional

ante conflictos en los que se vean involucrados los menores de edad y el tratamiento especial que se les debe brindar.

Finalmente, se planteó el problema -como acontecimiento actual- que implica la posible afectación que sufren los niños en su parte afectiva a consecuencia de la oposición de interés familiares, las secuelas que esto puede dejar -incluso en la etapa adulta- y la necesidad de que se les proteja y reparen los daños emocionales y psicológicos sufridos.

## CAPÍTULO PRIMERO

### UBICACIÓN DEL DAÑO MORAL DENTRO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

#### I. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD

Al realizar el estudio del daño, en este caso el moral, es útil y necesario precisar la íntima relación que guarda con la responsabilidad civil, la cual como veremos más adelante, implica una obligación, la de reparación, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos por la ley, mismos que serán analizados durante el desarrollo de este trabajo. A continuación se expondrá de manera esquemática sus diferentes acepciones, origen y evolución histórica.

La responsabilidad es un concepto unívoco, ya que es empleado no sólo en el campo de las ciencias jurídicas, sino también en otras áreas del conocimiento como en el discurso moral o religioso, por ello resulta conveniente conocer su origen etimológico, así como su significado gramatical, para la mejor comprensión del tema a estudiar: la responsabilidad civil, de la cual también se señalarán algunos de los conceptos que en torno a ella existen.

##### **1. Etimología**

De Ángel Yágües refiere que Schipani pone de manifiesto que la palabra responsabilidad es de tardía aparición en las lenguas europeas; a tal fin realiza un análisis que comprende el francés, el inglés y el español (este último, tanto en España como de países hispanoamericanos). Y su utilización inicial fue, sobre todo, en el ámbito del Derecho público (responsabilidad política, por ejemplo). Por otro lado, advierte que la palabra *responsabilitas* surgió quizá por inducción del

contexto de los usos que se desarrollaron en las lenguas modernas. Es decir, no porque fuera un genuino vocablo del latín.<sup>1</sup>

La voz ‘responsabilidad’ proviene de ‘respondere’ que significa, *inter alia*: ‘prometer’, ‘merecer’, ‘pagar’. Así, ‘responsalis’ significa: ‘el que responde’ (fiador).<sup>2</sup>

Etimológicamente, la palabra “responsable” significa “el que responde”, imputar una acción, como declarar la autoría de alguien. “Responsabilizar” conlleva, entonces, la posibilidad de preguntar al responsable acerca de ella, obligarle a dar explicaciones y aun conceder una satisfacción.

En otras palabras, podemos decir que la responsabilidad importa un deber que, como respuesta adecuada, soporta quien ha causado un daño. Es una respuesta a un mal, disvalor o contravalor, que nos ha quitado algo que era nuestro: la integridad psíquica, la integridad física o el uso y disfrute de bienes.<sup>3</sup>

## **2. Concepto gramatical**

En este tenor, la Real Academia Española la define en su primera acepción como cualidad de responsable; en la segunda como deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal; en la penúltima como cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado y, en la cuarta y

---

<sup>1</sup> Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (coord.), R. de Ángel Yagüez (autor), *Tratado de responsabilidad civil*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 2008, t.1, p.4.

<sup>2</sup> *Diccionario Jurídico Mexicano*, voz de Rolando Tamayo Salmorán, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 9ª ed., México, Porrúa, 1996, p.2824.

<sup>3</sup> Fernández Madero, Jaime, *Derecho de daños. Nuevos aspectos doctrinarios y jurisprudenciales*, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 6.

última acepción como capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.<sup>4</sup>

### **3. Concepto jurídico**

En el citado Diccionario Jurídico Mexicano, del Instituto de Investigaciones Jurídicas, el maestro Ignacio Galindo Garfias refiere que algunos autores (de Cupis y Carnelutti) han definido la responsabilidad civil, como la obligación de soportar la reacción del ordenamiento jurídico frente al hecho dañoso. También en términos generales se concibe la responsabilidad civil, como la consecuencia de la violación de deber jurídico de no dañar a nadie.

Responsable (del lat. *responsum*, supino de *respondere*, responder)<sup>5</sup>, es aquél llamado por el derecho a “responder”, a hacer frente a un daño causado a otro, anulando las consecuencias nocivas del acto dañoso. En virtud de la reunión de los presupuestos de la reparación, el sujeto está llamado a otorgar un resarcimiento a quien ha sufrido en su persona o en su patrimonio, un menoscabo que por una razón de justicia no puede quedar indemne.<sup>6</sup>

Al referirse a la definición de responsabilidad civil, los hermanos Mazeaud han señalado que una persona es responsable civilmente cuando queda obligada a reparar un daño sufrido por otra, entonces ella responde de ese daño. Entre el responsable y la víctima surge un vínculo de obligación: el primero se convierte en acreedor, y la segunda en deudora de la reparación. Uno y otra, fuera de su voluntad. Incluso cuando el responsable ha querido causar el daño, sin desear convertirse en deudor de la reparación, la obligación nace. De hecho, aunque lo

---

<sup>4</sup> *Diccionario Esencial de la Lengua Española*, Madrid, Espasa Calpe, 2006, p.1293.

<sup>5</sup> Moliner, María, *Diccionario de uso del español*, Madrid, Gredos, 2007, p. 2573.

<sup>6</sup> Fernández Madero, Jaime, *op. cit.*, nota 3, p. 2.

hubiera querido, no lo obligaría esa voluntad, sino la ley. Una vez realizado el daño, cuando su autor quiere repararlo, no es tampoco su voluntad la que crea la obligación; tiene tan sólo la intención de cumplir con una obligación que ha nacido fuera de él, desde el instante de la realización del perjuicio.<sup>7</sup>

Responsabilidad es imputación<sup>8</sup>. Con carácter general, la responsabilidad constituye una categoría común a la práctica de los órdenes jurídicos. Se habla así de responsabilidad civil, penal, administrativa, fiscal, asociativa, social,..., incluso política. Cada una de ellas posee su particular régimen jurídico en cuanto a sus presupuestos, elementos y efectos. Cuando un sujeto incumple un deber o una obligación o cuando causa un daño, es responsable siempre que el incumplimiento o el daño le sea imputable. Desde esta perspectiva puede afirmarse que la responsabilidad descansa sobre un determinado título de imputación.<sup>9</sup>

Refiere Fernando Reglero que la regla general debe ser la siguiente: Quien causa un daño a otro estará obligado a repararlo cuando no concurra una razón suficiente que justifique que sea el perjudicado quien haya de soportarlo. Se

---

<sup>7</sup> Mazeaud Henri y León, y Mazeaud Jean. *Lecciones de derecho civil, parte segunda, v.II. La responsabilidad civil. Los cuasicontratos*, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978, p. 7.

<sup>8</sup> De acuerdo al *Diccionario de uso del español* de María Moliner, *imputación* es la acción y efecto de imputar. Acusar. Respecto al término *Imputar*, refiere que ésta proviene del latín *imputare*, en su primera acepción la define como: Atribuir a alguien cierta falta o delito. Achacar. Atribuir una cosa ser causa de cierta desgracia o contratiempo. p.1616, A-I.

<sup>9</sup> Reglero Campos, L. Fernando (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3ª ed., Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, colección Monografías Aranzandi, p.66.

entenderá que hay razón suficiente cuando en la producción del daño haya intervenido de forma exclusiva o determinante una conducta culpable de la propia víctima, o cuando se deba a un caso de fuerza mayor.

Esa obligación deberá imponerse por muy extraordinarias que sean las circunstancias (salvo que medie un caso fortuito o de fuerza mayor).

Por su parte, Philippe le Tourneau en su obra “La responsabilidad civil”, define a ésta como la obligación de responder ante la justicia por un daño, y de reparar sus consecuencias indemnizando a la víctima. Su objetivo principal es la reparación, que consiste en restablecer el equilibrio que había sido roto, por el autor del daño, entre su patrimonio y el de la víctima; presenta también un aspecto preventivo (que conduce a los ciudadanos a actuar con prudencia, a fin de evitar el compromiso de su responsabilidad). La responsabilidad civil permite también diluir la carga de un daño, cuando es inequitativo que éste sea soportado por quien lo ha causado (por la vía de la Seguridad Social y del Seguro). Finalmente, la reparación conlleva a un aspecto punitivo (de pena privada), especialmente cuando una indemnización es concedida a la víctima de un daño moral, pese a que el dolor no es apreciable en dinero.

El maestro Joaquín Martínez Alfaro<sup>10</sup> define la responsabilidad civil como la obligación de carácter civil de reparar el daño pecuniario causado directamente, ya sea por hechos propios del obligado o por hechos ajenos de personas que dependen de él, o por el funcionamiento de cosas cuya vigilancia está encomendada al deudor de la reparación; también la define como la obligación de carácter civil de reparar el daño pecuniario causado directamente por el obligado a la reparación o por las personas que estén bajo su cuidado.

---

<sup>10</sup> Martínez Alfaro, Joaquín, *Teoría de las obligaciones*, 8ª ed., México, Porrúa, 2001, p.171.

Responsabilidad como categoría del pensamiento ético concierne al deber de responder, esto es el deber de dar a cada uno cuenta de sus actos. En el ámbito del derecho la responsabilidad civil, significa la instrumentación de un sistema jurídico que permita la determinación de un responsable o sea de quién tiene el deber de dar respuesta al reclamo de la víctima inocente de un daño injusto, sea éste causado por culpa de aquél o por cualquier otro factor de atribución objetiva del daño que con fundamento en la equidad, la seguridad y la justicia le imponga el deber de reparar.<sup>11</sup>

## II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

### 1. *Venganza privada*

En la antigüedad, el hombre al recibir una agresión en su persona o en sus bienes reaccionaba de forma instintiva pues más que buscar la reparación del daño pretendía devolver al agresor el mal sufrido, con el afán de saciar su sed de venganza, es lo que conocemos como la ley del Talión (*lex talionis*) que textualmente disponía: “...*al que haya golpeado de muerte a alguna persona hágasele morir, y quien haya golpeado de muerte a alguna bestia, que la pague animal por animal. Y si alguno causare lesión corporal a un prójimo, hágasele cosa semejante a la que él ha hecho. Rotura por rotura, ojo por ojo, diente por diente háganseles las mismas lesiones que él ha hecho a otros...*”, en virtud de la cual la agresión sufrida era devuelta por otra de la misma intensidad y grado, sin pretender en ningún momento reparar el daño.

### 2. *Composición voluntaria o facultativa*

Posterior a la venganza, el hombre comenzó a actuar de manera más racional ya que en lugar de responder con una agresión semejante a la sufrida podía perdonar a su agresor a cambio de una suma de dinero (pena privada); sin

---

<sup>11</sup> Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p.98.

embargo, era una potestad de la víctima, ya que si consideraba que la falta era grave aún podía ejercer la venganza privada; es decir, era libre de elegir entre recibir una compensación o devolver el mal sufrido.

### **3. Composición legal u obligatoria**

En esta época, la estructura política de la sociedad se encuentra mejor organizada y con ello, las autoridades a efecto de garantizar la paz pública, regularizan el sistema de las composiciones, para lo cual establecen penas para la sanción de los delitos, las cuales debían ser cubiertas por el agresor y aceptadas por la víctima. Estas penas se establecieron en la Ley de las XII Tablas.

### **4. La Lex Aquilea**

De acuerdo a la doctrina, la responsabilidad civil podría tener su origen en la antigua Roma, en especial en esta Ley. Respecto a las fuentes de las obligaciones, se debe precisar que una de ellas era la que nacía de los delitos, los cuales fueron clasificados en delito público (*crimina*) y delito privado (*delicta*).

Los delitos públicos eran aquéllos que atentaban contra la sociedad y el orden público, eran perseguidos oficiosamente por las autoridades o por la denuncia de cualquier ciudadano, su origen era de carácter militar o religioso, la sanción era pública; por lo general, consistía en la muerte, ya sea por ahorcamiento o decapitación, sin que en ningún caso se beneficiara a la víctima.

Por otro lado, los delitos privados, eran aquéllos que se causaban en perjuicio de un particular, la afectación social era indirecta, su persecución era a petición de la víctima y la sanción consistía en el pago de una multa a favor de la misma.

En el derecho clásico, la obligación nacida del delito, que consistía en la realización de un hecho material, tenía por objeto el pago de una pena pecuniaria cuyo objeto consistía en la entrega de una cantidad de dinero (multa privada).

Los delitos privados se dividían según la fuente que los sancionaba en delitos civiles y delitos pretorios. Entre los primeros existía el *furtum*, la *iniuria* y el *damnum iniuria datum* -el robo, la injuria y el daño justamente causado-; entre los segundos: la rapiña, el dolo, la violencia y el fraude de los acreedores.<sup>12</sup>

El maestro Floris Margadant sostiene que los delitos evolucionaron desde la venganza privada, pasaron por el sistema del talión, posteriormente por la “composición” voluntaria; y finalmente la ley fijó la cuantía de las composiciones obligatorias, alcanzó su forma pura el sistema de las multas privadas. Por el desarrollo del sistema pretorio, en la época clásica, encontramos con frecuencia que el magistrado fijaba a su arbitrio (*ex bono et aequo*) el monto de la multa privada.<sup>13</sup>

Aproximadamente en el año 408 de Roma, surge la *Lex Aquilia*. Propuesta por el tribuno de Aquilius, la cual tuvo por objeto regular el delito de daño en propiedad ajena; si bien es cierto que las XII Tablas contenían reglas dispersas que regulaban esta materia, también lo es que la *Lex Aquilia* de alguna manera sustituyó esas normas sobre *damni iniuriae*, e introdujo por vez primera, con carácter general, la posibilidad de sustituir la pena de daños por su reparación. Pese a que en las XII Tablas se encuentran fragmentos que aluden a la reparación del daño a través de un pacto entre el responsable del daño y la persona afectada, normalmente el remedio era de carácter sancionatorio.

A partir de la *Lex Aquilea* el autor del ilícito no estaba sujeto a una pena, sino gravado con la obligación de pagar una suma de dinero. Pero esta *Lex* no tutelaba a la persona del hombre libre sino a la propiedad. No pudiéndose

---

<sup>12</sup> Bravo González, Agustín y Bravo Valdés, Beatriz, *Derecho Romano, segundo curso*, 23ª. ed., México, Porrúa, 2007, p. 213.

<sup>13</sup> Floris Margadant S., Guillermo, *El derecho privado romano, como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 15ª. ed., México, Esfinge, 1998, p.432.

restablecer el bien dañado, nacía un crédito a favor del propietario frente al dañante.

Esta ley estaba integrada por tres capítulos. El primero de ellos se refería a la muerte del esclavo ajeno y de ciertos animales, se castigaba con el pago del precio más alto que hubiese tenido el animal o el esclavo en el año anterior a la comisión del daño; en el segundo capítulo se preveía el caso de la *acceptilación* de la deuda al deudor en perjuicio del acreedor; por último, el tercer capítulo se refería a los daños materiales no contemplados en el primer capítulo, mismos que no consistieran precisamente en la muerte, o bien recayeran sobre objetos inanimados, en este caso se sancionaba con el pago más alto que hubiera tenido la cosa en los 30 días anteriores a la afectación.

De lo anterior, se desprende que el tercer capítulo era más amplio y general; además, su objeto era garantizar la propiedad de una manera más integral contra los atentados de terceros.

Por su parte, los hermanos Mazeaud sostienen que en el derecho romano de las XII Tablas jamás se realizó completamente la distinción entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil; es decir, no se logró establecer un principio general de responsabilidad civil, ya que la composición obligatoria era una pena privada al mismo tiempo que una reparación.

Advierten que si bien los jurisconsultos romanos buscaron remediar esa situación a través de una interpretación amplia del texto más general, en este caso a través de la *Lex Aquilea*, no fue suficiente para establecer un principio general de responsabilidad civil.

## **5. Antiguo derecho francés**

Desde el siglo XIII, se distinguió claramente la responsabilidad penal de la civil. Por su parte, los juristas establecieron un principio general de responsabilidad civil, amplísimamente formulado por Domat, quien puntualiza por una parte el requisito esencial de la responsabilidad civil: la culpa, que puede ser

culpa intencional o simple culpa por imprudencia o negligencia. Por otra parte, muestra que ese requisito se exige tanto en materia de responsabilidad delictual como de responsabilidad contractual. Pero, en esta última esfera, algunos autores del antiguo derecho francés, sobre todo Pothier, por confundir la delimitación del contenido de obligación y la determinación de los requisitos de la responsabilidad, edificaron, sobre una errónea interpretación de los textos del derecho romano, una teoría complicada al crear varios grados en la culpa: *culpa lata*, *culpa levis*, *culpa levíssima*.<sup>14</sup>

Domat, quien inspiró a los redactores del Código Napoleón los artículos 1382 y 1383 estableció el siguiente principio: “Es una consecuencia natural de todas las especies de compromisos particulares y del compromiso general de no causar mal a nadie, que aquellos que ocasionen algún daño, sea por haber contravenido algún deber o por haber faltado al mismo, están obligados a reparar el mal que han hecho.”<sup>15</sup>

En el Código Napoleón quedó establecida la distinción entre pena (sanción represiva) y reparación civil del daño (sanción resarcitoria). También fue principio incontrovertido que todo daño debe ser reparado por aquél por cuya culpa fue ocasionado.

### **III. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL**

Considero que no debe pasar inadvertido el cometario que sobre este tema realiza Fernando Reglero Campos, pues nos advierte, atinadamente, que la responsabilidad contractual y extracontractual son instituciones jurídicas que corresponden a una misma categoría, por lo que existen autores que abogan por dotar a ambas clases de responsabilidad de un mismo régimen jurídico.

---

<sup>14</sup> Mazeaud Henri y León, y Mazeaud, Jean, *op. cit.*, nota 7, pp.15-16.

<sup>15</sup> Bustamante Alsina, Jorge, *op. cit.*, nota 11, p.44.

Desde una perspectiva completamente teórica, la diferencia entre ambos tipos de responsabilidad no implica particularidades complejas. La responsabilidad contractual tiene su presupuesto en el incumplimiento (o en el cumplimiento inexacto o parcial) de las obligaciones derivadas de un contrato, a consecuencia de lo cual queda insatisfecho el derecho de crédito y además, y eventualmente, es causa de un daño o perjuicio suplementario para el acreedor. Si el incumplimiento es imputable al deudor en virtud de un adecuado título de atribución, la ley le obliga al cumplimiento *in natura*, bien por equivalente, y además, a reparar ese daño suplementario, si lo hay. Por su parte, la responsabilidad extracontractual tiene como presupuesto el que la producción del daño se dé sin que entre dañante y dañado medie una relación contractual previa, o preexistiendo ésta, el daño es por completo ajeno al ámbito que le es propio.<sup>16</sup>

En virtud de esta distinción, la mayor parte de los Códigos establecen un diferente régimen para ambas responsabilidades.

Sin embargo, si se parte de la base que el objeto de la doctrina de la responsabilidad es la indemnización del daño, la distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual no está justificada. Producido un daño, su autor debe repararlo siempre que le sea imputable, con independencia de que haya acaecido en el marco de una relación contractual o extracontractual.

### **1. Responsabilidad contractual**

Siempre que entre las partes existe una relación contractual y el daño es consecuencia del cumplimiento defectuoso o del incumplimiento de cualquiera de los deberes contractuales que de dicha relación derivan, sean obligaciones expresamente pactadas o deberes accesorios de conducta nacidos de la buena fe, o de los usos de los negocios, la responsabilidad es de carácter contractual y los tribunales deben declararlo así, haciendo uso en lo necesario de la regla *iura novit*

---

<sup>16</sup> Reglero Campos, L. Fernando, *op. cit.*, nota 9, p. 129.

*curia*, una vez despejado el camino a través de la llamada tesis sustancialista en materia procesal.<sup>17</sup>

## **2. Responsabilidad extracontractual**

En este caso, la obligación de indemnizar surge por la sola producción del evento dañoso, porque una persona ha violado las normas generales de respeto a los demás, impuestas por la convivencia. Ejemplo patente sería el del automovilista que atropella a un peatón, lesionándole. O del empresario que causa daños a animales que pastan en terrenos vecinos a su factoría, por emanaciones de un gas tóxico, o el de quien por descuido deja abierto un grifo en su vivienda, produciendo una inundación en la del piso inferior. Estos y tantos otros supuestos que en la vida real acontecen, engendran la llamada *responsabilidad extracontractual*; también denominada, en expresión un tanto ambigua pero ya clásica, *responsabilidad civil*.<sup>18</sup>

La responsabilidad extracontractual se origina con independencia de la existencia de una obligación previa entre el causante del daño y la víctima. Se considera originada por la violación al principio *alterum non laedere*, que significa el deber jurídico de no dañar a los demás.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial V. La Responsabilidad Civil Extracontractual*, Pamplona, Aranzadi, 2011, p. 231.

<sup>18</sup> Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (coord.), R. de Ángel Yagüez (autor), *op. cit.*, nota1, p. 15.

<sup>19</sup> Concepción Rodríguez, José Luis, *Derecho de daños*, 2ª ed., Barcelona, Boch, 1999, p. 28.

## IV. RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y RESPONSABILIDAD OBJETIVA

### 1. *Responsabilidad subjetiva*

Desde el punto de vista de la filosofía del Derecho, su concepto se explica en el sujeto que “haya querido o previsto” el resultado de su conducta antijurídica. Nos encontramos frente a la responsabilidad entendida como el reproche en virtud de una falta u ofensa cometida, inescindible de la resultante obligación de reparar que le cabe al autor de dicho comportamiento perjudicial.

Esta sinonimia se expresa a través de la máxima del derecho clásico francés: “*pas de reponsabillité sans faute*” -no hay responsabilidad sin culpa- con el paralelo en el derecho del common law: “*no liability whithowt fault*”.

La responsabilidad subjetiva gradúa la culpabilidad de acuerdo a la presencia, intensidad o ausencia de la malicia en el deseo, intención o previsión de la persona imputada como responsable.

Su punto de partida es el libre albedrío, pues para que exista verdadera ilicitud, el hombre debe quebrantar el ordenamiento legal con voluntad, tanto en la concepción como en la ejecución del acto, conjugándose los elementos internos - el discernimiento, la intención y la libertad- y finalmente su exteriorización.

En consecuencia, cabe incluir en esta graduación, conforme la pacífica opinión doctrinaria, al dolo y la culpa -ya sea grave, leve o levísima-. Esta última en todas sus manifestaciones: la negligencia, la imprudencia y la impericia.<sup>20</sup>

#### **A. *Fundamento de la responsabilidad subjetiva***

La responsabilidad subjetiva, adquiere dicho calificativo toda vez que se funda en la culpa, la cual consiste en un elemento psicológico y por ende de naturaleza subjetiva. En sentido amplio, comprende el actuar con la intención de

---

<sup>20</sup> Fernández Madero, Jaime, *op. cit.*, nota 3, p. 349.

dañar (dolo); en sentido estricto consiste en el obrar con negligencia, descuido, torpeza o imprudencia.<sup>21</sup>

El Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 2025 dispone que hay culpa o negligencia cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa o deja de ejecutar los que son necesarios para ella.

De acuerdo a Planiol y Ripert, la culpa es el incumplimiento de una obligación preexistente y cuando este incumplimiento causa un daño a otra persona, la ley ordena su reparación. Por tanto, la idea de culpa considerada en sí misma es sencillísima, y está en relación directa con la idea de obligación; nadie puede incurrir en culpa, si antes del acto que se le imputa no estaba obligado a nada.

La culpa puede ser un acto positivo, como el hecho de lesionar por imprudencia a una persona, o uno negativo, como el de no prevenir a un propietario de la usurpación que un tercero comete contra sus bienes, o la omisión de una formalidad legal que debía cumplirse dentro de cierto plazo.<sup>22</sup>

Por otro lado, Philippe le Torneau sostiene que la responsabilidad subjetiva implica una serie de ventajas éticas, económicas y prácticas, las cuales se explican a continuación:

Razones éticas. La responsabilidad subjetiva se funda en una visión humanista de la sociedad, en la que todo individuo, animado por la razón, goza de su libre arbitrio y es el dueño de su destino. Cada uno entiende su actuar libremente, pero acepta responder por las consecuencias de sus actos. Libertad, conciencia y responsabilidad son conceptos complementarios e indisolubles: La

---

<sup>21</sup> Martínez Alfaro, Joaquín, *op. cit.*, nota 10, pp.178-180.

<sup>22</sup> Planiol, Marcel y Ripert, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Versión española de José M. Cajica Camacho, Puebla, Cajica, t. II, 1, p.471 y 477.

responsabilidad supone conciencia y libertad; ahora solo se concibe al hombre consciente y libre en la medida en que sea responsable. Una vasta corriente de pensamiento redescubre el papel de la responsabilidad en todos los dominios, destacando en ellos el valor de la ética. Esta visión del hombre libre y responsable implica una concepción objetiva del derecho: sobrepasando la simple técnica, el derecho es un arte que tiene como fin la justicia y salvaguarda de algunos principios esenciales (especialmente el de no causar un daño a otro). El derecho como orden normativo impone a las personas la libertad de elección. El hombre responsable se esfuerza en evitar la comisión de culpas. Esta pareja libertad-responsabilidad frena al mismo tiempo el desvío actual hacia la sociedad conflictiva.

Razones económicas. La responsabilidad subjetiva, indisociable de la libertad, facilita el espíritu de iniciativa e impulsa la acción. Por el contrario, la teoría del riesgo incita a la inmovilidad, porque el hombre de acción está siempre motivado a tomar riesgos. Quien quiere evitar los riesgos no actuará jamás. Ese es uno de los peligros que corren actualmente ciertos países occidentales (entre ellos Francia), minados por el fantasma del “riesgo cero”. Privilegiar la seguridad arruina la libertad de acción. Las consecuencias dañinas son evidentes. El inmovilismo y la inercia son económica y socialmente ruinosos. Un Estado vivo deja a los individuos actuar libremente, con el mínimo de reglas y de controles (indispensables con miras a garantizar el respeto del bien común: el liberalismo absoluto es peligroso).

Razones prácticas. La responsabilidad por culpa es un medio eficaz para frenar los excesos del liberalismo. Ella vigila no solo los usos de la Internet, especialmente en cuanto a la responsabilidad de los servidores, o para salvaguardar los derechos de personas que sufran de una usurpación por el depositante de un nombre de propiedad.

Ligada al papel normativo, la primera función de la responsabilidad subjetiva es la de prevenir los daños más que repararlos. En primer lugar, por el

hecho de que cada uno, al conocer el riesgo de ser condenado si causa un daño, se esfuerza normalmente por actuar con prudencia.<sup>23</sup>

Se dice que esta responsabilidad es subjetiva porque su fundamento es la culpa, que es un elemento psicológico de naturaleza subjetiva; pues consiste en la intención de dañar (dolo) o en el obrar con negligencia o descuido (culpa en sentido estricto), para la teoría subjetiva de la responsabilidad, la culpa es esencial y sin ella no hay responsabilidad. Por tanto, el fundamento de la obligación de indemnizar los daños está en el acto propio, culpable y antijurídico.

La culpa ha sido clasificada en varias especies, así se habla de “culpa concurrente”: que se da cuando el daño causado es igualmente imputable a su autor y a la víctima. “Culpa contractual”: la que se origina del incumplimiento de un contrato. “Culpa delictual”: la representada por un hecho dañoso punible criminalmente. “Culpa extracontractual”: la que se deriva de un cuasidelito. “Culpa *in contrahendo* o precontractual”: la violación de la diligencia que debe observarse en las relaciones que preceden la celebración del contrato, etcétera.<sup>24</sup>

La responsabilidad subjetiva puede ser de dos clases: ilícita civil e ilícita penal. O sea, la responsabilidad por culpa es ilícita, civil o penal.

- a) Ilícita civil. Es la obligación de reparar el daño pecuniario causado por un hecho ilícito, intencional o imprudencial, pero que no está tipificado como delictuoso en la ley; o sea el hecho es antijurídico y culpable.
- b) Ilícita penal. Es la obligación de reparar el daño pecuniario causado por un hecho ilícito, que está tipificado como delictuoso en la ley; es decir,

---

<sup>23</sup> Tourneau, Philippe le, *La responsabilidad civil*, traducción de Javier Tamayo Jaramillo, Colombia, Legis editores, 2008, pp. 28-32.

<sup>24</sup> Martínez Alfaro Joaquín, *op. cit.*, nota 10, pp. 178-179.

se ocasiona por la comisión de un delito, que es un hecho típico, antijurídico y culpable.<sup>25</sup>

## **2. Responsabilidad objetiva**

Generalmente se define a la responsabilidad objetiva de forma negativa: es aquélla que nace sin que medie culpa de aquél a quien se impute el daño. Se elimina así la culpa -se dice- sin ser sustituida por ningún otro criterio. Sin embargo, el de responsabilidad objetiva no es un concepto absoluto que responda exclusivamente a esa noción negativa, sino que en su seno se dan cita distintos tipos de responsabilidad que obedecen a un denominador común (la no exigencia de culpa en la conducta del responsable), cada uno de los cuales contiene una serie de elementos diferenciales. De este modo, la responsabilidad sin culpa constituye el centro de gravedad sobre el que orbitan formas que, a pesar de pertenecer a la misma familia, difieren entre sí. Se trata pues de un fenómeno universal que puede presentarse en forma pura, pero también con caracteres híbridos. Así la responsabilidad objetiva no es en sí una alternativa a la responsabilidad por culpa, sino un conjunto de alternativas.<sup>26</sup>

En este sentido, el maestro Rafael Rojina Villegas refiere que la responsabilidad objetiva o teoría del riesgo creado, es una fuente de obligaciones reconocida en algunos códigos de este siglo, por virtud de la cual, aquél que hace uso de cosas peligrosas, debe reparar los daños que cause, aun cuando haya procedido lícitamente. Este principio que existe en el Código ruso y que ha inspirado a nuestro artículo 1913 del Código Civil, encierra una fuente de obligaciones distinta de la responsabilidad por culpa o dolo. En el caso de la responsabilidad objetiva, se parte de la hipótesis de que la fuente de obligaciones es el uso lícito de cosas peligrosas, que por el hecho de causar un daño, obligan al

---

<sup>25</sup> *Ibidem* 10, p. 183.

<sup>26</sup> , Reglero Campos, L. Fernando, *op. cit.*, nota 9, p. 243.

que se sirve de ellas, que puede ser el propietario, el usufructuario, el arrendatario, o el usuario en general, a reparar el daño causado.<sup>27</sup>

En este tenor el Código Civil para el Distrito Federal dispone:

“Artículo 1913.- Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos, vehículos automotores o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

En todos los casos, el propietario de los mecanismos, instrumentos, aparatos, vehículos automotores o sustancias peligrosas, será responsable solidario de los daños causados.”

A continuación se transcriben algunos criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación a través de Tribunales Colegiados de Circuito, en virtud de los cuales se define, en el primero de ellos, a la responsabilidad objetiva como una fuente de obligaciones de carácter extracontractual, entendida también como teoría de la responsabilidad por el riesgo creado; que consiste en la obligación de reparar los daños causados por el uso de instrumentos o herramientas peligrosas, con independencia de la ilicitud en la conducta del responsable.

El segundo criterio refiere que la responsabilidad extracontractual puede ser objetiva o subjetiva. La objetiva consiste en la producción de un daño por el ejercicio de una actividad peligrosa o por el empleo de cosas peligrosas; ese daño podrá ser patrimonial o moral, en cuyo caso bastará acreditar la existencia de la responsabilidad objetiva para demandar la reparación del daño.

---

<sup>27</sup> Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil III; Teoría de las obligaciones*, 27ª ed., México, Porrúa, 2007, p. 279.

Finalmente, en el tercer criterio se advierte que podrán coexistir válidamente en el mismo procedimiento las acciones de responsabilidad objetiva y la de reparación del daño moral, pues está previsto en el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal.

**“RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA.** Como fuente de obligaciones de naturaleza extracontractual y conocida como teoría de la responsabilidad por el riesgo creado, se vincula al daño causado por el uso de instrumentos, herramientas o cualquier cosa en sí misma peligrosa, independientemente de la ilicitud en la conducta asumida por el causante del daño y que se traduce en la necesidad de repararlo, salvo prueba de haberse producido por negligencia inexcusable de la víctima.”<sup>28</sup>

**“DAÑO MORAL. LO CONSTITUYE EL DOLOR FÍSICO PRODUCIDO POR UNA LESIÓN ORGÁNICA DERIVADA DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA, BASTANDO ACREDITAR LA EXISTENCIA DE AMBAS PARA QUE PROCEDA LA ACCIÓN DE REPARACIÓN.** El Código Civil para el Distrito Federal contempla un sistema de responsabilidad civil que abarca la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. La primera de ellas supone la transgresión de un deber de conducta impuesto en un contrato; la segunda, también llamada aquilina, responde a la idea de la producción de un daño a otra persona por haber transgredido el genérico deber *neminem laeder*, es decir, el de abstenerse de un comportamiento lesivo para los demás. Esta última, a su vez puede ser subjetiva si se funda exclusivamente en la culpa, y objetiva, cuando se produce con independencia de toda culpa, de manera que, en el primer caso, el sujeto activo realiza un hecho ilícito que causa un daño al sujeto pasivo, y en el segundo, obra lícitamente pero el daño se produce por el ejercicio de una actividad peligrosa o por el empleo de cosas peligrosas, razón por la cual también se conoce a la responsabilidad objetiva como responsabilidad por el riesgo creado, misma que legalmente está prevista en el artículo 1913 del Código Civil para el Distrito Federal. Un común denominador de ambos tipos de responsabilidad, según se deriva de las ideas y del texto legal anteriores, es el daño, entendido éste como toda lesión de un interés legítimo, y puede ser de carácter patrimonial, cuando implica el menoscabo sufrido en el patrimonio por virtud de un hecho ilícito, así como la privación de cualquier ganancia que legítimamente la víctima

---

<sup>28</sup> Tesis Aislada, IV.1o.C.68 C., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIV, Septiembre de 2006, p. 1531, Reg. Ius 174181.

debió haber obtenido y no obtuvo como consecuencia de ese hecho, o moral, en el supuesto de que se afecten los bienes y derechos de la persona de carácter inmaterial, es decir, cuando se trate de una lesión sufrida por la víctima en sus valores espirituales, como el honor, los sentimientos y afecciones diversas. En consecuencia, la interpretación teleológica, literal y sistemática de los artículos [1916 y 1916 Bis](#) del mismo ordenamiento sustantivo civil, lleva a colegir que tratándose de la acción de reparación de daño moral en contra de quien haya incurrido en responsabilidad objetiva, basta acreditar la existencia de esta última, prescindiendo de la ilicitud del hecho u omisión generadoras del daño, aunada a la demostración de que esa responsabilidad objetiva se tradujo en la afectación de cualquiera de los bienes y derechos de la persona tutelados y señalados de manera enunciativa, ergo, no limitada, en el primero de los dispositivos legales invocados. Esto último, es necesario porque el hecho de que se establezca la obligación de reparar el daño moral supone que éste se ha causado, y ello requiere ser acreditado puntualmente, lo cual tocará apreciar en cada caso al juzgador con vista a la causa eficiente del daño y al bien jurídico involucrado. Así, en el caso en que resulta lesionado el sujeto pasivo u ofendido por el sujeto activo, tratándose de las actividades o mecanismos a que se refiere el artículo 1913 del Código Civil, o sea, de la responsabilidad objetiva, y esa lesión consiste en una fractura de una pierna, por ejemplo, resulta evidente que el individuo que la sufre resiente un dolor físico o pretium doloris que es un indudable daño moral en tanto implica una afectación a los aspectos físicos o a la integridad física de la persona, máxime cuando se requiere de una o varias intervenciones quirúrgicas que, per se, son susceptibles de infringir nuevas molestias corporales o de incrementar el dolor, o cuando siendo necesaria una primera operación de esa naturaleza no se practica inmediatamente con la consiguiente prolongación del sufrimiento orgánico, por lo que, en tal supuesto, será suficiente comprobar la existencia de la lesión como resultado de la conducta del agente. Ese dolor orgánico producido por la lesión referida también puede implicar un daño psicológico, así sea temporal, toda vez que quien lo resiente experimenta un sufrimiento íntimo susceptible de provocar angustia, temor, ansiedad, de manera que también es factible la observación de otra vertiente del daño moral, al conculcarse los sentimientos del individuo. <sup>“29</sup>

---

<sup>29</sup> Tesis Aislada: I.3o. C.533 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIII, Febrero de 2006, p. 1795, Reg. Ius 175977.

**“RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA Y REPARACION POR DAÑO MORAL, NO SON ACCIONES CONTRADICTORIAS Y PUEDEN COEXISTIR VALIDAMENTE EN EL MISMO PROCEDIMIENTO.** Si bien es cierto que la responsabilidad objetiva prevista en el artículo 1913 del Código Civil para el Distrito Federal no requiere para la procedencia de la acción correspondiente la realización de una conducta ilícita, y de que en contraposición el daño moral que refiere el numeral 1916 del propio cuerpo normativo sí exige la realización de un hecho u omisión ilícito para que opere el resarcimiento respectivo, no lo es menos que el ejercicio conjunto de tales acciones no se contraponen y pueden válidamente coexistir en el mismo procedimiento, en virtud de que no existe obstáculo ni se incurre en incongruencia legal alguna por el hecho de que se demande la indemnización del daño por concepto de la responsabilidad civil objetiva al haberse usado sustancias o instrumentos peligrosos, así como por el daño moral ocasionado en la configuración y aspectos físicos de una persona por la realización de una conducta ilícita, pues lo que no está permitido según jurisprudencia firme de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, contenida en la publicada en la página dos mil seiscientos setenta y dos, de la Segunda Parte del último Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de rubro: "[RESPONSABILIDAD OBJETIVA. NO IMPLICA LA REPARACION MORAL.](#)" es que con motivo de la actualización de la responsabilidad objetiva, como consecuencia se considere ilícito el daño correspondiente y por ende también se condene a la reparación por daño moral, pero no que ambas acciones se ejerciten al mismo tiempo y, probados los elementos que las integran, proceda la indemnización respecto de cada una de ellas; tan es así que el segundo párrafo del artículo 1916 del Código Civil, en la parte conducente, dispone "...Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913...".<sup>30</sup>

#### ***A. Elementos de la responsabilidad objetiva***

Los elementos que podemos precisar en esta nueva fuente, producto principalmente del maquinismo de la industria moderna, son los siguientes:

- 1 El uso de cosas peligrosas,
- 2 La existencia de un daño de carácter patrimonial,

---

<sup>30</sup> Tesis Aislada: I.8o.C.10, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. I, Mayo de 1995, p. 401, Reg. Ius 205257.

### 3 La relación de causa a efecto entre el hecho y el daño

Al tomar en cuenta que exclusivamente se parte de esta relación causal entre el hecho, o sea el uso de cosas peligrosas, y el daño producido, se le ha llamado teoría de la responsabilidad objetiva, para distinguirla de la responsabilidad subjetiva, en la cual se parte de un elemento estrictamente personal, o sea, la negligencia, la culpa o el dolo. En cambio, en la teoría de la responsabilidad objetiva, se prescinde de este elemento interno o subjetivo, para tomar en cuenta sólo un conjunto de datos de carácter objetivo, consistentes en el uso de cosas peligrosas, en el hecho de que causan un daño de carácter patrimonial y en la relación de causa a efecto entre el hecho y el daño.

A la teoría de la responsabilidad objetiva se le ha dado el nombre de teoría de la responsabilidad por riesgo creado (que fue propuesto por Ripert), cuando reviste la modalidad de que el daño se origine por el ejercicio de una actividad peligrosa o por el empleo de cosas peligrosas que han hecho nacer un riesgo para los demás. Conforme a esta teoría, toda actividad que crea un riesgo para los demás hace responsable al agente de los daños que cause, sin necesidad de que se investigue si hubo o no culpa de su parte. El hombre que por su actividad puede procurarse algún provecho, es justo que repare el daño que ocasione esa actividad. *Ubi emolumentm ibi onus*, decían los romanos. A los provechos deben responder las pérdidas. La responsabilidad por el riesgo creado es la contrapartida del provecho que produce el empleo de cosas peligrosas. El empleo de estas cosas por sí mismo, no puede constituir una culpa, nada hay de reprochable en él, pero siempre crea un riesgo que, cuando origina daños sirve de fundamento a la responsabilidad.

La responsabilidad por el riesgo creado tiene un doble fundamento: el económico, conforme al principio que las ganancias y las pérdidas deben corresponderse; el social, por aplicación del principio de solidaridad en el reparto de las pérdidas.

En la teoría del riesgo creado, se exige para que nazca la responsabilidad: 1. El uso de una cosa peligrosa o el ejercicio de actividades reputadas por la ley como peligrosas. 2. La realización de un daño. 3. Una relación de causa a efecto entre la cosa o actividad peligrosas y el daño causado. No se toma en cuenta en esta teoría el elemento subjetivo de la culpa imputable al agente.<sup>31</sup>

## **V. PERSONAS OBLIGADAS A RESPONDER**

Por regla general quien actúe ilícitamente o contra las buenas costumbres y cause daño a otro está obligado a repararlo, salvo que se demuestre que fue debido a la culpa o negligencia de la víctima.

No obstante, la ley prevé que en ciertos casos la obligación de reparar recaerá en un tercero que puede ser el representante o incluso el representado en el caso de las personas morales.

Así tenemos que tendrán la obligación de reparar los daños:

- ✓ El Estado por el ejercicio de sus servidores públicos
- ✓ Las personas morales por sus representantes
- ✓ Quienes ejercen la patria potestad, por los menores que están bajo su cuidado
- ✓ Directores de colegios por los menores que se encuentran bajo su vigilancia
- ✓ Tutores respecto a los incapacitados que están bajo su cuidado
- ✓ Maestros artesanos por sus operarios
- ✓ Patronos y dueños de establecimientos mercantiles

---

<sup>31</sup> Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 27, p. 280.

- ✓ Jefes de casa y dueños de hoteles, por los daños y perjuicios causados por sus empleados en el ejercicio de su encargo

En ese tenor el Código Civil establece, como quedó referido, que aquél que obre ilícitamente o contra las buenas costumbres y cause un daño, estará obligado a repararlo; también estará obligado a reparar el daño causado por un incapaz quien ejerza la patria potestad o bien quien cuide de éste; por ejemplo, los padres en el primer caso, o bien los directores de colegios o talleres en el segundo supuesto.

Es importante resaltar que la ley también prevé la obligación de reparar el daño que se cause por el ejercicio de un derecho, siempre y cuando se demuestre que dicho ejercicio únicamente se realizó con el objetivo de producir un daño, sin beneficiar al titular del derecho; en la doctrina es conocido como el abuso del derecho.

Por otro lado, el referido Código señala que las personas morales responderán por los daños y perjuicios causados por sus representantes en el ejercicio de sus atribuciones.

También recaerá la obligación de responder en los maestros artesanos por los daños y perjuicios causados por sus operarios en la ejecución de sus trabajos.

De manera semejante, el citado Código dispone que los patrones y dueños de establecimientos mercantiles, así como los jefes de casas o dueños de hoteles responderán de los daños que causen su empleados o dependientes en el ejercicio de sus funciones.

Finalmente, el Código contempla, en materia de responsabilidad civil, la del Estado, quien tendrá la obligación de responder por los daños a consecuencia del ejercicio de las atribuciones encomendadas a sus empleados y servidores públicos.

Asimismo, la ley también prevé la figura de la responsabilidad civil por el hecho de las cosas, en virtud de la cual el dueño responderá por los daños causados por:

- ✓ Los animales
- ✓ Edificio en ruina
- ✓ Explosión de máquinas
- ✓ Inflamación de substancias explosivas
- ✓ Humo o gases nocivos
- ✓ Emanaciones de cloacas o depósitos de productos infectantes
- ✓ Depósitos de agua que humedezcan la pared vecina
- ✓ Peso o movimiento de las máquinas cosas que se arrojen de las casas

Esa clase de responsabilidad (por hecho de las cosas y de los animales) se encuentra regulada en los artículos 1929, 1930, 1931, 1932 y 1933 del Código Civil para el Distrito Federal.

En el caso de la responsabilidad por hecho de los animales, deberá probarse, para imputar responsabilidad al dueño, que éste no tomó las medidas necesarias de cuidado; por otro lado, no habrá responsabilidad si se comprueba que el animal fue provocado, que hubo imprudencia por parte del ofendido; o bien, si el hecho derivase de caso fortuito o fuerza mayor.

## **VI. INDEMNIZACIÓN**

En este tenor, el maestro Gutiérrez y González la define como “la necesidad jurídica que tiene una persona de observar una conducta que restituya un derecho ajeno que sufre un detrimento al estado que guardaba, antes de la realización de un hecho culpable o no, que le es imputable a éste, y de no ser ello posible, debe realizar una prestación equivalente al monto del daño y del perjuicio, si lo hubo.”

En el mismo sentido, Jorge Bustamante Alsina refiere que la indemnización consiste en el pago de una suma de dinero equivalente al daño sufrido por el damnificado en su patrimonio.<sup>32</sup>

Constituye una obligación de dar una suma de dinero, por consiguiente se halla sujeta a un régimen patrimonial, en cuanto a la naturaleza de la prestación habida cuenta de la fuente que le da origen, sea el hecho ilícito, sea el incumplimiento contractual. A este respecto debe señalarse que no constituye una deuda pura de dinero, u obligación de suma o dineraria, sino una deuda de las llamadas de valor no sujeta al principio nominalista y, por lo mismo, reajutable al tiempo de pago en consideración a la depreciación monetaria.

La indemnización constituye una obligación autónoma cuando se trata de reparar los daños y perjuicios originados por la ejecución de un hecho ilícito, y tiene su fuente directa.

En cambio, cuando los daños y perjuicios se producen con motivo de la inexecución de un contrato, la indemnización, como obligación resarcitoria o reparadora, tiene carácter subsidiario y reconoce en la violación del contrato su fuente directa, y su fuente indirecta en el contrato mismo.<sup>33</sup>

Ramón Pizarro sostiene que la indemnización es la suma de dinero que se paga como equivalente del daño sufrido por el damnificado en su patrimonio o para dar satisfacción jurídica al perjuicio moral padecido.<sup>34</sup>

Tiene naturaleza de obligación de valor y está sujeta, en consecuencia, al régimen normativo previsto para estas últimas.

---

<sup>32</sup> Bustamante Alsina, Jorge, *op. cit.*, nota 11, p. 76.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 76-77.

<sup>34</sup> Pizarro, Ramón Daniel, *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición*, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 410.

Cuando se trata de daño patrimonial, el patrimonio de la víctima debe ser restablecido en términos cuantitativos al estado en que se hallaba antes del hecho generador del daño -ilícito en sentido estricto o incumplimiento obligacional-, lo cual se realiza, en este caso, mediante la entrega de una suma de dinero, apta para eliminar en términos de razonabilidad económica y jurídica, las diferencias que existen entre el estado que presenta aquél luego del hecho generador del menoscabo y el que tenía antes de ocurrir este último. Esa diferencia constituye, en principio, el daño resarcible.

Tratándose de daño moral, la indemnización cumple una función de corte satisfactivo.<sup>35</sup>

De las anteriores definiciones obtenemos que las mismas se centran más en cuestiones de carácter económico, lo cual no es del todo afortunado, porque no todos los daños que se producen en un marco de responsabilidad civil son de apreciación económica, pues existe el menoscabo a los sentimientos, honor, decoro, imagen de las personas, los cuales no se pueden cuantificar materialmente; sin embargo a través de otros medios, quizá pueden ser reparados.

De acuerdo a los citados hermanos Mazeaud son dos los modos de la reparación del daño: reparación en especie y reparación con un equivalente.

La reparación en especie consiste en la reposición de las cosas en el estado en que se encontraban; la misma borra el daño; hace que éste desaparezca. Éste es el modo más perfecto de reparación.

La víctima no puede rechazar la reparación en especie cuando se le ofrece por el responsable y exigir, en su lugar, el pago de una indemnización; el responsable cumple íntegramente con su obligación de reparar cuando repone las cosas en el estado que estaban.

---

<sup>35</sup> *Ídem.*

Sin embargo, casi siempre, como el daño sufrido por la víctima no puede ser borrado, resulta imposible la reparación en especie; hay que contentarse entonces con una reparación con un equivalente.

Reparación con un equivalente: los daños y perjuicios. La reparación con un equivalente consiste en hacer que ingrese en el patrimonio de la víctima un valor igual a aquel de que ha sido privada; no se trata ya de borrar el perjuicio, sino de compensarlo.

El equivalente suele consistir en una suma de dinero, en una indemnización, los daños y perjuicios. En efecto, sólo, el dinero posee un valor en cambio absoluto; permite compensar siempre el daño padecido, porque deja a la víctima, salvo en los periodos de racionamiento y de restricciones, la posibilidad de procurarse los bienes o las satisfacciones que considere más adecuadas para reemplazar lo que haya perdido. Por lo demás, la víctima conserva en ello toda su libertad; puede hacer de lo percibido por daños y perjuicios el empleo que estime conveniente, o incluso no hacer ningún empleo de ello, nada le obliga a proceder a la reposición en el estado anterior; y el juez no podría obligarla, ni siquiera a petición suya, a tal o cual uso de la indemnización, así fuera al pago de ésta a una obra de caridad.<sup>36</sup>

Para el maestro Bejarano Sánchez, la responsabilidad civil es el nombre que se le da a la obligación de indemnizar los daños causados por un hecho ilícito o un riesgo creado. Su contenido es la indemnización. Indemnizar es hacerse cargo de los daños producidos y restañar sus efectos, dejar sin daño.<sup>37</sup>

De acuerdo a ese autor, la indemnización debe corresponder al daño que se habrá de reparar, y existen dos clases: la compensatoria y la moratoria.

---

<sup>36</sup> Mazeaud Henri y León, y Mazeaud, Jean, *op. cit.*, nota 7, pp. 395-396.

<sup>37</sup> Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones civiles*, 6ª ed., México, Oxford, 2011, p. 261.

La indemnización compensatoria tiene lugar cuando el daño a reparar consiste en el demérito o la pérdida definitiva de los bienes o en la frustración de los derechos de la víctima, por el incumplimiento total o parcial de las obligaciones del deudor, la indemnización deberá ser un sucedáneo o sustituto de lo que se ha deteriorado o ha desaparecido. Compensa su depreciación o ausencia, por lo que recibe ese nombre.

Por lo que respecta a la indemnización moratoria, ésta tiene lugar cuando el daño proviene de un retardo o mora en el cumplimiento de una obligación, se repara por esa mora. Su cuantía será igual a las pérdidas o los perjuicios que hubiese sufrido el acreedor por el retardo en el cumplimiento.

La indemnización moratoria se presenta con mayor frecuencia con motivo de la responsabilidad contractual, como violación de un contrato donde las partes señalaron el momento del incumplimiento de las obligaciones.<sup>38</sup>

A este respecto la citada norma civil establece:

“Artículo 1915.- La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido, en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en el Distrito Federal y se extenderá al número de días que, para cada una de las incapacidades mencionadas, señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima.

Los créditos por indemnización cuando la víctima fuere un asalariado son intransferibles y se cubrirán preferentemente en una sola exhibición, salvo convenio entre las partes (...)”

---

<sup>38</sup> *Ibídem*, p.262.

## VII. DEFINICIÓN DOCTRINAL DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Esta materia tiene su origen en el Derecho romano, y de ahí surgieron los primeros conceptos al respecto. Los romanos para designar al daño hablaban de “*damnum emergens*” o sea el daño emergente, y de “*lucrum cesans*”, para denotar el lucro que cesa, o ganancia sin percibir, lo que representa el perjuicio en el Derecho moderno.

El ilustre jurista mexicano Ernesto Gutiérrez y González refiere que el daño patrimonial puede ser traducido en un daño o en un perjuicio; figuras que se encuentran reguladas en los artículos 2108 y 2109 del nuestro Código Civil.

“Art. 2108. Se entiende por daños la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.”

“Art. 2109. Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.”

Ahora bien, en ese orden de ideas sostiene que:

“El concepto de daño y perjuicio que brindan los artículos 2108 y 2109 antes transcritos, se ocupa sólo del hecho que es ilícito por violar una obligación previa contractual, pero no considera el hecho ilícito proveniente de violentar un deber consignado en la ley, y no considera tampoco la idea de responsabilidad por daño sin culpa.”<sup>39</sup>

Por lo anterior, propone el autor citado que el daño deberá ser definido como la pérdida o menoscabo que sufre una persona en su patrimonio, por una conducta lícita o ilícita de otra persona, que la ley considera para responsabilizar a ésta; y el perjuicio, como la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido, de no haber generado otra persona la conducta lícita o ilícita que la ley considera para responsabilizar a esta.

---

<sup>39</sup> Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 12ª ed., México, Porrúa, 1998, pp. 564-565.

Con esos conceptos se cubren daños y perjuicios en todos los tipos de responsabilidades:

- a) La responsabilidad que proviene de violar un deber jurídico *stricto sensu*, con culpa.
- b) La que proviene de violar una obligación *lato sensu* en cualquiera de sus dos especies, una declaración unilateral o un contrato con culpa, y
- c) La que proviene de una conducta sin culpa, objetiva y que causa un daño.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> *Ibíd*em, p 566.

## CAPITULO SEGUNDO

### EL DAÑO MORAL

#### I. DEFINICIÓN

En el capítulo anterior se expuso esquemáticamente la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil, en la que se abordó su estudio a partir de sus conceptos: etimológico, gramatical y jurídico; antecedentes históricos, presupuestos necesarios para su configuración y consecuencias.

Ahora corresponde el estudio de uno de los presupuestos imprescindibles para que tenga lugar la responsabilidad civil: el daño. Por cuestión de método y por ser de nuestro interés será en particular del moral; a partir de sus diferentes acepciones, las múltiples teorías que en torno al daño moral existen, el estudio comparado, para finalmente arribar a su regulación en nuestra legislación.

La palabra daño, de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, proviene del latín *dannum*, en su primera acepción lo define como efecto de dañar, en la segunda como maleficio, mal de ojo y en la tercera acepción como delito consistente en causar daños de manera deliberada en la propiedad privada.<sup>41</sup>

El eminente jurista italiano Adriano de Cupis<sup>42</sup> refiere que daño no significa más que nocimiento o perjuicio; es decir, aminoración o alteración de una situación favorable. Las fuerzas de la naturaleza, actuadas por el hombre, al par

---

<sup>41</sup> *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, consultado el 6 de julio de 2013, en el sitio web: <http://lema.rae.es/drae/?val=da%C3%B1o>.

<sup>42</sup> Cupis, Adriano de, *El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*, traducción de la 2ª edición italiana por Ángel Martínez Sarrión, Barcelona, Bosch, 1975, p.81.

que pueden crear o incrementar una situación favorable, pueden también destruirla o limitarla. El concepto de daño se presenta bajo este aspecto, sumamente amplio, ya que, de hecho ninguna limitación ofrece el lenguaje ordinario en cuanto al número de lesiones o perjuicios a las que pueda aplicarse la denominación de <<daños>>.

Por la facilidad con que puede apreciarse, el daño es objeto del conocimiento común. Pero además de ser un fenómeno físico, puede integrar un fenómeno jurídico; es decir, susceptible de ser jurídicamente calificado y, desde este punto de vista, entra en los dominios de los juristas.

Más específicamente, todavía, el daño puede ser un efecto jurídico. Ciertamente, el perjuicio puede ser padecido por una determinada persona a causa de la inobservancia de una norma, que para obtener un resultado favorable le impone una determinada conducta; por lo que, precisamente el efecto desfavorable, ha sido querido por el derecho, a raíz de la falta de matización de tal comportamiento, o sea, de la inobservancia por él mismo, de aquella norma, y que se traduce en no alcanzar las consecuencias favorables, subordinadas a la observancia de la norma.<sup>43</sup>

Para este autor el daño más que efecto jurídico es una causa de efectos jurídicos, o sea en cuanto hecho jurídico, el cual está compuesto por los dos elementos siguientes:

- ✓ Uno. Elemento material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho físico (hecho considerado tanto en su creación, en su actuación -aspecto dinámico- como en su subsistencia -aspecto estático-.)

---

<sup>43</sup> *Ídem.*

- ✓ Dos. Elemento formal, que proviene de la norma jurídica. El efecto causado por el daño consiste en una reacción que el derecho facilita para lograr la represión del daño.

En cuanto hecho jurídico, el daño constituye una especie del daño entendido simplemente como fenómeno de orden físico. El que no todos los fenómenos del orden físico obtengan relevancia jurídica, es un principio general válido también en lo concerniente al daño. El derecho elige los hechos que quiere investir de una calificación propia; es decir, importa un acto humano antijurídico.

Para este autor, el daño puede ser antijurídico o no antijurídico, según se explica a continuación:

La consideración de la antijuridicidad (oposición al derecho) presupone un exacto conocimiento de derecho, podemos entenderla como una expresión del valor preferente reconocido por el derecho a un interés opuesto; por lo general, tomando en cuenta la apreciación dominante en la conciencia social. La antijuridicidad, puede significar también desconocimiento de un derecho subjetivo; solo puede calificarse de antijurídico el daño en cuanto se ha ocasionado por un acto humano antijurídico.

Antijurídico puede ser solamente el acto que viola la norma que tutela el interés de otro, que lesiona el interés ajeno; el daño antijurídico lo constituye la lesión del interés ajeno. Es decir, tienen que ser distintos el sujeto autor del daño y la víctima del daño. El daño sufrido por el mismo autor del daño no es antijurídico.

El daño antijurídico se caracteriza por la naturaleza especial de la reacción jurídica que se produce en contra de éste, dicha reacción es la sanción, entendida como aquella consecuencia por medio de la cual el derecho pretende garantizar la prevalencia de un cierto interés contra los actos lesivos realizados, por los que su interés ha quedado subordinado. La sanción puede dirigirse contra el autor del acto productor del daño, pero también contra otro sujeto distinto.

Respecto al daño no antijurídico, refiere el autor en comentario que, de un examen de su legislación, puede tener, aunque sea excepcionalmente, relevancia jurídica. Reitera que si bien la antijuridicidad es la expresión de la prevalencia concedida por el derecho a un interés opuesto, también puede suceder que el derecho considere a cierto interés digno de prevalecer, pero preocupándose, por otro lado, de establecer consecuencias dirigidas a compensar al titular del interés sacrificado. Tiene lugar entonces, concretamente, esta situación: El daño que afecta al interés sacrificado por el derecho no es antijurídico, y la reacción que a él corresponde, no es una sanción, por la mera razón de que con ella el derecho pretende no garantizar tan solo la prevalencia de un interés, sino, más aún, compensar al sujeto del interés que por él ha resultado sacrificado.

Cuando un interés se lesiona, se realiza un perjuicio, un daño; y si este daño, procediendo de una causa extraña al sujeto que lo sufre, produce una reacción jurídica a favor de este mismo sujeto, es precisamente porque evidentemente, se trata de un daño en sentido jurídico, con independencia de su antijuridicidad.

El daño no antijurídico debe ser soportado por el sujeto del interés lesionado; lo cual no es óbice, por supuesto, para que en casos especiales se produzca una determinada reacción jurídica.<sup>44</sup>

Tocante al tema del interés, me parece oportuno señalar que el citado autor Adriano de Cupis advierte que el objeto del daño se identifica con el objeto de la tutela jurídica, y consiguientemente, es siempre un interés humano, tutelado de dos maneras: o atribuyéndole la prevalencia frente a un interés opuesto, o bien subordinándolo a un interés opuesto pero estableciendo al mismo tiempo consecuencias dirigidas a compensar su sacrificio.

---

<sup>44</sup> *Ibíd.*, pp. 82-94.

Lo que el derecho tutela, el daño vulnera. Si el derecho tutela, un determinado interés humano, éste puede ser atacado por un daño, que será un daño en sentido jurídico (daño jurídico), en cuanto contra él apresta el derecho la propia reacción.

En consecuencia, el objeto del daño en sentido jurídico se configura como más limitado respecto al objeto del daño entendido genéricamente; pues que, mientras el objeto del daño genéricamente entendido es cualquier situación favorable, que se refiera a seres humanos; objeto del daño en sentido jurídico no puede ser más que un interés humano jurídicamente tutelado. La reacción jurídica encuentra su razón de ser tan sólo frente al daño ocasionado a aquello que el derecho tutela y, por tanto, solo el interés humano puede recibir la tutela del derecho.

De las anteriores referencias obtenemos que el daño puede ser analizado desde diferentes perspectivas, que van desde la más general la cual implica una aminoración o alteración de una situación favorable a consecuencia del obrar del hombre o por un hecho de la naturaleza; en el caso, el derecho se ocupa y sanciona los actos del hombre que afecten a un interés protegido por él.

Ahora bien, existen diferentes clasificaciones del daño, una de ellas es la que distingue el daño patrimonial que se funda en la afectación a bienes de carácter estrictamente material, y daño no patrimonial, extrapatrimonial o moral, que consiste en un disvalor a bienes inmateriales cuya apreciación es de carácter subjetivo, sin que obste a ello que no deban ser tutelados por el derecho, pues constituyen la espiritualidad del ser humano, tales como los sentimientos, el honor, la imagen, la reputación, entre otros. A continuación corresponde el estudio de algunas de las múltiples concepciones que en torno al daño moral existen.

El jurista Ramón Daniel Pizarro sostiene que el daño moral importa, una disminución en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de

una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial.<sup>45</sup>

De igual forma resalta ciertos aspectos de dicha definición que me parece oportuno señalar: en primer lugar se trata de una conceptualización que atiende a las consecuencias que produce la acción antijurídica, al daño en sí mismo.

- ✓ El detrimento en la subjetividad debe provenir de una lesión a intereses no patrimoniales.
- ✓ Pondera al daño moral por lo que es, en términos positivos, asignándole un contenido propio y específico, y no por mera contraposición con el daño material.
- ✓ El detrimento se traduce en una modificación disvaliosa del espíritu que proyecta sus efectos con amplitud hacia ámbitos específicos de la subjetividad del damnificado, como su capacidad de entender, querer o sentir.
- ✓ La mera ausencia de sensibilidad o de comprensión del dolor no excluyen la posibilidad de existencia de daño moral, de tal suerte que el sufrimiento no es un requisito indispensable para que se configure el daño moral; sin embargo, es una de las manifestaciones más frecuentes, es la manera en la que generalmente se manifiesta el daño moral, al igual que por ejemplo el dolor, la angustia, la tristeza, la pérdida del deseo de vivir, entre otras.

Por otro lado, Graciela Ritto identifica al daño en sentido amplio con la ofensa o la lesión a un interés no ilegítimo de orden patrimonial o extrapatrimonial, y éste es el alcance que se le otorga en el derecho penal y también en el derecho civil al momento de prevenir o hacer cesar conductas lesivas de los derechos o

---

<sup>45</sup> Pizarro, Ramón Daniel, *op. cit.*, nota 34, p. 43.

intereses individuales o colectivos. Al referirse al concepto de daño moral, en particular, esta autora comparte el criterio del doctrinario Alberto Bueres quien señala que el daño moral, cuando menos en una acepción primaria o pura, es la lesión a un interés jurídico espiritual (o extrapatrimonial) que ha de ser reparado al tenor de su contenido estrictamente subjetivo o espiritual. De la anterior definición se infiere lo siguiente:<sup>46</sup>

- ✓ Parte de la lesión o menoscabo a un interés jurídico (no a los bienes ni a los derechos).
- ✓ Explicita su contenido subjetivo o espiritual.
- ✓ Afirma el carácter espiritual de sus consecuencias como modificación disvaliosa del espíritu, pero sin confundir el significado del instituto con su exteriorización.

Philippe le Torneau clasifica a los perjuicios en patrimonial y extrapatrimonial, el primero tiene lugar cuando resulta de un daño material o aquél que resulta de un daño corporal. El perjuicio extrapatrimonial es la lesión al bienestar de la víctima originado por un daño corporal (lesión a la integridad física) o un daño moral (lesión a los derechos de la personalidad de los cuales una aplicación importante es el atentado a la vida privada. Consiste también en la lesión a la afección de la víctima (en este caso indirecta); la desgracia provocada por la muerte de un ser querido, por el espectáculo de sus sufrimientos o el estado vegetativo al cual se encuentra condenado puede así dar lugar a indemnización.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> Ritto, Graciela, *El daño moral y la legitimación activa*, Buenos Aires, Universidad, 2010, p. 23.

<sup>47</sup> Torneau, Philippe le, *op. cit.*, nota 23, p 72.

Finalmente, el maestro Gutiérrez y González al abordar el estudio del patrimonio moral o derechos de la personalidad, considera que desde el punto de vista gramatical, no es posible considerar válidamente que el patrimonio se integra única y exclusivamente con valores de índole pecuniaria; pues actualmente se encuentran protegidos jurídicamente valores de índole no pecuniaria, valores morales o afectivos; es decir, los derechos de la personalidad deben considerarse en el ámbito patrimonial.

Refiere además, que los derechos de la personalidad son los bienes constituidos por determinadas proyecciones, físicas o psíquicas del ser humano, relativas a su integridad física o mental, que las atribuye para sí o para algunos sujetos de derecho, y que son individualizadas por el ordenamiento jurídico.<sup>48</sup>

Tales derechos los clasifica en un cuadro que me permito transcribir de la siguiente manera:

**A) Parte Social Pública**

- a) Derecho al honor o reputación
- b) Derecho al título profesional
- c) Derecho al secreto o a la reserva
- d) Derecho al nombre
- e) Derecho a la presencia estética
- f) Derechos de convivencia

**B) Parte Afectiva**

- a) Derechos de afección (familiares o de amistad)

---

<sup>48</sup> Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio: El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, 9ª ed., México, Porrúa, 2011, p. 830.

### **C) Parte Físico-Somática**

- a) Derecho a la vida
- b) Derecho a la libertad
- c) Derecho a la integridad física
- d) Derechos ecológicos
- e) Derechos relacionados con el cuerpo humano
- f) Derechos sobre el cadáver<sup>49</sup>

Por último, sostiene el eminente jurista mexicano, que los derechos de la personalidad deben entenderse como derechos patrimoniales y el catálogo de estos derechos patrimoniales morales, variará según el criterio y costumbres que priven en una colectividad humana y según cada época, además se verá cada día afectado por el avance de las ciencias físicas y naturales.

## **II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DAÑO MORAL**

Una vez que se han proporcionado las distintas acepciones y conceptos relativos al daño moral, se hará una reseña histórica a partir de la que podría ser su génesis en el derecho romano hasta la actualidad, bajo la línea de estudio que nos brinda el citado jurista Ramón Pizarro, en virtud de la cual clasifica la evolución del daño moral en cuatro apartados: Derecho romano, antiguo Derecho español, antiguo Derecho francés y antiguo Derecho alemán.

### **1. Derecho Romano**

En una primera etapa la noción de “daño” fue asimilada a la de daño material, derivada de la evolución de distintas instituciones jurídicas de carácter civil y penal la recepción del daño moral tuvo una amplia aceptación. Tal es el

---

<sup>49</sup> *Ibídem*, p. 809.

caso de la *iniuria*, considerada como un acto que lesiona física o moralmente, o sea en el honor, a la persona misma, mediante la utilización de palabras (*iniuria verbis*) o por vías de hecho (*iniuria re*).

En la Ley de las XII Tablas se disponía de normas particulares que sancionaban la injuria a través de la imposición de una suerte de composición legal tarifada; en casos excepcionales se establecía la ley del talión, a menos que mediase una composición voluntaria.

De manera paulatina, la antigua legislación civil, rígida, imperfecta y extremadamente formalista, fue reemplazada por otra, marcada por la obra del pretor y la jurisprudencia, en la cual el talión quedó sin cabida y la imposición de penas pecuniarias fijas quedó sin objeto. Aproximadamente en la primera mitad del siglo II a.C., tuvo su origen el *edictum generale pretorio*, en el que se consagró la *actio iniuriarum aestimatoria*, en virtud de la cual se facultaba al magistrado a imponer una pena y graduarla en términos de equidad, en atención a las circunstancias del caso. Mediante esta pena se brindaba una amplia protección a intereses de naturaleza no patrimonial, cuya minoración podía afectar espiritualmente a la persona, bajo ese rubro quedaron comprendidas tanto las injurias inmediatas (causadas de forma directa al damnificado directo) así como las mediatas (las que repercutían en las personas vinculadas afectivamente al perjudicado).

Probablemente fue Labeón el primer jurista romano en interpretar el término *injuris*, no como equivalente a lesión inferida, sino como ofensa moral producida, extendiendo el edicto primitivo a los demás casos de injurias, es a partir de ese momento cuando se puede hablar de un edicto general para aludir al edicto primitivo.

La acción de injurias era infamante, estrictamente personal, no susceptible de transmisión activa y pasiva a los herederos. Su existencia y evolución pone de manifiesto que los romanos sancionaron `hechos asimilables´ a los que hoy consideramos como `daño moral´, en tanto constituyen agravios a los

sentimientos, a los legítimos afectos, entre otros. El hecho de que la acción tuviera carácter personal no modifica sustancialmente el tema, toda vez que sucedió lo mismo con el daño aquiliano; pues la víctima podía acumular las *actiones iniuriarum* y *legis Aquiliae*, por tratarse de dos delitos distintos, alcanzando efectos similares a los que en nuestros días permiten la reparación del daño patrimonial y moral. En el derecho Justiniano, el concepto de injuria se expandió notablemente, y comprendió todo hecho mediante el cual se manifestare de una manera contraria a derecho, un desprecio a la personalidad de otro.

## **2. Antiguo Derecho Español**

En este tenor, encontramos que en la Ley I, Título XV, Partida VII, particularmente, antecedentes que reconocen la reparación del daño moral dentro de un marcado casuismo. Cabe señalar que tal antecedente sirvió de fuente al artículo 1069 del Código Civil Argentino que dispone que el daño es el empeoramiento, o menoscabo, o destrucción, que el hombre recibe en sí mismo, o en sus cosas, por culpa de otro. Es evidente que el daño que se recibe en sí mismo no puede ser otro que el que viene denominándose moral o no patrimonial.

También existen otros dispositivos específicos que regulan las consecuencias de diferentes ilícitos, como es el caso de la deshonra, expresión que fue usada con una connotación semejante a la injuria del Derecho romano, cuya influencia ha sido marcada en esta materia. Este sistema fue mantenido en la Novísima Recopilación (leyes del Título XXV, libro 12).<sup>50</sup>

## **3. Antiguo Derecho Francés**

El derecho romano influyó de forma parcial en el antiguo derecho francés, el cual admitió la indemnización del daño moral únicamente en materia delictual. En materia contractual los doctrinarios rechazaron categóricamente la reparación.

---

<sup>50</sup> Pizarro, Ramón Daniel, *op. cit.*, nota 34, pp. 56-57.

De hecho, la reparación del daño moral ha sido considerada como una conquista del moderno derecho de daños, basado en principios de solidaridad y equidad, orientado a que la protección de la víctima no se reduzca al ámbito material e incluya los aspectos relativos al espíritu.<sup>51</sup>

Por tanto, en el antiguo derecho francés no encontramos como tal una bibliografía amplia; de hecho, en el Código Napoleón no se menciona de forma explícita el perjuicio moral. Con posterioridad; en Francia, aunque con algunas discrepancias, se ha llegado a aceptar la indemnización del daño derivado del incumplimiento de las obligaciones convencionales.<sup>52</sup>

#### **4. Antiquo Derecho Alemán**

En este sistema jurídico existen antecedentes de una trascendente importancia. A decir de Wesenberg y Wesener la “composición” -*wergeld*- del Derecho germánico incluye también una indemnización por los daños inmateriales (*Schmerzensgeld*: precio del dolor), además “los tribunales...recibieron una presión constante a lo largo del siglo XVI para que se admitieran reclamaciones por daños inmateriales. Si bien su admisión se impuso en el siglo siguiente, la jurisprudencia no llegó a reconocer una obligación general de indemnizar los daños causados en la esfera de la personalidad.

El fenómeno no varió en el siglo XVIII, donde los iusnaturalistas se mostraron cautos y reservados frente a la indemnización de los daños inmateriales. Thomasius no los menciona en absoluto, en tanto que Puffendorf, se inclina por admitirlos tímidamente.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> Ritto, Graciela, *op. cit.*, nota 46, p. 39.

<sup>52</sup> Fernández Madero, Jaime, *op. cit.* nota 3, p. 104.

<sup>53</sup> Pizarro, Ramón Daniel, *op. cit.*, nota 34, pp. 57-58.

Durante el siglo XIX el Derecho alemán progresó sensiblemente, en los aspectos relativos a la protección de los derechos de la personalidad, aunque admitiendo la reparación del daño moral solamente en los casos de delitos. Dicho criterio restrictivo habría de proyectarse años más tarde, al BGB.<sup>54</sup>

### III. TEORÍAS RESPECTO AL DAÑO MORAL

Una vez que han sido estudiados los diferentes conceptos de daño moral y la evolución histórica del mismo, corresponde el análisis de las teorías que en torno a él existen; en primer lugar, se hará mención a las teorías relativas al concepto de daño, es decir: la teoría de la diferencia, la teoría del daño concreto y la teoría del daño normativo. En segundo lugar serán explicadas las doctrinas referentes a la reparación del daño moral: la que niega dicha reparación y la que la acepta; y finalmente serán puestos de relieve los criterios respectivos a la valoración judicial del daño moral.

#### 1. *Teorías acerca del concepto de daño*

Para Elena Vicente Domingo existe una escasez de novedades en torno al concepto de daño, así mismo las teorías que se han formulado para conceptualizarlo tienen diferentes finalidades; sin embargo, desde una perspectiva completamente teórica, estas teorías han tratado de dar respuesta a la interrogante sobre la naturaleza, el concepto y la esencia del daño.<sup>55</sup> Estas teorías son: de la diferencia, del daño concreto y del daño normativo, las cuales se explican en los siguientes tres apartados.

---

<sup>54</sup> Pizarro, Ramón Daniel, *op. cit.*, nota 34, pp. 57-58.

<sup>55</sup> Reglero Campos, L. Fernando (coord.), Vicente Domingo, Elena (autora), *op. cit.*, nota 9, p. 255.

### **A. Teoría de la diferencia**

La primera que aparece en el tiempo es la <<*differenztheorie*>>; la cual, bajo el prisma de que el daño se produce en el patrimonio de una persona, considerado en abstracto como una suma global de valores, y su magnitud será la de la diferencia entre la situación de ese patrimonio antes del hecho lesivo y después del mismo. Dada la complejidad de la comparación, tanto de la doctrina alemana como italiana, donde sus tribunales la acogieron con más entusiasmo, la han criticado por ser excesivamente abstracta y por reducir arbitrariamente el daño al campo patrimonial, contradiciéndose completamente, con el dato real de que el daño puede recaer en la persona y sus atributos, se configuren o no, como derechos subjetivos. En consecuencia, su puesta en práctica exigiría tan complejas operaciones, como la de computar en el patrimonio, los eventuales lucros ligados al daño o a las pérdidas de oportunidades unidas al mismo.

### **B. Teoría del daño concreto**

La reacción contraria a este planteamiento dio lugar a la teoría del daño concreto elaborada por Walsmann, conforme a la cual el daño patrimonial es -el perjuicio concreto experimentado por la persona en su patrimonio, por la pérdida o el menoscabo de determinados bienes patrimoniales-. La valoración del perjuicio tiene la ventaja de ser concreta y un tanto estándar, pues se fija teniendo en cuenta el valor que el bien dañado tiene para cualquier poseedor del mismo. No obstante presentar ventajas frente a la anterior, tampoco ha conseguido superar los problemas respecto a los daños que tengan naturaleza patrimonial.

### **C. Teoría del daño normativo**

Destaca también la <<*normativer schaden*>> surgida en Alemania y reconocida en Italia, con la finalidad de superar la determinación de daño mediante el cálculo diferencial y la compensación patrimonial que se pretende con la teoría de la diferencia. Además, desde esta nueva teoría quiere superarse el problema que las dos anteriores planteaban a la admisión del daño no patrimonial.

Enfocan la existencia de un daño desde la perspectiva de que éste cumpla con los requisitos previamente fijados en la norma, establecidos en la ley, los cuales permiten que una determinada lesión sea considerada como un daño.<sup>56</sup>

Por su parte, Graciela Ritto refiere que el concepto de daño es primordialmente un concepto doctrinario; en un primer intento analítico lo considera como una lesión, un menoscabo, a un interés jurídico patrimonial o extrapatrimonial que debe ser reparado. Para esta autora las distintas corrientes doctrinarias que han intentado precisar el concepto de daño moral son la que lo consideran como: 1) Todo daño no patrimonial, 2) El que se caracteriza por la naturaleza extrapatrimonial del derecho lesionado, 3) Lesión a los derechos de la personalidad, 4) Consecuencias de la acción que causa el perjuicio y 5) Lesión a un interés jurídico espiritual. Las que se detallan enseguida.

#### ***D. El daño moral es todo daño patrimonial***

Daño moral es todo perjuicio que no pueda ser considerado como daño patrimonial y quienes avalan esta postura prefieren hablar de daño extrapatrimonial en lugar de moral. El problema de esta corriente es precisamente quitarle contenido propio, es así que se ha desvalorizado el daño moral, que ha sido ignorado y relegado y se le ha mantenido durante décadas en situación de inferioridad con relación al daño material, al punto de considerar simbólica su reparación.

#### ***E. El daño moral por la naturaleza extrapatrimonial del derecho lesionado***

De acuerdo a esta postura de gran predicamento en Francia, Italia y Argentina, el daño moral consiste en una lesión a un derecho extrapatrimonial. En contraposición, el daño patrimonial es pura y exclusivamente la lesión a bienes materiales. Sin embargo, muchas veces el daño a la integridad física de la

---

<sup>56</sup> *Ibidem*, pp.255-257.

persona puede generar daño patrimonial y, a la inversa, la lesión a un derecho patrimonial puede generar también daño moral.

#### ***F. El daño moral como lesión a los derechos de la personalidad***

Es una posición muy próxima a la anterior, sólo que más restringida. Para esta concepción doctrinaria, el daño moral, es el que se produce al violarse alguno de los derechos personalísimos o de la personalidad jurídica y la ausencia de repercusión en la esfera patrimonial.

#### ***G. Doctrina que toma en cuenta las consecuencias de la acción que causa el perjuicio***

Esta doctrina se caracteriza por considerar que el daño moral debe ser definido siguiendo el mismo camino que se utiliza para determinar el daño moral resarcible.

El daño moral es la consecuencia perjudicial que deriva de la lesión a un interés no patrimonial, así como el daño patrimonial es el detrimento de valores económicos que se produce a raíz de la lesión a un interés patrimonial.

#### ***H. El daño moral como lesión a un interés jurídico espiritual***

En esta tesitura es el jurista Alberto Bueres quien aporta un concepto objetivo del daño moral y le otorga significado propio sin desmerecer las consecuencias provocadas por el perjuicio, refiere que: “El daño moral, cuando menos en una acepción primaria o pura, es la lesión a un interés jurídico espiritual (o extrapatrimonial) que ha de ser reparado al tenor de su contenido estrictamente (o espiritual). De esa definición se advierte lo siguiente:

- ✓ Parte de la lesión o menoscabo a un interés jurídico.
- ✓ Explicita su contenido subjetivo o espiritual.

- ✓ Afirma el carácter espiritual de sus consecuencias como modificación disvaliosa del espíritu, pero sin confundir el significado del instituto con su exteriorización.<sup>57</sup>

## **2. Teorías sobre la reparación del daño moral**

Para Pizarro el tratamiento del daño moral no resultaría completo sin una referencia a la controversia teórica en torno a su reparación; considera que la realidad ha superado estériles polémicas, imponiendo con amplitud el principio de la reparación plena del daño moral injustamente sufrido. La reparación del daño moral, se erige en una de las grandes conquistas del moderno Derecho de daños, imbuido de ideas solidaristas, que valora al fenómeno resarcitorio con perspectiva más amplia y humanista; preocupado porque la protección de la víctima no se reduzca al ámbito de su patrimonio y comprenda, también, todos los aspectos vinculados con su espiritualidad. Bajo esta línea de estudio se expone a continuación las tesis clásicas y modernas respecto a la reparación del daño moral, las que la aceptan y las que la niegan.

### **A. Teorías que niegan la reparación del daño moral**

#### **a. Tesis negativa clásica**

La concepción negativa clásica de la reparación del daño moral gozó de cierto predicamento durante el siglo pasado y a comienzos del presente. Entre sus defensores más destacados se encuentran Gabba, Baudry-Lacantinerie y Barde y Savigny. Para esta doctrina, el daño moral no resultaría indemnizable por cuanto ello importaría vulnerar principios jurídicos y éticos.

En el primer caso, porque se atentaría contra principios elementales de la responsabilidad civil, al indemnizar un perjuicio inexistente, y al hacerlo sobre parámetros totalmente arbitrarios.

---

<sup>57</sup> Ritto, Graciela, *op. cit.*, nota 46, pp. 25-28.

Sin embargo, no se trata de alcanzar una equivalencia exacta de índole patrimonial, sino de brindar una satisfacción o compensación jurídica al damnificado, imperfecta, por cierto, pues no borra el perjuicio, ni lo hace desaparecer del mundo de los hechos reales, pero satisfacción al fin.

Desde un punto de vista pretendidamente ético se ha sostenido que es inmoral y escandaloso poner precio al dolor o discutir el valor de los afectos. En ese sentido, se debe resaltar que el daño moral no es el dolor, la pena o el sufrimiento que puede experimentar una persona, sino una modificación disvaliosa de la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial, que se traduce en un modo de estar diferente al que se tenía antes del hecho, anímicamente perjudicial. Aunque falte comprensión del propio dolor y de su origen, el daño moral puede y debe repararse.

Desde una perspectiva religiosa, se ha establecido que la reparación del daño moral denotaría una implícita negación del orden sobrenatural, al reducir la felicidad del hombre a valores puramente terrenales. Convertir al dolor en una fuente de enriquecimiento importaría prostituirlo y degradar los valores más excelsos para la persona.

La consideración de estas motivaciones subjetivas, a favor o en contra de tal reparación, no pueden trascender al plano jurídico, que tiene valoraciones y objetivos diferentes. Hacer depender el derecho de la moral o subordinarlo a los principios de una determinada religión importaría una actitud jurídicamente inaceptable.

### **b. Tesis negativa moderna**

Esta tesis es fruto de una cosmovisión diferente del derecho y de la vida: aquélla que imperaba no hace mucho tiempo en los países comunistas. La mayoría de esas legislaciones acogieron tímidamente el principio de la reparación del daño moral. Tal vez la mejor explicación de este fenómeno pueda encontrarse

en el perjuicio de concebirla como una exteriorización del espíritu burgués, que todo lo reduce a dinero y lo encuadra dentro de los límites de una compraventa.<sup>58</sup>

## **B. Teorías que aceptan la indemnización del daño moral**

La doctrina moderna admite pacíficamente la indemnización del daño moral; no obstante, no existen coincidencias respecto del fundamento que asume dicha obligación, de ahí que se han formulado distintas líneas de pensamiento, mismas que se detallan enseguida.

### **a. Tesis de la sanción ejemplar**

Ella plantea la necesidad de castigar al agente del daño. También denominada “de la pena privada”, importa “un reproche a la falta cometida por el autor del daño, expresa un repudio por parte de la víctima -pena privada- que se resuelve con la imposición de abonar una suma de dinero, en síntesis una multa particular”. Los hechos generadores de responsabilidad y los legitimados para obtener la reparación resultan en este caso limitados, y en relación al monto indemnizatorio, se computa la situación del responsable y no de la víctima. Concibe la transmisión de la acción civil sólo si la víctima antes de fallecer ya había iniciado la pertinente acción, descartándose consiguientemente la acción subrogatoria.

Dicho de otra forma, esta corriente doctrinaria sostiene que la obligación de reparar el daño moral importa una sanción para su autor y en consecuencia, se trata de una especie de pena privada cuya multa ejemplificadora lleva “*in situ*” una idea de aflicción. Aquí el resarcimiento económico se fija evaluando la gravedad de la conducta del agente, funcionando entonces sólo los factores subjetivos de atribución -dolo y culpa- e impidiendo la aplicación de los factores objetivos. De esta manera, la condena a la indemnización por el daño moral instituye una pena para el ofensor. Es en razón de la índole personal de todo castigo, lo que conduce

---

<sup>58</sup> Pizarro, Ramón Daniel, *op. cit.*, nota 34, p. 94.

a la inviabilidad de los factores objetivos de atribución de la responsabilidad en este contexto.

Lo anterior claramente atenta contra su supervivencia como teoría eficiente en esta sociedad que acoge la moderna tendencia de objetivación del Derecho de Daños y constituye en consecuencia, su principal crítica. Sin contar con que se aleja completamente de los fines preventivos y reparadores, no punitivos, perseguidos por el renovado sistema que rige el resarcimiento de los daños en el plano civil.

### **b. Tesis del resarcimiento**

Esta tesis entiende que el daño moral es reparable como equivalente al dolor sufrido, y no configura sanción al ofensor. Cualquier tipo de incumplimiento genera la obligación de reparar el daño moral. El titular podrá ser cualquier damnificado y la cuantía del resarcimiento será la determinada por la magnitud del padecimiento. En virtud de lo primero, admite tanto la transmisión de la pretensión procesal cuanto la habilitación de la acción subrogatoria. Se trata de procurar un restablecimiento de la situación anímica del lesionado, lo cual sería factible brindándole la posibilidad de colmar o compensar con satisfacciones placenteras, las aflicciones pasadas. “Dolor con placer se paga”. Sólo se intenta encontrar un criterio de valuación aproximada y cabe agregar que tampoco debe entenderse escandaloso entrar en esta clase de estimaciones. Esta tesis cumpliría una doble función, de compensación y satisfacción, que permite a la víctima mitigar el dolor. Esta postura conlleva una ventaja al poner de acento en el daño causado, puesto que así otorga plena cabida a los supuestos de responsabilidad objetiva. Cabe aclarar que no es la equivalencia del dolor con el dinero lo que se intenta, sino que la indemnización pecuniaria es el más idóneo instrumento conocido para que la víctima sobrelleve, supere, sobreviva su padecimiento. No es inmoral, no es un

trueque de dolor por dinero, es la mejor solución elaborada hasta hoy en el ámbito jurídico.<sup>59</sup>

### **c. Posición funcional**

De acuerdo a Pizarro, en los últimos años, un importante sector de la doctrina y jurisprudencia se ha pronunciado por ideas más moderadas, por entender que la indemnización del daño moral no tiene un perfil unitario; asumiría, al mismo tiempo, un doble carácter resarcitorio y punitivo. Quienes adhieren a esta concepción suelen hacer referencia al cometido funcional de las instituciones jurídicas, que deben evolucionar y adecuarse a las necesidades sociales, sin ataduras a construcciones rígidas y dogmáticas. Solo a través de la delicada y equitativa combinación de finalidades -reparación y pena privada-, en función de las circunstancias del caso, podría reflejarse la verdadera indemnización del daño moral.

### **3. Criterios de valoración judicial del daño moral**

Existen diversos criterios para valorar judicialmente el daño moral, mismos que son analizados enseguida.

#### **A. El daño moral y su relación con el daño patrimonial**

Para una posición, hoy superada, el daño moral debe determinarse en función de la cuantía del daño patrimonial. El juez obrando prudentemente, y tomando en cuenta las particulares circunstancias del caso concreto, debería fijar un monto en concepto de daño moral, que guarde relación de porcentualidad con el daño material que condene a indemnizar. Existen hechos ilícitos que solamente generan daño patrimonial, sin producir detrimento moral alguno; inversamente, en otros casos, el daño patrimonial puede resultar ínfimo o inexistente y, sin embargo, el agravio moral asumir verdadera relevancia a los fines indemnizatorios. Aceptar

---

<sup>59</sup> *Ibídem*, p. 101.

esta clase de criterios importaría, en la mayoría de los casos, una notoria injusticia para con una u otra parte (damnificado o responsable), por cuanto la indemnización resultaría en algunos casos exorbitante y, en otros, exigua.<sup>60</sup>

### ***B. El daño moral basado en criterios subjetivos del juzgador***

Es al juzgador a quien le corresponde computar las circunstancias caso concreto para determinar si existe o no daño moral y, en su caso, el monto indemnizatorio. Todo dentro de un marco de absoluta discrecionalidad. La sensibilidad personal del juzgador y su particular sentido de justicia, en función de las circunstancias del caso concreto, resultarían, de tal modo, suficientes para determinar la procedencia del daño moral y su reparación.

### ***C. El daño moral en función de la gravedad de la falta***

Para una tercera corriente, la procedencia del daño moral y su cuantía deben determinarse en función de la gravedad de la falta cometida por el responsable. Quienes propician estas ideas son partidarios de la doctrina de la sanción ejemplar.

La suma que el juez manda a pagar no tendría virtualidad resarcitoria o reparadora del daño, sino carácter de sanción ejemplar, de una pena impuesta al ofensor, de un castigo. Cuando más grave sea el reproche que pueda formularse al autor del daño, mayor será el monto de la pena que se mande a pagar.

Choca con la naturaleza de la institución, toda vez que no se trata de sancionar o de castigar al dañador sino de reparar el perjuicio causado a la víctima mediante una satisfacción económica.

### ***D. El daño moral en función de la gravedad del menoscabo***

Para valorar la entidad del daño moral se debe atender a la gravedad objetiva del daño causado. La ponderación debe efectuarse con criterio equitativo

---

<sup>60</sup> *Ibíd*em, pp. 423, 424.

(y no arbitrario) para lo cual es preciso que el razonamiento del juzgador se asiente sobre unos parámetros básicos de apreciación, de tal manera que su fallo sea suficiente y correctamente motivado e inmune a la presencia de vicios lógicos.

Deben, pues, individualizarse los criterios de mérito ponderables para la valoración y cuantificación del daño moral, a la luz de la doctrina y jurisprudencia dominantes.

#### ***E. Doctrina que pondera la gravedad de la falta y la entidad objetiva del daño***

Los partidarios de la doctrina funcional o mixta del daño moral, toman como parámetro, además de la entidad objetiva del daño, la gravedad de la falta cometida por el dañador.

Sin embargo, la desventaja de esta tesis radicará cuando en la conducta del causante del daño exista dolo o culpa grave; pues en ese supuesto, el juzgador tendría que fijar una indemnización cuyo monto podría ser superior al del menoscabo realmente causado.

En ese caso, más que buscar la reparación del daño, se estaría frente a una cuestión preponderantemente de índole sancionador o punitivo.<sup>61</sup>

### **IV. ESTUDIO COMPARADO DEL DAÑO MORAL**

En el apartado precedente se estudiaron las diferentes corrientes doctrinarias respecto al daño moral, para lo cual se agruparon en tres apartados: Teorías respecto al concepto del daño moral, Teorías relativas a la reparación, y finalmente los Criterios de valoración judicial.

Ahora corresponde entrar al estudio comparado del daño moral. Siguiendo la línea de estudio de Ramón Pizarro; en primer lugar, se hará un análisis general,

---

<sup>61</sup> *Ibídem*, pp. 424-435.

en virtud del cual éste autor agrupa en diferentes apartados los países en razón del tipo de regulación jurídica.

Posteriormente, se realizará el estudio comparado del daño moral de ciertos países en lo particular.

### **1. Códigos que admiten implícitamente su resarcimiento amplio**

Los códigos del siglo XIX, en su mayoría, contemplan expresamente la regulación del daño moral. La doctrina y la jurisprudencia dominantes en esos países, con distintos fundamentos y alcances, han interpretado, pese a la ausencia de normativa específica en tal sentido; la reparación del daño moral en materia extracontractual se desprende de los principios generales de la reparación, que obligan a resarcir todo daño injustamente causado.

Dentro del derecho francés, por ejemplo, esa conclusión se admite sin discusiones, a partir de la letra del art. 1382 del Cód. Civil: “Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquél por culpa del cual ha sucedido”. De acuerdo a los hermanos Mazeaud, de tal disposición se advierte que el daño puede ser moral o pecuniario. Similares conclusiones son extraídas de los códigos de: Bélgica, España, Uruguay, Chile, Ecuador, Colombia y Brasil.

En los cuales, la reparación del daño moral ha sido admitida con amplitud en el ámbito extracontractual y en forma más restringida en materia contractual.

### **2. Códigos que regulan expresamente la reparación amplia**

En su mayoría, los códigos modernos, con alcances diferentes, regulan en forma expresa la reparación del daño moral, en los cuales se incluyen los códigos de las Obligaciones de: Suiza, Turquía, y Líbano; así como los Códigos Civiles de: Grecia de 1941; Venezuela de 1942; México de 1928; Portugal de 1967; Perú de 1984; Paraguay de 1968; El nuevo Código de Quebec (sancionado en 1991 y en vigencia desde 1994); y el Código Argentino (posterior a la reforma de 1968).

### **3. Códigos que admiten la reparación con un criterio restrictivo**

Se trata de un sistema diferente, el cual únicamente admite la reparación del daño moral en los casos previstos expresamente por el legislador. Se trata de un criterio muy restrictivo, que ha merecido severas críticas por parte de la doctrina y de la jurisprudencia; además, ha dado lugar a la irrupción de nuevas categorías de daños resarcibles orientadas a mitigar la estrictez del sistema, tales como daños a la persona, daño biológico, daño a la salud, entre otros. Entre los países que se rigen por este sistema, se encuentran: Polonia, Alemania, Austria, e Italia.<sup>62</sup>

### **4. Argentina**

De acuerdo a la doctrina, fue el Código Civil Argentino, el primero en regular expresamente la reparación del daño moral, fue en el Código de Vélez Sársfield, en el artículo 1078 de dicha normativa civil, donde se incluyó una norma expresa que contempló el problema, puso un límite, y lo aceptó únicamente en el área de los delitos del Derecho criminal. Disponía: “Si el hecho fuese un delito del derecho criminal, la obligación que de él nace no sólo comprende la indemnización por pérdidas e intereses, sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándola en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas.

El III Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en la ciudad de Córdoba, en 1961, sirvió como uno de los antecedentes inmediatos a la reforma de 1968. La recomendación aprobada en materia de daño moral expresa: “Que en todos los casos de indemnización por responsabilidad contractual o extracontractual, el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso.

---

<sup>62</sup> *Ibídem*, pp. 147-153.

La ley 17.711 introdujo modificaciones de enorme importancia en materia de reparación del daño moral, admitiéndola con total amplitud, tanto en la órbita contractual u obligacional como extracontractual o aquiliana.

En ese sistema el daño moral es reparable cualquiera que sea su fuente generadora -contractual o extracontractual- o el factor de atribución aplicable (subjetivo u objetivo) es suficiente para que se configuren los requisitos expuestos.

## **5. Colombia**

Fue la Corte Suprema quien en 1922 dio vida jurídica al daño moral.

En 1912 aclaró que la noción de culpa del artículo 2341 del Código Civil no se refiere solo a la criminal; en 1917 precisó que la Nación, como persona jurídica, era incapaz de cometer delitos, pero sí culpa civil, debiendo indemnizar los perjuicios que causara, resultaba propicio el momento para reconocerle entidad al daño moral.<sup>63</sup>

Asimismo, entre 1936 y 1945, la Corte Suprema distinguió dos clases de daños morales al establecer que no todos los daños morales son de idéntica especie, las normas para hacer su valoración tampoco son las mismas en todos los casos. Conviene detenerse en el estudio de este asunto, para ilustrar el criterio que debe regir la estimación del perjuicio moral. Hay en torno al daño moral, dos géneros de perjuicios: los que emanan de aquél en forma concreta, determinada o determinable, que pudieran llamarse perjuicios morales objetivados; y otros que son indeterminados o indeterminables, inasibles y abstractos, perjuicios morales no susceptibles de objetivación.

En Colombia se reconocen el daño moral y el “perjuicio fisiológico o a la vida de relación”, pero se niega expresamente la relevancia de “las alteraciones en

---

<sup>63</sup> Saavedra Madrid, César Augusto, *La indemnización del daño no patrimonial*, Bogotá, Leyer, 2007, p. 70.

las condiciones de existencia”. El “perjuicio estético”, que no es indemnizado como tal en derecho colombiano, se ubica en el daño moral. No se reconocen “las alteraciones en las condiciones de existencia; además, no se otorga indemnización cuando se producen alteraciones familiares con el fallecimiento de una persona, aunque sí cuando existen alteraciones por la lesión de una persona.”<sup>64</sup>

El tratamiento que el Consejo de Estado colombiano le da a la liquidación del daño es un aspecto de suma trascendencia en el proceso de responsabilidad civil, cuantifica el objeto de la traslación patrimonial a favor de la víctima, que será o no plena, dependiendo de la forma como la víctima solicite la reparación de su perjuicio y como el juez lo cuantifique.

En caso de muerte, no se indemniza el valor de la vida, sino el dinero que la persona fallecida dejó de proveer a aquellos con quienes colaboraba económicamente. Se trata entonces de indemnizar a quienes dependían de la persona fallecida, para generar así una ficción económica consistente en hacer de cuenta que el fallecimiento nunca fue producido.

En el caso de lesiones corporales, no se genera la muerte de la persona, la víctima sobrevive al hecho dañino. Su daño consistirá en los gastos que se tuvieron que realizar a raíz del hecho dañino, en la merma de la capacidad laboral producida y, naturalmente, en los daños inmateriales que se hayan generado.

En tratándose de perjuicios a los bienes, no existe lesión a la persona. Se trata de lesión a bienes materiales, cuyo valor debe ser actualizado al momento de dictar la sentencia.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> Henao, Juan Carlos, *El daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado de derecho colombiano y francés*, 2ª reimpresión, Bogotá, Cordillera, 2007, p. 275.

<sup>65</sup> *Ibídem*, p 311.

## **6. Italia**

El Código Civil italiano reduce la acción de daño moral a los delitos penales, y ante este sistema rígido de tipicidad del daño moral que traduce su insuficiencia en la realidad, han surgido creaciones pretorianas de nuevos daños para compensar la restricción del sistema, tal como es el caso del denominado “daño a la persona”.

El viejo Código Civil italiano de 1865 contenía una norma amplia, semejante a la francesa, en virtud de la cual todo hecho del hombre que causa un daño a otro lo obliga a resarcirlo.

Con posterioridad, el artículo 38 del Código Penal de 1889 instituyó la reparación por ofensas al honor, y admitió explícitamente un caso de reparación por daño moral. El artículo 7 del Cód. Proc. Crim. de 1913 extendió la reparación por daño moral a otros supuestos delictivos, tales como la lesión de bienes personales.

El proceso evolutivo se acentuó con la sanción del Código Penal de 1930, cuyo art. 185, inc. 2º determina que: “Cualquier daño no patrimonial producido por un hecho que constituya delito, independientemente de la determinación del supuesto específico delictivo, siempre que exista un interés privado no patrimonial que resulte lesionado, coexistiendo con un interés público penalmente tutelado, se produce la obligación de resarcimiento del daño no patrimonial”. Esta norma consagra la plena resarcibilidad del daño patrimonial derivado de ilícitos penales.

El Código Civil de 1942 produjo un giro radical en esta cuestión y adoptó un criterio fuertemente restrictivo: la reparación del daño moral -al que denomina extrapatrimonial- sólo procede en los casos expresamente determinados por la ley.

Esta rigidez normativa y su aplicación estricta, fueron el motivo que impulsó la admisión de nuevas categorías de daños. Fue a partir de 1970 que comenzó a producirse una profunda transformación, con la irrupción del llamado daño

biológico, como daño patrimonial, primera manifestación tenida en cuenta por los tribunales del denominado daño a la persona.

La liquidación del daño se proponía con criterios de uniformidad para toda persona, en base a elementos objetivables: la edad de la víctima, el tipo de lesión, la naturaleza y duración de la incapacidad provocada, su carácter temporal o permanente.

En la sentencia 87/79, la Corte Constitucional italiana sostuvo que el daño biológico o daño a la salud, constituía un *tertium genus*, a mitad de camino entre el daño patrimonial y el daño moral.

La Corte sostuvo que si bien el art. 2059 del Cód. Italiano era constitucional, nada impedía la admisión de nuevas categorías de daños, distintos del daño moral, entre los que se incluía el daño a la persona.

La admisión del daño a la persona devino a partir de estas premisas: reconocimiento de un derecho primario y absoluto a la salud, toda lesión a ese derecho importa un acto ilícito; el daño se produce por la sola lesión al derecho, con independencia de sus consecuencias patrimoniales o espirituales.

En tanto, el daño patrimonial y moral se configuraban por vía de consecuencia; el daño a la persona, tercer género, operaba por la sola lesión al derecho de la integridad sicofísica.

El daño a la persona o biológico, fue erigido, de tal modo, como una categoría de daño resarcible distinta del daño patrimonial y del daño moral.

En la sentencia 1130/85, la Corte italiana abandonó la anterior postura (que encuadraba al daño biológico como un tercer género) para ubicarlo nuevamente, bajo la denominación daño a la salud, dentro del ámbito del daño patrimonial. Posteriormente, en 1986, afirmó que el art. 2059 del Cód. Civil, únicamente se ocupa del daño moral subjetivo, no obstante, destacó que está fuera del ámbito restrictivo de la misma el daño a la salud, que resulta resarcible sobre la base de

otra normativa. De tal suerte que intentó distinguir el daño a la salud o daño biológico del daño moral, advirtió que el primero se identifica siempre con el hecho lesivo, en tanto el moral importa siempre una consecuencia.

El daño biológico o daño a la salud es ubicado dentro del principio general de la reparación, que en el Código Civil italiano consagra el art. 2043, bajo la proyección constitucional del art. 32 que protege el derecho a la salud.<sup>66</sup>

Así las cosas, el daño extrapatrimonial queda circunscripto al daño moral, entendido subjetivamente como perturbación del estado de ánimo del damnificado derivado de la ofensa recibida, y sujeto a la rígida regla de la tipicidad que consagra el art. 2059.

La doctrina se sostuvo en el fallo constitucional 293/96, donde se insistió en que el resarcimiento del daño moral, a diferencia del que procede en caso de daño biológico, no está “asistido de la garantía del art. 32 de la Constitución”. De ahí que pueda ser discrecionalmente limitado por el legislador a determinadas hipótesis. El daño a la persona, según Busnelli, constituye el daño-base, respecto del cual los demás daños pasan a ser eventuales y agregados, y su reparabilidad llega a ser un resarcimiento esencial y prioritario que condiciona a otros.<sup>67</sup>

## **7. Alemania**

Fue el Código Civil de Alemania el primero que introdujo su regulación en las siguientes disposiciones:

“Art. 253. Daños no materiales.- Por un daño que no sea daño patrimonial la indemnización en dinero sólo puede solicitarse tal y como lo establece la ley”.

“Art. 847. Indemnización por una lesión.-

1. En el caso de lesión al cuerpo o a la salud, o en el caso de privación de la libertad, la persona perjudicada también puede exigirse la

---

<sup>66</sup> Pizarro, Ramón Daniel, *op. cit.*, nota 34, pp. 72-78.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 79.

indemnización equitativa en dinero por un daño que no es un daño patrimonial.

2. Una pretensión similar corresponde a la mujer contra la que se comete un crimen o un delito inmoral, o que es seducida con fraude, amenazas o en abuso de una relación de dependencia a permitir la cohabitación extramatrimonial.”<sup>68</sup>

En materia de legitimación activa de los damnificados indirectos, el Código alemán sólo otorga indemnización al damnificado directo y no reconoce el derecho de resarcimiento de los damnificados indirectos ni aun en la hipótesis de muerte. El art. 235 dispone que cuando se trata de un daño no patrimonial solamente puede exigirse una compensación económica, en los casos determinados por la ley.

Los juristas alemanes piensan que dicha indemnización es un síntoma de excesivo materialismo, y un sistema similar al alemán tiene el derecho angloamericano.<sup>69</sup>

## **8. Francia**

Este derecho ha marcado una tendencia de avanzada y una amplitud de criterio para el resarcimiento que garantiza la equidad y el debido respeto a la dignidad del individuo.

El artículo 1382 del Código Civil francés, en la esfera de la responsabilidad delictual y cuasi delictual, regula: “Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquel por culpa del cual ha sucedido.”

El Consejo de Estado establece como principio que el dolor moral, por no ser apreciable en dinero, no constituye un daño susceptible de reparación, no obstante, la Corte de Casación, no duda en conceder una acción por daños y

---

<sup>68</sup> Rico Álvarez, Fausto y Garza Bandala, Patricio, *Teoría General de las Obligaciones*, México, Porrúa, 2005, p.275.

<sup>69</sup> Ritto, Graciela, *op. cit.*, nota 46, p. 102.

perjuicios a la víctima de un perjuicio moral, desde la sentencia del 15 de junio de 1833.

Respecto a la legitimación activa, debe destacarse que en el derecho positivo francés no hay ningún precepto legal que resuelva la temática de la legitimación activa para reclamar la indemnización por daño moral.<sup>70</sup>

En derecho francés existen dos perjuicios no materiales, el daño moral y las alteraciones en las condiciones de existencia. Si bien es cierto que el perjuicio estético parecería en un momento dado, difícil de encuadrar en uno u otro rubro, lo cierto es que normalmente no genera que se indemnice doblemente.

Reconoce la indemnización en caso de lesión, no sólo al directamente lesionado, sino también a quienes sufrieron una alteración por la lesión del prójimo.<sup>71</sup>

En ese mismo sentido, Planiol y Ripert afirman que además de los daños materiales; la jurisprudencia admite que procede la reparación del daño moral. Estas acciones de reparación se multiplican actualmente. Aseguran la represión eficaz de los hechos culpables que no produjeron consecuencias económicas. La indemnización concedida a la víctima constituye una satisfacción substitutiva. La gran dificultad que en este caso se presenta consiste en la forma de fijar la indemnización, ya que el perjuicio no puede valuarse pecuniariamente. En la práctica, los jueces fijan soberanamente el importe de la indemnización concedida, y ésta adquiere el carácter de una pena civil.<sup>72</sup>

Por otro lado, los hermanos Mazeaud refieren que exigir un daño no significa exigir una pérdida pecuniaria, pues el ser humano no sólo sufre cuando

---

<sup>70</sup> *Ibidem*, pp. 103-104.

<sup>71</sup> Henao, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 64, pp. 275-276.

<sup>72</sup> Planiol, Marcel y Ripert, Georges, *op. cit.*, nota 22, p. 480.

es lesionado en sus intereses materiales; un atentado contra sus intereses morales le puede resultar todavía más sensible. Eso quiere decir que la víctima de un perjuicio moral tiene derecho a pedir reparación, igual que la víctima de un perjuicio material.<sup>73</sup>

Además, entienden al perjuicio moral, como aquél que afecta al mundo inmaterial, incorporal, de los pensamientos y de los sentimientos, o dicho en otras palabras, es aquél que no se traduce en una pérdida de dinero, porque atenta contra un derecho extrapatrimonial; sin embargo, es raro que un perjuicio moral no vaya acompañado de un perjuicio material, de ahí que estos autores, clasifican al patrimonio moral en:

- **Parte social** (incluye al honor, la reputación, la consideración que tiene la persona de sí misma, padecimientos físicos y las heridas que causan lesiones estéticas).
- **Parte afectiva** (sentimientos, creencias religiosas y dolor causado por la muerte de un ser querido).<sup>74</sup>

Por último, existen tesis que, sin negar el derecho a la reparación, pretenden establecer en él algunos requisitos que limitan considerablemente su alcance, como es el caso de sistema defendido por Aubry y Rau, quienes exigen que el perjuicio moral resulte de una infracción penal; sin embargo, ese criterio debe rechazarse pues podría llegar a confundirse la responsabilidad penal con la civil.<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> Mazeaud, Henri y León, y Mazeaud, Jean, *op. cit.*, nota 7, p. 60.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>75</sup> *Ibidem*, pp. 71-72.

## V. REGULACIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL DISTRITO FEDERAL

Una vez analizada la figura del daño moral en el derecho comparado, corresponde su estudio en el ámbito del derecho positivo mexicano, específicamente en el Distrito Federal, no es óbice a lo anterior precisar cómo ha evolucionado, de igual forma se hará una breve reseña respecto a su regulación en materia penal.

### 1. *El daño moral en la legislación civil*

En el Código Civil de 1928, se reglamentaba el daño moral en los artículos 1916 y 2116. Dichas disposiciones seguían la doctrina que considera al daño moral unido a los daños y perjuicios que procede solo en el caso de muerte:

“Art. 1916.- Independientemente de los daños y perjuicios, el juez puede acordar a favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia, si aquélla muere, una indemnización equitativa a título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho...”

Del mismo modo la cuantificación que disponía este precepto era objetiva:

“Art. 1916.- (...) Esa indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil”

Por su parte, el artículo 2116, disponía:

“Art. 2116.- Al fijar el valor y deterioro de una cosa, no se atenderá al precio estimativo o de afección, a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con el objeto de lastimar la afección del dueño, el aumento que por estas causas se haga, no podrá exceder de una tercera parte del valor común de la cosa.”

En 1982, se reformó el artículo 1916, derivado del abuso cometido por los medios masivos de comunicación de la libertad de expresión, se introdujeron las siguientes modificaciones:

- ✓ La intransmisibilidad de la acción por acto *inter vivos*, y restringiéndola por acto *mortis causa*, como remedios a la especulación que podría propiciarse;

- ✓ El monto de la indemnización no tendría un límite aritmético, quedando, por tanto, a discreción del juez;
- ✓ La reparación de la fama pública por los mismos medios en lo que la violación hubiera tenido lugar.

De tal suerte que las reformas en 1982 quedaron así:

“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 teniendo en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.”

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

En el mismo año, 1982, fue adicionado el artículo 1916 Bis, en virtud de la inconformidad de los periodistas que tuvieron conocimiento de las citadas reformas:

“Art. 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 demanda 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.”

Posteriormente, se reformó el artículo 2116 para quedar en los siguientes términos:

“Art. 2116.- Al fijar el valor y deterioro de una cosa, no se atenderá al precio estimativo o de afecto, a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa, con objeto de lastimar los sentimientos o afectos del dueño; el aumento que por estas causas se haga, se determinará conforme a lo dispuesto por el artículo 1916.”

Finalmente, en el año 1994, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, las siguientes reformas al artículo 1916:

“Art. 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 (...).”

De lo anterior se desprende que en el concepto se ubicó, tanto al aspecto afectivo como al social, en la configuración del daño moral. De igual manera se estableció una presunción de daño moral:

“Art. 1916.- (...) Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.”

En la reforma también se estableció la responsabilidad tanto por hechos como por las omisiones, de igual forma se dispuso que la indemnización - pecuniaria- procediera con independencia del daño material. Se prevé además la responsabilidad por daño moral derivada de la responsabilidad objetiva:

“Art. 1916.- 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.”

En el 2006 se derogaron el último párrafo del artículo 1916, así como el artículo 1916 Bis del Código Civil para el Distrito Federal, para dar lugar a la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, normas que disponían:

“Art. 1916.- (último párrafo) Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.”

“Art. 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 demanda 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.”<sup>76</sup>

Del proceso evolutivo reseñado surge la actual figura del daño moral, al tenor siguiente:

***“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. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe 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.***

---

<sup>76</sup> Rico Álvarez, Fausto y Garza Bandala, Patricio, *op. cit.*, nota 68, pp. 277-280.

***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.”***

De la definición que nos brinda el Código Civil para el Distrito Federal se advierte lo siguiente:

- ❖ Conceptualiza al daño moral
- ❖ Establece un catálogo de supuestos para su presunción
- ❖ Dispone su reparación forzosa y no a potestad del juzgador
- ❖ Distingue su cuantificación independientemente del daño material o económico
- ❖ Declara intransmisible por acto *inter vivos* el crédito por la indemnización
- ❖ Declara resarcible todo daño moral, con abstracción de su fuente o causa
- ❖ Impone al Estado la obligación de reparar el daño moral con motivo de la responsabilidad objetiva en que incurran sus servidores públicos en el desempeño de sus funciones<sup>77</sup>
- ❖ Faculta al juzgador para determinar su cuantificación de acuerdo a:
  1. Los derechos lesionados
  2. El grado de responsabilidad
  3. La situación económica del responsable
  4. La situación económica de la víctima, y
  5. Las demás particularidades del caso.

---

<sup>77</sup> Bejarano Sánchez, Manuel, *op. cit.*, nota 37, p. 247.

## **2. Daño moral en materia penal en el Distrito Federal**

Es en el artículo 42 Código Penal para el Distrito Federal en donde encontramos los alcances de la reparación del daño. De manera general consistirá, en primer lugar, en el restablecimiento de las cosas al estado que guardaban antes de la comisión del delito; en segundo lugar en la restitución de las cosas incluyendo sus frutos y accesorios, los cuales en caso de que no sea posible la restitución se realizará el pago de su valor actualizado; también comprenderá el resarcimiento de los perjuicios ocasionados, así como el pago de salarios o percepciones correspondientes, cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión.

Ahora bien, en ese mismo artículo, en la fracción tercera, se prevé en qué consistirá la reparación del daño moral sufrido por la víctima o por quienes tengan derecho a su reparación; éste incluirá el pago de los tratamientos curativos que, a consecuencia del delito, sean indispensables para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima.

De acuerdo al artículo 43 de dicho ordenamiento, será el juzgador quien fijará la reparación de conformidad con las pruebas aportadas al proceso.

De conformidad con el artículo 44 del Código Penal para el Distrito Federal, la obligación de pagar la reparación del daño es preferente al pago de cualquier otra sanción pecuniaria u obligación contraída posterior a la comisión del delito, con excepción a las relativas a alimentos y relaciones laborales.

Cabe resaltar que en materia penal, corresponde al Ministerio Público solicitar la condena relativa a la reparación de daños o perjuicios, así como acreditar su monto; mientras que el juez, como quedó advertido, resolverá lo conducente, lo anterior conforme al segundo párrafo del precepto citado líneas atrás.

Ahora bien, respecto a las personas legitimadas para exigir la reparación del daño, el artículo 45 del Código Penal de referencia dispone que serán la

víctima y el ofendido, o en su caso, a falta de éstos, serán sus dependientes económicos, herederos o derechohabientes.

En este precepto, se prevé además el supuesto de la violencia contra las mujeres; en cuyo caso, también tendrán derecho a la reparación del daño las víctimas indirectas, las cuales pueden ser los familiares de la víctima o bien las personas que hayan tenido relación o convivencia con la misma durante la comisión del delito.

Por otro lado, también regula la reparación del daño por hechos ajenos, que es similar a la materia civil, pues conforme al artículo 46 del Código Penal citado, tendrán la obligación de responder los tutores, curadores o custodios, por los ilícitos cometidos por los inimputables que estén bajo su autoridad; los dueños, empresas o encargados de negocios o establecimientos mercantiles, por los delitos que cometan sus empleados con motivo y durante el desempeño de sus servicios; también tendrán esa obligación las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes, y directores; finalmente se prevé que el Gobierno del Distrito Federal responderá solidariamente por los delitos que cometan sus servidores públicos, con motivo del ejercicio de sus funciones.

## CAPÍTULO TERCERO

### REGULACIÓN JURÍDICA EN RELACIÓN A LOS MENORES DE EDAD

En los apartados anteriores se realizó un estudio exhaustivo sobre la responsabilidad civil y su vinculación con el daño -en este caso el moral- entendido como presupuesto necesario para su configuración, así como las distintas corrientes doctrinarias que han pretendido determinar su naturaleza jurídica y resolver los distintos planteamientos que se han suscitado por múltiples factores, desde su conceptualización hasta los criterios judiciales para su cuantificación.

Ahora bien, previo a abordar el *thema debati* de esta investigación, que es precisamente el título de la misma: “El daño moral causado a los menores de edad derivado de los conflictos familiares”, considero necesario conocer el marco normativo respecto a los menores de edad. Por cuestión de método, es preciso determinar quiénes son los menores de edad, qué debemos entender por “niño”, así como su proyección en la vida jurídica como lo es el caso de la capacidad, ya de goce, ya de ejercicio, así como la emancipación.

Posteriormente analizar y estudiar en concreto el orden normativo local y federal que ha sido adoptado de manera directa para la protección de los menores de edad, disposiciones que podemos encontrar en leyes propiamente, así como en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano.

#### I. DEFINICIÓN DE MENOR DE EDAD Y DE NIÑO

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en la ciudad de Nueva York el 20 de noviembre de 1989 y suscrita por el Estado mexicano el veintiséis de enero siguiente; en su artículo primero define al niño como: “*Todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.*”

Lo anterior es el resultado de una búsqueda por obtener una definición de niño universal, válida y aceptable, que permita tomar en cuenta por igual a todos los niños, sin importar el lugar en el que se encuentren; toda vez que ese término es variable, según la época, el lugar geográfico o incluso por cuestiones biológicas.

Por ejemplo, etimológicamente, el término “niño” proviene del latín *infans* que significa “el que no habla”.

Los romanos utilizaban este término para designar a las personas desde su nacimiento hasta los siete años de edad.<sup>78</sup>

Biológicamente, el niño es una persona que no tiene edad suficiente para tener hijos. El desarrollo de un niño es un proceso más o menos constante que atraviesa diversas etapas:

- ✓ 0 a 28 días: recién nacido.
- ✓ 28 días a 2 años: infante.
- ✓ 2 a 6 años: infancia temprana.
- ✓ 6 a 13 años: infancia; también, se utiliza comúnmente el término preadolescente.

Al comienzo de los 13 años, la pubertad marca un período de transición de la infancia a la adultez. El funcionamiento del sistema hormonal provocará el máximo crecimiento físico, la maduración del sistema reproductivo y los cambios físicos.<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> Consultado el 22 de agosto de 2013 en el sitio web: <http://www.humanium.org/es/definicion/>.

<sup>79</sup> Consultado el 29 de agosto de 2013 en el sitio web: <http://es.cyberdodo.com/documentos/definicion-de-nino/2.html>

Por otro lado, tenemos que se llamará “menor de edad” a todos aquellos individuos que todavía no han alcanzado la mayoría de edad. Generalmente, la minoría de edad abarca toda la infancia y casi toda la adolescencia o parte de esta etapa, tal determinación dependerá estrictamente de lo que indique la legislación correspondiente; aunque la mayoría de los países occidentales establecen que se es menor de edad hasta los 18 ó 20 años, pasados éstos se considerará al individuo mayor de edad y como tal deberá cumplir determinadas obligaciones que antes le eran ajenas, justamente por no ser considerado un adulto.

La minoría de edad se establece para indicar la falta de madurez que todavía presenta un individuo para llevar a cabo determinadas acciones o actividades en su vida y que resultan propias de la edad adulta; asimismo, para eximirlo de responsabilidad de aquellos actos que no se le pueden imputar por su falta de capacidad.

Entonces, esta situación traerá aparejada una serie de límites a los derechos y a las responsabilidades de la persona. Para evitar que el menor realice actividades o tome decisiones para las cuales todavía no se encuentra preparado, o en su defecto, para que un adulto no abuse de éste.<sup>80</sup>

Ahora bien, en el Código Civil para el Distrito Federal, no existe como tal una definición de menor de edad. No obstante, en el capítulo II, título décimo de ese ordenamiento, intitulado “De la mayor de edad” se dispone:

“Artículo 646.- La mayor de edad comienza a los dieciocho años.”

Por otro lado, el artículo 647 establece:

“Artículo 647.- El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.”

---

<sup>80</sup> Consultado el 22 de agosto de 2013 en el sitio web: <http://www.definicionabc.com/derecho/menor-de-edad.php>.

De lo anterior se obtiene que el mayor de edad puede disponer de sus bienes y de su persona libremente; adquiere capacidad de ejercicio plena y por ende, hacer valer por sí sus derechos y cumplir con sus deberes.

De la interpretación a *contrario sensu*, o bien por exclusión, podemos advertir que el menor de edad, es toda aquélla persona que no ha cumplido dieciocho años; quien además, por esa situación, no podrá gobernar sobre su persona y sus bienes de manera libre.

De acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, niño es aquél ser humano que no tiene la edad de dieciocho años, excepto que hubiere alcanzado la mayoría de edad antes por virtud de la legislación aplicable.

En el caso, del Código Civil para el Distrito Federal se advierte que es concordante con la Convención, pues como ha quedado referido, la mayoría de edad se adquiere hasta los dieciocho años.

## **II. CAPACIDAD. ASPECTOS GENERALES**

La capacidad puede ser abordada desde diferentes ópticas; en primer lugar es entendida como un atributo de la personalidad.

Para el maestro Galindo Garfias, la personalidad es la manifestación, la proyección en las normas jurídicas, de la persona ya sea como ser individual o colectivo. El concepto de personalidad se atribuye al sujeto de la relación jurídica para establecer la medida de sus aptitudes en acción, en tanto que la persona es el sujeto, el centro de la personalidad.<sup>81</sup>

Para el ilustre maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez, si bien es cierto que la personalidad es la aptitud para ser sujeto de situaciones y relaciones jurídicas, no implica la substancia misma de la personalidad; se compone por sus

---

<sup>81</sup> Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho Civil. Primer Curso*, 5ª ed., México, Porrúa, 1982, p. 318.

atributos, que son un conjunto de caracteres a ella inherentes y cuya razón de ser es precisamente alcanzar con ellos realidad, funcionalidad y eficacia jurídicas en la personalidad de los sujetos.

Estos atributos son la capacidad, el estado civil, el patrimonio, el nombre, el domicilio y la nacionalidad; la participación de todos ellos en la personalidad de un ser humano es constante e invariable y precisamente en su conjunto da la plenitud que se observa en dicha personalidad.<sup>82</sup>

De acuerdo a la ley, la capacidad es la regla y las incapacidades son la excepción, y como tal deben estar expresamente declaradas en la norma jurídica. La capacidad en sentido amplio es la aptitud jurídica para ser titular de derechos y obligaciones y hacerlos valer por sí mismo.

### **1. Capacidad de goce**

La capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Esta se adquiere con el nacimiento pero el *nasciturus*; es decir, el concebido pero no nacido entra bajo la protección de la ley y se le tendrá por nacido para los efectos que señala el Código Civil. Tal situación se regula en el siguiente artículo:

“Art. 22. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.”

De lo anterior, se obtiene que el embrión humano es protegido desde antes de nacer para determinadas consecuencias jurídicas como son: capacidad para heredar, para recibir legados y donaciones.

La capacidad de goce esta graduada de la siguiente manera:

---

<sup>82</sup> Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Parte General, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, 11ª ed., México, Porrúa, 2008, p. 165.

- ✓ Grado mínimo. Existe en el ser concebido no nacido, siempre y cuando nazca vivo y sea presentado vivo al Registro Civil; ó viva 24 horas. Luego entonces, si el concebido nace vivo y viable podrá disfrutar de derechos subjetivos de índole patrimonial, como el de heredar, recibir legados o donaciones, así como para establecer la condición jurídica de hijo.
- ✓ Menores de edad. En este supuesto la capacidad de goce se encuentra aumentada notablemente, es similar a la capacidad del mayor de edad en pleno uso de sus facultades mentales; no obstante, existen diversas restricciones a la capacidad de ejercicio en los menores de edad.
- ✓ Mayores de edad. Una limitación es la privación de sus facultades mentales del mayor de edad, que si bien es cierto no le impide ser titular de derechos y obligaciones de carácter pecuniario, tales como ser propietario, usuario, acreedor, etc.; también lo es que la limitación tiene lugar respecto a los derechos familiares, como lo es el ejercicio de la patria potestad, o el matrimonio.<sup>83</sup>

## **2. Capacidad de ejercicio**

De acuerdo con el maestro Rojina Villegas, esta capacidad supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones, así como ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales. Por lo tanto, la incapacidad de ejercicio impide al sujeto hacer valer sus derechos, celebrar en nombre propio actos jurídicos, contraer y cumplir sus obligaciones o ejercitar sus acciones.

---

<sup>83</sup> Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil I. Introducción, Personas y Familia*, 43ª ed., México, Porrúa, 2012, pp. 163-164.

Dicho autor define a la capacidad de ejercicio como la aptitud para participar directamente en la vida jurídica, es decir, de hacerlo personalmente.<sup>84</sup>

Al igual que en la capacidad de goce, en la capacidad de ejercicio también existen diferentes grados que corresponden: al concebido no nacido, al menor de edad no emancipado, al menor de edad emancipado, al mayor de edad privado de inteligencia.

Por su parte, el maestro Domínguez Martínez, sostiene que más bien nos encontramos frente a distintos grados de incapacidad, pues suponer una plena capacidad de ejercicio, implica estar ajeno a restricciones; éstas en la medida de su presencia, se traducen en incapacidad a ellas circunscrita. Agrega que la incapacidad será mayor conforme se tengan más restricciones; además, la incapacidad de ejercicio puede ser plena y, su graduación tiene como parámetro la madurez mental de la persona. Los grados de incapacidad de ejercicio son los siguientes:<sup>85</sup>

- ✓ Ser concebido pero no nacido. En ese caso existe la necesidad de que sea representado por la madre, el padre o ambos. El derecho sólo permite capacidad de goce para recibir herencias, legados y donaciones. Serán los padres quienes se encargarán de la representación para que en nombre y representación, acepten la herencia, legado o donación para que el menor adquiera tales derechos.
- ✓ Menor de edad no emancipado. El menor puede trabajar, interponer juicio de garantías, hacer testamento, si tiene 16 años cumplidos.
- ✓ Menores de edad emancipados. En ellos únicamente existe incapacidad parcial de ejercicio y, por ende semi-capacidad; están facultados para

---

<sup>84</sup> Ídem.

<sup>85</sup> Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, nota 82, p. 177.

realizar actos de administración respecto a sus bienes muebles e inmuebles, sin representante; pueden también ejecutar actos de dominio relacionados con sus bienes muebles. No obstante, para comparecer a juicio necesitan de un tutor; para celebrar actos de dominio sobre bienes inmuebles será necesaria autorización judicial; además para contraer matrimonio será indispensable el consentimiento de sus padres o tutor.

- ✓ Mayores de edad privados de inteligencia. La incapacidad de estos mayores de edad, generalmente es total, es decir, para la validez de los actos jurídicos únicamente el representante será el encargado de celebrar los de administración o dominio, con autorización judicial los citados al final. Tocante a los actos jurídicos de índole familiar como el reconocimiento de hijos o adopción, no existe capacidad de goce para esas personas y por ende no puede existir representación en esa materia. Tampoco podrá celebrar contratos, aunque presente intervalos de lucidez, en dicho supuesto el único acto que puede celebrar el otorgamiento de testamento.<sup>86</sup>

### **3. Incapacidad natural**

Es la situación en virtud de la cual se encuentra una persona que -con independencia de su edad-, y con motivo de una causa permanente o transitoria, presenta una disminución en sus facultades por enfermedad o vicio, que le priva de querer y entender lo que hace, su voluntad está limitada y por ende está impedida para producir consecuencias jurídicas sanas.

### **4. Incapacidad legal**

Implica la consideración directa de la ley a una persona que no se encuentra en condiciones para querer y entender, aunque en realidad sí pueda hacerlo; esto sucede con un menor de edad, legalmente incapaz aun cuando de

---

<sup>86</sup> Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 83, pp. 165-166.

conformidad a sus condiciones mentales sí sean idóneas para el otorgamiento de cualquier acto jurídico.<sup>87</sup>

## **5. Capacidad para suceder**

Asprón Pelayo sostiene que la capacidad para suceder no es más que la aptitud para la vida jurídica en materia sucesoria, y esa aptitud se compone de tres elementos:

**Existencia:** quien no existe no es persona y por tanto no puede ser sujeto de derechos y obligaciones; por ejemplo, el que se muere antes que el autor de la herencia no puede heredar porque no existe al momento de darse la apertura de la sucesión.

**Capacidad:** en materia de derecho civil, como ya se dijo es la regla. No basta con existir para poder heredar, además se requiere no caer en las incapacidades que marca la ley; por ejemplo, el notario ante el que se otorga un testamento, sí existe, pero es incapaz de heredar por influjo contrario a la verdad e integridad del testamento.

**Dignidad:** presupone que el sujeto que desea heredar existe y es capaz, pero por razones de orden ético, al legislador le parece que ese sujeto no debe heredar, excepto que el propio autor de la herencia haya considerado lo contrario.<sup>88</sup>

## **6. Emancipación**

En virtud de la emancipación, el menor de edad sale de la patria potestad o de la tutela a que se hallaba sujeto, disponiendo así libremente de su persona y administrar sus bienes bajo ciertas restricciones. El menor de edad emancipado,

---

<sup>87</sup> Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, nota 82, p. 187.

<sup>88</sup> Asprón Pelayo, Juan Manuel, *Sucesiones*, 3ª ed., México, McGraw-Hill Interamericana, 2008, pp. 13-14.

goza de una capacidad menos extensa que la que corresponde a la persona mayor de edad.

Tiene como efectos:

- ✓ Cesar la patria potestad o la tutela.
- ✓ Confiere una capacidad restringida al menor de edad emancipado para la enajenación de bienes.
- ✓ Otorga al emancipado la capacidad para administrar sus bienes.
- ✓ No atribuye al menor la capacidad procesal.
- ✓ El menor emancipado dispone libremente de su persona.<sup>89</sup>

### **III. NORMATIVIDAD NACIONAL EN MATERIA DE MENORES DE EDAD**

#### **1. Código Civil para el Distrito Federal**

El Código Civil vigente para el Distrito Federal está integrado por cuatro libros, el primero de ellos intitulado “De las personas”, el segundo “De los bienes”, el tercero “De las sucesiones” y el cuarto y último de los libros es el denominado “De las obligaciones”.

En la normatividad referida existen de manera dispersa, disposiciones aplicables a los menores de edad, particularmente en los libros primero, tercero y cuarto. El punto de partida lo encontramos en el artículo 2º, el cual prohíbe que se niegue algún servicio o prestación a que se tenga derecho, o restringir el ejercicio de algún derecho en virtud de una serie de supuestos, entre ellos la edad; textualmente dispone:

“Artículo 2.- La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer. A ninguna persona por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, orientación sexual, identidad de género,

---

<sup>89</sup> Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, nota 81, p. 397.

expresión de rol de género, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud, se le podrán negar un servicio o prestación a la que se tenga derecho, restringir el ejercicio de sus derechos cualquiera que sea la naturaleza de éstos.”

De lo anterior se advierte, que en lo general, la capacidad jurídica es igual para todas las personas y, de cierta forma prohíbe la discriminación por determinadas características, entre ella la edad, que en el presente caso podría referirse a los menores de edad.

Los artículos 22 y 23 se refieren a la capacidad jurídica de las personas físicas; cuándo inicia, cuándo concluye y a quiénes comprende; así como a las incapacidades de los menores de edad, interdictos y otras establecidas por la ley, mismas que no serán motivo para afectar la dignidad de las personas ni a la integridad de la familia. Dispone además, que será a través de sus representantes como los incapaces podrán hacer valer sus derechos o contraer obligaciones.

“Artículo 22.- La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.”

“Artículo 23.- La minoridad de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia; los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones.”

De lo anterior se obtiene además, que la legislación civil protege incluso al no nacido.

En el título cuarto del libro primero denominado “Del Registro Civil” se fijan diversas reglas relativas a esta materia, como lo son la organización, funciones y atribuciones del Registro Civil, así como el contenido de las diferentes actas. Respecto al tema que nos ocupa, que es el de los menores de edad encontramos en el artículo 55 que el padre, la madre o ambos tienen la obligación de declarar ante el Juez del Registro Civil el nacimiento de sus hijos dentro de los seis meses

siguientes a aquél en que haya ocurrido. A falta de los padres, tal obligación recaerá en los ascendientes en línea recta, colaterales iguales en segundo grado y colaterales desiguales en tercer grado.

No obstante lo anterior, de conformidad con los artículos 65 y 66 de la normatividad civil, cualquier persona que encuentre a un recién nacido, o bien los jefes, directores o administradores de reclusorios, casas de comunidad, maternidad u hospitales, tendrán la obligación de presentar al menor ante el Ministerio Público con los objetos con los que haya sido encontrado; se deberán declarar además las circunstancias bajo las cuales fue encontrado el menor, como lo son el día y el lugar.

Particularmente, las actas de nacimiento deberán contener, según lo expresan los artículos 58 y 59 del ordenamiento en estudio, el día, hora y lugar en que haya ocurrido el nacimiento, el sexo del presentado, su nombre o nombres y los apellidos paterno y materno, la impresión digital del registrado y si se ha presentado vivo o muerto. También se deberá asentar el nombre, domicilio y nacionalidad de los padres y abuelos, o de las personas que hubieren hecho la presentación.

En caso de desconocimiento del nombre de los padres, será el Juez del Registro Civil quien pondrá el nombre y apellidos.

En ese tenor, el Juez estará obligado a exhortar a quien presente a registrar al menor a que el nombre con el que se pretenda registrar sea adecuado y no represente una afectación en la persona; es decir, no deberá ser peyorativo, discriminatorio, infamante, denigrante o carente de significado, tampoco deberá constituir un signo, símbolo o siglas, así como exponer al registrado a que sea objeto de burlas.

En el artículo 60 del Código Civil para el Distrito Federal, se reitera que tanto el padre como la madre tienen la obligación de reconocer a sus hijos; además, distingue cuando éstos no estén casados, pues en ese caso deberán

presentarse ambos ya sea personalmente o por conducto de sus representantes legales ante el Registro Civil.

En ese sentido, conforme al artículo referido, se presume como hijo de los cónyuges al nacido dentro del matrimonio, salvo prueba en contrario.

Finalmente, según lo expresan los artículos 75 y 76 del Código Civil de referencia, en caso de que se dé aviso sobre el nacimiento y la muerte del recién nacido, se expedirán dos actas, una de nacimiento y otra de defunción; de igual forma, se extenderán actas diferentes en el caso de parto múltiple, pues deberá levantarse un acta por cada recién nacido y se tendrá que especificar las particularidades que los distingan y el orden en que nacieron.

El capítulo tercero del libro en estudio; versa sobre las actas de reconocimiento y de los supuestos necesarios para que tenga lugar, en lo que interesa expresa:

“Artículo 79.- El reconocimiento del hijo mayor de edad requiere el consentimiento expreso de éste en el acta respectiva.”

De las disposiciones citadas, advertimos primordialmente que es obligación de los padres reconocer a sus hijos así como presentarlos ante el Registro Civil efecto de que sean registrados; de igual forma se establece el derecho de las personas a un nombre digno.

También se señalan los datos que deben contener las actas de nacimiento, nacimiento múltiple y defunción.

Me parece importante destacar que, tocante al reconocimiento de los hijos, mientras éstos sean menores de edad, no será necesario que expresen su consentimiento, sólo cuando alcancen la mayoría de edad; sin embargo, la ley no prevé en este caso, la figura del mayor de edad que se encuentra privado de sus facultades mentales.

En el Título IV Bis denominado “De la Familia”, si bien es cierto que no regula de manera expresa cuestiones relativas a los menores de edad, también lo es que en la mayoría de los casos, los niños se encuentran inmersos en una de ellas. Del análisis de los artículos 138 Ter al 138 Sextus obtenemos lo siguiente:

- Las normas relativas a la familia son de orden público e interés social, es decir están por encima de cualquier interés particular.
- El Estado deberá velar por su protección y la de sus miembros.
- Las relaciones jurídicas familiares surgen por vínculos de matrimonio, parentesco o concubinato y generan deberes, derechos y obligaciones entre sus miembros.
- Es obligación de los integrantes de la familia respetarse, mostrar consideración y solidaridad entre ellos, y esto incluye a los menores de edad evidentemente.

El Título V del ordenamiento en estudio, está dedicado a la reglamentación del matrimonio, requisitos para contraerlo, los derechos y obligaciones que de él derivan, su relación con los bienes patrimoniales, y finalmente con el divorcio.

Con relación a los menores de edad, en primer lugar, se advierte que uno de los requisitos para poder contraer matrimonio es la edad, la cual deberá ser de dieciocho años como regla general, y excepcionalmente dieciséis, incluso podrá ser antes en caso de la mujer que se encuentre en estado de gravidez, pero nunca antes de los catorce años; en ambos supuestos se deberá expresar el consentimiento del padre o tutor:

“Artículo 148.- Para contraer matrimonio es necesario que ambos contrayentes sean mayores de edad.

Los menores de edad podrán contraer matrimonio, siempre que ambos hayan cumplido dieciséis años. Para tal efecto, se requerirá del consentimiento del padre o la madre o en su defecto el tutor; y a falta o por negativa o imposibilidad de éstos, el Juez de lo Familiar suplirá

dicho consentimiento, el cual deberá ser otorgado atendiendo a las circunstancias especiales del caso.

En caso de que la contrayente se encuentre en estado de gravidez, y así lo acredite a través del certificado médico respectivo el Juez del Registro Civil, a petición del padre o la madre podrá dispensar el requisito a que se refiere el párrafo anterior, pero en ningún caso podrá ser otorgada dicha dispensa a menores de 14 años.”

De lo anterior se puede concluir que el menor de catorce años no podrá unirse en matrimonio bajo ninguna circunstancia, incluso ni siquiera con el consentimiento de los padres y la autorización del juez; lo anterior en mi particular punto de vista, representa una medida más de protección a los niños menores de esa edad.

Ahora bien, por lo que respecta a los impedimentos para contraer matrimonio encontramos por ejemplo, la falta de consentimiento de quien ejerza la patria potestad del menor de edad; que entre los contrayentes exista parentesco ya sea por consanguinidad, afinidad o civil; así como tampoco lo podrá celebrar el tutor con su representado:

“Artículo 156.- Son impedimentos para celebrar el matrimonio:

I.- La falta de edad requerida por la Ley;

II.- La falta de consentimiento del que, o los que ejerzan la patria potestad, el tutor o el Juez de lo Familiar (...);

III.- El parentesco de consanguinidad, sin limitación de grado en línea recta ascendiente o descendiente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende hasta los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en tercer grado y no hayan obtenido dispensa;

IV.- El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna; (...)

X.- Padecer algunos de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450; (...)

XII.- El parentesco civil extendido hasta los descendientes del adoptado, en los términos señalados por el artículo 410-D.

Son dispensables los impedimentos a que se refieren las fracciones III, VIII y IX. (...).”

“Artículo 157.- Bajo el régimen de adopción, el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes.”

“Artículo 159.- El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa (...) cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela. Esta prohibición comprende también al curador y a los descendientes de éste y del tutor.”

Otras de las disposiciones que en esta materia guarda relación con los menores de edad, son las relativas al divorcio, mismas que encontramos en los artículos 266 y 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

En virtud del divorcio se disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer nuevas nupcias, puede ser solicitado al Juez de lo Familiar unilateralmente o por ambos cónyuges, y basta manifestar su voluntad de no desear continuar con el matrimonio.

En dicha solicitud se deberá acompañar un convenio, que regirá, entre otras cuestiones; las relacionadas con los menores, como son las siguientes:

- La concerniente a la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces;
- Los horarios de visita del progenitor que no tenga la guarda y custodia,
- La forma de satisfacer las necesidades de los hijos y en su caso del cónyuge, es decir los alimentos y su garantía.

Una vez presentada la solicitud de divorcio con su respectivo convenio el Juez de lo Familiar se encargará de dictar las medidas provisionales necesarias, mismas que una vez contestada, y en caso de que exista común acuerdo, quedarán firmes en virtud de la sentencia que al respecto se dicte. En caso de desacuerdo el juzgador resolverá a su prudente arbitrio y en atención a las reglas que el mismo Código establece.

Entre las medidas que tomará el juzgador se encuentran las relativas a la situación jurídica de los hijos; como la obligación de proporcionarles alimentos, los

cuales comprenden la comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la atención hospitalaria, así como los gastos para su educación; además de la guarda y custodia, pues en caso de que los hijos sean menores de doce años quedarán al cuidado de la madre, salvo que se demuestre que ella genera un peligro para el normal desarrollo de sus descendientes. Lo anterior se encuentra regulado en el artículo 282 de la normatividad civil en estudio.

De acuerdo al artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, en la sentencia de divorcio, el Juez deberá fijar la situación de los hijos en relación a:

- La patria potestad; guarda y custodia, obligaciones de crianza;
- Medidas necesarias para proteger a los hijos;
- Medidas para garantizar la convivencia de los hijos con sus padres;
- Medidas para garantizar el bienestar, desarrollo, protección y el interés superior de los hijos.

Ahora bien, no obstante que los padres pudieran llegar a perder la patria potestad, esa situación no los exime de cumplir con las obligaciones que tienen para con sus hijos, esto de conformidad con el artículo 285 del Código en estudio.

De los preceptos citados podemos obtener que en los casos de divorcio, el Juez de lo Familiar tiene la facultad de dictar las medidas necesarias para la protección de los menores, como lo son garantizar el derecho de visitas al menor con el padre que no ejerza la guarda y custodia, así como el derecho a los alimentos.

Incluso, se contempla la garantía de audiencia de los menores, pues el Juez escuchará la opinión del menor; es decir, el juzgador deberá de resolver de manera tal que favorezca preponderantemente al niño.

La figura del parentesco también está regulada en nuestro Código Civil, no obsta la falta de una manifestación expresa respecto a los menores de edad para

realizar un breve estudio de los tipos de parentesco que contempla, los cuales son: el de consanguinidad, por afinidad y el civil.

“Artículo 293.- El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.

En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.”

“Artículo 294.- El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre los cónyuges y sus respectivos parientes consanguíneos.”

“Artículo 295.- El parentesco civil es el que nace de la adopción (...)”

El parentesco determina el estado civil o familiar de las personas; es decir, vincula al sujeto con un determinado grupo familiar, le brinda un sentido de pertenencia e identidad; además de dicha figura surgen derechos y obligaciones, como lo son el derecho al nombre, al reconocimiento por parte de los padres y la obligación a proporcionar alimentos, o en su defecto por los ascendientes, descendientes o colaterales, según sea el caso.

En ese sentido, los menores, al igual que las personas con discapacidad, los sujetos a estado de interdicción, así como el cónyuge que se dedique al hogar gozan de la presunción de necesitar alimentos.

Respecto a los hijos, serán los padres los obligados en primer lugar a proporcionar alimentos, a falta o por imposibilidad de éstos dicha obligación recaerá en los demás ascendientes por ambas líneas de parentesco que estuvieren más próximos en grado.

Lo anterior está regulado en los artículos 303 a 308 y 311 Bis del Código Civil para el Distrito Federal.

De los preceptos citados, se desprende que dentro del rubro de los alimentos, se comprenden todas las necesidades inherentes al acreedor alimentario, indispensables para su desenvolvimiento en la vida cotidiana. En el caso de los hijos, corresponde a los padres brindar los alimentos, a falta o imposibilidad de éstos, serán los familiares más próximos los obligados a brindarlos.

El siguiente apartado del Código Civil es el relativo a la filiación, la cual es definida de acuerdo al artículo 338 como “la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.”

En el caso de los hijos, la filiación se comprueba con el acta de nacimiento, y a falta de ésta se acreditará con la posesión constante del estado de hijo; además, deberá usar constantemente los apellidos de quienes pretenden ser sus padres, con la anuencia de éstos; además de ser tratado como hijo de éstos; finalmente, la declaración de nulidad de matrimonio, sin importar la buena o la mala fe de los cónyuges, no afecta la filiación de los hijos. Lo anterior está regulado en los artículos 338, 340, 341, 343 y 344 de la norma civil en estudio.

En el supuesto de que se trate de un matrimonio, los hijos se presumirán como hijos de los cónyuges salvo prueba en contrario:

“Artículo 324.- Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

I.- Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y

II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.”

En el caso del concubinato, se aplicarán reglas semejantes a las del hijo nacido dentro del matrimonio:

“Artículo 383.- Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:  
I.- Los nacidos dentro del concubinato; y  
II.- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.”

En ese orden de ideas, la ley también exige determinados requisitos para el reconocimiento de los hijos, uno de ellos es la edad de los padres, la cual deberá ser la misma que se exige para la celebración del matrimonio, así como el consentimiento de quien ejerza la patria potestad del menor que vaya a reconocer al hijo, o en su defecto con autorización judicial.

El reconocimiento hecho por un menor podrá ser anulado, siempre y cuando se pruebe que sufrió error o engaño al hacerlo y podrá intentar la acción hasta cuatro años después de que haya alcanzado la mayor edad.

Lo anterior está regulado en los artículos 361 a 363 y 368 del Código Civil para el Distrito Federal.

En el caso de los mayores de edad, sólo podrán ser reconocidos siempre y cuando expresen su consentimiento; en caso de que se trate de un menor podrá oponerse al reconocimiento cuando alcance la mayoría de edad.

“Artículo 375.- El hijo mayor de edad no puede ser reconocido sin su consentimiento, ni el menor ni el que esté en estado de interdicción, sin el de su tutor, si lo tiene, o del tutor que el Juez de lo Familiar le nombrará especialmente para el caso.”

“Artículo 376.- Si el hijo reconocido es menor, puede reclamar contra del reconocimiento cuando llegue a la mayor edad.”

“Artículo 377.- El término para deducir esta acción será de dos años, que comenzarán a correr desde que el hijo sea mayor de edad, si antes de serlo tuvo noticia del reconocimiento; y si no la tenía, desde la fecha en que la adquirió.”

Otra disposición que me parece importante resaltar es el derecho que tiene el hijo para investigar la maternidad por cualquiera de los medios habituales:

“Artículo 385.- Está permitido al hijo y a sus descendientes investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualesquiera de los medios ordinarios; pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada.”

Finalmente, en el Capítulo IV se enlistan los derechos que adquiere el hijo que es reconocido por sus padres.

“Artículo 389.- El hijo reconocido por el padre, por la madre, o por ambos, tiene derecho:

I.- A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca;

II.- A ser alimentado por las personas que lo reconozcan;

III.- A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley;

IV.- Los demás que se deriven de la filiación.”

Otra de las figuras que contempla el Código con relación a los menores de edad y su protección es la adopción, la cual está reglamentada en el siguiente sentido:

“Artículo 390.- La adopción es el acto jurídico por el cual el Juez de lo Familiar constituye de una manera irrevocable una relación de filiación entre el adoptante y el adoptado, al mismo tiempo que establece un parentesco consanguíneo entre el adoptado y la familia del adoptante y entre éste y los descendientes del adoptado.

Es un derecho del menor, de naturaleza restitutiva, que le garantiza vivir, crecer y desarrollarse de manera íntegra, en el seno de una familia.”

Respecto a los requisitos para la adopción de un menor de 18 años, el artículo 393 dispone que el niño o niña deberá carecer de alguna persona que ejerza respecto de éste la patria potestad; ser declarado en situación de desamparo judicialmente; estar bajo la tutela del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia; que sus padres o abuelos hayan sido sentenciados a la pérdida de la patria potestad; o en su caso que los padres o quienes ejerzan la patria potestad otorguen su consentimiento.

Finalmente, de acuerdo al artículo 398 del Código en comento, para la procedencia de la adopción, será indispensable el consentimiento de quien ejerza la patria potestad sobre el menor que se adoptará, de su tutor, o del Ministerio

Público en caso de que no cuente con padres conocidos o tutor. En caso de que el menor tenga más de doce años, será indispensable también el consentimiento de éste.

De los preceptos citados se obtiene que la adopción es un derecho del cual gozan, en este caso, los menores que se encuentran en una situación de desamparo, en virtud del cual se van a integrar una familia con el objetivo de que les sea brindada educación, asistencia y cuidados necesarios para su desarrollo integral como personas.

La norma civil en estudio, contempla como una figura más, relativa a los menores de edad, a la institución de la patria potestad; si bien no brinda una definición como tal, señala cuáles son las características que la constituyen, así como sus efectos y las causas por las que ésta se puede perder, suspender o limitar.

Por regla general, según se advierte de los artículos 413 y 414 del Código Civil, son los padres quienes ejercerán la patria potestad sobre la persona y los bienes de sus hijos, a falta de éstos será ejercida por los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juzgador de acuerdo a las particularidades del caso.

Por otro lado, entrarán bajo la patria potestad, de acuerdo al artículo 412 del Código Civil de referencia, los menores de edad no emancipados siempre y cuando exista alguno de los ascendientes que deba ejercerla.

Quienes ejerzan la patria potestad tendrán las siguientes obligaciones, conforme a los artículos 411, 414 Bis, 416 y 416 Bis de la normatividad civil:

- Relacionarse armónicamente con sus hijos menores de edad, con independencia de si viven o no bajo el mismo techo;
- Brindar seguridad física, psicológica y sexual;
- Fomentar hábitos correctos de alimentación, higiene y desarrollo físico;

- Impulsar habilidades de desarrollo intelectual y académicas;
- Demostrar afecto hacia el menor de manera respetuosa y con la anuencia del éste;
- Establecer normas de conducta de acuerdo al interés superior del menor;
- Respetar el derecho de convivencia con ambos progenitores en caso de que estos estén separados.

Finalmente, tenemos que la patria potestad se acaba, pierde, limita o suspende, según lo establecen los artículos 443, 444, 444 Bis y 447 del Código Civil para el Distrito Federal.

Causas de **terminación** de la patria potestad:

- Muerte de quien la ejerce, si no existe otra persona en la que pueda recaer;
- Emancipación por matrimonio;
- Mayoría de edad del hijo;
- Adopción del menor;
- Cuando el menor sea entregado en adopción a una Institución por quien ejerce la patria potestad.

Las causas de **pérdida** de la patria potestad son las siguientes:

- Condena expresa a la pérdida de ese derecho;
- Resolución judicial derivada del divorcio;
- Violencia familiar contra el menor;
- Incumplimiento injustificado de la obligación alimentaría por más de 90 días;
- Abandono injustificado del menor por más de tres meses;

- Por la comisión de un delito doloso en contra del menor;
- Cuando el que ejerza la patria potestad haya sido condenado dos o más veces por delito grave;
- Por incumplimiento injustificado de las determinaciones judiciales tendientes a corregir actos de violencia familiar;
- Por sustracción o retención ilegal del menor.

La patria potestad se **limitará** en los casos de:

- Divorcio, o
- Separación de los padres.

La patria potestad podrá ser **suspendida** en los supuestos siguientes:

- Declaración judicial de incapacidad;
- Declaración de ausencia;
- Consumo de alcohol o drogas ilícitas, así como hábito al juego;
- Por resolución que condene a la suspensión;
- Cuando se ponga en riesgo la vida y la salud física, emocional y psicológica del menor;
- Por impedir que se efectúen las convivencias decretadas judicialmente;
- Durante la tutela de los menores desamparados.

Finalmente, en el tema que nos ocupa, que es la patria potestad, encontramos que ésta no podrá renunciarse, únicamente existirá dispensa para quienes la ejercen, siempre y cuando tengan sesenta años cumplidos; o bien, derivado de mal estado de salud constante, le sea imposible atender adecuadamente sus obligaciones, según lo establece el artículo 448 del Código multicitado.

De lo anterior, advertimos que nuevamente estamos frente a un catálogo de normas protectoras de los menores de edad, en virtud de las cuales se precisan las obligaciones que los padres tienen para con sus hijos, o bien los que ejercen la patria potestad en términos genéricos; mismas que comprenden distintos rubros, tales como suministro de recursos indispensables para su supervivencia, asistencia médica, educación, protección de su integridad física y emocional. También hace alusión al interés superior del menor, del cual el propio Código nos brinda una definición:

*“Artículo 416 Ter.- Para los efectos del presente Código se entenderá como interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos:*

*I.- El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal;*

*II.- El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar;*

*III.- El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos;*

*IV.- Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y*

*V.- Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.”*

De la definición que nos brinda el Código Civil respecto al interés superior del menor se desprende que éste es una prioridad o una preeminencia que el Estado, o incluso los particulares deben observar frente a cualquier otro derecho, cuyo objetivo primordial es garantizar el sano desarrollo del menor de edad y su bienestar en todos los ámbitos de su vida.

No obstante lo anterior, es de señalarse que tocante al interés superior del menor éste encuentra su fundamento constitucional en el artículo 4º de la Carta Magna:

“Art. 4o.- El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. (...)

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.”

Otra de las instituciones previstas en el Libro Primero del Código Civil para el Distrito Federal, y que guarda íntima relación con la protección de los menores de edad es la tutela, la cual será estudiada a continuación.

La tutela tiene como objeto, según se advierte del artículo 449 del Código Civil en estudio, la guarda de la persona y de sus bienes, que sin estar bajo la patria potestad, no cuentan con capacidad natural y legal, o sólo ésta última, para poderse gobernar por sí mismos; esta institución cuidará de manera preferente del incapacitado.

El artículo 492 del Código Civil dispone que los menores en situación de desamparo; es decir, que por imposibilidad, incumplimiento o inapropiado ejercicio de los deberes de protección establecidos por la norma para la patria potestad, tutela o custodia, se pondrán bajo la tutela de una institución autorizada para ello y que además tendrá las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores.

También se distingue qué debemos entender por niño expósito y por niño abandonado; el primero será el menor colocado en situación de desamparo por quienes de acuerdo a la ley tengan la obligación de custodia, protección y cuidado y no sea posible determinar su origen; por niño abandonado, se entenderá a aquél menor cuyo origen es conocido.

Quien acoja a un menor, estará obligado a dar aviso al Ministerio Público Especializado dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, y éste a su vez, lo pondrá inmediatamente bajo la protección de Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.

La tutela de los menores en situación de desamparo que sean recibidos en casas de asistencia privada y organizaciones civiles autorizadas, será ejercida por los responsables de éstas, según dispone el artículo 493 del Código Civil de referencia.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 494-A de la normatividad civil, la tutela de los menores en situación de desamparo que no hayan sido recibidos por las instituciones de asistencia social, será desempeñada por el Gobierno del Distrito Federal, por conducto del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia de esa entidad.

Dicho sistema será apoyado por un Comité Técnico interinstitucional e interdisciplinario; siempre que se tenga conocimiento de la situación de desamparo de un menor, se llevará a cabo una diligencia de acogimiento con la participación de dicho comité; además, se tendrá que dar aviso al Ministerio Público Especializado, lo anterior de acuerdo al precepto 494-C del Código referido.

Además, de acuerdo al artículo citado en el párrafo anterior así como al 495-D del mismo Código, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, tendrá las siguientes facultades y obligaciones:

- Adoptar medidas inherentes a la atención, protección y tratamiento para el pleno ejercicio de los derechos del menor.
- Procurar el sano desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social del niño.
- Brindar atención prioritaria a los menores con problemas de adicción.

- Llevar a cabo acciones de prevención y protección a fin de incorporar a los menores al núcleo familiar, hogares sustitutos u otros espacios adecuados.
- Garantizar el derecho a la alimentación, a la salud, a la educación y al sano esparcimiento.
- Tendrá legitimación para promover ante el órgano jurisdiccional acciones tendentes a resolver la situación definitiva del niño.
- Actuar de acuerdo al interés superior del menor.
- Procurar la reinserción a su familia.

De lo expuesto, podemos advertir que el Estado por conducto del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, se encarga de procurar el bienestar de los niños, en particular de aquéllos que se encuentran en situación de desamparo o abandono, o incluso aquéllos que son víctimas de violencia dentro de la propia familia. El objetivo de dicha institución consiste en brindar protección y asistencia a los menores que se encuentran en estado de vulnerabilidad, proporcionar los medios necesarios para su sano desarrollo, y en su caso, reintegrarlos al núcleo familiar.

Otra de las figuras protectoras de los menores de edad del Libro Primero son las relativas a la mayoría de edad y a la emancipación, mismas que ya fueron analizadas en la primera parte del presente capítulo, a fin de evitar reproducciones innecesarias solo se han señalado los rubros correspondientes.

De manera más general y de índole pecuniario, se mencionan a continuación las disposiciones relativas al patrimonio de familia, si bien se refiere a la protección de los bienes con los que cuenta éste núcleo social, debemos entender que los menores de edad al estar -en la mayoría de los casos- inmersos en ella, alcanzan ésta protección y por ende resulta aplicable.

El artículo 723 del Código Civil, lo define al patrimonio familiar como: “Una institución de interés público, que tiene como objeto afectar uno o más bienes para proteger económicamente a la familia y sostener el hogar.”

Éste podrá incluir la casa y el mobiliario doméstico; una parcela cultivable o negocios industriales y comerciales cuya explotación se haga entre los integrantes de la familia; así como los utensilios necesarios para su actividad.

En virtud del patrimonio familiar, la propiedad de los bienes que a él quedan afectos será detentada por los integrantes de la familia beneficiaria; además, esos bienes serán inalienables, imprescriptibles y no podrán estar sujetos a ningún embargo u otro gravamen, según lo dispuesto por los artículos 725 y 727 del Código Civil para el Distrito Federal.

Por otro lado, de acuerdo a los artículos 724 y 729 de la norma civil, el patrimonio de familia puede ser constituido por cualquiera de sus integrantes que busque la protección jurídica y económica de ésta. No obstante, únicamente podrá existir un patrimonio por familia.

Las personas a cuyo favor se constituye el patrimonio de familia serán quienes podrán disfrutar del mismo, así como los hijos supervenientes, según se advierte del artículo 734 del Código Civil de referencia.

Finalmente, el patrimonio familiar podrá extinguirse, conforme al artículo 741 del Código multicitado:

- En el momento en que cese el derecho a percibir alimentos de todos los beneficiarios.
- Cuando injustificadamente se deje de habitar por un año en la casa usada como morada, o bien se dejen de explotar los bienes destinados al patrimonio familiar.
- Por gran necesidad o notoria utilidad para la familia y se pruebe dicha situación.

- Expropiación de los bienes por utilidad pública.
- Cuando se declare nula o se rescinda la venta de los bienes vendidos por el Gobierno del Distrito Federal.

El Libro Segundo de nuestro Código se refiere exclusivamente a los bienes, sus clasificaciones y las distintas formas para adquirirlos, no establece normas protectoras o que incidan directamente a los menores de edad, por lo que no realizará un mayor estudio de ese apartado.

El Libro Tercero del Código Civil para el Distrito Federal, denominado “De las Sucesiones” contempla en lo que nos atañe, básicamente lo relativo a la capacidad, para testar y para heredar, el testamento inoficioso y respecto a la sucesión legítima.

“Artículo 1306.- Están incapacitados para testar:

- I.- Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres;
- II.- Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio.”

“Artículo 1313.- Todos los habitantes del Distrito Federal de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar, y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto; pero con relación a ciertas personas y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes:

- I.- Falta de personalidad (...)”

“Artículo 1314.- Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337.”

“Artículo 1315.- Será, no obstante, válida la disposición hecha en favor de los hijos que nacieren de ciertas y determinadas personas durante la vida del testador.”

En relación a los menores de edad, serán incapaces para heredar por testamento o por sucesión legítima, según lo preceptuado por el artículo 1316 del Código Civil para el Distrito Federal:

- Los padres que hayan expuesto a su hijo;
- Los ascendientes que hayan abandonado, prostituido o corrompido a sus descendientes, respecto de los ofendidos;
- Los parientes que no hayan cumplido con la obligación de proporcionar alimentos al autor de la herencia, o no lo hayan cuidado en caso de necesidad.

Ahora bien, respecto a los alimentos, el testador tendrá que dejarlos a sus descendientes menores de dieciocho años, siempre y cuando esté obligado a ello; así como a hermanos y otros familiares dentro del cuarto grado que sean menores de edad si están incapacitados, o que no tengan bienes necesarios para subvenir a sus necesidades. Lo anterior está regulado en las fracciones I y VI del artículo 1368 del Código Civil.

En caso de que no se deje pensión alimenticia en el testamento y exista obligación de hacerlo, éste será inoficioso, según se desprende del artículo 1374 de la norma en estudio.

Ahora bien, de conformidad con los artículos 1371 y 1372 del Código Civil, si al momento en que muera el testador, existe la necesidad de los alimentos, surge el derecho a percibir alimentos; derecho que no podrá renunciarse o ser objeto de transacción. La pensión se establecerá y asegurará de acuerdo a lo que el mismo Código señala.

Si la masa hereditaria no es suficiente para brindar alimentos a todos los acreedores alimentarios se dará preferencia a los descendientes y al cónyuge supérstite, así lo dispone el artículo 1373 del Código citado.

Finalmente, la sucesión legítima tendrá lugar cuando no hay testamento, o bien sea nulo o inválido; así como también si el testador no dispuso de todos sus bienes; y respecto al heredero cuando no cumpla con la condición impuesta por el

testador, muera antes que éste último, o bien repudie o sea incapaz para heredar y no se haya nombrado sustituto.

Tendrán derecho a heredar por sucesión intestamentaria, los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado, la concubina, el concubinario e incluso el hijo póstumo. También podrá heredar el hijo adoptado. Lo anterior está regulado en los artículos 1599, 1602, y 1612 del Código analizado.

Como podemos observar, en materia de sucesiones, la legislación también contempla en diferentes supuestos a los menores de edad. En primer lugar, en lo que respecta a la capacidad para otorgar testamento, la cual como quedó apuntado, será mínimo dieciséis años, que a diferencia del matrimonio, no distingue entre hombre o mujer, será igual para ambos.

Por otro lado, los menores de edad tienen capacidad para heredar, a excepción de los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables.

En este sentido, la ley prohíbe heredar a aquellas personas que hayan abandonado, negado los alimentos, prostituido o corrompido a sus descendientes.

También se advierte que en el libro relativo a las sucesiones, la ley contempla la figura de los alimentos, y que los mismos sean proporcionados a las personas que los necesiten, entre ellos los niños. En el caso, será inoficioso el testamento, cuando existan acreedores alimentarios y no se contemplen en el mismo, pues de la masa hereditaria del *de cuius* se deberá asignar la partida correspondiente.

Finalmente, en el Libro IV del Código Civil, intitulado “De las Obligaciones” no se advierten normas que se refieran de manera expresa o directa a los menores de edad; sin embargo, como se ha señalado, ellos no cuentan con capacidad de ejercicio, únicamente de goce y para poder ejercer sus derechos

tendrán que hacerlo a través de un representante, en ese sentido también se hace mención a dichos temas.

“Artículo 1798.- Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley.”

“Artículo 1799.- La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en provecho propio, salvo que sea indivisible el objeto del derecho o de la obligación común.”

“Artículo 1800.- El que es hábil para contratar, puede hacerlo por sí o por medio de otro legalmente autorizado.”

“Artículo 1801.- Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley.”

“Artículo 1802.- Los contratos celebrados a nombre de otro por quien no sea su legítimo representante, serán nulos, a no ser que la persona a cuyo nombre fueron celebrados, los ratifique antes de que se retracten por la otra parte. La ratificación debe ser hecha con las mismas formalidades que para el contrato exige la ley. Si no se obtiene la ratificación, el otro contratante tendrá derecho de exigir daños y perjuicios a quien indebidamente contrató.”

De lo expuesto se desprende que los menores de edad no cuentan con la capacidad jurídica para ejercitar sus derechos, sólo a través de quienes ejerzan la patria potestad podrán ejercer sus derechos, de ahí se hayan citado las normas relativas a los contratos en materia de capacidad y representación.

## **2. Ley de los derechos de las niñas y niños en el Distrito Federal**

Esta ley fue publicada en 31 de enero de 2000, por la entonces jefa de gobierno del Distrito Federal Rosario Robles Berlanga, entró en vigor al siguiente día de su publicación. La normatividad está integrada por 7 Títulos, los cuales se distribuyen de la siguiente forma:

Título Primero. Disposiciones Generales. En este apartado se establece su ámbito de aplicación y su objeto; además, proporciona una serie de definiciones como por ejemplo la de “niña o niño” que será “todo ser humano menor de dieciocho años”.

“Artículo 1. La presente Ley es de orden público, interés social y de observancia general en el Distrito Federal. Los derechos y beneficios reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la Convención sobre los Derechos del Niño y otros tratados internacionales ratificados por el Estado Mexicano, así como la presente Ley, serán aplicables a todas las niñas y niños que habiten o transiten en el Distrito Federal.

La aplicación de la presente Ley corresponde, en el ámbito de su competencia, a la Administración Pública centralizada y descentralizada del Distrito Federal.”

“Artículo 2.- La presente Ley tiene por objeto:

I. Garantizar y promover el ejercicio de los derechos de las niñas y niños;

II. Establecer los principios que orienten las políticas públicas a favor de las niñas y niños;

III. Fijar los lineamientos y establecer las bases para la instrumentación y evaluación de las políticas públicas y de las acciones de defensa y representación jurídica, asistencia, provisión, prevención, protección y participación para la promoción y vigencia de los derechos de las niñas y niños a fin de:

a) Impulsar y consolidar la atención integral y la generación de oportunidades de manera igualitaria para las niñas y niños;

b) Establecer los mecanismos que faciliten el ejercicio de los derechos de las niñas y niños;

c) Promover la cultura de respeto hacia las niñas y niños en el ámbito familiar, comunitario y social, así como en el público y privado;

d) Establecer las facultades y obligaciones de la Administración Pública para el cumplimiento de la presente Ley.”

Título Segundo. Esta sección se refiere, por un lado, a los principios que deberán seguirse para la observancia e interpretación de esta ley; en primer lugar, se alude al interés superior del menor, el cual como se ha apuntado anteriormente consiste en dar prioridad al bienestar de los niños y niñas frente a cualquier interés; otro de los principios que se cita es el de la familia como espacio preferente para el desarrollo de los menores de edad. También se establece un catálogo de derechos inherentes a las y los niños, que podemos enunciar de la siguiente manera.

Los menores de edad tienen derecho:

- ✓ A la vida, a la integridad y a la dignidad; como lo es tener una vida con calidad, sin discriminación, libre de violencia, protegidos por sus padres, familia, sociedad y gobierno.
- ✓ A la identidad, a la certeza jurídica y a la familia; las cuales comprenden gozar de los atributos de la personalidad, incluso poder solicitar y recibir información sobre su origen, respecto a la identidad de sus padres y su origen genético; así como vivir y crecer en el seno de una familia, conocer a sus progenitores, mantener relaciones personales y contacto directo con ellos.
- ✓ A la salud y a la alimentación.
- ✓ A la educación, a la recreación, a la información y a la participación.
- ✓ A la asistencia social.

El Título Tercero denominado “De las Obligaciones de la Familia” se refiere a los deberes que respecto a los niños y niñas tienen sus padres; se incluyen además los tutores, profesores e instructores, se prevé que en caso de que el niño se encuentre privado de su familia, tendrá derecho a recibir apoyo de la Secretaría de Desarrollo Social y del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, ambas instituciones para el Distrito Federal.

“Artículo 8.- La madre y el padre son igualmente responsables del desarrollo sano e integral de sus hijos, debiendo garantizar lo necesario para su subsistencia, salud, educación y los elementos que favorezcan su incorporación al medio social.”

“Artículo 9.- Son obligaciones de los progenitores y miembros de la familia para con las niñas y niños:

- I. Asegurar el respeto y la aplicación eficaz de los derechos establecidos en la presente Ley, así como garantizarles que no sufran ningún tipo de violencia, discriminación, maltrato, explotación o violación a sus derechos, en el seno de sus familias, en los centros de enseñanza, en los espacios de recreación o en cualquier otro lugar en que se encuentren;
- II. Prevenir las situaciones, acciones o hechos que amenacen o violen sus derechos (...);
- III. Proporcionar apoyo, cuidados, educación, protección a la salud, alimentación suficiente y adecuada;

- IV. Cumplir con el trámite de inscripción en el Registro Civil;
- V. Realizar los trámites de inscripción para que reciban la educación obligatoria;
- VI. Incentivarlos para que realicen actividades culturales, recreativas, deportivas y de esparcimiento, que les ayuden a su desarrollo integral;
- VII. Respetar y tener en cuenta el carácter de sujeto de derecho; (...)
- VIII. Darles a conocer sus derechos, así como brindarles orientación y dirección para su ejercicio y debida observancia (...).”

“Artículo 16.- Las mismas obligaciones (...) tendrán los tutores, profesoras y profesores, instructoras e instructores y en general cualquier persona que tenga a su cargo la educación o instrucción de cualquier índole (...).”

El Título IV corresponde a las obligaciones, atribuciones y facultades, que en materia de protección a los niños tendrán: El Jefe de Gobierno, la Secretaría de Desarrollo Social, la Secretaría de Salud, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, Jefes Delegacionales, el Consejo Promotor de los Derechos de las Niñas y Niños así como de la Defensoría de los Derechos de la Infancia, todos en el Distrito Federal.

El Título V denominado “De las acciones de Gobierno” se refiere a los objetivos y mecanismos que serán empleados por las autoridades, en especial el Jefe de Gobierno, la Secretaría de Desarrollo Social y la Secretaría del Medio Ambiente del Distrito Federal, en coordinación con otras dependencias, órganos desconcentrados y entidades competentes, a efecto de garantizar a los niños lo concerniente a los siguientes rubros:

- ✓ Educación y Cultura.
- ✓ Recreación y Deporte.
- ✓ Participación en los asuntos de su familia, comunidad su país y todos aquéllos temas en que se vean involucrados.

El Título VI corresponde a las niñas y niños que se encuentran o viven en circunstancias de desventaja social y a la acciones de protección. La ley clasifica las situaciones desfavorables de la siguiente manera:

- ✓ De las niñas y niños con adicciones.

- ✓ Niñas y niños víctimas del maltrato.
- ✓ En situación de calle.
- ✓ De las niñas y niños trabajadores en situación de desventaja social.
- ✓ Niñas y niños con discapacidad.

Finalmente, en el Séptimo y último título, se señalan las obligaciones y cómo deberán operar las instituciones dedicadas a la atención de niñas y niños.

“Artículo 57.- Las instituciones públicas y organizaciones sociales e instituciones de asistencia privada de atención a niñas y niños, (...) tendrán las obligaciones siguientes:

- I. Respetar los derechos y garantías de que son titulares;
- II. Respetar su diversidad cultural y su dignidad;
- III. Promover el restablecimiento y la preservación de los vínculos familiares, tomando en cuenta que estos no resulten en su perjuicio;
- IV. Coordinarse con el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia en el Distrito Federal cuando se requiera integrar a la niña o niño a un hogar provisional; para garantizar (...) la certeza de su situación jurídica;
- V. Hacer de su conocimiento sus derechos y obligaciones y normas vigentes, así como las atribuciones que tiene el personal de éstas, además de precisar las instancias internas y externas a las que puede acudir en caso de ser necesario para denunciar incumplimientos, abusos y cualquier clase de violación a sus derechos;
- VI. Llevar un registro de los ingresos y egresos de las niñas y niños atendidos;
- VII. Llevar el seguimiento y evaluación de la evolución de los casos atendidos”

### **3. Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes**

Esta ley fue publicada por el entonces Presidente de la República Mexicana Ernesto Zedillo Ponce de León en el Diario Oficial de la Federación, el 29 de mayo de 2000, entró en vigor al día siguiente de su publicación; se fundamenta en el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Está integrada por 5 Títulos, los cuales se desarrollan enseguida.

Título Primero, corresponde a las disposiciones generales, en las cuales podemos advertir que tiene por objeto garantizar a las niñas, niños y adolescentes la tutela y el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la

Constitución; define a los niños y a los adolescentes -pese a no tener una redacción muy clara-, también establece los principios que regirán la protección de los derechos de las personas con esta condición, así como de las obligaciones que con respecto a ellos tienen los padres, tutores y custodios, así como el Estado a través de sus diferentes organismos.

“Artículo 2. Para los efectos de esta ley, son niñas y niños las personas de hasta 12 años incompletos (sic), y adolescentes los que tienen entre 12 años cumplidos y 18 años incumplidos.”

“Artículo 3. La protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, tiene como objetivo asegurarles un desarrollo pleno e integral, lo que implica la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad.

Son principios rectores de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes:

A. El del interés superior de la infancia.

B. El de la no-discriminación por ninguna razón, ni circunstancia.

C. El de igualdad sin distinción de raza, edad, sexo, religión, idioma o lengua, opinión política o de cualquier otra índole, origen étnico, nacional o social, posición económica, discapacidad, circunstancias de nacimiento o cualquiera otra condición suya o de sus ascendientes, tutores o representantes legales.

D. El de vivir en familia, como espacio primordial de desarrollo.

E. El de tener una vida libre de violencia.

F. El de corresponsabilidad de los miembros de la familia, Estado y sociedad.

G. El de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales.”

“Artículo 4. De conformidad con el principio del interés superior de la infancia, las normas aplicables a niñas, niños y adolescentes, se entenderán dirigidas a procurarles, primordialmente, los cuidados y la asistencia que requieren para lograr un crecimiento y un desarrollo plenos dentro de un ambiente de bienestar familiar y social.

Atendiendo a este principio, el ejercicio de los derechos de los adultos no podrá, en ningún momento, ni en ninguna circunstancia, condicionar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes. (...)”

“Artículo 5. La Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios, procurarán implementar los mecanismos necesarios para impulsar una cultura de protección de los derechos de la infancia, basada en el contenido de la Convención Sobre los Derechos del Niño y tratados que sobre el tema apruebe el Senado de la República.”

“Artículo 7. Corresponde a las autoridades o instancias federales, del Distrito Federal, estatales y municipales en el ámbito de sus atribuciones, la de asegurar a niñas, niños y adolescentes la protección y el ejercicio de sus derechos y la toma de medidas necesarias para su bienestar tomando en cuenta los derechos y deberes de sus madres, padres, y demás ascendientes, tutores y custodios, u otras personas que sean responsables de los mismos. (...)”

“Artículo 9. Niñas, niños y adolescentes tienen los deberes que exige el respeto de todas las personas, el cuidado de los bienes propios, de la familia y de la comunidad, y el aprovechamiento de los recursos que se dispongan para su desarrollo.

Ningún abuso, ni violación de sus derechos podrá considerarse válido ni justificarse por la exigencia del cumplimiento de sus deberes.”

“Artículo 11. Son obligaciones de madres, padres y de todas las personas que tengan a su cuidado niñas, niños y adolescentes:

A. Proporcionarles una vida digna, garantizarles la satisfacción de alimentación, así como el pleno y armónico desarrollo de su personalidad en el seno de la familia, la escuela, la sociedad y las instituciones (...), la alimentación comprende esencialmente la satisfacción de las necesidades de comida, habitación, educación, vestido, asistencia en caso de enfermedad y recreación.

B. Protegerlos contra toda forma de maltrato, prejuicio, daño, agresión, abuso, trata y explotación. Lo anterior implica que la facultad que tienen quienes ejercen la patria potestad o la custodia de niñas, niños y adolescentes no podrán al ejercerla atender contra su integridad física o mental ni actuar en menoscabo de su desarrollo. (...)

El Título Segundo corresponde a los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, mismos que se enlistan a continuación:

- ✓ Derecho de prioridad.
- ✓ Derecho a la vida.
- ✓ Derecho a la no discriminación.
- ✓ Derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo psicofísico.
- ✓ Derecho a ser protegido en su integridad, en su libertad, y contra el maltrato y el abuso sexual.

- ✓ Derecho a la identidad.
- ✓ Derecho a vivir en familia.
- ✓ Derecho a la salud.
- ✓ Derechos de niñas, niños y adolescentes con discapacidad.
- ✓ Derecho a la educación.
- ✓ Derecho al descanso y al juego.
- ✓ Libertad de pensamiento.
- ✓ Derecho a una cultura propia.
- ✓ Derecho a participar.

El Título Tercero contempla, entre otras cuestiones, la obligación de las autoridades federales de verificar que los medios de comunicación difundan información y material de interés social y cultural para niñas, niños y adolescentes, que contribuyan a orientarlos en el ejercicio de sus derechos, así como ayudarlos a su sano desarrollo y a protegerlos de los peligros a que son susceptibles; por otro lado, prohíbe la emisión de información contraria a los objetivos de la ley y que sean perjudiciales para su bienestar, o contrarios a los principios de paz, no discriminación y respeto.

También se establecen las reglas relativas al debido proceso en caso de infracción a la Ley Penal, en virtud de lo cual la ley protegerá a niñas, niños y adolescentes de cualquier injerencia arbitraria o contraria a sus derechos humanos.

“Artículo 45. (...) las normas establecerán las bases para asegurar a niñas, niños y adolescentes (...):

A. Que no sean sometidos a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

B. Que no sean privados de su libertad de manera ilegal o arbitraria. La detención o privación de la libertad del adolescente se llevará a cabo de

conformidad con la ley y respetando las garantías de audiencia, defensa y procesales que reconoce la Constitución.

C. Que la privación de la libertad sea aplicada siempre y cuando se haya comprobado que se infringió gravemente la ley penal y como último recurso, durante el periodo más breve posible, atendiendo al principio del interés superior de la infancia.

D. Que de aquellos adolescentes que infrinjan la ley penal, su tratamiento o internamiento sea distinto al de los adultos y, consecuentemente se encuentren internados en lugares diferentes de éstos. Para ello se crearán instituciones especializadas para su tratamiento e internamiento.

E. Que de conformidad con el inciso que antecede, se promoverán códigos o leyes en los que se establecerán procedimientos y crearán instituciones y autoridades especializadas para el tratamiento de quienes se alegue han infringido las leyes penales. Entre esas acciones se establecerán Ministerios Públicos y Jueces Especializados.

F. Que en el tratamiento (...), se considere la importancia de promover la reintegración o adaptación social del adolescente y para que asuma una función constructiva en la sociedad.

G. Que entre las medidas de tratamiento que se apliquen a quienes infrinjan la ley penal, se encuentren las siguientes: El cuidado, orientación, supervisión, asesoramiento, libertad vigilada, colocación de hogares de guarda, programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que sean tratados de manera apropiada para su reintegración y adaptación social, en función de su bienestar, cuidando que la medida aplicada guarde proporción entre las circunstancias de su comisión y la sanción correspondiente.

En las leyes penales se diferenciarán las medidas de tratamiento e internamiento para aquellos casos que se infrinja la ley penal, cuando se trate de delitos graves o de delincuencia organizada por los mismos adolescentes, ante lo cual se podrán prolongar o aumentar las medidas de tratamiento y en último caso, optar por la internación.

H. Que todo aquel adolescente que presuntamente ha infringido las leyes penales, tenga derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y a cualquier otra asistencia adecuada, a fin de salvaguardar sus derechos. Consecuentemente, se promoverá el establecimiento de Defensores de Oficio Especializados.

I. Que en los casos que se presuma se han infringido las leyes penales, se respete el derecho a la presencia de sus ascendientes, tutores, custodios o de quienes estén responsabilizados de su cuidado.

J. Que a quienes se prive legalmente de su libertad, sean tratados respetando sus derechos humanos y la dignidad inherente a toda persona.

K. Que quienes sean privados de su libertad tengan derecho a mantener contacto permanente y constante con su familia, con la cual

podrá convivir, salvo en los casos que lo impida el interés superior de la infancia.

L. Que no procederá la privación de libertad en ningún caso cuando se trate de niñas o niños. Cuando se trate de adolescentes que se encuentren en circunstancias extraordinarias, de abandono o de calle, no podrán ser privados de su libertad por esa situación especialmente difícil.”

“Artículo 46. Los procedimientos a los que se someta a una o un adolescente que presuntamente haya infringido la ley penal, deberán respetar todas las garantías procesales dispuestas en la Constitución, particularmente las siguientes:

A. Garantía de presunción de inocencia, de conformidad con la cual se presume inocente mientras no se demuestre lo contrario.

B. Garantía de celeridad, consistente en el establecimiento de procedimientos orales y sumarios para aquellos que estén privados de su libertad.

C. Garantía de defensa, que implica los deberes de: informar al adolescente, en todo momento, de los cargos que existan en su contra y del desarrollo de las diligencias procesales; asegurarle la asistencia de un defensor de oficio, para el caso de que el adolescente o su representante legal no lo designe; garantizarle que no se le obligue a declarar contra sí mismo, ni contra sus familiares; garantía de que no será obligado al careo judicial; permitirle que esté presente en todas las diligencias judiciales que se realicen y que sea oído, aporte pruebas e interponga recursos.

D. Garantía de no ser obligado al careo judicial o ministerial.

E. Garantía de contradicción, que obliga a dar a conocer oportunamente, al adolescente sometido a proceso todas las diligencias y actuaciones del mismo, a fin de que puedan manifestar lo que a su derecho convenga e interponer recursos.

F. Garantía de oralidad en el procedimiento, que lleva a que se escuche directamente al adolescente implicado en el proceso.”

“Artículo 47. El adolescente que infrinja las normas administrativas quedará sujeto a la competencia de las instituciones especializadas o de las instituciones equivalentes en la Entidad Federativa en la que se encuentren, las cuales deberán asistirlo sin desvincularlo de sus familias y sin privarlo de su libertad.”

Finalmente, el Título V denominado “De la procuración de la defensa y protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes” prevé cuáles serán las facultades de las que gozarán las instituciones de la Federación, el Distrito Federal, estados y municipios para una mejor defensa y protección de los

menores de edad, entre las que se encuentran, de acuerdo al artículo 49, las siguientes:

- “A. Vigilar la observancia de las garantías constitucionales que salvaguardan los derechos de niñas, niños y adolescentes, las disposiciones contenidas en los tratados internacionales suscritos por nuestro país en los términos del artículo 133 Constitucional y las previstas en la legislación aplicable.
- B. Representar legalmente los intereses de niñas, niños y adolescentes ante las autoridades judiciales o administrativas (...)
- C. Conciliar en casos de conflicto en el núcleo familiar cuando se vulneren los derechos y garantías de niñas, niños y adolescentes.
- D. Denunciar ante el Ministerio Público todos aquellos hechos que se presuman constitutivos de delito, coadyuvando en la averiguación previa.
- E. Promover la participación de los sectores público, social y privado en la planificación y ejecución de acciones en favor de la atención, defensa y protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.
- F. Asesorar a las autoridades competentes y a los sectores social y privado en lo relativo a la protección de sus derechos.
- G. Realizar, promover y difundir estudios e investigaciones para fortalecer las acciones en favor de la atención, defensa y protección de sus derechos y hacerlos llegar a las autoridades competentes y a los sectores social y privado para su incorporación en los programas respectivos.
- H. Definir, instrumentar y ejecutar políticas y mecanismos que garanticen la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.
- I. Aplicar las sanciones establecidas en esta ley. (...)”

#### **IV. LA PROTECCIÓN A LOS DERECHOS DE LOS MENORES DE EDAD EN MATERIA INTERNACIONAL**

##### **1. *Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores***

Esta convención se adoptó en la ciudad de la Paz, Bolivia el 24 de mayo de 1984. En nuestro país fue aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el 27 de diciembre de 1986, ratificada por el otrora titular del poder

ejecutivo Miguel de la Madrid el 11 de febrero de 1987 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de agosto del mismo año.

Este instrumento está integrado por 29 artículos, en virtud de los cuales se establece cuál será la legislación aplicable cuando existan conflictos de leyes en materia de adopción de menores, cuando el adoptante tenga su domicilio en un Estado Parte y el adoptado tenga su residencia habitual en otro Estado Parte.

De conformidad con el artículo tercero, la ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento, y demás requisitos para que sea adoptado, así como los procedimientos inherentes para la constitución del vínculo.

Respecto al adoptante dispone:

“Artículo 4. La Ley del domicilio del adoptante (o adoptantes) regirá:

- a. La capacidad para ser adoptante;
- b. Los requisitos de edad y estado civil del adoptante;
- c. El consentimiento del cónyuge del adoptante, si fuere el caso, y
- d. Los demás requisitos para ser adoptante.

En el supuesto de que los requisitos de la ley del adoptante (o adoptantes) sean manifiestamente menos estrictos a los señalados por la ley de la residencia habitual del adoptado, regirá la ley de éste.”

Tratándose de adopción plena, legitimación adoptiva y figuras afines a las relaciones entre adoptante y adoptado, incluso las alimentarias, y las del adoptado con la familia del adoptante, se regirá por la misma ley que regula las relaciones del adoptante con su familia legítima.

Respecto a las adopciones distintas a la adopción plena, legitimación adoptiva, familia de origen y derechos sucesorios dispone:

“Artículo 10. En caso de adopciones distintas a la adopción plena, legitimación adoptiva y figuras afines, las relaciones entre adoptante (o adoptantes) y adoptado se rigen por la ley del domicilio del adoptante (o adoptantes).

Las relaciones del adoptado con su familia de origen se rigen por la ley de su residencia habitual al momento de la adopción.”

“Artículo 11. Los derechos sucesorios que corresponden al adoptado o adoptante (o adoptantes) se regirán por las normas aplicables a las respectivas sucesiones.

En los casos de adopción plena, legitimación adoptiva y figuras afines, el adoptado, el adoptante (o adoptantes) y la familia de éste (o de éstos), tendrán los mismos derechos sucesorios que corresponden a la filiación legítima.”

También garantiza el secreto de la adopción cuando correspondiere; de igual forma, permite a las autoridades que otorgaren la adopción, exigir al adoptante que acredite su aptitud física, moral, psicológica y económica.

Asimismo, dispone que cuando el adoptante tuviera más de 14 años de edad será necesario su consentimiento.

Finalmente, la convención contempla el tema de la competencia jurisdiccional para otorgar la adopción, anularla o revocarla, convertir la adopción simple en plena o legitimación adoptiva; así como para decidir las cuestiones relativas a las relaciones entre adoptado y adoptante y la familia de éste.

## ***2. Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la edad mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios***

Este instrumento fue suscrito en Nueva York el 10 de diciembre de 1962; la Cámara de Senadores la aprobó el 10 de noviembre de 1982, el presidente de la República en aquél entonces Miguel de la Madrid, lo firmó el veinte de diciembre del mismo año y fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 19 de abril siguiente.

Los Estados contratantes se inspiraron para creación de esta convención en la Carta de las Naciones Unidas, a fin de promover el respeto y la observancia universales de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 16 dispone:

"1) Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en

cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2) Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio."

Al respecto, se hace alusión a la Asamblea General de las Naciones Unidas, que en su resolución 843 de 17 de diciembre de 1954 declaró con los principios señalados en la Carta de las Naciones Unidas, así como en la Declaración Universal de Derechos Humanos, determinadas costumbres, antiguas leyes y prácticas relativas al matrimonio y a la familia.

Así mismo, reafirma que todos los Estados deben adoptar las disposiciones idóneas a efecto de abolir esas costumbres, antiguas leyes y prácticas como lo son el matrimonio de los niños y la práctica de los esponsales de las jóvenes antes de la edad núbil, y en su caso establecer penas.

La convención en estudio enfatiza primordialmente respecto al consentimiento, medidas relativas a la edad mínima para contraer matrimonio y sobre su inscripción.

"Artículo 1. 1) No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley.

2) (...) no será necesario que una de las partes esté presente cuando la autoridad competente esté convencida de que las circunstancias son excepcionales y de que tal parte, ante una autoridad competente y del modo prescrito por la ley, ha expresado su consentimiento, sin haberlo retirado posteriormente."

"Artículo 2. Los estados parte en la presente Convención adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio. No podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense el requisito de la edad."

"Artículo 3. Todo matrimonio deberá ser inscrito por la autoridad competente en un registro oficial destinado al efecto."

### **3. Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional**

Esta Convención fue suscrita el 29 de mayo de 1993 en la ciudad de La Haya, Países Bajos; el titular del poder ejecutivo de entonces Carlos Salinas de Gortari la firmó en esa misma fecha. Por su parte, la Cámara de Senadores la aprobó el 22 de junio de siguiente y se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 24 de octubre del mismo año.

Al suscribirla, los Estados Parte se inspiraron en la necesidad de que el niño crezca en un medio familiar, bajo un clima de felicidad, amor y comprensión, a efecto de lograr el desarrollo armónico de su felicidad. Por lo que cada Estado debe tomar prioritariamente, medidas idóneas que permitan mantener al niño con su familia; y por otro lado, medidas que garanticen que las adopciones internacionales se realicen de conformidad al interés superior del menor y se respeten sus derechos fundamentales, así como prevenir la sustracción, venta o tráfico de niños.

Afirman que la adopción internacional puede presentar la ventaja de otorgar una familia permanente a aquellos niños que no cuentan con una familia adecuada en su Estado de origen.

“Artículo 1. La presente Convención tiene por objeto:

- a) establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho Internacional;
- b) instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños;
- c) asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con la Convención.”

### **4. Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores**

Este instrumento se adoptó en La Haya, Países Bajos el 25 de octubre de 1980, la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión lo aprobó el 13 de

diciembre de 1990, el titular del ejecutivo de aquél entonces Carlos Salinas de Gortari lo ratificó el 29 de enero siguiente, y fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de marzo del mismo año.

Los Estados Parte suscribieron dicha convención bajo el argumento de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia y con el deseo de proteger al niño en el plano internacional de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita, así como establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, y asegurar la protección del derecho de visita.

En la convención se definen los supuestos en los que el traslado o retención de un menor serán ilícitos.

“Artículo 1. La finalidad de la presente Convención será la siguiente:

- a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante;
- b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.”

“Artículo 2. Los Estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos de la Convención. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan.”

“Artículo 3. El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos;

- a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y
- b) cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. (...)”

“Artículo 4. La Convención se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de

la infracción de los derechos de custodia o de visita. La Convención dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años.”

“Artículo 5. A los efectos de la presente Convención:

a) el "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia;

b) el "derecho de visita" comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquél en que tiene su residencia habitual.”

## **5. Convención sobre los Derechos del Niño**

La convención que ahora se estudia fue suscrita el 20 de noviembre de 1989 en la ciudad de Nueva York; el veintiséis de enero de 1991 fue firmada por el titular del ejecutivo en turno Carlos Salinas y ratificada por el mismo el 10 de agosto de ese año. El senado la aprobó el 19 de junio de 1990, finalmente se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991.

Al suscribirla, los Estados Parte se inspiraron por un lado en los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, en virtud de los cuales la paz, la libertad y la justicia del mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

Por otro lado, sostienen que la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, en particular los niños, debe recibir protección y asistencia indispensables para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la sociedad; por tanto, el niño debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad; de igual manera debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

Pues de acuerdo a la Declaración de los Derechos del Niño, el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, antes y después del nacimiento.

Define al “niño” como todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Los Estados Parte se obligan a adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección del niño contra toda forma de discriminación; y también, para que todas las instituciones públicas o privadas en el desempeño de sus funciones concernientes a los niños atiendan al interés superior de éstos.

Por otra parte, le reconoce diversos derechos a los niños, que a manera de síntesis se enlistan enseguida:

- ✓ Derecho intrínseco a la vida.
- ✓ Derecho al nombre, a adquirir una nacionalidad, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
- ✓ Derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con sus padres aunque se encuentre separado de alguno de ellos.
- ✓ Derecho a expresar libremente su opinión en todos los asuntos que afecten al niño, incluso de índole judicial o administrativo.
- ✓ Libertad de expresión y derecho a la información de ideas de todo tipo.
- ✓ Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.
- ✓ Libertad de asociación y de celebrar reuniones pacíficas.
- ✓ Derecho a la salud, esto incluye servicios para el tratamiento de enfermedades y rehabilitación.

- ✓ Derecho a beneficiarse de la seguridad social.
- ✓ Derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
- ✓ Derecho a la educación.
- ✓ Derecho al descanso, al esparcimiento y a las actividades recreativas propias de su edad.
- ✓ Derecho a participar libremente en la vida cultural y en las artes.

Por otro lado, se establece que los Estados Parte adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los niños gocen de los derechos enunciados, incluso imponer sanciones para quienes quebranten las normas protectoras de los niños.

#### **6. Enmienda al párrafo 2 del artículo 43 de la Convención sobre los Derechos del Niño**

Esta enmienda fue adoptada durante la Conferencia de los Estados Parte de la Convención sobre los Derechos del Niño el 12 de diciembre de 1995, el presidente de la república de aquél entonces Ernesto Zedillo firmó el instrumento de aceptación el 9 de septiembre de 1997. Su publicación fue hecha en el Diario Oficial de la Federación el 1 de junio siguiente.

La conferencia decidió aprobar la enmienda propuesta al párrafo 2 del artículo 43 de la citada Convención, en virtud de la cual se sustituyó la palabra “diez” por la palabra “dieciocho”.

El texto primigenio establecía:

“Artículo 43.- 1. Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención, se establecerá un Comité de los Derechos del Niño que desempeñará las funciones que a continuación se estipulan.

2. El Comité estará integrado por diez expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en las esferas reguladas por la presente Convención. Los miembros del Comité serán elegidos por los Estados Partes entre sus nacionales y ejercerán sus funciones a título personal, teniéndose debidamente en cuenta la distribución geográfica, así como los principales sistemas jurídicos (...)"

Para quedar de la siguiente manera:

"Artículo 43.- (...) 2. El Comité estará integrado por dieciocho expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en las esferas reguladas por la presente Convención. Los miembros del Comité serán elegidos por los Estados Partes entre sus nacionales y ejercerán sus funciones a título personal, teniéndose debidamente en cuenta la distribución geográfica, así como los principales sistemas jurídicos (...)"

### ***7. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados***

El Protocolo que ahora se estudia se adoptó por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de mayo de 2000, el mismo fue firmado por el Presidente de la República otrora Vicente Fox Quesada. La Cámara de Senadores lo aprobó el 11 de diciembre de 2001, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 3 de mayo siguiente.

Este instrumento tiene como eje central la lucha por la promoción y protección de los derechos del niño, quien requiere una protección especial; además, es necesario continuar mejorando su situación sin distinción y procurar que éstos se desarrollen y sean educados en condiciones de paz y seguridad.

La principal preocupación son los efectos perniciosos y generales que sufren los niños a consecuencia de los conflictos armados; además, muchas veces se convierten en blanco; incluidos también los lugares donde suele haber una considerable presencia infantil como escuelas y hospitales.

Los Estados Parte también hacen alusión a la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en especial la inclusión entre los crímenes de guerra en conflictos armados, el reclutamiento o alistamiento de niños menores de 15 años,

o su utilización para participar activamente en las hostilidades. Además de ser necesario aumentar la protección de los niños con miras a evitar que participen en conflictos armados y de fortalecer la cooperación internacional en la aplicación del protocolo; así como la rehabilitación física y psicoemocional y la reintegración social de los niños que participan en tales eventos.

“Artículo 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en hostilidades.”

“Artículo 2. Los Estados Partes velarán porque no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años.”

“Artículo 3.- 1. Los Estados Partes elevarán la edad mínima para el reclutamiento voluntario de personas en sus fuerzas armadas nacionales por encima de la fijada en el párrafo 3 del artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, teniendo en cuenta los principios formulados en dicho artículo, y reconociendo que en virtud de esa Convención los menores de 18 años tienen derecho a una protección especial.

2. Cada Estado Parte depositará, al ratificar el presente Protocolo o adherirse a él, una declaración vinculante en la que se establezca la edad mínima en que permitirá el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales y se ofrezca una descripción de las salvaguardias que haya adoptado para asegurarse de que no se realiza ese reclutamiento por la fuerza o por coacción.”

3. Los Estados Partes que permitan el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales de menores de 18 años establecerán medidas de salvaguardia que garanticen, como mínimo, que:

- a) Ese reclutamiento es auténticamente voluntario;
- b) Ese reclutamiento se realiza con el consentimiento informado de los padres o de las personas que tengan su custodia legal;
- c) Esos menores están plenamente informados de los deberes que supone ese servicio militar;
- d) Presentan pruebas fiables de su edad antes de ser aceptados en el servicio militar nacional (...)

## **8. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía**

Este instrumento fue suscrito por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de mayo de 2000, el Estado mexicano lo suscribió por conducto del titular del poder ejecutivo de entonces Vicente Fox, el 7 de septiembre del mismo año. La Cámara de Senadores lo aprobó el 10 de diciembre de 2001 y se publicó el 22 de abril siguiente.

Los Estados Parte se inspiraron para su creación en la Convención sobre los Derechos del Niño, a efecto de ampliar las medidas que deben adoptar dichos Estados en aras de garantizar la protección de los menores contra la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; pues es preocupante la creciente trata internacional y turismo sexual, de menores, en especial de las niñas, para los fines señalados.

Consideran que será más fácil erradicar la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía si se adopta un enfoque global que permita hacer frente a todos los factores que contribuyen a ello, en particular el subdesarrollo, la pobreza, las disparidades económicas, las estructuras socioeconómicas no equitativas, la disfunción de las familias, la falta de educación, la migración del campo a la ciudad, la discriminación por motivos de sexo, el comportamiento sexual irresponsable de los adultos, las prácticas tradicionales nocivas, los conflictos armados y la trata de niños.

“Artículo 1. Los Estados Partes prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo.”

“Artículo 2. A los efectos del presente Protocolo:

a) Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;

b) Por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;

c) Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.”

“Artículo 3.- 1. Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente:

a) En relación con la venta de niños, en el sentido en que se define en el artículo 2:

i) Ofrecer, entregar, o aceptar, por cualquier medio, un niño con fines de:

a. Explotación sexual del niño;

b. Transferencia con fines de lucro de órganos del niño;

c. Trabajo forzoso del niño;

ii) Inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción.

b) La oferta, posesión, adquisición o entrega de un niño con fines de prostitución, en el sentido en que se define en el artículo 2;

c) La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo 2.

2. Con sujeción a los preceptos de la legislación de los Estados Partes, estas disposiciones se aplicarán también en los casos de tentativa de cometer cualquiera de estos actos y de complicidad o participación en cualquiera de estos actos.

3. Todo Estado Parte castigará estos delitos con penas adecuadas a su gravedad.

4. Con sujeción a los preceptos de su legislación, los Estados Partes adoptarán, cuando proceda, disposiciones que permitan hacer

efectiva la responsabilidad de personas jurídicas por los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo. Con sujeción a los principios jurídicos aplicables en el Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser penal, civil o administrativa.

5. Los Estados Partes adoptarán todas las disposiciones legales y administrativas pertinentes para que todas las personas que intervengan en la adopción de un niño actúen de conformidad con los instrumentos jurídicos internacionales aplicables.”

De lo anterior se infiere que los menores de edad son un grupo humano vulnerable y distinto al de los adultos; por ende se ha buscado su protección de una manera prioritaria; esto a través de la implementación amplia de figuras jurídicas, mismas que podemos encontrar en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el Código Civil para el Distrito Federal, así como en leyes federales y locales, e incluso en Tratados Internacionales.

El orden jurídico protector de los menores de edad regula no sólo cuestiones básicas como el derecho al nombre, el derecho a recibir alimentos, el derecho a la atención sanitaria, el derecho a recibir educación así como a vivir dentro de una familia en la que impere el amor, el respeto y la solidaridad; también encontramos, principalmente en las convenciones internacionales, reglas de actuación un poco más específicas dirigidas a los Estados parte, para casos como: la sustracción de menores, la adopción internacional, la participación de niños en conflictos bélicos, el consentimiento y la edad mínima para contraer matrimonio; así como la venta, la prostitución y la pornografía infantil.

Si bien es cierto que es amplísimo el cuerpo normativo protector de los derechos de la niñez, también lo es que no está prevista, como tal, una figura jurídica que regule el daño moral causado a los menores de edad a consecuencia de los conflictos que susciten dentro del seno familiar.

## CAPÍTULO CUARTO

### LOS MENORES DE EDAD Y LA NECESIDAD DE PROVEER RESPECTO AL DAÑO MORAL QUE SUFREN DERIVADO DE CONFLICTOS FAMILIARES

#### I. CONFLICTOS FAMILIARES QUE AFECTAN A LOS MENORES

En los capítulos anteriores se realizó un estudio minucioso, en primer lugar, sobre el daño moral como presupuesto para la responsabilidad civil: conceptos, definiciones, evolución histórica y corrientes doctrinarias. Posteriormente se analizó el marco normativo respecto a los menores de edad, del cual se obtuvo que el Estado Mexicano ha adoptado un amplio espectro normativo protector de los derechos de las personas menores de edad, mismo que se puede encontrar en la legislación del Distrito Federal, así como en materia Federal e incluso internacional, como es el caso de los tratados internacionales.

Ahora corresponde analizar el *thema debati* de esta investigación que es el daño moral causado a los menores de edad derivado de los conflictos familiares y la viabilidad para su reparación. En ese sentido, debemos en primer lugar referirnos a la familia, qué es y cuál es el papel que juega dentro de la sociedad.

Por ejemplo, en la Convención Sobre los Derechos del Niño, en su preámbulo, la define como “grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños”, o la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en su artículo 17 la entiende como: “el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.”

El jurista Ricardo J. Dutto en su tesis doctoral intitulada “Daños ocasionados en las relaciones de familia” al referirse al concepto de familia, cita algunos aspectos destacados que refieren diversos autores, por ejemplo Bianca sostiene:

“Grupo de personas pertenecientes a una descendencia común, que se caracteriza por un intenso vínculo de solidaridad recíproco entre sus componentes, que se traduce en derechos y obligaciones de asistencia, colaboración y mantenimiento.”<sup>90</sup>

Díaz de Guijarro: “Institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación.”

Belluscio refiere: “En sentido amplio, como parentesco, es el conjunto de personas entre las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar y, en sentido restringido, comprende el núcleo paterno-filial denominado también filial-conyugal o pequeña familia, es decir la agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos que están bajo su potestad.”<sup>91</sup>

De lo anterior se infiere que la familia es el núcleo de la sociedad, compuesto por personas que se encuentran unidas por un vínculo de matrimonio, concubinato o por el parentesco y que se funda principalmente en el respeto, la solidaridad y el afecto para lograr uno de sus objetivos principales que es el bienestar de sus integrantes.

No obstante ello, en numerosas ocasiones la familia sufre fracturas por la oposición de intereses entre sus miembros y por la falta de consenso entre estos, por lo que se ven orillados a acudir ante el órgano jurisdiccional a efecto de que sea éste quien brinde una solución al conflicto.

Sin duda alguna, dentro de esos conflictos familiares se encuentran involucrados -en muchas ocasiones- los menores de edad.

---

<sup>90</sup> Citado por Dutto, Ricardo J, *Daños en las relaciones de familia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, p. 27.

<sup>91</sup> *Ídem*.

La oposición de intereses familiares puede ser de una índole muy variada, pues de manera enunciativa y no limitativa podemos advertir a guisa de ejemplo los siguientes:

- ✓ conflictos en materia de sucesiones.
- ✓ falta de reconocimiento de paternidad o maternidad.
- ✓ desconocimiento de paternidad o maternidad.
- ✓ controversias de alimentos.
- ✓ divorcio y/o separación de los padres.
- ✓ violencia familiar.
- ✓ pérdida, limitación o disminución de la patria potestad.
- ✓ Guarda y custodia de menores.

En la mayoría de los conflictos en que se involucran a menores de edad se les va a causar a éstos, en mayor o menor medida, una afectación material o emocional o ambas; en este trabajo nos ocuparemos de la segunda, en lo que concierne al daño moral, ya que si bien el factor material es de suma importancia para la subsistencia de todas las personas, también lo es que los sentimientos y el elemento psicológico representan los pilares de la personalidad de cualquier ser humano; es decir, son la herramienta fundamental para enfrentar y afrontar la vida en sociedad.

Ahora bien, algunos de los múltiples y variados supuestos que causan daños a los menores de edad se encuentran regulados tanto en las leyes penales como en las civiles, tenemos por ejemplo la violencia familiar, las lesiones, el incumplimiento de las obligaciones alimentarias, etcétera.

Como se estudió en capítulos anteriores, la responsabilidad civil es la necesidad de responder de los daños causados injustamente a otra persona derivado del obrar ilícito de otra, que de acuerdo a nuestra legislación civil, para que ésta se configure se requiere de tres elementos:

- ✓ Hecho ilícito
- ✓ Daño
- ✓ Relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño

No obstante, en numerosas ocasiones se producen daños psicológicos y emocionales a los niños sin que provengan de acontecimientos considerados como “hechos ilícitos”, o incluso se encuentran permitidos por la norma; tal es el caso del divorcio, el cual como quedó señalado en el capítulo anterior, es una institución jurídica en virtud de la cual se disuelve el vínculo matrimonial, para lo cual basta la solicitud unilateral de uno de los cónyuges; por lo que ahora es mucho más frecuente y accesible a todas las clases sociales. En ese supuesto, que implica la ruptura de la familia, incluso su desintegración, es obvio que casi en todos los casos -siempre y cuando existan menores obviamente- éstos van a sufrir una afectación espiritual e incluso material, pero, por no estar tipificado el hecho ilícito ¿debe dejarse en estado de indefensión a los niños?

Lo anterior es así, pues de acuerdo a Saucedá García<sup>92</sup> el divorcio es una serie compleja de cambios que afectan radicalmente las relaciones intrafamiliares y la vida psíquica de sus integrantes. Los niños cuyos padres están divorciados o separados tienden más a desarrollar trastornos psiquiátricos que aquéllos que viven en un hogar relativamente estable y completo.

---

<sup>92</sup> Véase Saucedá García, Juan Manuel, “El menor ante el divorcio de sus padres”, *Cuadernos del IJJ*, México, serie L, 1996, núm. 1, p. 246.

Aunque muchos menores enfrentan el estrés de la discordia conyugal y la ruptura familiar sin secuelas psicopatológicas, un número significativo de ellos sí las sufren.

Es un hecho que con frecuencia los hijos son involucrados en la pelea conyugal; pues los padres compiten por el afecto de ellos, por su custodia, por los derechos de visita y por la retención del dinero de la pensión para molestar al ex cónyuge.

Los niños menores de 3 años pueden reflejar las preocupaciones de su padre custodio, tristeza por la pérdida del otro progenitor y estrés. Suelen responder con irritabilidad, llanto, miedos, ansiedad de separación, problemas de sueño, conducta agresiva o regresión en su desarrollo psicomotor.<sup>93</sup>

Los preescolares de 4 a 5 años de edad frecuentemente se culpan a ellos mismos por la ausencia o infelicidad de sus padres y son altamente vulnerables en su autoestima.

Los niños de edad escolar se muestran preocupados, con inestabilidad emocional, berrinches, tendencias a fantasear y conductas agresivas. A su edad ya pueden comprender más objetivamente lo que sucede y también expresar verbalmente su tristeza y deseo de reunir a sus padres. Su rendimiento escolar suele deteriorarse y también pueden sufrir debido a sus conflictos de lealtad hacia cada progenitor.<sup>94</sup>

Los adolescentes pueden desarrollar un grado prematuro de autonomía emocional como una forma de manejar sus sentimientos acerca del divorcio. Los sentimientos de enojo suelen surgir en forma de agresividad, conducta antisocial o

---

<sup>93</sup> *Ibíd*em, p. 248.

<sup>94</sup> *Ibíd*em, p. 249.

abuso de drogas, algunos se sienten muy solos y dependen exclusivamente de sus compañeros o practican relaciones sexuales para consolarse.<sup>95</sup>

A todas las edades los síntomas psicosomáticos pueden representar una solución inconsciente a los sentimientos de enojo o de pérdida que surgen con el divorcio.

Los niños que viven con sus dos progenitores, cuando hay mucha discordia entre estos, pueden tener tantos o más problemas que aquéllos cuyos padres se han separado.

Los hijos del divorcio enfrentan muchas cargas psicológicas que se suman a las tareas habituales del crecimiento. Estas cargas comprenden dificultades especiales en la adolescencia, problemas intensificados con la salida del hogar, complejidades de la identificación con figuras parentales dentro de un contexto conflictivo y problemas asociados con la visita o ausencia del padre o con las nuevas figuras introducidas en la familia cuando ocurre un nuevo matrimonio.

Puede haber efectos del divorcio persistentes hasta la edad adulta: mayor probabilidad de depresión, relaciones maritales más pobres, índice de divorcio más elevado y nivel socioeconómico más bajo.<sup>96</sup>

Por otro lado, quedó advertido que la responsabilidad civil se basa en el principio de derecho romano *alterum non laedere*, que significa no dañar a nadie; de igual forma las corrientes modernas del derecho de daños, se fundan preponderantemente en la reparación del daño causado injustamente más que en la sanción al generador del hecho ilícito.

---

<sup>95</sup> Ídem.

<sup>96</sup> *cfr.* Saucedo García, Juan Manuel, "El menor ante el divorcio de sus padres", *Cuadernos del IJJ*, México, serie L, 1996, núm. 1, pp. 242-254.

Asimismo, del estudio de la norma se advierte que quienes ejercen la patria potestad -por regla general los padres- tienen la obligación de brindar a los niños, además de los alimentos mismos que comprenden: la comida, el vestido, la habitación, la atención médica, hospitalaria, gastos de embarazo y parto así como gastos para su educación; deben también procurar el respeto a sus derechos a fin de lograr su desarrollo armónico e integral, en el entendido de que se trata de seres biopsicosociales, esto incluye los aspectos psicológicos y emocionales y no únicamente el factor pecuniario o material.

## **II. LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE GARANTIZAR EL SANO DESARROLLO DE LOS MENORES**

De acuerdo a la descripción fenomenológica del Estado, éste es entendido como una sociedad, establecida permanentemente en un territorio, regida por un poder supremo, bajo un orden jurídico y que tiende a la realización de los valores individuales y sociales de la persona humana.<sup>97</sup>

Desde mediados del siglo XIX, la administración pública se ha caracterizado por el aumento en la prestación de los servicios asistenciales, rompiendo con el esquema anterior del Estado abstencionista. El régimen de protección ha cobrado fuerza al reconocer como un fin de la administración pública la protección de la infancia.

Existe un gran número de menores que se encuentran bajo la patria potestad de padres cuyas conductas pueden ocasionar serios perjuicios a los menores.

Ante el interés social por la asistencia, alimentación, higiene y salud para el bienestar del menor, el Estado no puede permanecer indiferente. La protección de

---

<sup>97</sup> González Uribe, Héctor, *Teoría Política*, 15ª ed., México, Porrúa, 2007, p. 162.

menores requiere de servicios especiales implementados a través de una reglamentación jurídica que sitúe a los menores bajo la salvaguarda del Estado.<sup>98</sup>

Por otro lado, el fundamento constitucional de la protección a la niñez lo encontramos en los párrafos 8º, 9º y 10º del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual dispone:

“Artículo 4.- El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

(...)

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios. El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez. (...).”

Es de indicar que el Estado Mexicano ha adoptado un gran número de instrumentos internacionales de derechos humanos, de los cuales una parte de ellos están destinados a la protección de los niños y de las niñas; así como a la obligación de respetar y adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos que en esos tratados se establecen.

De ahí que corresponde al Estado a través de los tres poderes de la Unión: legislativo, ejecutivo y judicial adoptar los mecanismos inherentes a sus funciones a efecto de proponer, legislar, ejecutar y aplicar la norma con el objetivo, en este caso, de brindar protección y certeza jurídica a los niños, en el entendido de que se trata de un grupo vulnerable pues tienen características cognitivas y

---

<sup>98</sup> Brena Sesma, Ingrid “La tutela del Estado”, *Cuadernos del IJ*, México, serie L, 1996, núm. 1, pp. 123-125.

emocionales diferentes a los adultos; es decir, se trata de sujetos estructuralmente distintos.

A guisa de ejemplo el Poder Judicial de la Federación, además de un sinnúmero de criterios en torno a este tema, ha emitido por conducto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el “Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes”, en virtud de los cuales se describe cómo deberán actuar jueces y magistrados cuando se encuentren ante casos en los que se vean involucrados los menores; desde el empleo de un lenguaje comprensible, hasta la protección de su intimidad, basados en todo momento en el orden normativo referido a lo largo de este trabajo, documentos que serán analizados en los apartados siguientes.

### **III. JURISPRUDENCIA**

En este apartado se citarán algunos de los criterios, jurisprudencias y tesis aisladas, más recientes emitidas por el Máximo Tribunal Constitucional de nuestro país, así como también por Tribunales Colegiados de Circuito en relación a la protección de los menores de edad y de la familia. Para efectos didácticos y lograr una mejor comprensión se han agrupado en tres rubros, el primero comprende *grosso modo* a la familia, el segundo a los menores de edad y su preferencia, y finalmente el último grupo corresponde a los menores y su vinculación a la familia en conflicto y cómo deberá aplicarse la norma.

#### **1. Criterios relativos a la familia en sentido amplio**

De los criterios seleccionados para integrar este rubro, obtenemos las ideas que se expresan a continuación:

El Derecho Familiar deriva de la Constitución, de los Tratados Internacionales, de leyes e interpretaciones jurisprudenciales, y está constituido por una serie de principios y valores con la finalidad de proteger la estabilidad de la familia, así como a regular la conducta de sus miembros; además de brindar protección especial a los menores.

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y deberá ser protegida por el Estado, dicha protección implica dar preferencia amplia al desarrollo y fortaleza del núcleo familiar.

La protección de la familia es un derecho humano, según lo establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El nacimiento de un niño da lugar a un vínculo entre éste y sus padres, el cual implica la filiación y la vida familiar, la cual tendrá como elemento fundamental el goce mutuo y la compañía.

Al respecto; se citan los siguientes criterios jurisprudenciales:

**“DERECHO DE FAMILIA. SU CONCEPTO.** En el sistema jurídico mexicano, basado en un sistema constitucional y democrático, el derecho familiar es un conjunto de principios y valores procedentes de la Constitución, de los tratados internacionales, así como de las leyes e interpretaciones jurisprudenciales, dirigidos a proteger la estabilidad de la familia y a regular la conducta de sus integrantes entre sí, y también a delimitar las relaciones conyugales, de concubinato y de parentesco, conformadas por un sistema especial de protección de derechos y obligaciones respecto de menores, incapacitados, mujeres y adultos mayores, de bienes materiales e inmateriales, poderes, facultades y deberes entre padres e hijos, consortes y parientes, cuya observancia alcanza el rango de orden público e interés social. Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito”<sup>99</sup>

**“PROTECCIÓN DE LA FAMILIA COMO DERECHO HUMANO EN EL DERECHO INTERNACIONAL. SU CONTENIDO Y ALCANCE.** Los artículos 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen la protección de la familia como derecho humano. Ahora bien, de la interpretación que de este derecho han realizado diversos organismos internacionales en materia de derechos humanos, deriva su contenido y alcance: a) la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado; b) la familia

---

<sup>99</sup> Tesis jurisprudencial: I.5o.C.J/11, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, marzo de 2011, p. 2133, Reg. Ius 162604.

y el matrimonio no son conceptos equivalentes, lejos de ello, el matrimonio únicamente es una de las formas que existen para formar una familia; c) el derecho de protección a la familia implica favorecer ampliamente el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, mas no del matrimonio; d) por el simple nacimiento de un niño, existe entre éste y sus padres un vínculo que implica vida familiar, donde el goce mutuo de la compañía constituye un elemento fundamental de aquélla, aun cuando la relación de los padres esté rota, por lo que medidas nacionales que limiten tal goce sí conllevan una interferencia al derecho a la protección de la familia; así, una de las interferencias más graves es la que tiene como resultado la división de una familia; e) la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen como legítima la disolución del vínculo matrimonial, siempre y cuando se asegure la igualdad de derechos, la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges y la protección necesaria de los hijos sobre la base única del interés y conveniencia de ellos; y, f) ningún instrumento internacional en materia de derechos humanos ni sus interpretaciones, se pronuncian sobre procedimientos válidos o inválidos para disolver el vínculo matrimonial, lejos de ello, dejan en libertad a los Estados para que en sus legislaciones establezcan los que consideren más adecuados para regular las realidades propias de su jurisdicción, siempre y cuando ninguno de éstos se traduzca en un trato discriminatorio en los motivos o en los procedimientos.”<sup>100</sup>

## **2. Criterios relativos a la protección de los menores de edad**

Del análisis de los criterios seleccionados en este apartado, podemos advertir que los mismos se orientan preponderantemente hacia la protección de la infancia, la cual se ubica dentro del derecho público.

Esto es así, pues deriva de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos -en especial del artículo 4º-, de los Tratados Internacionales, así como de la legislación federal y local; lo cual implica la implementación de mecanismos para la protección, así como la creación de una cultura jurídica fundada en el respeto a los derechos humanos de la familia y particularmente de los menores.

---

<sup>100</sup> Tesis Aislada: 1a. CCXXX/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época; 1a. Sala, Libro XIII, octubre de 2012, t. 2, p. 1210, Reg. Ius 2002008.

Por lo que respecta al interés superior del menor, éste es un principio de rango constitucional; el cual implica que las políticas, acciones y toma de decisiones de las autoridades y que estén vinculadas con los menores, busquen en todo momento el beneficio directo de aquéllos. Principio que también se regula en el artículo 416 Ter del Código Civil para el Distrito Federal.

Por otro lado, la suplencia de la queja operará en los asuntos en que se dé la afectación a la esfera jurídica de un menor o de un incapaz, no se limitará a una sola instancia y deberá ser observada por el juzgador.

En relación con todo lo anterior, se citan los siguientes criterios jurisprudenciales:

**“MENORES. SU PROTECCIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO.** En materia de derecho público existe un objetivo muy claro sustentado en la Constitución Federal, en los tratados internacionales y en las leyes federales y locales, consistente en implementar mecanismos eficaces de protección de los menores y en forjar una sólida cultura jurídica respetuosa de los derechos humanos en torno al derecho familiar, y en especial del de los niños.”<sup>101</sup>

**“INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. ES UN PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO EN LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 40. CONSTITUCIONAL.** De acuerdo a una interpretación teleológica, el interés superior del niño es principio de rango constitucional, toda vez que en el dictamen de la reforma constitucional que dio lugar al actual texto del artículo 4o., se reconoce expresamente que uno de los objetivos del órgano reformador de la Constitución era adecuar el marco normativo interno a los compromisos internacionales contraídos por nuestro país en materia de protección de los derechos del niño. En este sentido, el interés superior del niño es uno de los principios rectores más importantes del marco internacional de los derechos del niño. En el ámbito interno, el legislador ordinario también ha entendido que el interés superior es un principio que está implícito en la regulación constitucional de los derechos del niño, ya que es reconocido expresamente en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas,

---

<sup>101</sup> Tesis jurisprudencial: I.5o.C.J/25, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, junio de 2011, p. 1017, Reg. Ius 161812.

Niños y Adolescentes como un principio rector de los derechos del niño.”<sup>102</sup>

**“INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. ALCANCES DE ESTE PRINCIPIO.** El sistema jurídico mexicano establece diversas prerrogativas de orden personal y social en favor de los menores, lo que se refleja tanto a nivel constitucional como en los tratados internacionales y en las leyes federales y locales, de donde deriva que el interés superior del menor implica que en todo momento las políticas, acciones y toma de decisiones vinculadas a esa etapa de la vida humana, se realicen de modo que, en primer término, se busque el beneficio directo del niño o niña a quien van dirigidos.”<sup>103</sup>

**“MENORES DE DIECIOCHO AÑOS. EL ANÁLISIS DE UNA REGULACIÓN RESPECTO DE ELLOS DEBE HACERSE ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR Y A LA PRIORIDAD DE LA INFANCIA.** De la interpretación del artículo 4o., sexto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, reglamentaria de aquel precepto y con la Convención sobre los Derechos del Niño, se advierte que el principio del interés superior de la infancia junto con el derecho de prioridad, implican que las políticas, acciones y toma de decisiones del Estado relacionadas con los menores de 18 años deben buscar el beneficio directo del infante y del adolescente a quienes van dirigidas, y que las instituciones de bienestar social, públicas y privadas, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, al actuar en sus respectivos ámbitos, otorguen prioridad a los temas relacionados con dichos menores. De ahí que para el análisis de la constitucionalidad de una regulación respecto de menores de 18 años, sea prioritario, en un ejercicio de ponderación, el reconocimiento de dichos principios.”<sup>104</sup>

Del criterio anterior, me parece importante destacar que el mismo nos indica en qué consiste el interés superior del menor y la prioridad de la infancia; así como

---

<sup>102</sup> Tesis Aislada: 1a. XLVII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, abril de 2011, p. 310, Reg. Ius 162354.

<sup>103</sup> Tesis jurisprudencial: I.5o.C. J/14, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, marzo de 2011, p. 2187, Reg. Ius 162563.

<sup>104</sup> Tesis Aislada: P.XLV/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, junio de 2008, p. 712, Reg. Ius 169457.

quiénes deberán actuar conforme a esos principios; es decir, las instituciones de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, en el ejercicio de sus funciones deberán dar prioridad a los temas relacionados con la niñez.

**“DERECHOS PREFERENTES DEL MENOR.** En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, en el Código Civil para el Distrito Federal, y en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el interés del menor es calificado como superior. Por ello, son derechos preferentes de éste: a) recibir una atención especial en todas las instancias judiciales, administrativas o de bienestar social; y b) dar su opinión y que sea tomada en cuenta en todos los asuntos que le afecten, con inclusión de los de carácter judicial y administrativo.”<sup>105</sup>

Este criterio, al igual que el anterior refiere que el interés del menor es superior; es decir, se le deberá brindar al niño atención especial en todas las instancias judiciales, administrativas o de bienestar social; además, deberá ser escuchado y su opinión tendrá que ser tomada en cuenta en todos los asuntos que le conciernen.

**“MENORES DE EDAD O INCAPACES. PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA, EN TODA SU AMPLITUD, SIN QUE OBSTE LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS CUESTIONADOS NI EL CARÁCTER DEL PROMOVENTE.** La suplencia de la queja es una institución cuya observancia deben respetar los Jueces y Magistrados Federales; suplencia que debe ser total, es decir, no se limita a una sola instancia, ni a conceptos de violación y agravios, pues el alcance de la misma comprende desde el escrito inicial de demanda de garantías, hasta el periodo de ejecución de la sentencia en caso de concederse el amparo. Dicha suplencia opera invariablemente cuando esté de por medio, directa o indirectamente, la afectación de la esfera jurídica de un menor de edad o de un incapaz, sin que para ello sea determinante la naturaleza de los derechos familiares que estén en controversia o el carácter de quien o quiénes promuevan el juicio de amparo o, en su

---

<sup>105</sup> Tesis jurisprudencial: I.5o.C.J/13, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, marzo de 2011, p. 2179, Reg. Ius 162602.

caso, el recurso de revisión, ello atendiendo a la circunstancia de que el interés jurídico en las controversias susceptibles de afectar a la familia y en especial a menores e incapaces, no corresponde exclusivamente a los padres, sino a la sociedad, quien tiene interés en que la situación de los hijos quede definida para asegurar la protección del interés superior del menor de edad o del incapaz. Se afirma lo anterior, considerando la teleología de las normas referidas a la suplencia de la queja, a los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como a los compromisos internacionales suscritos por el Estado mexicano, que buscan proteger en toda su amplitud los intereses de menores de edad e incapaces, aplicando siempre en su beneficio la suplencia de la deficiencia de la queja, la que debe operar desde la demanda (el escrito) hasta la ejecución de sentencia, incluyendo omisiones en la demanda, insuficiencia de conceptos de violación y de agravios, recabación oficiosa de pruebas, esto es, en todos los actos que integran el desarrollo del juicio, para con ello lograr el bienestar del menor de edad o del incapaz.”<sup>106</sup>

La suplencia de la queja deficiente opera, de acuerdo a la jurisprudencia antes transcrita, cuando en el juicio de garantías se vean involucrados derechos relativos a los menores de edad; en este criterio se contempla desde el escrito de presentación de demanda hasta los agravios expresados en el recurso de revisión.

**“INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. FUNCIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL.** En el ámbito jurisdiccional, el interés superior del niño es un principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a un niño en un caso concreto o que pueda afectar los intereses de algún menor. Este principio ordena la realización de una interpretación sistemática que, para darle sentido a la norma en cuestión, tome en cuenta los deberes de protección de los menores y los derechos especiales de éstos previstos en la Constitución, tratados internacionales y leyes de protección de la niñez. Cuando se trata de medidas legislativas o administrativas que afecten derechos de los menores, el interés superior del niño demanda de los órganos jurisdiccionales la realización

---

<sup>106</sup> Tesis jurisprudencial: 1a./J. 191/2005, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIII, mayo de 2006, p. 167, Reg. Ius 175052.

de un escrutinio mucho más estricto en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medida en cuestión”<sup>107</sup>

El criterio transcrito, al igual que las anteriores interpretaciones hace alusión a la protección del niño en asuntos jurisdiccionales; ello en atención al interés superior del menor, el cual como ha quedado referido, implica interpretar la norma de manera tal que favorezca preponderantemente a estas personas. Ahora bien, por lo que respecta al ámbito legislativo, cuando se adopten medidas que afecten a la niñez, será indispensable que se realice un examen más detallado y exhaustivo.

### **3. Criterios relativos a los menores de edad y su vinculación a la familia**

Los criterios transcritos en este apartado se refieren nuevamente a la protección de la familia y en especial del menor inmerso en ella; por otro lado, hacen alusión a cuestiones de carácter procesal, particularmente a las medidas que deberá adoptar el juzgador cuando conozca de juicios en los que estén involucrados los menores de edad.

En primer lugar, encontramos que la aplicación de la ley procedimental no deberá ser rígida o formalista como si se tratara de asuntos de estricto derecho, por el contrario, tendrá que flexibilizarse en materia familiar y garantizar los intereses del niño, además de procurar la prevalencia de la verdad real respecto a la formal. En este caso por ejemplo, se tendrá que decretar de oficio el desahogo de pruebas que esclarezcan hechos confusos o ambiguos, a efecto de brindar certeza y seguridad a la situación del menor.

También tenemos que conforme al interés superior del menor -como principio rector en las decisiones judiciales relativas a éste-, el juez podrá, incluso de oficio, someter a los padres a terapias psicológicas, cuando su comportamiento pueda dañar la integridad física, psíquica o sexual de sus hijos menores.

---

<sup>107</sup> Tesis Aislada: 1a. XV/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, febrero de 2011, p. 616, Reg. Ius 162807.

Finalmente, por lo que hace al tema de las visitas y convivencias, se considera que éstas pueden constituir una solución de protección especial, ya que reactiva la convivencia que se ha perdido o se ha visto afectada.

Muchas veces, en la desintegración familiar provocada por la separación de los padres, los menos responsables son los hijos, y son éstos quienes resienten más las consecuencias psicológicas, sociales y económicas.

Los menores tiene el derecho a ser amados y respetados por sus padres; por lo tanto, éstos deben ejercer la guarda y custodia en un ambiente sano, en el que impere el respeto, la comprensión y el amor; para lo cual, tendrán que recurrir a profesionales en salud mental, con el objeto de entablar una mejor relación de convivencia con sus hijos menores, libre de celos, resentimientos y envidias; pues el hecho de que los padres estén separados no impide que puedan ser excelentes guías paternas, incluso mejor que si vivieran juntos; además de educarlos integra y conscientemente, e inculcarles sentimientos de amor, inspiración, superación, esperanza y responsabilidad.

A continuación se transcriben las tesis jurisprudenciales relacionadas con lo anterior:

**“MENORES DE EDAD. SU PROTECCIÓN EN EL DERECHO FAMILIAR.** El derecho familiar se ocupa, de manera preponderante, de la protección de los menores a través del ejercicio de la patria potestad, considerada como la institución protectora de la persona y bienes de los hijos menores de edad no emancipados, que tiene su origen en la filiación y de manera concomitante, se encarga de regular el derecho de visitas y convivencias.”<sup>108</sup>

**“JUICIOS FAMILIARES. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS QUE RIGEN SU PROCEDIMIENTO NO DEBE SER RÍGIDA, SINO FLEXIBLE Y GARANTISTA DE LOS INTERESES DEL MENOR.** Los juicios del orden familiar están regulados por leyes procesales civiles, las cuales prevén ciertas normas a las que debe sujetarse su

---

<sup>108</sup> Tesis jurisprudencial: I.5o.C. J/12, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, marzo de 2011, p. 2232, Reg. Ius 162544.

tramitación; sin embargo, cuando en esos conflictos se encuentran en juego intereses de los hijos menores, no pueden aplicarse con rigidez esas normas, como si se tratara de asuntos de estricto derecho. En este tipo de controversias, se procura que prevalezca la verdad real sobre la formal pero, sobre todo, que la forma de sustanciación del procedimiento cumpla con la aspiración garantista contenida en el artículo 4o., sexto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, según el cual: "Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.". Así, la tutela de dicha garantía constitucional se alcanza cuando las autoridades, en uso de sus facultades, decretan el desahogo de pruebas -inclusive oficiosamente-, pero ello con el único propósito de esclarecer un hecho relevante para definir con certeza alguna situación que atañe directamente a los hijos, y que permanezca confusa o con ambigüedades. En las citadas razones encuentra su justificación que la aplicación de las normas procesales no sea formalista ni con formulismos, pues estos principios generalmente presentes en juicios civiles deben flexibilizarse en materia familiar cuando estén inmersos los intereses de los niños y niñas, sin llegar al indeseado extremo de retardar innecesariamente la solución de un asunto o crear una disparidad procesal que beneficie exclusivamente a uno de los padres de los menores."<sup>109</sup>

Consideramos que el criterio en examen es sumamente relevante, pues el mismo refiere que la aplicación de la norma, en este caso procedimental, debe ser flexible cuando se trate asuntos relacionados con la niñez; es decir, deja de lado la rigidez, así como la aplicación estricta y exacta de algunas normas jurídicas que en ocasiones entorpecen u obstaculizan una verdadera impartición de justicia; de ahí que este criterio, al igual que los otros analizados en este trabajo, es acorde con el principio del interés superior del menor.

**“INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES. CUANDO EN UNA CONTROVERSIA DEL ORDEN FAMILIAR, ALGUNO O AMBOS PROGENITORES MANIFIESTEN ACTITUDES QUE PUEDAN AFECTAR LA INTEGRIDAD FÍSICA, PSÍQUICA O SEXUAL DE SUS MENORES HIJOS, EL JUZGADOR DEBE ACTUAR, INCLUSO DE OFICIO, SOMETIÉNDOLOS A TERAPIA PSICOLÓGICA, A FIN DE**

---

<sup>109</sup> Tesis Aislada: I.5o.C.147 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 1020, Reg. Ius. 161279.

**CUMPLIR CON DICHO PRINCIPIO.** Los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 y 4 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; 2, fracción I y 4, fracción I de la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, en concordancia con los diversos preceptos 3 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por el Estado mexicano y publicada en el Diario Oficial de la Federación el veinticinco de enero de mil novecientos noventa y uno), establecen el interés superior de los menores como principio rector en las decisiones de carácter judicial que repercutan en la vida de aquéllos. Dicho principio obliga a que en las controversias del orden familiar, el juzgador observe, por sobre todas las cosas, el bienestar de los infantes, anteponiéndolo al interés de cualquier adulto involucrado en la contienda, incluso, supliendo en su provecho la queja deficiente. Así pues, cuando en un juicio de esa naturaleza, alguno o ambos progenitores manifiesten actitudes o comportamientos que puedan dañar la integridad física, psíquica o sexual de sus menores hijos, el Juez, en aras de cumplir con el mandato constitucional, debe, aun de oficio, tomar las medidas necesarias para someter a los padres a terapia psicológica, a fin de que cese la afectación, pues esa decisión tiende a lograr el bienestar de los niños y en consecuencia, a satisfacer el principio de su interés superior.”<sup>110</sup>

La citada tesis aislada acoge en gran medida algunas de las ideas que se pretenden demostrar en este trabajo de investigación; pues parte del principio superior del menor y su fundamento no sólo en la Constitución, sino también en los Tratados Internacionales, para justificar que el juzgador ordene, incluso de oficio, someter a terapia psicológica a los padres que muestren actitudes dañinas a los hijos, ello en búsqueda del bienestar de éstos últimos.

**“DERECHO DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. SU IMPORTANCIA EN MOMENTOS DE CRISIS FAMILIAR.** Este derecho y específicamente la implementación del régimen de visitas y convivencias, adquieren una importancia inusitada en situaciones de crisis matrimoniales, extramatrimoniales o de malos entendidos entre los miembros de una familia, pues en esos casos, el ejercicio del derecho de visitas y convivencias constituye un remedio o recurso de protección excepcional al reactivar la convivencia que se ha perdido o desgastado en un

---

<sup>110</sup> Tesis Aislada: I.7o. C.107 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, mayo de 2008, p. 1054, Reg. Ius 169680.

sinnúmero de situaciones. En estos casos de crisis llega a ocurrir que alguno de los progenitores, o ambos, tomen partido y, frecuentemente, en lugar de buscar acuerdos convenientes a los intereses de los menores, cierran toda posibilidad al otro de ver o tener contacto con ellos, lo que provoca que los niños se vuelvan verdaderas víctimas de las desavenencias del matrimonio, y no en pocas ocasiones son utilizados como instrumentos para que los cónyuges o custodios se ofendan o dañen entre sí, siendo los hijos los más perjudicados. Por ello, en este tipo de crisis, la autoridad jurisdiccional competente debe implementar el régimen de visitas y convivencias a favor de los hijos menores de edad, de la manera más conveniente, atendiendo a su interés superior, con independencia de los intereses y derechos de sus progenitores, para incentivar, preservar y reencausar la convivencia en el grupo familiar.”<sup>111</sup>

De acuerdo al criterio anterior, si bien es cierto que en algunas ocasiones las visitas familiares pueden representar un remedio o una medida de protección a la familia; también lo es que, desde otra perspectiva, podrían representar un “arma de dos filos”, pues más que favorecerla, podría incluso dañarla más o poner en peligro la integridad física y psíquica de sus miembros; en su caso, lo conveniente sería un escrutinio a conciencia del caso en particular, y de ahí determinar qué tan conveniente sería la adopción de una medida de esa naturaleza.

**“CONVIVENCIA, RÉGIMEN DE. PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE DEBEN TENERSE EN CUENTA PARA SU CORRECTO DESARROLLO ENTRE MENORES Y SUS PROGENITORES, CUANDO ÉSTOS SE ENCUENTRAN SEPARADOS O DIVORCIADOS.** En observancia irrestricta a las garantías individuales que a favor de los menores consagran los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 1o. al 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en la ciudad de Nueva York, de los Estados Unidos de Norteamérica y ratificada por el Estado Mexicano el veintiuno de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, la cual es obligatoria en cuanto a su observancia por parte de los órganos jurisdiccionales del Estado, según lo dispuesto por el artículo 133 constitucional, atendándose incluso a las prevenciones de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el

---

<sup>111</sup> Tesis jurisprudencial: I.5o.C.J/28, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, junio de 2011, p. 965, Reg. Ius 161869.

veintinueve de mayo de dos mil, en cuya exposición de motivos se establece la necesidad de allegarse una legislación encaminada a la protección de los derechos de los menores, que a su vez fuesen tutelados no solamente por instituciones especializadas y específicas, sino por los tribunales de justicia y toda la sociedad, para integrarlos plenamente a ella y permitirles el goce pleno de sus derechos como seres humanos; es indiscutible y preponderante que para determinar prudente y objetivamente un régimen de convivencia entre los menores con sus progenitores, que por alguna razón se encuentren separados o divorciados, los órganos jurisdiccionales y cualquier autoridad deberán tener en cuenta los referidos principios jurídicos, así como que respecto de la patria potestad, guarda y custodia, y el derecho a un régimen de visitas y convivencias, el artículo 4.205 del Código Civil del Estado de México previene que en caso de separación de quienes ejerzan la patria potestad, el Juez habrá de resolver lo conducente en derecho en torno a la controversia suscitada teniendo siempre en cuenta lo mejor para los intereses de los hijos menores de edad. En orden con lo anterior, es indispensable precisar que en los casos de desintegración familiar provocados por la separación de los cónyuges, los hijos resultan ser los menos responsables y, sin embargo, son los que más la resienten en el ámbito psicológico, social y económico. Luego, en aras de ese supremo derecho que tienen los niños de ser amados y respetados, sin condición alguna, sus progenitores deben ejercer la guarda y custodia en un ambiente de comprensión, amor y máximo respeto, recurriéndose a terapeutas especializados en salud mental, con la única finalidad de entablar una mejor relación de convivencia con sus menores hijos, despojándose de todo resentimiento que llegase a perjudicarles, de modo tal que la convivencia de los infantes con uno y otro de sus padres, no debe generarles ningún desequilibrio emocional sino, por el contrario, que al convivir con cada uno de ellos se sientan queridos, respetados y protegidos, nunca manipulados o utilizados para satisfacer diversos intereses. Entonces, en aras de prevenir algún posible daño psicológico, incluso corregirlo, si es que lo hubiere, los padres deben asumir una responsabilidad absoluta respecto de sus menores hijos, pues el hecho de que se encuentren divorciados o separados de ningún modo implica que no puedan ser excelentes guías paternas, incluso mejores que si vivieran juntos, por cuanto se encuentran obligados a compensar el terrible inconveniente que a los niños les produce la separación de aquéllos. Por consiguiente, en términos de lo que estatuye el numeral 4.203 del código sustantivo en cita, para ayudar a los niños a que no sufran incertidumbre alguna respecto de su futuro y, por el contrario, que crezcan tranquilos y sanos en todos los ámbitos personales y ante la sociedad, es menester que los menores sean protegidos, y que sus progenitores actúen honesta y responsablemente en cuanto a sus sentimientos filiales, y así, prescindirán de egoísmos al disputarse la guarda y custodia, y en

especial en cuanto al derecho de los aludidos infantes a convivir con sus progenitores, fortaleciéndose entre ellos los lazos de amor y respeto. De ahí que los referidos menores, no deben ser inmiscuidos en los conflictos de sus padres, quienes deben asumir responsablemente su misión, con la mejor disposición, para seguir conviviendo con sus menores hijos, educándolos consciente e integralmente, incluso, inculcándoles valores y principios conductuales, pues la paternidad nunca termina con una separación o el divorcio, por lo que ambos deben permitir que se lleve a cabo una convivencia en beneficio evidente de sus hijos, libre de celos, resentimientos o envidias, fungiendo como verdaderos padres, plenos e íntegros, inculcándoles sentimientos de amor, inspiración, superación, esperanza y, sobre todo, de responsabilidad, evitándose así, en la medida de lo posible, cualquier conflicto emocional, personal o judicial que involucre a dichos niños, por lo que, a partir de esa referencia podrán organizar su futuro, pues no tienen la mínima opción de desampararlos, por su corta edad. En ese orden, y de acuerdo con el artículo 4.207 del Código Civil del Estado de México, las anteriores reflexiones encuentran sustento en el hecho de que el derecho de familia es un conjunto de normas jurídicas dirigidas a regir la conducta de los miembros del grupo familiar entre sí, propiciándose así las condiciones para que se desarrollen las relaciones conyugales y consanguíneas constituidas por un sistema de derechos y obligaciones, poderes, facultades y deberes entre consortes y parientes e, incluso, tales facultades y deberes de carácter asistencial surgen entre los padres, hijos, parientes colaterales (hermanos, tíos, sobrinos, etcétera), y tienen como objetivo tutelar y fortalecer las relaciones y los derechos entre ascendientes y descendientes, sujetándose a las normas fundamentales establecidas para la protección de los hijos.”<sup>112</sup>

La anterior jurisprudencia acoge una serie de mecanismos protectores de los menores de edad, mismos que podemos encontrar en diferentes disposiciones como la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, instrumentos internacionales, leyes federales y locales; además, exhorta a los integrantes de la familia, en especial a los padres, para que observen una conducta adecuada que propicie el óptimo desarrollo de los niños; sin embargo, consideramos que más que dejarlo a su potestad o a su libre albedrío, debe ser una cuestión de carácter imperativo.

---

<sup>112</sup> Tesis jurisprudencial: II.2o.C. J/30, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, abril de 2011, p. 1085, Reg. Ius 162402.

Finalmente, de las tesis y jurisprudencias citadas, podemos advertir que la protección de los derechos de la niñez además de estar regulada en nuestra Carta Magna, en leyes federales y locales así como en Tratados Internacionales, también la encontramos en las interpretaciones que al respecto ha realizado el Poder Judicial de la Federación, y no obstante ser tan amplia esa protección, aún existen lagunas jurídicas relativas al tema en estudio.

#### **IV. PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE AFECTEN A NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES**

Anteriormente señalamos que el Poder Judicial de la Federación, por conducto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de manera reciente emitió éste Protocolo, en virtud del cual se fija una serie de reglas dirigidas a Jueces y Magistrados que en su labor jurisdiccional conozcan de asuntos en lo que se vean afectados los menores de edad.

El Protocolo tiene su fundamento en los artículos 1º y 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos, en los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado mexicano, en particular aquéllos que están orientados a respetar y garantizar los derechos de la infancia; así como en el principio *pro personae*, el cual implica la aplicación de la norma que favorezca preponderantemente a la persona.<sup>113</sup>

También sistematiza una serie de prácticas consideradas indispensables para garantizar los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes; en especial el acceso a la justicia.

Podemos considerar al Protocolo como progresista, pues considera que conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño, la percepción de la

---

<sup>113</sup> “Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes” (versión en PDF), p. 2; consultado el 24 de agosto de 2013, en el sitio web: <http://www.scjn.gob.mx/Paginas/Inicio.aspx>.

infancia debe cambiar; esto es, la idea de “menor” como objeto de compasión-represión tendrá que pasar a la de infancia-adolescencia como sujetos de plenos derechos.

En ese sentido, la edad cronológica ha sido una característica de la persona, en virtud de la cual se determina su incapacidad jurídica; por otro lado, tenemos que la legislación no prevé la prueba de capacidad en los menores; por lo tanto, de acuerdo al Protocolo, deberá presumirse en todo momento su capacidad para que puedan participar en cualquier procedimiento judicial, siempre y cuando sea acreditada por profesionales especializados y a través de pruebas objetivas.

De ahí que lo consideremos como progresista, pues lo anterior implicaría ir en contra de algunas leyes, como el Código Civil para el Distrito Federal, que aluden a la minoría de edad como una restricción a la capacidad jurídica.

El Protocolo reconoce a la infancia como un grupo diferente al de las personas adultas a partir de las características estructurales de la persona, las cuales son:

- **“Desarrollo cognitivo.** (en la infancia el tipo de pensamiento es egocéntrico y concreto; esto es, el niño al estar concentrado en su propio punto de vista, se le dificulta considerar el de otra persona, además no puede acceder al razonamiento abstracto);
- **Desarrollo emocional** (el menor tiene la necesidad de adoptar mecanismos inconscientes en la búsqueda de preservar su salud psíquica y a la vez sirvan como elementos que le permitan contrarrestar ideas y afectos dolorosos e insoportables);
- **Desarrollo moral** (se refiere a la percepción y disposición con respecto a lo que el niño cree que “debe hacer” y “cómo actuar”).”<sup>114</sup>

---

<sup>114</sup> *Ibidem*, pp. 14-15.

Por otro lado, el documento que analizamos nos brinda una serie de definiciones como son la de niño, adolescente, profesionales, proceso de justicia federal, persona de apoyo, tutor, victimización secundaria, victimización repetida, y testimonio de una persona menor de edad.

Señala también cuáles son los principios que se deberán observar en cualquier momento del proceso de justicia en el que se afecte a niños, niñas y adolescentes, estos son:

- ✓ “Interés superior del menor;
- ✓ No discriminación;
- ✓ Trato con respeto y sensibilidad;
- ✓ No revictimización;
- ✓ Limitación de la injerencia en la vida privada;
- ✓ Protección de la intimidad;
- ✓ No publicidad;
- ✓ Derecho a participar.”<sup>115</sup>

Finalmente, existen previsiones generales las cuales son acciones que no corresponden a un momento procedimental específico o a algún tipo particular de diligencia, sino deben aplicarse en todo supuesto en el que se participe dentro del proceso y que obviamente estén involucrados los menores de edad. Éstas reglas generales de actuación son las siguientes:

- ✓ “Ser informados;
- ✓ Asistencia a la persona menor de 18 años (asistencia legal, canalización con personal especializado);

---

<sup>115</sup> *Ibíd.*, pp. 19-27.

- ✓ Fiabilidad de la declaración del menor;
- ✓ Prueba de capacidad;
- ✓ Verificar que una persona de apoyo acompaña al menor ante el órgano jurisdiccional;
- ✓ Acompañamiento de la persona de apoyo (además de los padres o tutor, y del abogado);
- ✓ Sobre el testimonio del menor (medidas para facilitararlo);
- ✓ Medidas de protección del menor;
- ✓ Privacidad (el juzgador deberá en la medida de lo posible resguardar la privacidad de toda participación infantil);
- ✓ Medidas de protección de la intimidad de los menores;
- ✓ Evitar el contacto de los menores con adultos que puedan influir en el comportamiento y estabilidad emocional del menor;
- ✓ Temporalidad y duración de la participación infantil (se deberán adoptar medidas para que las diligencias en las que participen los menores duren el menor tiempo posible);
- ✓ Directrices respecto a las periciales infantiles;
- ✓ Salas de espera y juzgado (deberán ser adecuadas para los menores);
- ✓ Suplencia de la queja deficiente;
- ✓ Medidas de protección y restitución de los derechos de los menores (cuando el juzgador se percate de que posible riesgo, deberá adoptarlas incluso de oficio);

- ✓ Reparación (los menores víctimas tendrán derecho a pedir una reparación y el juez deberá informar ese derecho al menor, a sus padres, tutor y abogado del procedimiento para pedir la reparación);
- ✓ Medidas de justicia restaurativa (informar respecto a éstas);
- ✓ Informar el resultado del fallo.”<sup>116</sup>

## **V. PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 1916 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL**

De lo expuesto, se colige que si bien es cierto existe un amplio catálogo de normas, tratados y criterios protectores de las niñas y niños, las mismas refieren también que el Estado deberá adoptar los mecanismos que conciernen a la protección y garantía de tales derechos, esto incluye medidas legislativas.

Ahora bien, de acuerdo a la realidad social, la familia en sentido amplio se encuentra en crisis debido en gran medida por la pérdida de los valores y finalmente acuden al órgano jurisdiccional a dirimir sus controversias; generalmente son los progenitores, mismos que en ese devenir litigioso olvidan su deber de procurar el bienestar económico, físico, mental, emocional y espiritual de los hijos, o peor aún actúan a sabiendas y con el propósito de dañar a su contraparte mediante la utilización de los menores. En este caso uno de los posibles daños es el moral.

Al respecto el Código Civil para el Distrito Federal dispone:

“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. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

---

<sup>116</sup> *Ibíd*em, pp.30-57.

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.”

De lo anterior se desprende que uno de los requisitos *sine quan non* para que tenga lugar el daño moral es que sea a consecuencia de un hecho u omisión ilícitos; sin embargo, quedó señalado que no en todos los conflictos familiares se configura ese requisito a cabalidad; pues por ejemplo, el divorcio es una figura permitida por la ley y no por ello deja de afectar a los menores; supuesto en el cual, estaríamos frente al incumplimiento del deber jurídico de no causar daños a los demás; o lo que es lo mismo, ante la transgresión del principio de derecho romano *“alterum non laedere”* que significa el deber jurídico de no dañar a nadie.

Por tanto, en base a la protección al interés superior del menor se propone ampliar el espectro normativo del posible daño moral causado a los niños y niñas que son víctimas de los conflictos familiares; en ese sentido, se propone adicionar un último párrafo al precepto antes referido, para quedar en los siguientes términos:

**“En tratándose de conflictos familiares en los que estén involucrados los menores de edad y en aplicación del principio del interés superior de éstos, el juez que tenga conocimiento de esa situación, de oficio dará vista al Ministerio Público para que realice las diligencias necesarias a efecto de determinar si derivado de ésta circunstancia se ha causado daño moral al menor involucrado; y en caso de que así sea, el juzgador condenará a su reparación a quien o quienes resulten responsables.”**

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** En los conflictos familiares los menores, al estar dentro de la familia sufren, en la mayoría de los casos, afectaciones económicas, sociales y morales; en particular daños emocionales y psicológicos generados por esa situación.

**SEGUNDA.** De conformidad a la Convención Sobre los Derechos del Niño, se reputará como tal a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

**TERCERA.** Los niños por ser personas, al igual que los adultos, cuentan con un patrimonio moral, integrado por tres partes: social pública, afectiva y físico somática; dentro del cual se encuentran por ejemplo, el derecho al honor o reputación, los derechos de convivencia y los derechos de afección.

**CUARTA.** Por lo que respecta al ámbito moral, es decir no patrimonial, los menores pueden verse afectados en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, reputación, e incluso en la consideración que de sí mismos tienen los demás cuando existe un conflicto familiar.

**QUINTA.** En ese orden de ideas, derivado de los conflictos familiares, los progenitores pueden causar un daño a dichos menores, que incluso afectarán su desarrollo bio-psico-social.

**SEXTA.** Luego entonces, al existir un daño en el patrimonio moral de los menores, surge una responsabilidad civil que es el deber de reparar los daños causados a otra persona, ya sea por hechos propios o hechos ajenos y tiene su fundamento en el principio "*alterum non laedere*", que importa el deber de no dañar a nadie; dentro de esos daños se encuentra el daño moral y, por lo tanto, quien causa un daño a otra persona está obligado a repararlo.

**SÉPTIMA.** El daño moral tiene lugar cuando se afecta injustamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas; ya sea 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; es decir, cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente el patrimonio moral.

**OCTAVA.** El Código Civil para el Distrito Federal conceptualiza al daño moral y establece un catálogo de supuestos para su configuración, distingue su cuantificación independientemente del daño material o económico, prevé resarcible todo daño moral sin importar su causa. Faculta al juzgador para determinar su cuantía tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica de las partes y demás particularidades del caso.

**NOVENA.** El interés superior del menor es un principio constitucional; el cual implica que las políticas, acciones y toma de decisiones vinculadas con los menores, busquen en todo momento el beneficio de aquéllos. Esto incluye a las instituciones de bienestar social, a los tribunales, a las autoridades administrativas, así como a los órganos legislativos, a efecto de garantizar el goce de todos los derechos inherentes a la niñez con miras a alcanzar su desarrollo armónico e integral como seres biopsicosociales.

**DÉCIMA.** Si bien es cierto que existe una amplia protección relativa a los derechos de la niñez, así como una regulación jurídica del daño moral en lo general; también lo es que, del análisis de las normas relativas a estos temas, se advierte que no está regulado el posible daño moral que sufren los menores de edad a consecuencia de los conflictos familiares, situación que además es frecuente en nuestro entorno.

**DÉCIMA PRIMERA.** Por lo anterior, en virtud del interés superior del menor, así como la protección de la niñez y con fundamento en el deber jurídico de no dañar a nadie, se propone que cuando en un conflicto familiar se ocasione daño moral a un menor, se debe ordenar reparación oficiosamente; esto es, el Juez de lo Familiar al tener conocimiento de un conflicto familiar en el que esté involucrado un menor de edad, dará vista al Ministerio Público adscrito al juzgado, para que realice las diligencias necesarias para determinar a través de pruebas objetivas, si derivado de esa situación se ha causado daño moral al menor, y de ser así, condenar a su reparación a quien o quienes resulten responsables.

**DÉCIMA SEGUNDA.** De lo expuesto, se propone adicionar un párrafo al artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual será al tenor siguiente:

“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. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

(...)

**En tratándose de conflictos familiares en los que estén involucrados los menores de edad y en aplicación del principio del interés superior de éstos, el juez que tenga conocimiento de esa situación, de oficio dará vista al Ministerio Público para que realice las diligencias necesarias a efecto de determinar si derivado de ésta circunstancia se ha causado daño moral al menor involucrado; y en caso de que así sea, el juzgador condenará a su reparación a quien o quienes resulten responsables.”**

## BIBLIOGRAFÍA

- ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, *Sucesiones*, 3ª ed., México, McGraw-Hill Interamericana, 2008.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones civiles*, 6ª ed., México, Oxford, 2011.
- BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las obligaciones*, 20ª ed., México, Porrúa, 2006.
- BRAVO GONZÁLEZ, Agustín y BRAVO VALDÉS, Beatriz, *Derecho Romano, segundo curso*, 23ª. ed., México, Porrúa, 2007.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, *Derecho de daños*, 2ª ed., Barcelona, Boch, 1999.
- CUPIS, Adriano de, *El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*, traducción de la 2ª edición italiana por Ángel Martínez Sarrión, Barcelona, Bosch, 1975.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial V. La Responsabilidad Civil Extracontractual*, Pamplona, Aranzandi, 2011.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Parte General: personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, 11ª ed., México, Porrúa, 2008.
- DUTTO, Ricardo J, *Daños en las relaciones de familia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.
- FERNÁNDEZ MADERO, Jaime, *Derecho de daños: Nuevos aspectos doctrinarios y jurisprudenciales*, Buenos Aires, La Ley, 2002.

FLORIS MARGADANT S., Guillermo, *El derecho privado romano, como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 15ª ed., México, Esfinge, 1988.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil. Primer Curso*, 5ª ed., México, Porrúa, 1982.

GONZÁLEZ URIBE, Héctor, *Teoría Política*, 15ª ed., México, Porrúa, 2007.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 15ª ed., México, Porrúa, 2003.

----- *El patrimonio: El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, 9ª ed., México, Porrúa, 2011.

HENAO, Juan Carlos, *El daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado de derecho colombiano y francés*, 2ª reimpresión, Bogotá, Cordillera, 2007.

KOBETS, Yacov, *La reparación del daño moral*, México, Porrúa, 2007, Colección Breviarios Jurídicos.

LÓPEZ JACOISTE, José Javier, *La responsabilidad civil extracontractual: Una exploración jurisprudencial y de filosofía jurídica*, Madrid, Centro de estudios Ramón Aceres, 2010.

LÓPEZ RUIZ, Miguel, *Nuevos lineamientos para la investigación*, 2ª ed., México, MPC editores, 2011.

MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, *Teoría de las obligaciones*, 8ª ed., México, Porrúa, 2001.

MAZEAUD Henri y León, y MAZEAUD Jean. *Lecciones de derecho civil, parte segunda, v.II. La responsabilidad civil. Los cuasicontratos*, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978.

- MEDINA, Graciela, *Daños en el derecho de familia*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.
- OCHOA OLVERA, Salvador, *La demanda por daño moral: Derecho y legislación comparada, jurisprudencia nacional actualizada, jurisprudencia extranjera*, México, Monte Alto, 1993.
- OLIVERA TORO, Jorge, *El daño moral*, 3ª ed., México, Editorial Themis, 1998.
- PINA, Rafael de, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, 7ª ed., México, Porrúa, 1989.
- PIZARRO, Ramón Daniel, *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición*, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Versión española de José M. Cajica Camacho, Puebla, Cajica, t. II, 1, 1950.
- *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés: Las personas*, traducción de Mario Díaz Cruz, Habana, Cultural S.A., 1927-1947, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002.
- REGLERO CAMPOS, L. Fernando (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3ª ed., Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, colección Monografías Aranzandi.
- RICO ÁLVAREZ, Fausto y GARZA BANDALA, Patricio, *Teoría General de las Obligaciones*, México, Porrúa, 2005.
- RITTO, Graciela, *El daño moral y la legitimación activa*, Buenos Aires, Universidad, 2010.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil I. Introducción, Personas y Familia*, 43ª ed., México, Porrúa, 2012.

----- *Compendio de Derecho Civil III. Teoría de las Obligaciones*, 27ª ed., México, Porrúa, 2007.

SAAVEDRA MADRID, César Augusto, *La indemnización del daño no patrimonial*, Bogotá, Leyer, 2007.

SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 2008, t.1.

TOURNEAU, Philippe le, *La responsabilidad civil*, traducción de Javier Tamayo Jaramillo, Colombia, Legis editores, 2008.

### **Diccionarios**

*Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 9ª ed., México, Porrúa, 1996.

*Diccionario Esencial de la Lengua Española*, Madrid, Espasa Calpe, 2006.

*Diccionario de la Lengua Española*, de la Real Academia Española, consultado el 6 de julio de 2013 en el sitio web: <http://lema.rae.es/drae/?val=da%C3%B1o>.

Moliner, María, *Diccionario de uso del español*, Madrid, Gredos, 2007.

### **Hemerografía**

“Memoria del coloquio multidisciplinario sobre menores: Diagnóstico y propuestas”, *Cuadernos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, Serie L: Cuadernos del Instituto, año 1996, número 1.

### **Legislación**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Última reforma publicada DOF 19-07-2013)

Código Civil para el Distrito Federal (Última reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal 19-06-2013)

Código Penal para el Distrito Federal (Última reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 3-08-2012)

Ley de los derechos de las niñas y niños en el Distrito Federal (Última reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 09-01-2012)

Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes (Última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19-08-2010)

### **Instrumentos internacionales**

Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores.

Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la edad mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios.

Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Enmienda al párrafo 2 del artículo 43 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados.

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía.

## **Páginas de internet**

<http://www.aldf.gob.mx/>

<http://www.definicionabc.com/derecho/menor-de-edad.php>.

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/marco.htm>

<http://www.humanium.org/es/definicion/>

<http://www.juridicas.unam.mx/>

<http://www.rae.es/drae/>

<http://www.scjn.gob.mx/Paginas/Inicio.aspx>

<http://www.unicef.org/mexico/spanish/index.html>

## **Documentos publicados en sitios web**

*Lineamientos y criterios del proceso editorial*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2008, (Consultado en diciembre de 2012 en: <http://www.juridicas.unam.mx/>)

*Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2ª ed., México, 2012, (Consultado en julio de 2013 en: <http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/protocolo?sid=17735>)

## **Otras fuentes**

Sistema de búsqueda de Jurisprudencia y Tesis Aisladas IUS, actualizado a junio de 2013.