

19
2eje
300609



UNIVERSIDAD LA SALLE

ESCUELA DE DERECHO

INCORPORADA A LA U. N. A. M.

ANALISIS DEL DAÑO MORAL Y DE LA
ACCION PARA EXIGIR SU REPARACION
EN MATERIA CIVIL DENTRO DEL
DISTRITO FEDERAL

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JOSE MAURICIO GOMEZ SANCHEZ

Asesor de Tesis: Lic. Alfonso Vela Moreno

México, D. F.

1994

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES, MANUEL Y MERCEDES:

Por su apoyo y cariño, como una pequeña muestra de mi gran agradecimiento.

A MIS QUERIDOS HERMANOS, CARMEN Y GERARDO:

Quienes son los más grandes compañeros que puedo tener en la vida, con la esperanza de que sean dichosos.

A DON JOSE GUADALUPE SANCHEZ:

Por el gran orgullo de ser su nieto.

A MIS TIAS GUADALUPE Y MARIA LUISA:

Con mi cariño.

A SUSANA:

Por lo valioso de su amor.

A MIS AMIGOS:

Como parte de mi vida.

A MIS MAESTROS:

Mi reconocimiento a su labor.

A LA UNIVERSIDAD LA SALLE:

INDIVISA MANENT.

INDICE

P.P.

INTRODUCCION.....	I
-------------------	---

CAPITULO I LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1.1	Antecedentes de la Responsabilidad Civil en el Derecho Romano.....	01
1.1.1	Nociones Generales.....	01
1.1.2	La Culpa Aquiliana y los Cuasidelitos.....	05
1.1.3	Responsabilidad derivada por incumplimiento del deudor.....	09
1.2	Concepto de Responsabilidad Civil.....	11
1.3	Teoría Subjetiva de la Responsabilidad Civil	16
1.3.1	Nociones Generales.....	16
1.3.2	Elementos del hecho ilícito, fuente de responsabilidad civil.....	20
	a) La Antijuricidad.....	20
	b) La Culpa.....	27
	c) El Daño.....	31
1.4	Teoría objetiva de la responsabilidad civil por riesgo creado.....	36
1.4.1	Antecedentes históricos y exposición.....	36
1.4.2	Elementos del riesgo creado, fuente de responsabilidad civil.....	39
	a) Uso de cosas peligrosas.....	39
	b) El daño.....	41

1.5	La reparación del daño.....	42
1.5.1	La indemnización según su forma, clase y cuantía.....	42
1.5.2	El sujeto responsable de reparar el daño....	46
	a) Responsabilidad por hechos propios.....	46
	b) Responsabilidad por hechos ajenos.....	47
	c) Responsabilidad a causa de las cosas.....	49
1.6	Excluyentes de la responsabilidad civil.....	52
	a) La cláusula de no responsabilidad.....	53
	b) La culpa grave de la víctima.....	55
	c) El caso fortuito y la fuerza mayor.....	57

CAPITULO II

EL DAÑO MORAL

2.1	Antecedentes históricos del daño moral y de sus formas de reparación.....	60
	a) Leyes pre-hamurábicas.....	61
	b) Derecho Romano.....	62
	c) Derecho Novo hispano.....	63
2.2	Naturaleza jurídica y concepto de daño moral	65
	A) Precisión de la naturaleza jurídica del daño moral.....	70
	B) Determinación del concepto del daño moral	76
2.3	Los derechos de la personalidad y el daño moral.....	80
2.3.1	Naturaleza jurídica, objeto y concepto de los derechos de la personalidad.....	80
	A) Precisión de la naturaleza patrimonial de los derechos de la personalidad.....	82
	B) Determinación del objeto de los derechos de la personalidad.....	87
	C) Concepto y características de los derechos de la personalidad.....	91
2.3.2	Relevancia jurídica de los derechos de la personalidad.....	92
2.3.3	Clasificación de los derechos de la personalidad.....	97

2.4	Clasificación del daño moral.....	104
	A) Según el hecho que lo origina.....	104
	B) Según el ámbito contractual o extracontractual en que tiene lugar.....	107
	C) Según el bien jurídico lesionado.....	109
	D) Atendiendo a la posibilidad de que origine indirectamente un daño pecuniario.....	110
2.5	La reparación del daño moral.....	114
2.5.1	Tesis en cuanto a la reparación del daño moral.....	114
2.5.2	Naturaleza jurídica y formas de reparación del daño moral.....	116

CAPITULO III
LA REGLAMENTACION DEL DAÑO MORAL
EN EL CODIGO CIVIL PARA EL
DISTRITO FEDERAL

3.1	Análisis de la regulación del daño moral en los Códigos Civiles de 1870, 1884 y 1928, para el Distrito Federal.....	122
3.1.1	Los Códigos de 1870 y 1884.....	122
3.1.2	El Código de 1928, hasta antes de las reformas de 1982.....	124
3.2	Comentarios a las reformas de 1982, al Código Civil para el Distrito Federal, en materia de daño moral.....	128
3.2.1	Estudio de la exposición de motivos y proyecto original de la iniciativa presidencial de reformas a los artículos 1916 y 2116 del Código Civil para el Distrito Federal...	128
3.2.2	Análisis del proceso legislativo de la iniciativa presidencial de reformas a los artículos 1916 y 2116 del Código Civil.....	132

3.2.3	Crítica a la actual reglamentación en materia de daño moral en el Código Civil para el Distrito Federal.....	142
A)	Crítica a la sistematización de la responsabilidad civil.....	143
B)	Crítica a la sistematización del daño moral.....	147
C)	Crítica a la reglamentación de aspectos relevantes en materia de daño moral.....	149
3.3	Análisis de la regulación del daño moral en los Códigos Civiles vigentes para los Estados de Tlaxcala y Quintana Roo.....	155
3.3.1	El Código Civil vigente para el Estado de Tlaxcala.....	156
3.3.2	El Código Civil vigente para el Estado de Quintana Roo.....	162
3.4	Propuesta de Reformas en materia de daño moral al Código Civil vigente para el Distrito Federal.....	167
3.4.1	Exposición de criterios y fundamentos.....	167
3.4.2	Proyecto de Reformas.....	171

CAPITULO IV

LA ACCION PARA EXIGIR LA REPARACION DEL DAÑO MORAL EN EL DISTRITO FEDERAL

4.1	Concepto, naturaleza jurídica y elementos formales de la acción procesal.....	179
4.2	Aspectos generales en cuanto a la acción para exigir la reparación del daño moral....	183
a)	Clase de acción a ejercitarse.....	183
b)	Organo Jurisdiccional competente.....	185
c)	Vía en que se ejercita la acción y término de prescripción.....	189
4.3	Los elementos formales de la acción para exigir la reparación de daño moral.....	189

4.3.1	Los sujetos de la acción.....	189
4.3.2	La causa de la acción.....	195
4.3.3	El objeto de la acción.....	196
4.4	Consideraciones relativas al ejercicio de la acción para exigir la reparación del daño moral.....	198
4.4.1	Elementos de procedencia de la acción.....	198
4.4.2	La prueba del daño moral.....	202
4.4.3	Determinación del monto de la indemnización.	205
	CONCLUSIONES.....	III
	BIBLIOGRAFIA.....	IX

INTRODUCCION

La conducta de las personas, debe desarrollarse de tal modo que los efectos de su actividad, no produzcan daño a otra o a otras personas. El anterior, es un principio generalmente consagrado dentro de los ordenamientos legales, y en especial, en materia civil, se consagra la necesidad de que la persona que cause un daño con su actividad, deba repararlo en favor de la persona que lo ha sufrido injustamente, lográndose con ello la tutela de los derechos que han sido afectados a través de la conducta dañosa.

La institución jurídica de la Responsabilidad Civil, históricamente ha sido desarrollada en relación con el daño causado a bienes de contenido pecuniario y tangibles, características en virtud de las cuales, la apreciación del daño y su cuantificación para efectos resarcitorios, es posible obtenerla a partir del valor intrínseco del bien o bienes que han sido dañados.

No obstante lo anterior, a un lado de los bienes referidos en el párrafo que antecede, existen otros bienes jurídicos que, por su intangibilidad y por la imposibilidad para ser valorados exactamente en dinero, en un principio llegó a sostenerse que era imposible llevar a cabo su reparación y que por lo tanto, no constituían un daño reparable para efectos de responsabilidad civil, sin considerarse que su valía resulta incalculable, pues su reconocimiento y tutela por parte del ordenamiento jurídico positivo, así como el respeto de los mismos a favor de su titular, incide directamente en la protección de la dignidad de la persona y en el desarrollo pleno de la personalidad.

En efecto, bienes tales como el honor, el prestigio, la reputación, la configuración y aspectos físicos, etc., es necesario que, en primera instancia, sean tutelados dentro del ordenamiento positivo civil, imponiendo a la colectividad el deber de respetarlos en favor de su titular, resultando así mismo indispensable que, en caso de que con alguna conducta sean dañados, se imponga al responsable de la misma la obligación de reparar el daño en favor de la víctima, configurándose en consecuencia el daño moral que hace posible la integración de la responsabilidad civil, por el daño a bienes intangibles y de contenido no pecuniario.

El objeto del presente trabajo, lo constituye el análisis del daño moral, a efecto de determinar su naturaleza según los bienes que son objeto del mismo, así como la naturaleza jurídica de sus formas de reparación,

para que una vez lo anterior, estemos en aptitudes de referirnos a la acción con que cuenta la víctima del daño moral, para exigir judicialmente la reparación del mismo, al tenor de los ordenamientos civiles aplicables en el Distrito Federal.

Sin duda, reviste especial interés el cumplimiento del objeto académico del presente estudio, sin embargo, es de desearse que el mismo contribuya modestamente, a despertar la inquietud dentro del Foro, para que los profesionales de la Ciencia del Derecho, desestimemos la tentadora idea que por mucho tiempo ha orientado a la práctica profesional, y que consiste en el estudio y la defensa de intereses pecuniarios, mismos que son fuente de buenos dividendos, para que, sin excluir lo anterior, desarrollemos a la par la abogacía por la preservación de los derechos que pueden ser objeto del daño moral, área donde se pueden encontrar grandes satisfacciones, así como uno de los perfiles más humanos de nuestra profesión.

CAPITULO I

LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1.1 Antecedentes de la Responsabilidad Civil en el Derecho Romano

1.1.1 Nociones Generales

La gran influencia del Derecho Romano en nuestra legislación así como en el pensamiento doctrinario, hace imperativo el estudio de los antecedentes romanos de las figuras e instituciones jurídicas en que se apoya y aplica la responsabilidad civil en nuestra época. Con el estudio que a continuación efectuaremos obtendremos un breve panorama de las bases jurídicas en que se sustenta la concepción moderna de la figura de la responsabilidad civil en los países que, como el nuestro, tienen notoria influencia romancista, y así mismo podremos apreciar la asombrosa claridad y eficacia de la necesidad de reparar un daño injusto en el Derecho Romano.

Precisaremos en primer término las fuentes de las obligaciones en el Derecho Romano y al efecto el maestro Floris Margadant expone que, en su primera concepción, las fuentes de las obligaciones son los hechos jurídicos que dan lugar a ellas (1).

En cuanto a la concepción primaria del hecho jurídico como fuente de las obligaciones, es necesario estudiar la

1 Cfr GUILLERMO FLORIS MARGADANT: El Derecho Privado Romano; 10a. ed., Esfinge, 1981, p.315.

teoría del hecho jurídico en el Derecho Romano, para posteriormente referirnos a las fuentes "Justineanas" de las obligaciones.

Conforme a lo anterior, para los romanos el hecho jurídico se dividía en hecho jurídico en sentido propio y hecho jurídico voluntario. En el primer caso se refiere a cualquier condición de la que la ley hace depender la adquisición, pérdida o modificación de un derecho, o sea, un hecho que engendra consecuencias jurídicas; en cuanto a los hechos jurídicos voluntarios son aquellos que deben concurrir con la condición objetiva de la voluntad del sujeto. "Se puede precisar que en el hecho jurídico en sentido propio, el efecto jurídico nace por voluntad de la ley y en el hecho jurídico voluntario, el efecto jurídico acontecerá por voluntad del hombre a través de un acto jurídico" (2).

Como apreciamos, un elemento fundamental para la división del hecho jurídico, que es el único que guarda relevancia para el Derecho, es el de la voluntad del hombre en tanto intervenga o no para dar lugar a las consecuencias o efectos jurídicos del hecho en cuestión, dicha voluntad podrá intervenir para dar lugar a determinados efectos jurídicos y entonces dichos efectos acontecerían por virtud de un acto jurídico, mismo que se divide según se apegara al orden jurídico establecido o bien lo contraviniera.

"Para los romanos el acto jurídico se dividía en negocio jurídico, en el cual la voluntad del sujeto era ejercida en los términos establecidos por la ley y el efecto reconocido por ésta era el deseado, y en acto ilícito, en el cual la voluntad viola el orden legal, por lo cual el efecto jurídico es contrario al que se persigue con el acto de voluntad" (3).

De lo antes comentado resulta conveniente, conocer la actual doctrina italiana del hecho y del acto jurídico para lo cual el maestro Galindo Garfias nos expone:

"Se reserva el concepto de hecho jurídico a los acontecimientos de la naturaleza y se aplica el concepto de acto jurídico a todos aquellos acontecimientos en que interviene la conducta humana, como generadora del

2 Cfr. PEDRO BONFANTE: Instituciones de Derecho Romano (trad. del italiano por Luis Bacci y Andres Larrosa); 5a. ed., Reus, Madrid, 1979, p. 86

3 Ibid

acontecimiento... Los actos jurídicos se dividen en actos simplemente voluntarios y en actos de voluntad" (4).

"Por lo que toca a los actos voluntarios son aquellos en que interviene la voluntad del sujeto pero lo que se toma en consideración es la actividad desarrollada, en tanto que en los actos de voluntad el dato determinante es la propia voluntad del sujeto, que el derecho considera como antecedente inmediato del cual la norma hace producir consecuencias jurídicas al acto" (5).

Como se observa la evolución de la doctrina italiana ha atendido a sus raíces romanas en la concepción del hecho y el acto jurídico, con la división que produce la no intervención de la voluntad del hombre en los hechos jurídicos los cuales son originados exclusivamente por la naturaleza y, por el contrario, con la indispensable voluntad del hombre en los actos jurídicos ya sean éstos actos voluntarios o de voluntad.

Concluiremos esta exposición de la actual doctrina italiana, con el concepto de negocio jurídico que, al igual que los romanos clásicos, los actuales tratadistas italianos se reservaron para aquel acto jurídico en que la voluntad se encuadra al ordenamiento legal y busca los efectos señalados por éste, y al efecto apuntaremos las palabras del maestro Galindo Garfias:

"Los tratadistas italianos reservaron el nombre de "Negocio Jurídico" a aquellos actos de voluntad humana en que deliberada y conscientemente se busca producir las consecuencias jurídicas por que las partes pretenden deliberada y libremente la protección de sus intereses jurídicos a través de la declaración de voluntad, si tiene una finalidad lícita (6)".

Para continuar con la concepción romana de las fuentes de las obligaciones señalaremos que con Justiniano la lista quedó integrada por: Contratos, delitos, cuasicontratos y cuasidelitos (7).

Al efecto, el maestro Floris Margadant nos proporciona una definición de los mismos, que en principio nos ayudará a

4 IGNACIO GALINDO GARFIAS: Derecho Civil (Parte General, personas, familia); 9a. ed., Porrúa, México, 1989, p.p. 210-211.

5 Cfr. *Ibid.*

6 *Ibid.*

7 G. FLORIS MARGADANT: *Op. cit.*, p. 315.

distinguir las figuras jurídicas en cuestión, para estar en aptitud de abordar el tema de la responsabilidad civil:

El contrato puede definirse como un acuerdo entre varias personas que tiene por objeto producir una o más obligaciones civiles.

El delito es un hecho humano contrario al derecho y castigado por la ley. Es un hecho jurídico ya que produce un cambio en el mundo del derecho, pero no es un acto jurídico, ya que el cambio que resulta (el deber del autor del ilícito de sufrir un castigo), no es precisamente el efecto deseado por el delincuente.

El cuasicontrato es una figura parecida al contrato por su licitud y sus consecuencias, pero en el cual no se encuentra el consentimiento entre los sujetos como elemento constitutivo, lo cual separa los cuasicontratos de los contratos.

El cuasidelito es un acto ilícito, pero que el derecho romano no clasificaba dentro de los delitos (8).

Los conceptos antes enunciados, por su sencillez, nos serán útiles en el tema que nos ocupa, sin embargo, en cuanto al concepto de delito me parece que el maestro Margadant al señalarlo como un hecho jurídico se apoya en la doctrina francesa del hecho y el acto jurídico, al no considerarlo un acto por no ser deseado el resultado del mismo, lo cual provoca confusión, pues conforme a la concepción romana antes expuesta el delito también debe ser entendido como un acto jurídico.

En el Derecho Romano se aprecia ya con toda claridad la posibilidad de causar un daño a otro a través de determinada conducta que viola el orden legal, esto es, a través de un acto ilícito, entendiéndolo para tales efectos conforme a lo señalado por el maestro Bonfante quien precisa que el acto ilícito es todo acto que puede dañar un derecho ajeno, el cual consta de dos elementos: la voluntariedad del acto, lo cual constituye la culpa y la lesión de un derecho ajeno, que se llama daño (9).

Así mismo se precisó el efecto del resarcimiento del daño de un acto ilícito:

Consecuencia del acto ilícito es siempre la obligación de indemnizar o resarcir el daño a la parte lesionada, como

8 Ibid., p. 316.

9 cfr. P. BONFANTE: Op. cit., p. 100.

también la pena privada o pública, patrimonial o personal cuando el acto constituya un delito (10).

Como se desprende de las definiciones antes enunciadas, el principio de ilicitud del acto se presenta en primera instancia, en los delitos y en los cuasidelitos, no obstante es de señalarse que el elemento culpa que integra un acto ilícito puede presentarse cuando dicho elemento se refiere a la conducta de un deudor respecto a su acreedor en relación con la obligación pendiente entre ambos. Lo anterior será expuesto y aclarado a continuación al tratar la responsabilidad derivada de los delitos y los cuasidelitos, así como la derivada del incumplimiento del deudor.

1.1.2. La culpa Aquiliana y los cuasidelitos

Recordemos que el delito y el cuasidelito son fuentes obligacionales en el Derecho Romano, por lo que toca al primero de los señalados se encontraban divididos en aquellos que violan normas jurídicas de importancia social y eran perseguidos por el Estado, castigándolos con una pena pública, conocidos como delitos públicos (crimonia), y aquellos que causaban ofensa a un particular y su persecución se consideró un derecho de éste y no una función estatal otorgándose al efecto una acción al particular.

La concepción de delito privado corresponde a la tercera etapa de evolución del Derecho Penal, o sea, a la etapa de la composición legal, en la que la composición es forzosa y su cuantía fijada de antemano por el Poder Público, por lo que la obligación que nace del delito es en esencia la de abonar la compensación legal (11).

Entre los delitos privados, el maestro Floris Margadant señala que dentro del Ius Civile se distinguían tres, que eran el robo, el daño en propiedad ajena y lesiones (12).

Debido a la naturaleza del estudio que nos ocupa y en especial al subtítulo en comento, únicamente abordaremos el tema de los delitos privados por lo que se refiere al daño en propiedad ajena, en torno al cual se implementó "la culpa Aquiliana", misma que es el fundamento romano de la moderna teoría de la responsabilidad civil.

10 Ibid., p. 101.

11 Cfr. J. ARIAS RAMOS, J. A. RAMOS BONET: Derecho Romano, T. II; 17a.ed., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1984, p.646.

12 G. FLORIS MARGADANT: Op. cit., p. 433.

El "Damnun Iniura Datum", consiste en el daño causado a otro sin derecho, revistiendo la forma de daño patrimonial, sin que el que lo produjere mire a obtener un lucro sino que lo motiva la mera intención de dañar, o bien, la negligencia de su actividad.

Al referirse a casos en que el ofensor y el perjudicado no están ligados por un contrato a cuyas reglas deberían de acoplar su conducta, se considera que se refiere éste delito a un daño "extracontractual" (13).

Hemos establecido en primer término el concepto de la figura en estudio para poder referirnos a ella con mayor claridad, sin embargo, agreguemos también la idea del origen extracontractual del daño que nos ocupa, para poder delimitar desde ahora la diferencia en cuanto a su ámbito con la responsabilidad derivada del incumplimiento de un deudor que será estudiado en el siguiente subtema.

De acuerdo a lo anterior, encontramos que la materia de daño en propiedad ajena, se reglamentaba de forma un tanto dispersa en las XII Tablas, en la cual se contemplaban acciones para reclamar el daño producido por cuádrupes si su comportamiento había sido contrario a su naturaleza, para el daño causado por el ganado de uno en el predio de otro, para el caso de la tala de árboles ajenos, o para el caso de que se causara incendio de una casa ajena (14).

Dicha reglamentación fue sustituida por un plebiscito del siglo III a.C. por virtud del cual fue implementada la Lex Aquilia, misma que constituye la legislación básica en materia de daño en propiedad ajena y que se compuso de tres capítulos, de los cuales el primero y el tercero tratan específicamente la materia refiriéndose respectivamente a la muerte dada a esclavos o animales y el daño causado en propiedades ajenas con consecuencias distintas a las previstas en el primer capítulo.

En cuanto a la indemnización, en los casos previstos en el primer capítulo, la misma debería ser el valor más alto que el esclavo o el animal hubiesen tenido en el último año y en los casos previstos en el tercer capítulo la indemnización consistiría en el valor más alto del bien dañado en los últimos treinta días (15).

13 Cfr. J. ARIAS RAMOS, J. A. RAMOS BONET: Op. cit., p. 436.

14 Cfr. G. FLORIS MARGADANT: Op. cit., p. 436.

15 Cfr. ibid.

Por lo que hace a la indemnización el maestro Floris Margadant, señala que la misma podría ser superior al daño realmente sufrido, señalando los casos de que el esclavo o el animal al momento de haber sido muertos tuvieran una enfermedad incurable, o bien que el daño causado a un objeto no fuere total, sino parcial. El comentario del maestro es sin duda acertado, sin embargo creemos que tales medidas fueron reglamentadas de forma tan rígida y aparentemente injusta con el propósito de reglamentar a la sociedad romana de la República bajo el principio "La Ley es dura pero es la Ley", mismo que forjó una disciplina de la sociedad romana admirable en esa época.

Resulta sumamente importante resaltar que el principio de la culpa Aquiliana era el de causar un daño sin derecho, a través de una conducta non jure, efectuada por lo tanto a través de un acto ilícito que daña a otro, ya sea con la intención de causar el daño o bien por negligencia en la actividad. Así mismo, la evolución de la figura que nos ocupa dentro del Derecho Romano, define la figura obligacional de la responsabilidad civil que conocemos actualmente, como a continuación se expone:

"Originalmente la ley requirió que la lesión fuere causada por el agente directamente sobre la cosa, por un contacto directo, admitiéndose posteriormente que el delito podía ser causado sin ese contacto, e inclusive cuando el daño patrimonial podía ser causado sin dañar la cosa (como abrir un establo para que escapen los animales). Así mismo la ley requería de un acto positivo (una acción) para que el delito tuviera lugar, posteriormente modificándose el principio para el caso de abstenciones que provocaran daños (no alimentar a un esclavo ajeno que se hallaba a su cuidado). Por otra parte la ley originalmente requería una conducta dolosa para posteriormente considerar que inclusive la culpa levisima en abstracto bastaba para configurar un acto ilícito dañoso. La acción originalmente sólo comprendió la reparación del daño causado, extendiéndose posteriormente al perjuicio o el lucro cesante. Por último es de señalarse que la acción Aquiliana no sólo correspondía al propietario de la cosa dañada, sino a toda una serie de interesados como los acreedores prendarios o usufructuarios" (16).

Una vez que hemos comentado el principio de la culpa Aquiliana (o extracontractual), nos referiremos al caso de los cuasidelitos en su carácter de fuentes obligacionales en el Derecho Romano. Al respecto es de indicarse que la diferencia existente entre los delitos y los cuasidelitos

no es posible precisarla de manera radical, toda vez que algunos autores señalan como criterio distintivo el carácter doloso o culpable y otros señalan que los cuasidelitos implicaban una responsabilidad por actos ajenos, al respecto Margadant sostiene:

"También es posible que los compiladores, con su sentido de simetría y su amor al número cuatro, quisieran crear una figura simétrica a la de los cuasicontratos, y llenaran la nueva categoría con figuras que, a pesar de su íntima relación con los actos ilícitos, habían quedado flotando fuera de la lista tradicional de los delitos" (17).

Conforme a lo anterior, enunciemos ahora a los cuasidelitos que nos ocupan, para lo cual tomaremos las exposiciones que de cada uno de ellos efectúan los maestros Arias Ramos y Ramos Bonet:

a) *Iudex Qui Litem Suam Fecerit.*- expresión con la cual se alude que por sentenciar mal o por su conducta negligente, el juez ha fallado a sus deberes, perjudicando a alguna de las partes, viéndose en la necesidad de indemnizar al afectado.

b) *Effesum Et Diectum.*- al caer de un edificio algo que causara algún destrozo o matare a alguna persona, el que habitaba la casa, tenía la obligación de indemnizar sin importar si había o no culpa de su parte.

c) *Positum Et Suspensum.*- consistía en la acción en contra del habitante de un edificio que colgara o pusiera algo que amenazara caer a la calle e hiciera temer un perjuicio, obligándose a pagar una multa, sin ser necesario que el perjuicio se produjera.

d) Los *Nautae, Caupones y Stabularii*, son responsables de los hurtos cometidos por los individuos a su servicio en navíos, mesones o establos (18).

"Del análisis de los cuatro casos de cuasidelitos se hace notoria la dificultad para señalar las características comunes que originan su agrupación, toda vez que se encuentran en ellos tanto elementos de dolo, culpa así como de responsabilidad objetiva, en la que se prescinde del elemento culpa y daños que pueden ser desde la muerte de una persona hasta situaciones en las que no existe sino la posibilidad de efectuarse un daño" (19).

17 G. FLORIS MARGADANT: Op. cit., p. 448.

18 Cfr. J. ARIAS RAMOS, J. A. RAMOS BONET: Op. cit., p. 657.

19 Cfr. ibid., p. 658.

Por último y para poder comprender la responsabilidad que el Derecho Romano hacía recaer en los dueños de navíos, mesones o establos por los robos cometidos por individuos a su servicio, es imperioso destacar que la figura de la responsabilidad por culpa ajena repercutía en la figura del dueño por que el Derecho atribuía que había obrado negligentemente por no haber hecho la elección de su personal con el debido cuidado (culpa in eligendo), o bien, por no haberlos vigilado suficientemente (culpa in vigilando), resultando que la responsabilidad por aparente culpa de tercero deriva directamente en los dueños de navíos, mesones o establos, al afectarse concretamente las culpas in eligendo e in vigilando antes aludidas (20).

1.1.3 Responsabilidad derivada por incumplimiento del deudor

Ha quedado señalado que el contrato es fuente obligacional en el derecho romano, estableciéndose que dicha figura deriva de un acto lícito de voluntad. En el apartado que nos ocupa y conforme a los objetivos del presente estudio, examinaremos las consecuencias obligacionales de dicha figura en el caso de que el comportamiento del deudor no se adecúe a los fines para los cuales fue celebrado el contrato, esto es, que con su propia conducta retarde o haga imposible el exacto cumplimiento de la obligación objeto del mismo y las consecuencias jurídicas que el Derecho Romano atribuía en tal caso.

Recordemos al efecto, que el acto ilícito se compone de dos elementos: la culpa y el daño, en tal virtud, si bien es cierto que el negocio jurídico, es un acto lícito celebrado por los contratantes, puede darse el caso de que el deudor cometa un acto ilícito que impida o retarde el exacto cumplimiento de la obligación, resultando que incurre en culpa contractual.

Llámesese culpa contractual la que interviene en los actos que son ilícitos a causa de una relación particular con la persona perjudicada, ya que tal relación se deriva por lo general del contrato (21).

El Derecho Romano distinguió del concepto genérico de culpa los conceptos de dolo y de culpa propiamente dicha y al efecto formula una graduación de ésta última, al respecto Bonfante nos indica que dicha división así como las

20 Cfr. *ibid.*, p. 564.

21 P. BONFANTE: *Op. cit.*, p. 100.

graduaciones de la culpa tienen relevancia únicamente por lo que toca a la culpa contractual, que es la que nos ocupa, toda vez que en la culpa Aquiliana o extracontractual, se responde cuando exista dolo o culpa e incluso cuando ésta última sea una culpa leve (22).

Conforme a lo señalado, debemos distinguir los conceptos de dolo, culpa con sus diferentes graduaciones y clases así como los efectos de la conducta dolosa y culposa en relación con el contrato en la cual interviene.

"En cuanto al dolo y sus efectos, tenemos que éste implica en general una conducta antijurídica consciente y querida, cuando éste interviene en una obligación tendremos que el deudor incurre en dolo cuando, a sabiendas y voluntariamente, desarrolla una conducta que hace imposible o impide el exacto cumplimiento de la obligación" (23).

De la conducta dolosa se responde siempre, sin ser óbice el hecho de que las partes hubiesen pactado no exigirse responsabilidad alguna por tal conducta, toda vez que se consideraba nulo dicho pacto. En efecto, al presentarse el caso de que la conducta dolosa hubiese hecho imposible el cumplimiento de la obligación, el deudor se veía obligado a prestar la indemnización correspondiente resarciendo el daño que se hubiese causado.

De la culpa cabe referir que en su sentido más amplio comprende falta de cuidado, negligencia. Sobre éste particular precisaremos que el concepto de culpa fue desarrollado en el Derecho Romano estableciéndose diversas clasificaciones que enseguida se detallan:

Culpa lata y culpa leve.- la primera supone un descuido extremo, negligencia extraordinaria superior al promedio común, esto es, no prever las consecuencias que todos hubieran previsto. Por lo que hace a la culpa leve consiste en no usar aquella diligencia que un tipo medio jefe de casa pone en sus asuntos.

Culpa en abstracto y culpa en concreto.- la primera se aprecia y mide confrontando la conducta del deudor con la que desarrolla la figura concebida del hombre diligente y buen paterfamilias. Por el contrario la culpa se mide en concreto, cuando la conducta del deudor en el caso de que se trate se mide o relaciona con la que él mismo acostumbra seguir en todos sus asuntos.

22 Cfr. *ibid.*, p. 101.

23 Cfr. J. ARIAS RAMOS, J. A. RAMOS BONET: Op. cit., p. 557.

Culpa in faciendo y culpa non faciendo.- incurrer en la primera el deudor que hace imposible la obligación por un acto suyo, por un acto material. En el caso del segundo tipo incurrer en dicha culpa quien llega al resultado antes indicado cuando omite una conducta.

"En cuanto a los efectos de una conducta culposa que impida o haga imposible el cumplimiento de una obligación, se debe precisar que los contratantes podían válidamente estipular no exigirse responsabilidad alguna en caso de culpa y en caso de convenirse nada al respecto, la base de la responsabilidad o el criterio para determinarla es el "lucrum" o ventaja que se saca de dicha conducta, si de la relación no se saca ventaja la responsabilidad no debe ser mayor que la desarrollada con culpa leve, en caso contrario comprenderá también la culpa grave" (24).

Para concluir con el subtema que nos ocupa, señalaremos que en el Derecho Romano se contempló la figura del "casus", la cual a pesar de no ofrecerse un concepto totalmente formulado, se apreciaba como la imposibilidad no inicial de incumplimiento de la prestación no imputable al deudor. Este es el antecedente romano del caso fortuito o fuerza mayor que, en general y salvo lo pactado por las partes, liberaba al deudor del cumplimiento de la prestación (25).

1.2 Concepto de Responsabilidad Civil

En éste apartado abordaremos el concepto de responsabilidad civil, con el objeto de comprender el alcance y sentido jurídico de dicha figura, así como sus fuentes, para poder referirnos en los siguientes apartados a los elementos que la integran según el hecho que haya dado lugar a ella y el contenido obligacional que origina a cargo de un sujeto y por otra parte el derecho que surge a favor de otro.

Conforme a lo anterior citemos un primer concepto y al efecto Bonasi señala que la responsabilidad civil se define como la obligación de soportar la reacción que el ordenamiento jurídico vincula al hecho dañoso (26).

El concepto antes enunciado es breve pero de un contenido jurídico muy amplio al definir la responsabilidad

24 Cfr. P. BONFANTE: Op. cit., p. 108.

25 Cfr. J. ARIAS RAMOS y J. A. RAMOS BONET: Op. cit., p.562.

26 EDUARDO BONASI BENUCCI: La Responsabilidad Civil; Citado por ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ: Derecho de las obligaciones; 7a. ed., Porrúa, México, 1990, p.485.

civil como una obligación derivada de un hecho dañoso, elemento principal en la figura que nos ocupa, concretando que el contenido de la obligación es la de soportar la reacción del ordenamiento jurídico. Respecto a lo anterior, los hermanos Mazeaud conceptúan a la responsabilidad civil a partir del sujeto responsable y señalan:

"Una persona es responsable civilmente cuando queda obligada a reparar un daño sufrido por otro. Ella responde de ese daño" (27).

Ségún las definiciones que hemos presentado se puede apreciar que el sentido general de la responsabilidad civil es el contenido obligacional a cargo de una persona, mismo que consiste en la reparación de un daño sufrido por otra. Para concretar una noción de responsabilidad civil es necesario distinguirla de otro tipo de responsabilidades y por otra parte definir, por el momento de una manera elemental, las fuentes que la originan así como el ámbito dentro del cual se puede presentar .

Distingamos en primer término la responsabilidad moral de la jurídica, señalando que ser responsables moralmente es responder ante Dios y la conciencia y ser responsable jurídicamente es responder ante los hombres.

"Dios y la conciencia no reprochan nada a quien obra de buena fe. Por eso la responsabilidad moral es una noción puramente subjetiva: para saber si una persona es moralmente responsable, hay que examinar su estado espiritual el mismo acto empeñará la responsabilidad moral de uno y no la de otro, cuyo sentido moral será menos refinado" (28).

Para ser responsable moralmente no se requiere exteriorizar una conducta, ni provocar un daño, no existe obligación de reparar que pueda ser ejercitada en contra de una persona, tal que, como lo apuntan los hermanos Mazeaud, la responsabilidad moral es una noción puramente subjetiva que se opone, sin ser excluida, a la noción de responsabilidad jurídica, ya sea esta responsabilidad civil o responsabilidad penal, conforme se aprecia a continuación:

27 HENRI Y LEON MAZEAUD: Lecciones de Derecho Civil, parte segunda, vol. II, (La Responsabilidad Civil, Los Cuasicontratos) (trad. del francés por Luis Alcalá-Zamora); Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1969, p. 7.

28 Ibid. p. 8.

"Para que exista responsabilidad civil y así mismo para que exista responsabilidad penal, se necesita una acción o una abstención: el pensamiento debe exteriorizarse, y en ambos casos, esa acción o abstención haber causado un perjuicio" (29).

De lo anterior se hace evidente la oposición que resulta de una responsabilidad moral y una responsabilidad jurídica, al exigir esta última que el pensamiento se exteriorice y que la acción u omisión que de ello resulte cause un daño, ahora bien, conforme al objetivo de nuestro estudio distingamos la responsabilidad penal de la responsabilidad civil.

Como lo señalamos en el subtema que antecede, ya el Derecho Romano distinguió entre los delitos públicos (crimínia) y los delitos civiles, según que el daño que se derivara de éstos afectara a la sociedad en general o bien afectara a un particular, lo cual puede ser un primer punto de distinción entre ambas responsabilidades.

No obstante el elemento determinante para distinguir a la responsabilidad penal de la civil, resulta de que la primera tiene lugar cuando una acción u omisión es penada expresamente por una ley, adquiriendo la pena el carácter de sanción, en tanto que en la responsabilidad civil, en principio, no es necesario que el acto u omisión que provoquen un daño esté expresa y particularmente prevista por un ordenamiento legal, sino que "el legislador puede establecer un principio general para la responsabilidad civil, y el contenido obligacional de ésta no será el de una sanción, no se tratará de penar, sino de reparar un daño" (30).

Toca ahora el turno de analizar las fuentes y el ámbito jurídico de la responsabilidad civil.

Ha quedado señalado que la responsabilidad civil consiste en la necesidad de reparar un daño causado a otro, siendo ese precisamente el contenido obligacional de la figura en estudio, sin embargo resulta importante precisar lo anterior a efecto de no confundir a la responsabilidad civil con la causa o fuente de obligaciones que dan lugar a ella, en otras palabras, distinguir que la responsabilidad civil no es la causa de la obligación sino la obligación en sí misma, al efecto, el maestro Bejarano Sánchez señala:

29 Ibid.

30 Cfr. *ibid.*, p. 9.

"No es propio afirmar que las obligaciones nacen de la responsabilidad delictual o cuasidelictual, pues lo cierto es que son generadas por una conducta o hecho" (31).

El maestro Bejarano se refiere a las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos y menciona al delito y el cuasidelito según conceptúa actualmente la legislación francesa a los hechos ilícitos que son cometidos con dolo o imprudencia respectivamente. La observación del maestro Bejarano nos sirve precisamente para señalar las fuentes de la responsabilidad civil, para lo cual, siguiendo el mismo sistema que el utilizado para los antecedentes en el Derecho Romano, mencionemos las principales fuentes de obligaciones que contempla la doctrina y al efecto, tenemos al contrato, a la declaración unilateral de la voluntad, al enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocios y el hecho ilícito.

Como lo estudiamos en el subtema que antecede, en el Derecho Romano el delito y el cuasidelito eran fuentes obligacionales, mismas que tenían como elemento común la acción u omisión de un acto ilícito cuando estas causaban un daño non jure. Tal temperamento, nos señala el maestro Bejarano Sánchez, tiende a desaparecer en el Derecho Moderno, donde se suele designar tanto a las obligaciones delictuales como a las cuasidelictuales, bajo la común denominación de obligaciones generadas por los "Hechos ilícitos" (32).

De lo anterior podemos apuntar que el hecho ilícito que causa un daño a un sujeto es fuente de la obligación de reparar el daño causado, o sea, crea la responsabilidad civil de reparar el daño. Ese es el principio seguido desde el Derecho Romano en donde los postulados quedaron delineados en la Lex Aquilia, en la que la culpa era elemento fundamental. Precisaremos lo anterior al abundar en ésta fuente de responsabilidad civil al tratar el tema de la teoría subjetiva de la responsabilidad civil, por ahora baste señalar al hecho ilícito como una de las fuentes que originan la responsabilidad civil.

La evolución de la vida social e industrial, provocó que la doctrina admitiera la posibilidad de ser responsable de reparar el daño causado a otra persona aún obrándose lícitamente, sosteniéndose en la idea de responsabilizar a un sujeto por haber creado un riesgo, surgiendo la teoría de

31 MANUEL BEJARANO SANCHEZ: Obligaciones Civiles; 3a. ed., Harla, México, s/f, p. 224.

32 Cfr. *ibid.*, p. 220.

la responsabilidad civil por riesgo creado en que puede incurrir una persona al utilizar un objeto peligroso que cree el riesgo de un daño a otra persona, sin importar que la conducta de quien se sirve del objeto peligroso no sea ilícita.

Lo anterior quedará precisado cuando en el presente capítulo tratemos el subtema de la teoría de la responsabilidad civil por riesgo creado, por el momento baste concretar que el uso de un objeto peligroso que cree un riesgo de daños, al provocarse éstos, es la segunda fuente que origina la responsabilidad civil.

Toda vez que hemos planteado el contenido obligacional de la responsabilidad civil, que hemos distinguido la responsabilidad moral de la jurídica así como la responsabilidad civil de la penal y de que hemos señalado las fuentes de la responsabilidad civil, podemos abordar un concepto más amplio de ésta.

Responsabilidad civil es la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otro, por un hecho ilícito o por la creación de un riesgo (33).

El concepto, por su claridad y sencillez, nos parece el más adecuado para los fines de este apartado. La problemática de los elementos que deben integrar a la responsabilidad civil según la fuente que le de origen, así como la relativa al contenido obligacional de la misma, esto es, la reparación del daño, serán tratados en los siguientes subtemas del presente capítulo.

Concluiremos el presente apartado definiendo el ámbito de la responsabilidad civil, precisando que este comprende dos ramas: la llamada responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual. "En la actualidad todo el mundo admite que el ámbito de la responsabilidad civil, engloba a la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual o cuasidelictual" (34).

Durante mucho tiempo la doctrina admitió la dualidad de la responsabilidad civil según fuera del ámbito contractual o extracontractual, sosteniéndose una diferencia en el tipo de culpa que se cometía según se violaran las obligaciones derivadas de un acuerdo de voluntades o bien de un deber jurídico contenido en una norma legal.

33 *Ibid.*, p. 262.

34 H. y L. MAZEAUD: *Op. cit.*, p. 32.

La tesis anterior ha sido superada en la doctrina, tal y como lo señalan Planiol y Ripert:

"La diferencia que pretende establecerse entre las dos especies de culpa, carece en lo absoluto de base, no es sino una especie de ilusión que resulta de un examen superficial; ambas culpas crean igualmente una obligación: la de reparar mediante una indemnización, el daño causado; una y otra suponen igualmente la existencia de una obligación anterior; una y otra consisten igualmente en un hecho: la violación de esa obligación" (35).

Como vemos, efectivamente la responsabilidad civil que se origina por un hecho ilícito puede surgir en el ámbito contractual o extracontractual, pero no por ello se trata de dos figuras diferentes, ya que según lo señalan Planiol y Ripert no es diferente la culpa de cometer el hecho ilícito de violar un contrato (las obligaciones contenidas en él), que la culpa extracontractual, precisamente porque el origen de la responsabilidad civil en ambos casos es el hecho ilícito de violar culpablemente una obligación ya contractual o ya extracontractual, siempre que se cause un daño a otra persona.

Al estudiar los elementos que integran el hecho ilícito como fuente de la responsabilidad civil podremos determinar con precisión lo antes señalado, por el momento baste señalar que la responsabilidad civil puede desarrollarse en el ámbito contractual y extracontractual de las obligaciones y que la fuente común para ambos casos será el hecho ilícito.

1.3 Teoría subjetiva de la responsabilidad civil

1.3.1 Nociones generales

Según fue señalado en el subtema relativo a los antecedentes romanos de la responsabilidad civil, el acto que los romanos conceptuaban como ilícito podía causar un daño, configurándose entonces un delito o un cuasidelito en la acepción ya definida de estos términos, en ese caso la

35 MARCEL PLANIOL Y GEORGES RIPERT: Tratado Elemental de Derecho civil T. IV. (Las Obligaciones) (trad. del francés por José M. Cájica Jr.); 1a. ed., Cárdenas, México, 1983, p. 556.

Ley Aquilia formuló los principios rectores para que esos daños fueran reparados, considerando como elemento preponderante el carácter intencional o negligente del sujeto que con su conducta o acto ilícito provocara un daño non jure a otra persona.

Precisamente la teoría subjetiva de la responsabilidad, estudia el acto ilícito como fuente de las obligaciones, esto es, según que el origen o fuente de la responsabilidad civil sea el hecho ilícito en los términos que, de forma primaria, señalamos anteriormente.

Dentro del presente apartado estudiaremos al hecho ilícito que genera responsabilidad civil atendiendo a los elementos que lo constituyen para que éste sea fuente de obligaciones que impliquen la reparación del daño causado. Cabe señalar que según las fuentes que originan la responsabilidad civil, al lado de la teoría subjetiva, fue elaborada la teoría objetiva de la misma, la cual se funda en el principio del riesgo creado aunque no exista dolo o culpa, esta teoría será analizada en el siguiente subtema, sin embargo, valga la aclaración para tener presente a esta fuente de la responsabilidad civil.

... "La teoría subjetiva de la responsabilidad se funda en un elemento de carácter psicológico: la intención de dañar como base principal del delito, es decir, obrar con dolo o bien proceder sin intención de dañar, pero con culpa porque no se hayan tomado las precauciones necesarias, porque se incurra en descuido, negligencia o falta de previsión..." (36).

De la anterior opinión del maestro Rojina Villegas, se aprecia el carácter preponderante que tiene la culpa en esta teoría, efectivamente, el elemento subjetivo del autor del daño provocará que la obligación de repararlo le sea imputada.

La culpa entorno a la cual se elaboró esta teoría, desde sus antecedentes romanos en la Lex Aquilia, es uno de los elementos que integran al hecho ilícito que genera responsabilidad civil, por lo anterior y a efecto de entender a la culpa como elemento integrante del hecho ilícito y a éste como fuente de responsabilidad civil, es necesario que abordemos el examen de la estructura del hecho ilícito.

36 RAFAEL ROJINA VILLEGAS: Derecho Civil Mexicano T.V. vol. II; 5a. ed., Porrúa, México, 1985, p. 95.

Conforme a lo anterior, precisaremos que el principio de la teoría subjetiva de la culpa, se encuentra consagrado en el artículo 1910 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, el cual dispone: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo".

En la redacción del precepto legal transcrito se aprecia la idea de una conducta antijurídica y dañosa, sin precisar la idea de culpabilidad, no obstante éste elemento se hace patente en el artículo 1914 del ordenamiento legal citado, que establece que cuando se causen daños sin culpa de ninguna de las partes, cada quien soportará los daños sin derecho a indemnización.

Así aparece un nuevo elemento del hecho ilícito: la culpa porque, para responsabilizar a alguien, necesitamos demostrar que estuvo a su alcance evitar el daño y no lo hizo, que cometió una falta o culpa, o que produjo el daño en forma intencional. De aquí se concluye que los elementos característicos del hecho ilícito son, por consiguiente, la antijuricidad, la culpa y el daño (37).

Para tener una visión global de la materia, analicemos los antecedentes extranjeros del artículo 1910 antes transcrito, que nos proporciona el maestro Borja Soriano (38):

Código Napoleón, Art. 1382: "Todo hecho cualquiera del hombre que cause a otro un daño obliga a repararlo a aquel por cuya falta ha acontecido".

Código Civil Alemán, Art. 823: "El que por un hecho contrario a derecho, ataca, con intención o negligencia, la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad, o cualquier otro derecho de otra persona, está obligado para con esta a la reparación del daño que de aquel hecho ha resultado".

Código (Suizo) de las Obligaciones, Art. 41: "El que causa de una manera ilícita un daño a otro, sea intencionalmente, sea por negligencia o imprudencia, está obligado a repararlo. El que causa intencionalmente un daño a otro por un hecho contrario a las costumbres, está igualmente obligado a repararlo".

37 M. BEJARANO SANCHEZ: Op. cit., p. 221.

38 MANUEL BORJA SORIANO: Teoría General de las Obligaciones; 11a. ed., Porrúa, México, 1989, p. 355.

Código Civil Ruso, Art. 403: "El que ha causado un daño a la persona o al bien de otro, está obligado a repararlo. Queda librado de esta obligación, si prueba que no podía prevenir este daño, o que tenía el poder legal de causarlo, o que se produjo como resultado de la premeditación o de la negligencia burda de la víctima misma".

De las fuentes enunciadas, se hace evidente la influencia de las legislaciones Suiza y Rusa entorno al artículo 1910 de nuestro Código Civil, notándose que la primera parte del mismo es tomada del precepto suizo y la segunda parte del ordenamiento legal ruso.

No obstante lo anterior, el artículo 1910 en comento no señala expresamente a la culpa como en el caso del Código Alemán, sino que deriva a la responsabilidad civil directamente por el hecho ilícito que causa un daño, resultando imperioso entrar al examen de los elementos del hecho ilícito que, como ya apuntamos, son la antijuricidad, la culpa y el daño, que abordaremos en forma individual en el siguiente subtema, conviniendo para los efectos de este apartado definir al hecho ilícito:

El hecho ilícito -fuente de obligaciones- es una conducta antijurídica, culpable y dañosa la cual impone a su autor la obligación de reparar los daños y engendra a su cargo una responsabilidad civil (39).

La definición apuntada, nos ofrece los elementos estructurales del hecho ilícito para que éste sea fuente de obligaciones y señala además el contenido obligacional que dicha conducta implica, esto es, la responsabilidad civil de reparar los daños causados. Así mismo, el maestro Bejarano precisa su concepto de hecho ilícito en tanto fuente de obligaciones, y no con base a aquel que es señalado por el artículo 1830 de nuestro Código Civil, mismo que puede originar la nulidad de un contrato por ir en contra de las leyes de orden público o las buenas costumbres.

Aclaremos lo último señalado, no existen dos tipos diferentes de hecho ilícito, lo que ocurre, es que el hecho ilícito que genera responsabilidad civil, además de ser antijurídico debe ser culpable y dañoso, en tanto que la definición que apunta el artículo 1830 de nuestro Código Civil se refiere a la antijuricidad de un hecho que puede dar lugar a la nulidad de un acto jurídico.

1.3.2 Elementos del hecho ilícito fuente de responsabilidad civil

A) La antijuricidad

En relación con este elemento, es de señalarse que los autores en general sólo exponen a la culpa y el daño como elementos del hecho ilícito, el maestro Bejarano Sánchez emite su opinión al respecto en el siguiente sentido:

"Es erróneo suponer que bastan la culpa y el daño para caracterizar al hecho ilícito, pues éste se manifiesta invariablemente como una acción antijurídica. Aunque en ocasiones no sea muy notoria la norma de derecho transgredida con la acción ilícita es seguro que dicha regla existe. Lo que ocurre con frecuencia es que la norma quebrantada por el hecho dañoso no es una disposición jurídica expresa consagrada en un canon legal sino en un principio general de Derecho, que tiene positividad y vigencia en la Ley, porque preside e inspira las reglas contenidas en ella" (40).

La opinión del maestro es sumamente acertada para el estudio y sistematización del hecho ilícito, ya que como veremos más adelante, el estudio de la antijuricidad hará más evidente y notoria la obligación previa al hecho ilícito que fue violada por la comisión de éste, o sea, la norma de derecho conculcada.

Es del dominio general que la antijuricidad es una conducta que viola lo establecido por las normas de derecho, por lo que una conducta antijurídica choca necesariamente con lo preceptuado en una regla jurídica. La clasificación de la antijuricidad de una conducta puede ser muy extensa, analicemos las principales clases que se relacionan directamente con el objeto de nuestro estudio, como son, la conducta antijurídica por violación a un principio general de Derecho, la conducta antijurídica por violación de una norma de observancia general y la conducta antijurídica por violación de normas de observancia particular.

a) Antijuricidad por violación de un principio no consagrado expresamente:

La norma jurídica se encuentra expresamente consagrada en un ordenamiento legal o bien en un acuerdo de voluntades

40 Ibid., p. 223.

que implique un determinado comportamiento a las partes, no obstante existen principios no consagrados expresamente cuya existencia es indudable pues inspiran las reglas legales y la violación de ellas resultaría una conducta antijurídica. "En efecto, de la misma manera que es antijurídico observar un comportamiento opuesto al exigido por la norma expresamente consagrada, lo es el que contradiga a la conducta solicitada por el orden jurídico en una regla que no trascendió explícitamente a la Ley" (41).

Esos principios que no se encuentran expresamente señalados en un ordenamiento jurídico y que sin embargo pueden ser conculcados con una conducta que, en ese caso, revestiría el carácter de antijurídica, son los principios generales de derecho.

Junto al derecho legislado, al lado de la costumbre, existen otras normas que no emanan de la autoridad del estado, ni de las prácticas consuetudinarias obligatorias, pero que es posible descubrir, porque sirven de fundamento racional a las leyes mismas (42).

Del párrafo anterior apreciamos el carácter no necesariamente expreso en una ley, de la norma de conducta que contiene el principio general de derecho, mismo que está implícito en el ordenamiento legal por ser precisamente fundamento racional de éste, toda vez que "son conceptos fundamentales que pueden ser conocidos mediante inducciones sucesivas, coordinando las normas o preceptos que regulan una institución jurídica, hasta llegar, objetivamente, por abstracción a encontrar esos conceptos o ideas centrales que presiden y dan vida y sentido a cada institución" (43).

La función de estos principios generales de derecho es doble, pues como medio interpretativo nos ayudan a conocer la ratio legis del precepto jurídico que contiene expresamente una disposición normativa y, por otro lado, son los apoyos más sólidos para resolver casos no previstos de forma expresa en la ley ya que como se ha señalado, sirven de fundamento para la creación de ésta. De lo anterior se debe de precisar que "el principio general de derecho no es un consecuencia de la disposición legal, sino que constituye la base en que ésta se apoya" (44).

41 Cfr. *ibid.*, p. 225.

42 I. GALINDO GARFIAS: *Op. cit.*, p. 60.

43 *Ibid.*, p. 62.

44 Cfr. *ibid.*, pp. 62-63.

Conforme a lo expuesto, es notorio que la antijuricidad no es exclusiva al hecho que viola una norma expresamente determinada y contemplada en una ley o en un contrato, y que, el hecho será antijurídico cuando pueda deducirse que se ha conculcado una norma prohibitiva, deducida de modo mediato e indirectamente del ordenamiento legal.

b) Antijuricidad por violación de una norma jurídica general o una disposición particular.

Toca el examen de la conducta antijurídica por violar una norma jurídica general o bien de carácter particular, lo cual obedece al ámbito personal de validez de una norma, en el primer caso la norma obligará a todos aquellos que se encuentran en los supuestos generales en ella previstos y en el segundo caso la norma obligará sólo a determinadas personas que se encuentran vinculadas entre sí por un negocio jurídico.

Son generales las leyes. También, aunque en un grado un poco menor, las normas reglamentarias.

Son particulares aquellas normas que han sido establecidas por las partes que intervienen en un negocio jurídico, por ejemplo, en un contrato, para regular las relaciones recíprocas entre dichas partes, sus recíprocos deberes y derechos subjetivos (45).

De lo expuesto se concluye, que una conducta puede ser antijurídica si conculca las disposiciones normativas del ordenamiento general o bien las de carácter particular, examen que resulta simple y que sin embargo nos lleva al análisis de la responsabilidad civil según el ámbito en que pueda presentarse:

La responsabilidad civil extracontractual y contractual

Según el ámbito en que se presente, la responsabilidad civil puede tener lugar cuando se comete una conducta antijurídica que viola a una norma de carácter general y en éste caso será responsabilidad civil extracontractual, o bien, la conducta puede ser antijurídica por violar una norma de carácter particular y en éste caso será contractual el ámbito de la responsabilidad civil en cuestión.

Respecto a lo anterior, los Mazeaud señalan que se divide la responsabilidad civil en dos ramas: de una parte la

responsabilidad civil delictual y cuasidelictual y de la otra la responsabilidad contractual (46).

Esta aparente separación de la responsabilidad civil se funda en que en el caso de la contractual, el responsable del daño y la víctima se encontraban ligados por un negocio jurídico, existiendo una obligación previa que los vinculaba y que precisamente por el incumplimiento de dicha obligación el acreedor podía pedir la reparación de los daños al deudor, considerándose que ésta obligación, la de reparar los daños, no surgía por virtud del hecho del incumplimiento, sino que era un mero efecto del contrato previo que ya vinculaba las partes.

Por el contrario, los autores estimaban un caso completamente distinto para la responsabilidad civil surgida por un delito o un cuasidelito, ya que en éste caso no existía una relación previa que vinculara al autor del daño con la víctima antes de la realización del daño, considerándose que en éste caso el delito o el cuasidelito eran la causa que provocaba el nacimiento de la responsabilidad civil. "El examen antes realizado, originaba que los doctrinarios estudiasen a la responsabilidad delictual y cuasidelictual como fuente de las obligaciones y a la responsabilidad contractual como un efecto de las obligaciones contractuales" (47).

La clasificación anterior tiene sus raíces en las leyes y obras de Derecho que dividen a la responsabilidad civil en las dos categorías antes señaladas y que duplican innecesariamente la reglamentación de los principios de la responsabilidad civil, con olvido, según nos señala el maestro Bejarano Sánchez, de que tanto la llamada contractual como extracontractual son una sola responsabilidad y de que ambas tienen por fuente el hecho ilícito (48).

El análisis del maestro Bejarano, se adapta substancialmente a lo que los hermanos Mazeaud habían considerado al señalar que la división de la responsabilidad civil antes examinada, era un planteamiento inexacto del problema, ya que la responsabilidad contractual es fuente de obligaciones tanto como la responsabilidad delictual o cuasidelictual, ya que si bien es cierto que en la contractual ya existía una obligación previa que vinculaba

46 H. Y L. MAZEAUD: Op. cit., p. 10.

47 Cfr. ibid., p. 11.

48 M. BEJARANO SANCHEZ: Op. cit., p. 231.

al autor del daño con la víctima, esta obligación no era la misma, sino que se sustituía por la nacida en virtud de la responsabilidad contractual, o sea, la obligación de reparar el daño reemplazaba a la obligación original que unía a los contratantes. Señalan así mismo, que la situación es la misma en caso de responsabilidad delictual o cuasidelictual; ya que antes de la realización del daño también existía una primera obligación, no surgida ésta vez por un negocio jurídico, sino en virtud directa de la ley y la violación de esa obligación hace que nazca la obligación de reparar el daño resultante (49).

Analicemos las opiniones vertidas por el maestro Bejarano y por los hermanos Mazeaud:

Bejarano Sánchez nos señala dos puntos relevantes, el primero que la división de la responsabilidad civil tiene raíces en las obras y leyes que así la dividieron. En efecto, desde los antecedentes romanos de la figura en cuestión, apreciamos que, si bien es cierto no se podía hablar de una responsabilidad civil en estricto sentido, también lo es que existía una profunda división entre la necesidad de reparar un daño derivado de la culpa extracontractual conforme a Ley Aquilia y la responsabilidad derivada por incumplimiento de un deudor en virtud de un negocio jurídico previo, por lo cual se hace evidente que la doctrina y la legislación, incluso nuestro Código vigente, se orientan por la división de la responsabilidad civil, considerando a una como fuente de obligaciones (el hecho ilícito) y la otra como efecto de obligaciones contractuales (incumplimiento de la obligaciones).

Con respecto a lo último señalado el maestro Bejarano afirma con razón, que la reglamentación se duplica al dividir a la responsabilidad civil, ya que tanto la extracontractual como la contractual tienen la misma fuente: el hecho ilícito, que sin duda es fuente de obligaciones y no un mero efecto del incumplimiento y consecuencia de una obligación contractual previa.

El segundo punto señalado por el maestro Bejarano, lo complementaremos con el análisis de la opinión de los hermanos Mazeaud, no sin antes aclarar que los Mazeud se refieren a la responsabilidad civil "como fuente de la obligación de reparar el daño", lo cual es incorrecto ya que la fuente de la obligación lo es el hecho ilícito y la responsabilidad civil es la obligación en sí misma, hecha la

49 Cfr. H. y L. MAZEAUD: Op. cit., p. 12.

observación, los Mazeud en su opinión, nos presentan un punto fundamental que hace evidente la unidad de la responsabilidad civil, consistente en que tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual surgen por la violación, conducta antijurídica, de una norma de observancia particular o general cuyo contenido obligatorio existía previamente tanto en el caso de un contrato, como en el caso de una norma.

En efecto, si bien es cierto que las partes en un contrato ya se encontraban vinculadas entre sí y por lo tanto perfectamente determinadas debiendo observar una conducta previamente establecida, también lo es que transgrede una disposición de carácter general en perjuicio de otra persona, violando una norma prohibitiva cuyo contenido tenía el deber de observar a efecto de no dañar a otro.

Con lo anterior resulta notorio que la responsabilidad civil es una y que en caso de que su origen o fuente sea el hecho ilícito, podrá presentarse en el ámbito contractual si la conducta antijurídica viola una norma particular contenida en un negocio jurídico, o bien, podrá presentarse en el ámbito extracontractual según sea que con la conducta antijurídica se viole una norma de carácter general.

No obstante lo hasta aquí examinado, el Código Civil vigente para el Distrito Federal regula por separado a la responsabilidad extracontractual al reglamentar a los actos ilícitos como fuentes de las obligaciones en su artículo 1910 y siguientes y regula a la responsabilidad civil contractual, como un efecto del incumplimiento de las obligaciones en los artículos 2104 y siguientes. El planteamiento de nuestro Código ha sido criticado con serios argumentos, "toda vez que olvida la unidad de la responsabilidad civil, ya que esta tiene tanto en el ámbito contractual y extracontractual la misma fuente, o sea, el hecho ilícito, imponiéndose su estudio en conjunto, siendo deseable que se elaboren reglas generales al respecto" (50).

Es preciso señalar que sin perjuicio de la unidad de la responsabilidad civil, existen algunas diferencias de grado, mismas que son comprensibles que se presenten, en virtud de que el hecho ilícito que las genera es una conducta antijurídica que viola un tipo distinto de norma en cuanto al ámbito personal de validez de ésta.

En efecto, en la responsabilidad extracontractual no existe lógicamente un vínculo previo entre la persona que daña y la víctima, en tanto que en la contractual ya se encontraban vinculadas en forma concreta y determinada antes de ocurrir el daño. De lo anterior se sigue que mientras que cualquier persona puede causar un daño extracontractual, sólo el cocontratante podrá dañar con el hecho ilícito de incumplir con las obligaciones contenidas a su cargo dentro del negocio jurídico del cual forma parte. Por último, adelantando un poco en cuanto al elemento culpa del hecho ilícito, "en el caso de la responsabilidad extracontractual debe demostrarse la culpa de quien provocó el daño, en tanto que generalmente en el hecho ilícito de violar un contrato, es suficiente si se demuestra el incumplimiento para suponer culpa del obligado que incumplió" (51).

Concluiremos el subtema de la antijuricidad como elemento estructural, del hecho ilícito fuente de obligaciones, refiriéndonos precisamente al grado de antijuricidad que puede revestir una conducta.

Para determinar si el autor del hecho ilícito obró de forma antijurídica se hace necesario el análisis de la obligación a su cargo ya sea ésta impuesta por una norma de carácter general o bien de carácter particular.

El estudio lo realiza la doctrina francesa y al efecto los hermanos Mazeaud nos señalan que es necesario al plantear una cuestión de responsabilidad conocer el contenido exacto de la obligación (52).

En efecto, si como fue señalado al inicio de éste subtema, la antijuricidad consiste en la transgresión de una norma jurídica y, como se ha apuntado, la unidad de la responsabilidad civil en sus ámbitos contractual y extracontractual, consiste en que su fuente es el hecho ilícito de transgredir una norma jurídica, ya sea general o particular, preciso es que se determine el contenido obligacional de estas.

La doctrina francesa determina el contenido de las obligaciones clasificándolas en "obligaciones determinadas" y "obligaciones generales de prudencia y diligencia", conocidas también como obligaciones de resultados u obligaciones de medios, respectivamente. En la especie, para determinar si alguien incumplió con la obligación o deber impuesto en la norma jurídica general o particular, es

51 Cfr. *ibid.*, pp. 233-234.

52 Cfr. H. y L. MAZEAUD: *Op. cit.*, p.12.

necesario determinar si existía la obligación de obtener un resultado determinado o bien sólo la de poner diligentemente los medios tendientes para alcanzar un fin.

Conforme a lo anterior "las obligaciones de resultados serán quebrantadas siempre que no se obtenga el fin propuesto, por lo que bastará demostrar que éste no fue alcanzado para probar la violación de la norma y por lo tanto la antijuricidad de la conducta. Las obligaciones de medios, son transgredidas cuando el obligado no pone diligentemente los medios necesarios para un fin o cuando no obra con prudencia, la obligación sólo consiste en obrar con prudencia y será violada cuando no se obre así" (53).

B) La culpa

Un hecho antijurídico no necesariamente implicará una responsabilidad civil, toda vez que el hecho ilícito fuente de obligaciones requiere además de los elementos culpa y daño para configurar una responsabilidad civil que obligue al autor del hecho ilícito a reparar el daño causado. Analicemos el segundo elemento del hecho ilícito civil: la culpa.

Como lo señalamos, la culpa es el elemento característico de la responsabilidad civil subjetiva y, por su parte, en los antecedentes romanos se examinaron las definiciones de dolo y culpa, así como la clasificación de la misma las cuales tienen plena aplicabilidad actualmente según veremos mas adelante.

La culpa, nos señala el maestro Bejarano Sánchez, es un matiz o color particular de la conducta. Incurre en culpa, quien proyecta voluntariamente su acción hacia un fin perjudicial y quien debiendo preverlo, no lo ha hecho, o columbrándolo no toma las medidas racionales para evitarlo (54).

Del anterior concepto, podemos distinguir la concepción romana de la culpa, en dolo (carácter intencional de la conducta) y culpa en sentido estricto (carácter negligente o imprudencial). Al respecto el maestro Rojina Villegas nos señala lo siguiente:

53 Cfr. *ibid.*, pp. 12-13.

54 M. BEJARANO SANCHEZ: *Op. cit.*, p. 237.

"La doctrina de la culpa extracontractual o Aquiliana, comprende los hechos ilícitos por virtud de una interferencia positiva. En tanto que la doctrina de la culpa contractual se refiere a los hechos ilícitos que implican una interferencia negativa, es decir, el incumplimiento de las obligaciones" (55).

El comentario del maestro resulta interesante pues notamos que se funda en la idea de la dualidad de culpas en la responsabilidad civil, según se trate de violación a una ley o a un contrato, idea que por supuesto no compartimos conforme a los argumentos vertidos con anterioridad, pero abordemos el concepto del maestro Rojina en cuanto a la culpa sin distinciones como la antes apuntada:

"Generalmente la culpa se define como todo acto ejecutado con negligencia, falta de previsión, o bien con la intención de dañar en cuyo caso ya esa culpa tendrá el nombre de dolo. En los primeros casos bastará la negligencia, el descuido o la falta de previsión para que el hecho se repute ilícito y, por lo tanto haga responsable a su autor del daño causado" (56).

La primera parte del concepto enunciado es clara y coincide con los conceptos romanos de dolo y culpa, analicemos la segunda parte.

Nuestro Código Civil vigente en su artículo 1910, no se ocupa de definir a la culpa ni refiere la necesidad de que la conducta sea desarrollada con la intención de causar el daño o bien por simple negligencia o descuido.

En efecto, la noción de culpa la encontramos en el artículo 2025 del ordenamiento legal invocado el cual dispone a la letra:

"Art. 2025 Hay culpa o negligencia cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa o deja de ejecutar los que sean necesarios para ella."

El precepto en comento se refiere a la culpa en que puede incurrir un sujeto obligado con otro en virtud de un acuerdo de voluntades, así que el punto de análisis radica en determinar el sentido implícito de culpa que contiene el artículo 1910 para el caso de responsabilidad civil extracontractual. Al respecto el maestro Rojina Villegas nos

55 R. ROJINA VILLEGAS: Op. cit., p.142.

56 Ibid. pp.142-143.

señala que el concepto general contenido en el artículo 1910 en realidad desplaza el problema relativo a la definición de la culpa, empleando el término mas amplio de hecho ilícito (57).

La observación del maestro es acertada y nos conduce al examen de la definición que el Código Civil previene acerca del hecho ilícito misma que encontramos en el artículo 1830, la cual se limita a señalarlo como el hecho contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, lo cual como ya señalamos, es un concepto de antijuricidad que provoca la nulidad de un acto jurídico, pero que no nos acerca ni remotamente a la idea de culpa, elemento que resulta imprescindible para integrar al hecho ilícito fuente de obligaciones.

Para resolver la cuestión que nos ocupa recordemos que una conducta puede ser antijurídica por violar una norma jurídica que no necesariamente se encuentre asentada expresamente en un texto legal, sino en un principio general de derecho, al efecto, el maestro Rojina Villegas nos indica que del sistema jurídico se desprende una norma general que es de interés público, según la cual todo hombre debe proceder con diligencia o cuidado, por lo tanto todo hecho del Hombre que cause daño a otro violando esa regla general de conducta, obliga al responsable a la reparación del daño causado (58).

En efecto de lo anterior, el artículo 16 de nuestro Código Civil dispone a la letra:

"Art. 16 Los habitantes del Distrito Federal tienen obligación de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes en forma que no perjudique a la colectividad, bajo las sanciones establecidas en este Código y en las leyes relativas."

Del precepto legal enunciado, podemos relacionar fácilmente la idea del maestro Rojina Villegas sin necesidad de profundizar en alusiones subjetivas. El principio general es claro: ejercer nuestra actividad de forma que no perjudique a otro y esa forma, evidentemente, será con cuidado y diligencia, o sea, sin culpa, de lo que se puede concluir que todo hecho del Hombre que cause daño transgrediendo esa regla general de conducta obliga al culpable a la reparación del daño causado.

57 Ibid., p.144.

58 Ibid.

El maestro Rojina Villegas señala que desde el punto de vista del Derecho Positivo, sería preferible consagrar la forma tradicional que resulta mas ventajosa que la contenida en el artículo 1910 y al efecto ofrece la siguiente redacción del precepto que nos ocupa:

"El que obrando con negligencia, falta de previsión o cuidado, causare un daño a otro, esta obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo por culpa o negligencia de la víctima, y no por la del causante del mismo." (59).

La formula propuesta por el maestro es acertada pues contiene, definiéndolo, al elemento culpa que resulta imprescindible para fincar la responsabilidad civil a un sujeto por obra de su conducta culpable, por lo tanto consideramos que la reforma sería adecuada.

Precisada que ha sido la noción de culpa y que esta es elemento fundamental del hecho ilícito, concluiremos el presente apartado, determinando el grado de culpa en la conducta de un sujeto que implica responsabilidad a su cargo.

Respecto a lo anterior, recordemos la clasificación romana del grado de culpa consistente en leve y grave, es de señalarse que algunos autores atribuyen el concepto de culpa levisima al Derecho Romano, no obstante que este fue desarrollado con posterioridad y en esa virtud no lo señalamos en el apartado relativo a los antecedentes romanos de la responsabilidad civil, en razón de lo anterior, mencionaremos ahora el concepto de culpa levisima, mismo que consiste en una falta de conducta que solo evitan las personas mas diligentes y cuidadosas.

En nuestro Código Civil vigente el legislador señala a la culpa como presupuesto de la responsabilidad civil, tanto en la que surge en virtud de hechos ilícitos, como la derivada del incumplimiento de las obligaciones, sin clasificar el grado de culpa que se requiere, siendo solo exonerante la falta absoluta de culpa conforme al artículo 1914 (60).

En efecto, solo para la regulación de algunos contratos nuestro Código Civil determina el grado de culpa, responsabilizando, por ejemplo, por malicia (dolo) o

59 Ibid.

60 Cfr. M. BEJARANO SANCHEZ: Op. cit., p.241.

negligencia (art. 2522), y responsabilizando al comodatario sin culpa alguna (arts. 2502, 2504 y 2505).

Salvo los supuestos en los cuales una norma exprese el grado de diligencia que debe observarse en cada caso, la previsión y cuidado que debe observar el sujeto son los que una persona normal y atenta suele aplicar en sus propios negocios (61).

Lo anterior se refiere a la culpa que puede sobrevenir en el incumplimiento de un contrato, señalando aplicable en caso de omisión de la ley a la culpa leve en concreto, medida que consideramos bastante justa para determinar la responsabilidad de un sujeto.

Por lo que hace a la culpa que puede sobrevenir en el ámbito extracontractual, el sujeto que obra ilícitamente debe responder por la culpa levisima, en los términos antes señalados de esta, ya que "el sujeto debe extremar sus precauciones para que su conducta no interfiera la esfera jurídica ajena causando un daño, respetando el deber jurídico de no dañar a otro con su conducta" (62).

El elemento culpa del hecho ilícito, lo abordaremos de nuevo al hablar sobre el sujeto responsable de la reparación del daño, en donde cobra aplicación la clasificación romana de la culpa "in vigilando" y culpa "in eligendo", por lo que reservamos su estudio para el apartado respectivo dentro del presente capítulo.

C) El Daño

Examinados que han sido los elementos de antijuricidad y culpa que integran al hecho ilícito fuente de obligaciones, analicemos el último elemento de este: el daño. Ha sido precisado anteriormente cómo algunos autores no se refieren específicamente a la antijuricidad, y cómo el elemento culpa se encuentra más o menos definido en algunos cuerpos legales, sin embargo la doctrina y la legislación convergen en el daño como elemento que origina a la responsabilidad civil, al respecto el maestro Bejarano Sánchez refiere lo siguiente:

"No basta una conducta antijurídica y culpable para generar obligaciones; se necesita además, un daño. Mientras

61 Ibid., p.242.

62 Cfr. ibid.

una acción contraria a Derecho y errónea no produzca una pérdida para otra persona, las obligaciones no surgirán. Es el daño el que establece un vínculo de derecho entre el autor del hecho ilícito y la víctima del mismo: sin el no hay víctima del ilícito civil, el daño "crea" al acreedor" (63).

En igual sentido se reproduce el maestro Rojina Villegas al señalar que la existencia de un daño es condición sine qua non de la responsabilidad civil, pues es evidente que para que exista la obligación de reparar, es necesario que se cause un daño (64).

Ha sido señalado que precisamente el contenido obligatorio de la responsabilidad civil es la reparación del daño causado, lo cual nos lleva a determinar el concepto de daño reparable que es el que interesa a nuestra materia, así como las clases de daño y los requisitos de este para que sea objeto de reparación.

Se denomina "daño emergente" a la pérdida efectivamente sufrida, evaluable con toda certeza; se llama "lucro cesante" a la ganancia que se dejó de obtener a causa del evento dañoso y que hubiese sido percibida dentro de un cálculo razonable de probabilidades (65).

Nuestro Código Civil vigente recoge ambos aspectos en los artículos 2108 y 2109, los cuales respectivamente y a la letra disponen lo siguiente:

"Art. 2108 Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por falta de cumplimiento de una obligación.

Art. 2109 Se reputa perjuicio a la privación de cualquier ganancia lícita, que debería haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación"

En cuanto a estas definiciones, el maestro Bejarano Sánchez sostiene que el daño no es tan solo una pérdida pecuniaria, que la definición debería además integrar los daños en la integridad física y los daños morales y que el daño no solo puede tener por causa el incumplimiento de las obligaciones, sino la inobservancia de cualquier deber jurídico e incluso de la utilización de cualquier objeto peligroso (66).

63 Ibid., p.245.

64 Cfr. R. ROJINA VILLEGAS: Op. cit., p.129.

65 Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1983, p.2826.

66 Cfr. M. BEJARANO SANCHEZ: Op. cit., p. 246.

Las opiniones del maestro resultan muy afortunadas, por lo que es necesario su análisis:

1.- Se refiere a que el daño no es tan solo una pérdida pecuniaria y creemos que esta observación se funda en la concepción clásica del patrimonio conforme a la cual el patrimonio se integra de bienes susceptibles de valoración pecuniaria, resultando que si el artículo 2108 equipara al daño con un menoscabo patrimonial, restringe el concepto al menoscabo pecuniario, sin tomar en cuenta que el daño también puede ser moral y que este no es susceptible de valorarse pecuniariamente, pero que no por ello queda fuera del patrimonio como veremos en el capítulo siguiente.

2.- La propuesta de que la definición comprenda los daños en la integridad física y los morales resulta del todo atinado y al efecto, es de considerarse la redacción del artículo 823 del Código Civil Alemán, que anteriormente fue transcrito, en el cual se puede apreciar que al referirse a los bienes que pueden ser dañados, menciona en primer término a la vida, el cuerpo, la salud y la libertad para referirse posteriormente a la propiedad y a cualquier otro derecho, con lo que se hace evidente la necesidad de que nuestro Código Civil no limite la definición del daño a la pérdida pecuniaria.

3.- En cuanto al origen del daño, coincidimos con el maestro Bejarano, ya que este no solo tiene como fuente el incumplimiento de las obligaciones, sino que lo puede originar un hecho ilícito ya en los ámbitos contractual y extracontractual y, asimismo, el daño puede ser originado por el uso de mecanismos o sustancias peligrosas que creen un riesgo para otros.

En cuanto a lo antes expuesto, podrá pensarse que los argumentos no tienen relación alguna con el precepto legal en comento (art. 2108), toda vez que este nos ofrece la definición de daño derivado del incumplimiento de las obligaciones y que para esos efectos la definición es acertada, resultando que ese razonamiento sería consecuencia de la indebida sistematización de la responsabilidad en nuestro Código de la materia, en razón de la división del estudio y reglamentación de la responsabilidad civil, al dársele un tratamiento diferente ya como fuente de obligaciones o ya como consecuencia del incumplimiento de una obligación derivada de un negocio jurídico.

Conforme a lo anterior, el maestro Bejarano ofrece el siguiente concepto de daños: Pérdida o menoscabo sufrido por una persona en su patrimonio, en su integridad física, o en

sus sentimientos o afecciones por un hecho ilícito culpable o por un riesgo creado (67).

La anterior definición resulta bastante acertada por completa, ya que reúne a los elementos que caracterizan al daño reparable en la responsabilidad civil, al señalar en principio que es una pérdida o menoscabo indicando con precisión que puede tratarse tanto de bienes o derechos económicos, bienes no susceptibles de valoración pecuniaria y de daños a la integridad física, señalando en segundo término los hechos que pueden originarlo, esto es, el hecho ilícito o el lícito por riesgo creado.

Una vez analizado el concepto de daño, nos referiremos en seguida a los requisitos que debe revestir para que sea objeto de reparación. Al respecto, los hermanos Mazeaud señalan que solo puede ser reparado el perjuicio que realmente existe, que este no existe si ha sido ya objeto de reparación y que debe ser consecuencia directa del hecho que lo origina, o sea, el perjuicio reparable debe ser cierto, no haber sido reparado y directo (68). Procedamos al análisis de los elementos antes citados:

El daño debe ser cierto, lo que consiste en que no exista duda sobre su realidad, pero no es exigir que el perjuicio se hubiese producido ya: "desde el momento en que se tiene la certeza de que se producirá en el porvenir y de que cabe apreciar su cuantía" (69).

El daño debe no haber sido reparado. El postulado podría parecer obvio, ya que al ser indemnizada la víctima el perjuicio ha desaparecido, sin embargo los Mazeaud plantean el problema desde dos puntos de vista: saber si fue total la indemnización que se le efectuó a la víctima del daño y que, en caso contrario, esta pueda demandar el complemento; así mismo plantean el caso de que el daño haya sido causado por varios coautores, de tal suerte que la víctima podría reclamar la reparación total a uno solo de ellos, pero en caso de obtenerla no podrá reclamar nada a los demás (70).

El daño debe ser consecuencia inmediata y directa del hecho perjudicial. El artículo 2110 de nuestro Código Civil establece al respecto lo siguiente:

"Art. 2110 Los daños y perjuicios deben ser

67 Ibid.

68 Cfr. H. y L. MAZEAUD: Op. cit., p.61.

69 Ibid.

70 Cfr. ibid., pp.62-63.

consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse."

"El precepto legal transcrito se refiere al ámbito contractual de la responsabilidad civil, no obstante el principio que contiene se aplica por la jurisprudencia y la doctrina a la responsabilidad extracontractual, no obstante que no exista una disposición expresa en ese sentido, pues la lógica así lo impone" (71).

El principio contenido en el numeral transcrito resulta determinante, toda vez que las consecuencias de un hecho dañoso, podrían tener una cadena sucesiva de efectos y en esa virtud el causante de un daño podría verse en la necesidad de restaurar también las consecuencias mas remotas del mismo, en esa razón la doctrina se abocó al estudio del vínculo de causalidad entre el hecho y el daño, apuntando la necesidad de que este exista para poder obligar al causante de un daño a la reparación del mismo.

El nexo de causalidad entre el hecho ilícito y el daño reparable debe ser entendido que consiste en establecer la consecuencia de los supuestos necesarios para imputar las consecuencias de derecho que produce un daño injusto (72).

La problemática es de relieve, ya que si un solo hecho hubiese producido el resultado perjudicial, no habría duda de que ha sido la causa del mismo, pero si para originar el daño concurrieron varias acciones o sujetos, debe el juzgador determinar la causa que produjo el daño y si aquella es imputable al demandado.

Para precisar cual fue la causa determinante de un daño, destacan principalmente dos teorías: la de "Equivalencia de condiciones" y la de "Causalidad adecuada":

"La primera de las teorías, es postulada por Von Buri, se funda en que el hecho determinante o condición sine qua non que originó el daño causado le es imputable al demandado cuando sin su intervención el daño no se hubiese causado; de tal suerte que todos los acontecimientos que concurren en la realización del daño son sus causas, son equivalentes para fincar responsabilidad a sus autores" (73).

"La teoría de la causalidad adecuada es postulada por Von Kries, quien en oposición a la teoría antes señalada,

71 Cfr. R. ROJINA VILLEGAS: Op. cit., p.149

72 Diccionario Jurídico: Op. cit., p.2827.

73 Cfr. R. ROJINA VILLEGAS: Op. cit., p.152.

sostiene que únicamente pueden considerarse como causas de un perjuicio a los acontecimientos que normalmente deben producirlo, de tal suerte que si por circunstancias excepcionales un determinado hecho produce un daño que normalmente no hubiese sido capaz de generar, aunque efectivamente lo haya causado, no debe reputarse que ese hecho fue el causante jurídico del daño" (74).

1.4 Teoría objetiva de la responsabilidad civil por riesgo creado

1.4.1 Antecedentes históricos y exposición de la teoría

Dentro del subtema que antecede estudiamos la teoría subjetiva de la responsabilidad civil, misma que tiene como origen el hecho ilícito fundándose preponderantemente en el elemento subjetivo de la culpa del causante del daño, de donde se le atribuye su nombre a la teoría referida.

Recordemos que, como se ha mencionado, la responsabilidad civil tiene otra fuente de origen y esta es el riesgo creado, elemento en torno al cual fue creada la doctrina de la responsabilidad objetiva, misma que prescinde del elemento culpa para responsabilizar a un sujeto por el daño causado a otro y, en consecuencia, para atribuirle también la necesidad de reparar el daño.

Para estar en condiciones de abordar un concepto de responsabilidad civil objetiva por riesgo creado, resulta necesario referirnos en primer término a las condiciones histórico-sociales que provocaron el surgimiento de la teoría que nos ocupa, para de esa forma comprender los fundamentos de la misma, ello sin dejar de señalar las críticas de que fue objeto. Una vez realizado lo anterior, en el siguiente apartado podremos referirnos a los elementos que integran al riesgo creado como fuente de la responsabilidad civil, así como a su ubicación dentro de nuestro Código Civil vigente.

Conforme a lo anterior, es de señalarse que al llegar el siglo XIX la doctrina discutió el fundamento de la responsabilidad y procuraron sustituir la noción de culpa por la de riesgo, sosteniendo que "el Hombre debe ser responsable no solo del daño que cause con culpa, sino aún

del que es consecuencia de su propio hecho, ya que desde el momento en que con su actividad causa un daño, debe repararlo" (75).

Ese cambio en el pensamiento doctrinario, se debió al gran cambio en las condiciones económicas y sociales que provocó el crecimiento industrial en el siglo XIX, toda vez que el maquinismo y el consecuente desarrollo industrial provocó que se suscitaran frecuentes accidentes en los obreros y, de conformidad con la tradicional teoría de la culpa, estos para poder obtener la reparación del daño que habían sufrido, tenían que acreditar que el daño se produjo por culpa del patrón, "lo cual resultaba injusto en virtud de que el obrero tenía que soportar su daño, en tanto que el patrón se beneficiaba con la explotación de las maquinarias que les producía grandes beneficios" (76).

En virtud de la problemática que se presentó, se intentó en primera instancia demostrar que el patrón estaba obligado por los accidentes sufridos por sus trabajadores en virtud del contrato de trabajo, pues debía correr a cargo del patrón garantizar la seguridad de su trabajador, buscándose invertir la carga de la prueba en beneficio del trabajador.

"Posteriormente Sailleiles y Josserrand buscaron atribuir la responsabilidad civil sin necesidad del elemento culpa, mismo que impedía en múltiples ocasiones que los obreros fueran indemnizados, surgiendo en consecuencia la teoría de la responsabilidad por riesgo creado, misma que postula que todo aquel que haga uso de un aparato peligroso que aumente los riesgos de provocar daño a los demás, debe responder de la reparación de los que se produzcan con dicho objeto por su solo aprovechamiento, aunque no incurra en culpa o falta de conducta y aunque no viole ninguna disposición normativa" (77).

La anterior exposición de una responsabilidad civil sin culpa, provocó críticas severas de una gran parte de los doctrinarios, señalándose que la misma podría tener consecuencias injustas por que atentaría con la iniciativa del Hombre, en sus actos en general, pero que especialmente detendría el avance industrial, teniendo un severo crítico en Planiol, quien inclusive señaló que la consecuencia de esta teoría sería desanimar la iniciativa y el espíritu de

75 Cfr. E. GUTIERREZ Y GONZALEZ: Op. cit., p.634.

76 Cfr. Diccionario Jurídico: Op. cit., p.2841.

77 Cfr. M. BEJARANO SANCHEZ: Op. cit., p.637.

empresa. Al respecto, el maestro Gutiérrez y González sostiene que las críticas de Planiol no resultaron justas ya que hoy en día dentro del campo del derecho del trabajo se sostiene esta teoría y sin embargo en nada afectó el espíritu e iniciativa de la empresa (78).

De lo expuesto hasta el momento, resulta conveniente tomar la definición de responsabilidad objetiva por riesgo creado que nos proporciona el maestro Gutiérrez y González: Es la conducta que impone el derecho, de reparar el daño y el perjuicio causado por objetos o mecanismos peligrosos en sí mismos, al poseedor legal de estos, aunque no haya obrado ilícitamente.

De un breve análisis de la definición, encontramos tres elementos importantes: el primero de ellos es que comprende el contenido obligatorio de la responsabilidad civil, o sea, la necesidad de reparar un daño; el segundo consiste en que determina el elemento riesgo que puede provocar el daño, esto es, el uso de objetos o mecanismos peligrosos en sí mismos; y el tercer elemento se presenta al señalar la diferencia específica de la teoría objetiva con la teoría subjetiva: el supuesto de que la conducta o hecho que provoca el daño sea lícito, o sea, sin importar si el sujeto responsable obró con o sin culpa.

Concluiremos el presente apartado con nuestro personal punto de vista y al efecto considero acertados los postulados de la teoría en comento, por el beneficio social que con ella se buscó obtener y por la equidad de sus argumentos ya que, en la especie, si bien es cierto que el causante del daño obra sin culpa, también lo es que al hacer uso de un instrumento o sustancia peligrosa, junto con el beneficio que obtiene por ello, debe soportar las posibles consecuencias dañosas que su actividad por su propia naturaleza peligrosa pueda originar y, en esa razón es de justicia que en igualdad de ausencia de culpas entre el responsable y la víctima, el daño lo soporte quien obtuvo beneficios con su actividad y no quien simplemente resultó dañado.

1.4.2 Elementos del riesgo creado fuente de responsabilidad civil

Según el maestro Rojina Villegas (79), tomando en cuenta que únicamente se parte de una relación causal entre el hecho (uso de cosas peligrosas) y el daño producido sin tomar ya en cuenta el elemento subjetivo de la culpa, los elementos integrantes de la responsabilidad objetiva son tres:

- El uso de cosas peligrosas
- La existencia de un daño patrimonial
- La relación de causa a efecto entre el hecho y el daño

Tomando en consideración que por la sistematización del presente estudio, la relación de causa a efecto entre el hecho y el daño quedó agrupada como elemento del daño en el caso del hecho ilícito, en el presente subtema nos referiremos como elementos de la responsabilidad objetiva al uso de cosas peligrosas y al daño causado.

a) Uso de cosas peligrosas

Dentro del término "cosas peligrosas" comprendemos los mecanismos, aparatos o sustancias que por su naturaleza pueden crear un riesgo para la colectividad. "La peligrosidad debe apreciarse tomando en cuenta la naturaleza funcional de la cosa" (80).

De lo anterior se aprecia que la cosa será peligrosa en tanto que la función que desempeñe por la naturaleza de misma sea peligrosa, esto es, que el peligro derive de la propia y especial naturaleza del funcionamiento de la cosa. No obstante lo anterior, dentro del artículo 1913 nuestro Código Civil distingue entre las cosas peligrosas en sí mismas o bien aquellas que resultan peligrosas por la velocidad que desarrollan, por la corriente eléctrica que conducen, por su naturaleza explosiva o inflamable o por cualquier causa semejante.

En la especie, resulta difícil concebir una cosa peligrosa en sí misma, diferente a aquellas que lo son por su naturaleza explosiva o inflamable y aún ellas serán

79 Cfr. R. ROJINA VILLEGAS: Op. cit., p.68.

80 Ibid., p.69.

peligrosas en tanto que su naturaleza sea alterada de tal forma que se haga reaccionar dichas sustancias provocándose el peligro de explosión o incendio, ya sea por un mal empleo de las mismas o bien por un descuido en su utilización.

"Por este motivo se ha entendido el artículo 1913 en el sentido de que la cosa se convierte en peligrosa en tanto y cumpla una función, que es la que crea el riesgo" (81).

En efecto, el riesgo creado, elemento para fundar la responsabilidad objetiva, es precisamente el riesgo que existe cuando una cosa por sus características de uso o funcionamiento a que está destinada, puede con mayores probabilidades provocar un daño a otro que, en caso de producirse, se imputará responsabilidad sin considerar si hubo culpa del causante del daño, pues de antemano se había aceptado un riesgo, pero no cualquier riesgo, sino aquel que la propia naturaleza funcional de la cosa pudiere implicar.

Del elemento que nos ocupa se desprende que cuando se obra lícitamente será necesario que el daño se cause con el uso de cosas peligrosas para que se genere una responsabilidad civil que, en ese caso, sería objetiva por riesgo creado, ya que de no ser así no habría responsabilidad alguna, según lo dispuesto por el artículo 1914 de nuestro Código Civil que a la letra dispone:

"Art. 1914 Cuando sin el empleo de mecanismos, instrumentos, etc. a que se refiere el artículo anterior y sin culpa o negligencia de ninguna de las dos partes se producen daños, cada una de ellas los soportará sin derecho a indemnización."

El precepto transcrito parte de la base que en la conducta de los sujetos no intervino una cosa peligrosa ni la culpa de alguno de ellos para originar el daño, pero también supone que ambos sufrieron daños sin tomar en cuenta la cuantía de éstos, de lo que puede resultar una notoria desproporción entre los daños sufridos.

Respecto a lo anterior y para los casos en que solo uno de los sujetos sufra daños, el maestro Rojina Villegas nos señala que si en caso de daños recíprocos la ley obliga a cada quien a soportar el daño, en caso de que sólo uno de los sujetos sufra daño, existiría a contrario sensu la misma razón jurídica para imponer entonces la necesidad de reparar el daño causado a otro, resultando entonces que "sin el empleo de mecanismos o instrumentos peligrosos y sin culpa,

81 Ibid., p.70.

una de las partes sufre daño, la otra debe repararlo, no obstante, la indemnización no sería total sino parcial tomándose en cuenta las circunstancias del caso" (82).

Resulta interesante la postura del maestro Rojina Villegas, sin embargo no la compartimos y por el contrario considero muy conveniente para nuestra realidad social y económica, que la responsabilidad civil por actos lícitos, se configure únicamente cuando el daño se cause por el uso de aparatos o sustancias peligrosas en los términos del artículo 1913, o sea, que la responsabilidad civil únicamente tenga como fuente la actividad lícita en tanto que el desarrollo de ésta implique un riesgo creado.

b) El daño

Para lo relacionado con el presente elemento así como lo relativo al nexo de causalidad entre el hecho y el daño, nos remitiremos a lo que al respecto se estudió al hablar de la teoría subjetiva de la responsabilidad, análisis que cobra plena aplicación en el presente apartado, primordialmente en razón de que, como se ha expuesto, es el daño el que crea un vínculo de derecho entre el deudor y el acreedor, pues resulta evidente que para que exista obligación de reparar, es necesario que se cause un daño y en el caso que nos ocupa ese daño se causará a través de una conducta lícita mediante el uso de cosas peligrosas.

Únicamente es de señalarse que según la clasificación del maestro Rojina Villegas apuntada al inicio de éste apartado, el daño debe ser de carácter patrimonial, o sea, pecuniario, toda vez que el artículo 1916 reconoce al daño moral pero únicamente el resultante del hecho ilícito y no de responsabilidad objetiva (83). Lo anterior resultaba aplicable hasta antes de la reforma a nuestro Código Civil que en el año de 1982 sufriera en materia de daño moral, tema que será analizado dentro del capítulo tercero de éste trabajo.

82 Cfr. *ibid.*, pp. 79-80.

83 *Ibid.*, p. 76.

1.5 La reparación del daño

1.5.1 La indemnización según su forma, clase y cuantía

Ha sido señalado con anterioridad que la reparación del daño es el contenido obligacional de la responsabilidad civil, ahora analizaremos cómo se puede reparar el daño.

Comenzaremos señalando que esa reparación se efectúa mediante una indemnización y ésta, según el maestro Gutiérrez y González, consiste en la necesidad jurídica que tiene una persona llamada deudor, de cumplir a favor de otra llamada acreedor, que le puede exigir, la restitución de una situación jurídica al estado que tenía antes de producirse, la violación ilícita de un deber jurídico estricto sensu o de una obligación lato sensu, que causa daño, imputable al deudor, o un hecho no ilícito que causa un daño, generado por un objeto peligroso en sí mismo que es poseído por el deudor (84).

Agrega el maestro Gutiérrez y González, pero sin comprenderlo dentro de su definición, que cuando no es posible la restitución de la situación jurídica al estado que tenía antes, entonces la indemnización se traduce en el pago de una suma de dinero que comprenda tanto los daños como los perjuicios si ambos se causan (85).

La definición antes apuntada resulta muy afortunada, pues comprende con claridad el contenido de la obligación, los ámbitos contractual o extracontractual en que puede presentarse, así como las fuentes que la pueden originar, únicamente es de aclararse que el maestro Gutiérrez y González clasifica los deberes jurídicos según sea que la persona que debe observar una conducta conforme a la norma de derecho, pueda llegar a tener o ya tenga frente a ella a un sujeto que le pueda exigir el acatamiento de dicha conducta.

"La indemnización puede ser de dos formas, llamadas reparación en especie y reparación en equivalente, la primera tiende a borrar los efectos del acto dañoso, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes del daño. Coloca de nuevo a la víctima en pleno disfrute de los intereses o derechos que le fueron lesionados. La segunda tiene lugar cuando no es posible la reparación del daño en naturaleza, se indemniza proporcionando a la víctima un

equivalente de los derechos lesionados a través del dinero, pagándose los daños y perjuicios, previa estimación legal su valor" (86).

Como observamos la indemnización debe realizarse restituyendo una situación jurídica al estado que tenía antes de producirse el daño (reparación en especie), toda vez que es la forma natural y óptima de reparar el daño y solo cuando esta no sea posible entonces se proporcionará a la víctima un equivalente en dinero a los daños sufridos, mediante el pago de los daños y perjuicios, si ambos se hubiesen causado, previa estimación legal de los mismos (reparación en equivalente).

En cuanto a lo hasta aquí señalado, nuestro Código Civil en el primer párrafo del artículo 1915 dispone a la letra:

"Art. 1915 La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el establecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios"

Como se puede apreciar del precepto legal en comento se distinguen las dos formas de reparación antes señaladas, sin embargo, en lugar de disponer la reparación del daño en especie en primer término y solo cuando esta no sea posible la reparación del daño por equivalente, confiere a la víctima la facultad de elegir el contenido de la obligación ya que será "a elección del ofendido" la forma en que tenga lugar la reparación, lo que según el maestro Bejarano Sánchez, convierte la obligación en alternativa (87), con lo cual no estamos de acuerdo, ya que, conforme al artículo 1963 de nuestro Código Civil, en caso de obligaciones alternativas la elección de la obligación a cumplir corresponderá al deudor salvo pacto en contrario y, en la especie, la elección corresponde a la víctima, o sea, al acreedor.

Respecto a lo anterior, considero que el legislador al concederle a la víctima la elección de la forma en que debe tener lugar la reparación del daño, en caso de que ambas formas fueran posibles, lo hizo en función de que la víctima había sufrido un daño non jure, por lo que justo es que se tome en cuenta su voluntad en cuanto a la forma de reparación del daño sufrido. Al respecto podrá pensarse que de ser posible la reparación en especie y el ofendido opta

86 Cfr. M. BEJARANO SANCHEZ: Op. cit., p.263.

87 Ibid., p.264.

por la reparación en equivalente, se iría en contra de la naturaleza propia de la responsabilidad civil, en lo personal no lo considero así, pues la facultad concedida a la víctima para elegir la forma de reparación, no lesiona derecho alguno del causante del daño y en cambio resulta de justicia que la víctima pueda elegir la forma de reparación según sus intereses convenga.

Analizadas las formas en especie y por equivalente en que puede tener lugar la indemnización, analizaremos ahora las clases de indemnización según se trate de la pérdida definitiva de un bien o derecho determinado, o ya sea el retardo o mora en el cumplimiento de la obligación.

"Si el daño consiste en el demérito o pérdida de los bienes o derechos de la víctima, la indemnización deberá ser un sucedáneo o sustituto de aquellos que se han deteriorado o desaparecido. Compensar su desaparición o ausencia, por lo cual recibe el nombre de indemnización compensatoria. Cuando, por otra parte, proviene de un retardo o mora en el cumplimiento de la obligación, se repara por esa mora y la indemnización correspondiente recibe el nombre de moratoria" (88).

Como se aprecia, esta clasificación de la indemnización tiene mayor relevancia en el ámbito contractual de la responsabilidad civil. La indemnización compensatoria solo requiere dejar en claro que, por su naturaleza, es necesaria la desaparición total o extinción de un bien o derecho. Por lo que hace a la indemnización moratoria, como su nombre lo indica, tendrá por objeto indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el cumplimiento retardado de una obligación, siempre que el retardo en el cumplimiento no implique el deterioro o destrucción total de un bien o derecho.

En cuanto al momento en que inicia la mora en el cumplimiento de las obligaciones, nuestro Código Civil distingue si se trata de obligaciones a plazo suspensivo y, en caso contrario, da un tratamiento diferente a las obligaciones de dar o de hacer.

En efecto, el artículo 2104 fracción I, dispone que en las obligaciones a plazo se responderá por los daños y perjuicios al vencimiento de éste. En caso de que la obligación no dependa de un plazo cierto, la fracción II del precepto comentado, nos remite a lo dispuesto por el

artículo 2080 para fijar el momento en que iniciará la obligación de responder por los daños y perjuicios sufridos por el acreedor y este último precepto legal dispone que la indemnización moratoria tendrá lugar:

- a) En caso de obligaciones de dar, la mora comenzará a correr treinta días después de efectuada la interpelación al deudor por vía judicial o extrajudicial ante un notario y dos testigos.
- b) En tratándose de obligaciones de hacer, la mora comenzará en el momento en que el acreedor exija el cumplimiento, siempre que haya transcurrido el tiempo prudente para la realización del hecho respectivo.

Finalizaremos el presente apartado refiriéndonos a la cuantía a que debe ascender la indemnización, y por regla general podemos decir que lo natural es que el daño se repare en su justa medida, esto es, ni más ni menos de lo que el daño represente. Sin embargo, recordemos que el daño, según el bien o derecho afectado se divide en daño económico, daños a la persona y daño moral y de ahí que el alcance o cuantía de la indemnización merezca un tratamiento diferente dentro de nuestro Código Civil, según veremos enseguida.

El daño económico es indemnizable en su integridad, reparándose totalmente, ya mediante una reparación en especie o una reparación en equivalente, tal como lo dispone el artículo 1915 para el caso de responsabilidad extracontractual, o bien como lo disponen los artículos 2112 y 2113 para el ámbito contractual.

De la letra de los preceptos legales enunciados se hace evidente que la reparación total del daño sufrido se funda en que el mismo es perfectamente susceptible de valoración pecuniaria, razón por la cual no hay fundamento para que se pretenda indemnizar con menos o, en su caso, con más de ese valor.

Los daños a la persona que provoquen su muerte o incapacidad, son indemnizables mediante sumas de dinero, previa valoración cuya base legal es una tabla de incapacidades incorporada en una ley ajena al Código Civil, como lo es la Ley Federal del Trabajo. En este caso no se logra una reparación total de los daños, pues una incapacidad ya total o parcial no será igual para todas las posibles víctimas en cuanto al perjuicio o lucro cesante que puede sufrir. Sin embargo, nuestro legislador optó por una fácil regla general aplicable a todo caso concreto, lo cual es comprensible dada la naturaleza de los bienes dañados, de cuyos muy difíciles de valorar pecuniariamente de forma

total, así que lo criticable es que la valoración del daño se efectúe en base a una tabla contenida en una ley ajena a nuestro Código Civil.

En el caso especial del monto o alcance de la reparación del daño moral, me remito a lo que mas adelante se expondrá al respecto en el capítulo segundo del presente estudio, por el momento baste señalar que, debido a la naturaleza no susceptible de valoración pecuniaria de los bienes o derechos que pueden ser objeto de daño moral, la doctrina llegó a negar la posibilidad de que dicho daño fuere reparable.

1.5.2 El sujeto responsable de reparar el daño

"La necesidad de reparar el daño puede provenir de hechos propios, de actos de otras personas de cuya conducta debemos responder o bien por obra de las cosas de nuestra propiedad" (89).

En el presente subtema, examinaremos la sistematización que nuestro Código Civil efectúa para atribuir la responsabilidad civil a un sujeto por un determinado hecho dañoso, según sea el caso de que este hecho fuera ocasionado por la propia persona, a quien se le hace civilmente responsable, o bien, por obra de terceros o de las cosas respecto de las cuales tenga necesidad de responder civilmente por los daños causados.

Recordemos que al tratar el tema de la culpa como elemento del hecho ilícito fuente de obligaciones, señalamos que abordaríamos de nuevo dicho elemento al tratar el subtema que ahora nos ocupa. En efecto, a continuación veremos cómo el elemento culpa resulta fundamental para atribuir a un sujeto la responsabilidad civil por obra de tercero o de las cosas de su propiedad y cómo nuestro Código Civil, en algunos casos, presume la culpabilidad *juris tantum* y en algunos otros efectúa una presunción *jure ete jure*.

a) Responsabilidad por hechos propios

El artículo 1910 de nuestro Código Civil, atribuye la responsabilidad civil a aquel que cometió la conducta ilícita, lo que resulta ser el principio elemental para que

89 *Ibid.*, p.271.

se pueda atribuir a alguien una responsabilidad civil, e inclusive el artículo 1911 del ordenamiento legal en comento, responsabiliza a los incapaces de los daños que provoque su conducta ilícita, al disponer a la letra lo siguiente:

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

Los supuestos de salvedad a que se refiere el precepto transcrito serán estudiados al referirnos a la responsabilidad por hechos ajenos, ahora comentaremos el fundamento y procedencia para responsabilizar civilmente al incapaz que cause un daño.

Del análisis que nos ocupa se desprende que para fincar una responsabilidad civil, a diferencia de la responsabilidad penal, no se requiere que el sujeto sea imputable, o mejor dicho, que la conducta cometida le sea imputable por producirse voluntariamente en la comisión de la conducta, dañosa decidiendo validamente su ejecución o previniendo por su discernimiento las consecuencias dañosas del mismo.

No obstante lo anterior, por ser un elemento sine qua non del hecho ilícito fuente de obligaciones, debe ser un acto culpable y "esa culpabilidad debe ser considerada por el juzgador en función de la culpa en abstracto, tomando como referencia la conducta que otro incapaz prudente y diligente habría observado en el caso concreto" (90).

b) Responsabilidad por hechos ajenos

En los antecedentes romanos de la responsabilidad civil observamos que se admitió la posibilidad de que un sujeto respondiera por la obra dañosa de otro, fundándose en los principios de la culpa in vigilando y la culpa in eligendo, analicemos el sistema de nuestro Código Civil al respecto, de cuyos supuestos surgen dos grupos:

- La responsabilidad por daños causados por menores de edad y otros incapaces
- La responsabilidad por daños causados por empleados o representantes de las personas morales

En cuanto al primer grupo, el artículo 1919 impone a quienes ejercen la patria potestad del menor que este bajo su poder y habite con ellos, la necesidad de reparar los daños y perjuicios que causen, cesando dicha responsabilidad en el caso de que los menores al ejecutar el hecho dañoso se encuentren bajo la vigilancia y autoridad de directores de colegio, talleres, etc., en cuyo caso la responsabilidad civil recaerá en estos últimos, de conformidad con el artículo 1920. Por su parte el artículo 1921 hace aplicable a los tutores lo dispuesto en los dos artículos anteriores en relación con los incapacitados que tienen bajo su cuidado.

De lo anterior se desprende que por los menores responderán quienes ejercen la patria potestad sobre ellos, los tutores respecto de los incapacitados que tienen bajo su cuidado y los directores de escuelas y talleres en los términos previstos por el artículo 1920. Su responsabilidad proviene del hecho de que son ellos quienes tienen el deber de cuidar y vigilar al menor o al incapaz y en caso de que estos causen un daño se presume la culpa "in vigilando" de quien según el caso concreto deba responder por ellos. Sin embargo esa responsabilidad es juris tantum, toda vez que el artículo 1922 dispone que ni los padres ni los tutores responden de los daños causados por los menores o incapaces a su cuidado, cuando probaren que les ha sido imposible evitarlos, preceptuando además que dicha imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de que el hecho sucediera fuera de su presencia, si aparece que no ejercieron suficiente vigilancia sobre el incapaz.

En cuanto al segundo grupo, responsabilidad por hechos de empleados o representantes de una persona moral, para su estudio en primer término determinaremos al sujeto responsable en relación con el causante del daño, señalando el precepto legal de nuestro Código Civil que así lo previene, para posteriormente efectuar los comentarios oportunos:

- a.- Por los actos de operarios indemnizan los maestros artesanos (Art. 1923)
- b.- Por los obreros o dependientes, los patrones y dueños de los establecimientos mercantiles (Art. 1924)
- c.- Por los sirvientes reparan los dueños de casa, de hoteles, o casa de huéspedes en que trabajen (Art. 1925)
- d.- Por los representantes de las personas morales responde la sociedad (Art. 1918)
- e.- Por los servidores públicos responde el Estado en forma subsidiaria (Art. 1928).

En los casos señalados, la responsabilidad civil proviene de una mala elección o culpa in eligendo de quienes la ley responsabiliza al pago de los daños y perjuicios por el hecho de los empleados, subalternos y representantes en razón de incumplir con el deber de elegir prudentemente a una persona capacitada y responsable para el ejercicio de la función de que se trate.

No obstante lo anterior, de la redacción de los artículos 1923 y 1924, se sigue que los sujetos obligados a responder quedan exonerados de dicha responsabilidad si probaren que les ha sido imposible evitar el daño o bien si demuestran que en la comisión del daño no se les puede imputar ninguna culpa o negligencia, con lo que se hace evidente que el Código Civil en el caso especial de los supuestos contenidos en los dos artículos mencionados, previene una culpa in vigilando de los sujetos responsables que resulta ser *juris tantum*, no obstante que podría pesar sobre ellos la culpa in eligendo en los términos señalados en el párrafo que antecede.

Por el contrario, de la redacción del artículo 1925 se advierte que a los jefes de casa y a los dueños de hoteles o casa de huéspedes se les responsabiliza por los daños causados por sus sirvientes en el ejercicio de su encargo, presumiéndose una culpa in eligendo *jure ete jure*, al no concedérceles la posibilidad de quedar exonerados de dicha responsabilidad aún demostrando que no incurrieron en culpa alguna, pues la presunción de culpa que recae sobre ellos no admite prueba en contrario.

Por lo que toca a la responsabilidad del Estado por el hecho de sus servidores públicos, es de aclararse que según el artículo 1928, la misma es de carácter subsidiario y solo se podrá hacer efectiva cuando el funcionario responsable no tenga bienes o los que tenga no fueren suficientes para responder por el daño causado.

Finalizaremos la exposición del segundo grupo en que se divide la responsabilidad por hechos ajenos, señalando que de conformidad con lo señalado por el artículo 1927 de nuestro Código Civil, quien paga un daño causado por sus sirvientes, empleados u operarios puede repetir en contra de ellos por lo que hubiese pagado.

c) Responsabilidad a causa de las cosas

El propietario de una cosa que a causa de ella se origine un daño es responsable de indemnizar los daños y

perjuicios causados. Al respecto, el maestro Gutiérrez y González se refiere a esta responsabilidad como responsabilidad por el hecho ilícito de no cuidar una cosa de la que se es poseedor (91), dándole la justa dimensión al supuesto que nos ocupa.

En efecto, referirse a este tipo de responsabilidad imputable al propietario "por obra de las cosas", resulta inexacto, ya que a la aparente obra de la cosa se opone un hecho del hombre. En la especie, "la doctrina francesa fundamenta la responsabilidad civil que nos ocupa en una culpa (hecho ilícito) del guardián que falta a la obligación determinada que la ley hace que pese sobre él (obligación de no dejar que la cosa salga de su dominio), incurriendo en culpa en la guarda de la cosa" (92).

Por lo anterior la doctrina francesa, para responsabilizar a una persona por razón de las cosas, precisa que se determine quien es el guardián de la misma, en ese orden de ideas, al propietario se le presume guardián de la cosa, pero no lo será si no tiene el uso de ella en el momento del siniestro, presentándose la problemática de determinar quien era el guardián de la cosa al momento en que ésta originó un daño (93).

En función de los postulados de la doctrina francesa es que considero acertados los postulados del maestro Gutiérrez y González en relación con el caso de responsabilidad civil que nos ocupa. Así mismo los fundamentos de la doctrina francesa nos auxiliarán en el estudio de los casos previstos por nuestro Código Civil, que a continuación analizaremos:

1) Por el hecho de un animal, según el artículo 1929, su dueño pagará el daño causado, salvo que pruebe que lo guardaba y vigilaba con el cuidado necesario, que el animal fue provocado, que hubo imprudencia del ofendido o que el hecho resulte de caso fortuito o fuerza mayor. Por su parte el artículo 1930, previene que si el animal causara el daño por haber sido excitado, la responsabilidad recaerá en quien lo excitó y no en su propietario.

Como se observa la necesidad de reparar el daño causado por un animal, es atribuida al dueño por culpa in vigilando, pues según la doctrina francesa incumplió con su deber de guardián, por lo que para quedar liberado de responsabilidad deberá acreditar en primer término que guardaba al animal con el cuidado necesario, o en su defecto cualquiera de los

91 E. GUTIERREZ Y GONZALEZ: Op. cit., p.655.

92 Cfr. H. y L. MAZEAUD: Op. cit., p.249.

93 Cfr. ibid., pp.224-225.

demás supuestos, mismos que a fin de cuentas también inciden en casos que exoneran la culpa in vigilando en que podría haber incurrido el propietario.

Consideramos que debe tenerse en cuenta lo sostenido por la doctrina francesa para el caso de que el propietario no tenga al momento del siniestro la custodia del animal por estar conferida a otra persona, quien, en su caso, sería el responsable y no el dueño.

2) Por la ruina parcial o total de un edificio, responde el propietario de éste cuando de dicha ruina se deriven daños, atento a lo dispuesto por el artículo 1931 del Código Civil, en caso de que la ruina sobrevenga por falta de reparaciones o por vicios de construcción.

En este caso, el Código Civil hace responsable al propietario en virtud de una omisión culpable de su parte por abstenerse de efectuar las reparaciones necesarias para evitar la ruina del edificio y, así mismo, por una actividad negligente al construirlo con vicios que provoquen su ruina. Es un caso que cabe dentro del supuesto general contenido dentro del artículo 1910, pero que sin embargo resulta muy conveniente que la legislación lo prevea en forma específica.

3) El artículo 1933, a la letra dispone lo siguiente:

"Art. 1933 Los jefes de familia que habiten una casa o parte de ella son responsables de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma"

Antes de abordar el comentario del precepto transcrito, recordemos lo que puede ser el antecedente romano de los supuestos contenidos en dicho numeral: el cuasi delito denominado "positum et suspensum" que, como se estudió en el subtema respectivo, no requería que se produjera el daño, sino que bastaba que el habitante de un edificio pusiera o colgara algo en él que amenazara con caer, para obligarlo a pagar una multa.

En el precepto transcrito, se hace responsable al jefe de familia en los términos claramente señalados en el mismo, toda vez que se presume una conducta culpable de su parte al poner o colgar cosas que al caer provoquen daño, así como culpa in vigilando al no impedir que de la casa que habita sean arrojados objetos que provoquen ese resultado. En resumen se trata de faltas de conducta de quien pudo y tenía la obligación de evitar la producción del daño.

4) Analicemos por último la serie de supuestos contenidos en el artículo 1932, mismos que responsabilizan al propietario por daños a causa de las cosas en los siguientes casos:

I Por la explosión de máquinas o por la inflamación de sustancias explosivas;

II Por el humo o gases que sean nocivos a las personas o a las propiedades;

III Por la caída de sus árboles cuando no sea ocasionada por causa de fuerza mayor;

IV Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes;

V Por los depósitos de agua que humedezcan la pared del vecino o derramen sobre la propiedad de este;

VI Por el peso o movimiento de las máquinas, por las aglomeraciones de materias o animales nocivos a la salud o por cualquier causa que sin derecho origine un daño.

En el artículo en comento, se advierte una enumeración de casos en que los daños se derivan de las cosas y responsabiliza a su propietario por no cumplir con el deber jurídico de no dañar a los demás, o sea, por abstenerse de tomar las medidas y efectuar las acciones necesarias para evitar el daño.

No obstante lo anterior, se advierte claramente que los supuestos contenidos dentro de las fracciones I y VI, se refieren más bien a casos de responsabilidad objetiva, mismas que podrían encuadrarse perfectamente dentro de la fórmula general contenida en el artículo 1913.

1.6 Excluyentes de la responsabilidad civil

En subtemas anteriores hemos precisado el concepto de responsabilidad civil, sus efectos, los ámbitos en que tiene lugar, sus fuentes, la reparación del daño y al sujeto responsable, con lo cual y según las aspiraciones del presente capítulo, han quedado analizados los elementos primordiales que integran a la figura de la responsabilidad civil, de tal suerte que en caso de sufrir un daño podremos válidamente exigir su reparación al responsable siempre y cuando se hayan actualizado los elementos integrantes de la responsabilidad civil que correspondan al caso concreto.

No obstante lo anterior, las partes o la ley, según sea el ámbito en que tenga lugar la responsabilidad civil, pueden pactar en el acuerdo de voluntades o prevenir en el caso de la ley, casos en que no surge la obligación a cargo

del causante de los daños de reparar éstos, resultando ser casos concretos que excluyen de responsabilidad civil.

Por cuestión de método los abordamos al final del presente capítulo, toda vez que haberlo hecho de forma intercala dentro de los subtemas anteriores habría originado dificultad para precisar cada caso con claridad y, por el contrario, al abordarlos dentro de éste subtema contamos ya con los elementos necesarios para determinar la aplicación de cada caso excluyente de responsabilidad civil, así como su sentido y alcance.

Conforme a lo anterior comencemos con la enumeración de los casos que nos ofrece el maestro Bejarano Sánchez (94):

1.- Cuando se ha convenido en que el causante del daño no indemnice, en el supuesto de que éste se produzca; esto constituye la cláusula de no responsabilidad

2.- Cuando el daño se debe fundamentalmente a una culpa grave de la víctima

3.- Cuando el hecho dañoso proviene de un acontecimiento ajeno a la voluntad de las partes e irresistible: el caso fortuito o la fuerza mayor.

A continuación efectuaremos el análisis de cada caso que, como veremos, tienen el común denominador de impedir que nazca la responsabilidad civil a cargo del sujeto que alegue la excluyente a su favor.

a) Cláusula de no responsabilidad

"Apoyados en su libertad de contratar, los sujetos pueden convenir que, en caso de producirse daños para alguno de ellos, no deberán ser indemnizados por el causante de la acción perjudicial, lo cual se denomina cláusula de no responsabilidad y excluye la obligación de reparar los daños y perjuicios" (95).

En efecto, nuestro Código Civil no contempla en un artículo expreso ni reglamenta en forma especial a la cláusula de no responsabilidad, por lo que su validez y efectos se derivan de los artículos 1832 y 6, mismos que establecen respectivamente la libertad contractual de las partes para obligarse de la manera y términos en que aparezca que quisieron hacerlo y la facultad para renunciar a los derechos privados que no afecten al interés público ni derechos de terceros.

94 M. BEJARANO SANCHEZ: Op. cit., p.293.

95 Ibid.

En la especie, la obligación de un sujeto de reparar un daño, presupone la existencia de una víctima que cuenta con la facultad de reclamar dicha reparación, o sea, cuenta con el derecho de que se le indemnice por el daño sufrido. Así mismo, anteriormente hemos precisado que en materia civil, la obligación de reparar un daño no constituye una pena o sanción para el responsable, sino el derecho de la víctima a que le sea reparado el daño sufrido, lo que en consecuencia configura un derecho privado de crédito indemnizatorio con cargo al responsable del daño.

De lo anterior se sigue que, en aplicación de los preceptos legales antes citados, las partes contratantes pueden validamente renunciar al derecho de ser indemnizados en caso de resultar perjudicados, o sea, en caso de que dentro del negocio jurídico que celebraron se produzcan daños por el incumplimiento de las obligaciones de algún contratante.

Como vemos, la naturaleza jurídica del caso excluyente de responsabilidad civil que nos ocupa, es una renuncia de derechos que efectúa un contratante, o ambos, dentro del negocio jurídico de que se trate, misma que será válida siempre que se efectúe de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1832 y 6 antes referidos, e inclusive el 7, toda vez que éste último previene que la renuncia debe ser efectuada en términos claros y precisos de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia.

No obstante la libertad contractual de las partes, en el caso que nos ocupa, nuestro Código Civil previene que la responsabilidad civil proveniente de dolo no es renunciabile y al efecto el artículo 2106 a la letra dispone:

"Art. 2106 La responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de hacerla efectiva es nula."

"El sentido de la disposición es explicable por que ninguna declaratoria deberá ser apta para inmunizar al malévolo causante de un daño deliberado, pues el Derecho no es un medio para la salvaguarda de conductas antisociales" (96).

b) La culpa grave de la víctima

De la redacción de los artículos 1910 y 1913 de nuestro Código Civil se desprende que el ordenamiento legal confiere a aquel que causa daños con la comisión de un hecho ilícito o a través del empleo de mecanismos o sustancias peligrosas, la posibilidad de quedar exonerado de la responsabilidad civil de reparar los daños, si demuestra que éstos se produjeron por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Se trata de una exonerante general de la responsabilidad civil, aplicable tanto en caso de que su origen sea el hecho ilícito como el lícito por riesgo creado, en virtud de la cual se excluye toda responsabilidad del causante del daño, si éste se origina por la torpeza de la propia víctima.

Respecto a lo anterior, el maestro Gutiérrez y González sostiene que en el caso concreto de que el daño tenga como origen una conducta ilícita, resultaría inequitativo dejar sin responsabilidad al que lo comete solo por que su víctima actuó con culpa o negligencia inexcusable, señalando que en caso de que existiere concurrencia de causas o de culpas ya sea que estas provengan de la víctima o de un tercero, sería necesario establecer una graduación legal de culpas o bien conferir al juzgador la posibilidad de disminuir la responsabilidad del victimario pero no eliminarla, pues ante todo cometió un hecho ilícito (97).

La posición del maestro resulta aparentemente acertada pues pretende que se proteja el interés del afectado por un daño non jure cuando la conducta que origina el daño ha sido ilícita, sin embargo no la compartimos toda vez que en el caso que nos ocupa se trata de aplicar justicia más que de ser equitativos. En efecto, el supuesto para que el comitente de una conducta ilícita dañosa quede liberado de responsabilidad civil es claro: demostrar que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima, analicemos lo anterior:

Efectivamente existe concurrencia de culpas, recordemos que una característica primordial para que el daño sea indemnizable lo es que exista una relación de causalidad entre el hecho y el daño, en la especie el Código Civil establece con claridad que la liberación de la responsabilidad de reparar el daño tendrá lugar cuando se demuestre que ese daño se produjo como consecuencia de culpa

o negligencia inexcusable de la víctima, o sea, que la causa eficiente del daño lo sea la propia culpa de la víctima sin la cual el daño no hubiese tenido lugar.

Ahora bien no se trata de cualquier culpa de la víctima sino que debe ser la culpa grosera, grave, una falta de conducta que solo cometen las personas mas desaprensivas y descuidadas, por lo que la culpa leve o levisima del perjudicado no son suficientes para exonerar a aquel cuya conducta también culposa concurre en la realización del hecho dañoso y, en última instancia, será el juzgador quien determine si existió culpa o negligencia inexcusable de la víctima, o sea, valorará el grado de culpa concurrente en el hecho dañoso y, por supuesto, determinará si ésta ha sido debidamente acreditada durante el proceso.

De lo anterior se concluye que la exonerante de la responsabilidad civil que nos ocupa no es poco equitativa como sostiene el maestro Gutiérrez y González, antes más bien, es justa ya que libera de responsabilidad a aquel que, si bien es cierto cometió un hecho ilícito, su conducta no fue la causa eficiente del daño, sino que este se produjo directamente por la culpa grave de la propia víctima, con lo que se hace notorio que resultaría injusto condenar a un sujeto a reparar un daño que no se produjo directamente por su obra ilícita, ya que a pesar de concurrir en la realización del daño, éste no hubiese tenido lugar de no ser por la culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

La apreciación de la excluyente que nos ocupa es mas clara en el caso de la responsabilidad objetiva que previene el artículo 1913 . En efecto, recordemos que en la teoría del riesgo creado la culpa del sujeto responsable es un elemento irrelevante para la integración de la responsabilidad civil, toda vez que esta puede originarse aunque se obre de forma lícita, de tal suerte que si con el uso de mecanismos o sustancias peligrosas se causa un daño a otro, para poder aplicar la exonerante de responsabilidad civil que nos ocupa, cobra aplicación lo antes señalado prescindiendo del elemento subjetivo de quien comete el hecho dañoso y atendiendo fundamentalmente a la causa eficiente del daño, o sea, el sujeto quedará liberado de reparar el daño cuando demuestre que se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

c) El caso fortuito o la fuerza mayor

Esta exonerante de responsabilidad la encontramos prevista dentro del artículo 2111, de nuestro Código Civil, el cual a la letra dispone:

"Art. 2111 Nadie esta obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa o contribuido a el, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad o cuando la ley se la impone."

Trataremos el presente apartado determinando qué se entiende por caso fortuito o fuerza mayor, sus características, sus efectos y la justificación de éstos, así como las excepciones que determina el propio artículo 2111 para que se den sus efectos exonerantes.

El caso fortuito o fuerza mayor es un acontecimiento futuro que su realización esta fuera de la voluntad, pues no se le puede prever o aun previéndolo no se le puede evitar (98).

La doctrina, en especial la francesa, se ha abocado a la distinción del caso fortuito o la fuerza mayor, señalando que el primero se refiere a acontecimientos de la naturaleza y el segundo caso a acontecimientos del hombre. No obstante nuestro Código Civil no efectúa distinción alguna al respecto empleando ambos términos indistintamente, en virtud de que sea un fenómeno natural o un acontecimiento del Hombre sus efectos son los mismos. Al respecto, la opinión doctrinaria que compartimos es la que señala que ambos términos aluden a diversas características del mismo hecho, de tal suerte que el término caso fortuito destaca el atributo ajeno y no provocado del suceso, y el término fuerza mayor el carácter irresistible del mismo.

Las características que revisten al caso fortuito o la fuerza mayor son las siguientes:

- Acontecimiento ajeno al deudor toda vez que no lo provoca ni su conducta contribuye a producirlo
- Acontecimiento irresistible, el deudor no tiene el poder de evitarlo por no ser previsible y aún siéndolo es inevitable
- Produce una imposibilidad absoluta y definitiva de cumplimiento, no solo lo hace mas gravoso sino que lo impide por completo.

Sus efectos son evitar que se genere la responsabilidad civil a cargo de quien comete el hecho ilícito dañoso y puede decirse que más que una exonerante de la responsabilidad civil lo es del hecho ilícito, ya que el incumplimiento no proviene de la culpa del deudor, sino precisamente del caso fortuito o la fuerza mayor, es decir, se produce sin culpa del deudor.

Para comprender los efectos del caso fortuito o fuerza mayor, resulta relevante la opinión del maestro Gutiérrez y González en cuanto a la crítica que efectúa respecto del artículo 2111 de nuestro Código Civil, al señalar que los sujetos no pueden estar obligados al caso fortuito aunque quisieran, sino que, se pueden obligar a responder en caso fortuito o fuerza mayor, y al efecto propone la siguiente redacción del artículo que nos ocupa:

Nadie esta obligado a indemnizar si causa un daño por caso fortuito o fuerza mayor, salvo cuando ha dado causa o contribuido a el ...etc. (99).

La opinión del maestro es acertada y nos marca la pauta para referirnos al fundamento del caso fortuito o fuerza mayor. Se ha señalado que su efecto es evitar que se genere la responsabilidad civil a cargo del sujeto que cometió la conducta dañosa, toda vez que en la misma no medió culpa del deudor, sino que el daño se produjo precisamente a causa del hecho imprevisible e inevitable. Al respecto existe un principio general según el cual nadie esta obligado a lo imposible y en esa razón el efecto del caso fortuito o la fuerza mayor, es el de no generar responsabilidad a cargo del autor de la conducta dañosa, por derivarse dicho daño de un acontecimiento que no reúne las características antes señaladas, esto es, ajeno al deudor, irresistible y que produce una imposibilidad absoluta para cumplir con la obligación, con lo que se comprende plenamente la fundamentación y justificación del caso de excluyente de responsabilidad civil que nos ocupa.

Ahora bien, de la letra del artículo 2111, se derivan algunos casos de excepción al efecto exonerante de la responsabilidad civil y al respecto es de comentarse lo siguiente:

-Al igual que contractualmente es válido renunciar expresamente al derecho de ser indemnizados, el deudor puede

asumir la obligación de indemnizar al acreedor aún en el supuesto de que la obligación no pudiese ser cumplida por caso fortuito.

-En algunos casos la ley impone la obligación de indemnizar aún cuando los daños derivan de caso fortuito o fuerza mayor, para lo cual el legislador atendió a un principio de culpa como en los casos previstos en los artículos 812, 1900, 2019, 2505 y 2506, de nuestro Código Civil.

-Si el autor de la conducta dañosa contribuyó al caso fortuito o a la fuerza mayor, es lógico suponer que el acontecimiento no le era ajeno, por lo que antes que evitarlo, al provocarlo existe un principio de culpa suficiente para hacerlo responsable de la reparación de los daños causados.

CAPITULO II

EL DAÑO MORAL

2.1 Antecedentes históricos del daño moral y de sus formas de reparación

De conformidad con el planteamiento para el desarrollo del presente trabajo, en este capítulo abordaremos el análisis de la figura jurídica del daño moral atendiendo a la doctrina que en torno a la misma ha sido desarrollada, con el propósito de contar con los elementos necesarios para efectuar el análisis crítico de la reglamentación de la figura que nos ocupa en materia civil dentro del Distrito Federal, que efectuaremos en el capítulo siguiente.

Por lo que toca al presente subtema, sin pretender agotar el análisis histórico del daño moral y de sus formas de reparación que de suyo es objeto de verdaderos tratados al respecto, consideramos indispensable contar en nuestro estudio con el marco histórico de la figura jurídica que nos ocupa, pretendiendo con ello conocer su evolución jurídica y de esa forma estar en aptitudes de referirnos a los elementos doctrinarios, que serán desarrollados en los siguientes subtemas del presente capítulo.

El hombre desde la antigüedad procuró la protección de sus bienes, en primer término de los bienes materiales, sin embargo procuró también protección a sus valores esenciales como el honor y la dignidad personal por ejemplo, y en consecuencia el concepto de daño reparable sufrió un afortunado nuevo enfoque de ser considerado materialista para contemplar dentro de él consideraciones mas abstractas de tipo espiritual, examinemos a continuación este último

enfoque del daño dentro de diversas etapas, considerando así mismo la forma en se reparaba.

a) Leyes pre-hamurábicas

Las leyes de Eshuma, constituyen el primer antecedente legislativo en materia de daño moral propiamente dicho. Ese ordenamiento legal se compone de disposiciones procesales como la jurisdicción; disposiciones sobre materia civil y penal; dentro de la materia que nos ocupa encontramos las siguientes disposiciones:

El artículo 25 prescribe que si un hombre declara consumación de su matrimonio, pero su suegro le ofende entregando a su hija a otro hombre, el suegro deberá devolver el doble del dinero que recibió como dote (1).

Como se observa de la disposición antes enunciada, el bien jurídico tutelado es la dignidad del esposo, quien sufre un daño completamente ajeno a cualquier consideración material, con lo que se aprecia la intención de proteger valores espirituales del ser humano aunque estos no se encontraran consagrados como verdaderos derechos subjetivos, pero que al ser dañados se consideró necesario tutelarlos y no dejar pasar por alto una ofensa a la propia dignidad del hombre.

"Otros ejemplos de la reglamentación del daño moral se encuentran consignados en los artículos 42 y 47 los que disponían respectivamente que quien propine a otro una bofetada en la cara entregará a este último diez shekels de plata y en caso de que un hombre injuriara a otro, pagaría la misma cantidad" (2).

De las disposiciones enunciadas encontramos de nueva cuenta la tutela jurídica de la dignidad del hombre, toda vez que desde el remoto antecedente del ordenamiento legal que nos ocupa, se consideró necesario reparar el daño causado a otro, en efecto, obsérvese como se distingue con claridad que en las tres disposiciones comentadas existe la figura del ofensor y el ofendido, el daño (a bienes de carácter inmaterial) y la relación causal entre el hecho y el daño.

1 CARMEN GARCIA MENDIETA: Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano (La Obligación de Reparar el Daño Moral a través del Tiempo); UNAM, México, 1983, p.225.

2 Cfr. *ibid.*

No obstante lo anterior, resultaría temerario pensar que dentro de la remota legislación que estudiamos ya se conceptuaba el principio de la responsabilidad civil, y por el contrario, es de tenerse en cuenta que en esa época no existía una separación neta entre los conceptos de responsabilidad civil y la emergente de delito, toda vez que muy probablemente la suma que el victimario debía entregar a la víctima tuviese el carácter de sancionatorio, más cercano al de pena que al de reparación del daño causado.

b) Derecho Romano

Dentro de los antecedentes romanos de la responsabilidad civil, quedó asentado que dentro de los delitos privados del *ius civile* figuraban el robo, el daño en propiedad ajena y las lesiones, ocupándonos en ese apartado únicamente del estudio del daño en propiedad ajena ya que en torno a ese delito se desarrolló la *lex Aquilia*, antecedente directo de la responsabilidad civil contemporánea.

En el presente apartado abordaremos la figura de las lesiones (*iniura*), a la luz del Derecho Romano, toda vez que dentro de esta figura delictual de *ius civile* se contempla la regulación del daño moral, al tutelarse posibles lesiones a bienes inmateriales

La iniura como delito -la palabra tiene también una acepción mas general, significando todo lo que es contrario a derecho, lo non jure factum- comprende toda lesión corporal (golpes, heridas) o moral (insultos, manifestaciones ofensivas del honor) causados por una persona a otra (3).

El concepto anterior nos permite distinguir a la *iniura* del Derecho Romano para efectos delictuales considerándole como una lesión, que es la concepción que nos interesa, de entre el amplio concepto de una conducta contraria a derecho, pues recordemos que el daño reparable es el de relevancia para efectos del presente estudio. Así mismo, podemos distinguir que dentro del concepto romanista de lesión, se incluían lesiones corporales, así como lesiones al honor que en particular corresponden ya a la figura del daño moral, "respecto esta última figura, podía ser ejercitada la *actio iniuriarum aestimatoria* y como se

trataba de proteger el prestigio personal, la legitimación activa correspondía exclusivamente al ofendido y no a sus herederos" (4).

De lo anterior se sigue que el Derecho Romano se preocupó por preservar valores inmateriales, sin realizar un profundo concepto y reglamentación de los mismos, pero con el gran avance de concebir que dichos valores merecen ser tutelados por la ley aún siendo de carácter inmaterial como el caso específico del honor de un sujeto.

En efecto, al concedérsele una acción al sujeto ofendido se procuró la salvaguarda de los derechos propios del hombre en cuanto ser humano, no obstante que el Derecho Romano aparentemente solo tutelaba derechos materiales, tocando el campo de la moral y el derecho, según nos lo expone el maestro Floris Margadant:

La jurisprudencia surgida alrededor de la injuria, exploró la zona fronteriza entre la moral y el derecho, y la actio iniuriarum se fue extendiendo, cada vez mas, a actos contrarios a la decencia normal que debemos observar en nuestro trato social con otras personas (5).

Sin constituir una reglamentación especial por la responsabilidad civil de causar un daño moral a otro, la figura delictual de la lesión fue en sus orígenes un medio para salvaguardar los derechos inmateriales del hombre y para que, no obstante su íntima relación con el derecho penal, se procurara una reparación del daño moral.

c) Derecho Novohispano

Las Partidas constituyeron cuerpos legales de enorme importancia en la Nueva España y obtuvieron el grado de texto básico en derecho privado; dentro de nuestro estudio analizaremos algunos ejemplos del daño moral y de su forma de reparación especialmente contenidos en la Partida número VII, pero veamos antes el concepto genérico de daño dentro del Derecho Novohispano:

La Ley I, del título XV de la Partida VII define el daño como empeoramiento, menoscabo, destruyimiento, que ome rescibe en sí mesmo, o en sus cosas por culpa de otro (6).

4 Cfr. G. FLORIS MARGADANT: Op. cit., p.441.

5 Ibid.

6 C. GARCIA MENDIETA: Op. cit., p.235.

Es interesante destacar como dentro del concepto de daño reparable se incluye directamente, aunque sin definirlo, el elemento culpa de la conducta dañosa en lugar del concepto de ilicitud que actualmente emplea nuestro Código Civil en su artículo 1910.

"En materia de daño moral, encontramos un ejemplo de su reglamentación en la Ley I, del título IX, que asimila a la injuria con la deshonra, y señala que ésta puede ser de hecho o de palabra a través de contactos o escritos que se distribuyeran en lugares públicos" (7).

Es notoria la influencia del Derecho Romano en la figura que estudiamos, no obstante se aprecia con gran claridad una diferencia sustancial, consistente en que el Derecho Romano reguló la figura de un atentado contra el honor como un delito civil, con efectos mas cercanos a la pena que a la restitución del daño, en tanto que dentro de las Partidas su reglamentación se incluye directamente dentro del derecho privado y sus efectos podían ser completamente restitutorios.

"Cuando un sujeto resultaba dañado en su honor, podía elegir un pago en dinero o una acusación criminal en contra del ofensor, acciones que no eran acumulables. Para el caso de que optara por la reparación pecuniaria, debe estimar ante el Juez el monto de la misma, teniendo en cuenta el grado de la ofensa y el lugar en que se produjo. El Juez podría aceptar la estimación u ordenar que se modificara a su arbitrio" (8).

Es de apreciarse que el sistema estudiado contiene ya los matices claramente definidos de una reparación del daño moral con cargo al responsable civilmente de la conducta dañosa, resultando interesante como el propio ofendido tenía la facultad de estimar el monto de la indemnización pecuniaria, misma que el Juez confirmaría o modificaría a su arbitrio. Así mismo resulta importante advertir como, a pesar de lo avanzado del sistema, la forma de reparación del daño era solo de tipo pecuniario, con dinero, como en los casos planteados desde las leyes pre-hamurábicas.

7 Cfr. *ibid.*, p.237.

8 Cfr. *ibid.*

2.2 Naturaleza jurídica y concepto de daño moral

En el capítulo que antecede quedó precisado que el daño es el elemento sin el cual no podría configurarse responsabilidad civil alguna. En el presente capítulo abordaremos en primer término la naturaleza jurídica del daño moral, para posteriormente estar en aptitudes de asimilar ampliamente la figura que nos ocupa.

Según pudimos apreciar al analizar algunos antecedentes históricos del daño moral y su forma de reparación, observamos de inmediato que en la especie se trata de daños que no son tangibles y en consecuencia no susceptibles de una exacta valoración pecuniaria, premisa que como veremos resulta relevante para determinar la naturaleza jurídica del daño moral, y para ello es necesario tener en cuenta el alcance del daño y la naturaleza de su reparación como lo señala Scognamiglio, quien afirma que no es posible determinar la esencia y los límites del daño moral sin tener en cuenta el alcance efectivo del daño en sentido propio y también el significado que pueda atribuirse en estos casos al remedio reparador (9).

Conforme a lo anterior, en el presente apartado, precisaremos la naturaleza jurídica del daño moral, para posteriormente ocuparnos con amplitud de la reparación de dicho daño dentro del presente capítulo.

El maestro italiano De Cupis aborda el tema que nos ocupa diferenciando de entre el interés privado, el interés patrimonial y el no patrimonial, para poder determinar cuando un daño es de carácter patrimonial y cuando es extrapatrimonial, y al efecto señala:

El interés privado se distingue según el punto de referencia objetivo, en que puede producirse respecto de bienes patrimoniales, o en bienes no patrimoniales, por lo que correlativamente se considera como interés patrimonial o no patrimonial. De esta forma el daño privado se definirá como patrimonial o no patrimonial, según tenga por objeto o el interés privado patrimonial o un interés privado no patrimonial (10).

9 RENATO SCOGNAMIGLIO: El Daño Moral (trad. del italiano por Fernando Hinestrosa); Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1952, p.13.

10 ADRIANO DE CUPIS: El Daño (Teoría General de la Responsabilidad Civil) (trad. del italiano por Angel Martínez Sarrión); Bosch, Barcelona, 1975, pp.120-121.

Así mismo, el maestro De Cupis determina que el concepto de patrimonialidad atiende a una necesidad económica, por lo que patrimonial es cualquier bien exterior que sea clasificable por su riqueza material e idóneo para satisfacer una necesidad económica (11).

La anterior exposición se elabora con el fin de determinar dos grandes esferas de bienes que pueden ser dañados, o sea, los que integran el patrimonio de un sujeto y afectan su interés privado patrimonial, o el daño provocado a bienes que no cuentan con la característica de la patrimonialidad y, en consecuencia, afectan el interés privado no patrimonial del sujeto.

El maestro De Cupis concreta la noción de daño patrimonial al señalar que éste se produce cuando tiene por objeto el interés patrimonial, señalando sin embargo, que es tan solo una de las especies del daño privado ya que junto a él debe considerarse el llamado daño no patrimonial, y en cuanto a éste último señala:

El daño no patrimonial no puede ser definido mas que en contraposición al daño patrimonial. Daño no patrimonial, en consecuencia con el valor negativo de su misma expresión literal, es todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial, por tener por objeto un interés no patrimonial, o sea, que guarda relación con un bien no patrimonial (12).

Concretando la exposición del maestro italiano De Cupis, debemos destacar la diferencia del daño al interés privado señalando que será de carácter patrimonial cuando tenga por objeto o recaiga sobre un bien exterior que sea clasificable por su riqueza material e idóneo para satisfacer una necesidad de índole económica, y será de carácter extrapatrimonial cuando, por oposición, no recaiga en un bien patrimonial.

Con lo anterior obtenemos un primer punto de referencia para apreciar la naturaleza jurídica del daño moral, si recordamos que, según su evolución histórica, éste ha tenido por objeto bienes no susceptibles de valoración pecuniaria que por ello, siguiendo a De Cupis, resultan ser daños a bienes que no son exteriores y por lo tanto se trata de un daño extrapatrimonial.

11 Cfr. *ibid.*

12 *Ibid.*, p.122.

No obstante lo anterior, resulta que la división del daño según se afecte al interés patrimonial o extrapatrimonial del sujeto, no resuelve el problema de la naturaleza jurídica del daño moral, ya que solo obtenemos una valoración negativa de lo que podría ser su naturaleza jurídica: aquel que no afecta a los bienes doctrinariamente considerados como patrimoniales.

En efecto, según el jurista italiano Renato Scognamiglio, la contraposición de los daños en patrimoniales y extrapatrimoniales, resulta mas simplista que simplificadora, por lo que el examen para obtener la naturaleza jurídica del daño moral no puede derivar de una definición negativa, o sea, a partir de lo que no es, toda vez que esa contraposición solo podrá efectuarse en relación con fenómenos homogéneos y, en la especie, los daños patrimoniales y los no patrimoniales constituyen fenómenos totalmente diversos ya que al daño en su sentido económico - material, se contraponen el dolor y la perturbación de ánimos o afectos, o sea, un fenómeno de suyo diferente que reviste naturaleza propia y no es susceptible de ser determinado por la simple negación (13).

"Así mismo resulta necesario señalar que si bien es cierto la determinación de la responsabilidad civil se ha desarrollado tranquilamente dentro del daño patrimonial, resultando ser el punto cierto de referencia de la materia, no debe perderse de vista que en la institución de la responsabilidad civil influye en grado superlativo la experiencia y las exigencias históricas y que actualmente su línea de conducta se orienta fuera de la noción del daño patrimonial, según la clásica concepción de éste" (14).

Conforme a lo anterior y toda vez que ha quedado señalado que el daño moral se contraponen substancialmente al daño patrimonial, a efecto de conocer la naturaleza jurídica del daño moral, abordemos el examen de los valores o bienes que son calificados por De Cupis como de interés no patrimonial.

Según la opinión corriente, se ha revelado que los daños morales se identifican con los dolores, las turbaciones síquicas, etc., que derivan del quebranto padecido. Acorde con las consideraciones agregadas a tal opinión se encuentra con la actual opinión que con seguridad expresa que la figura del daño moral se refiere propiamente

13 Cfr. R. SCOGNAMIGLIO: Op. cit., pp.14-15.

14 Cfr. ibid., p.17.

a la esfera síquica del sujeto: es decir al complejo de sus sentimientos, afectos, etc., en los casos que resultan lesionados por la infracción (15).

Del examen de la naturaleza jurídica, que de la figura del daño moral propone el maestro Scognamiglio, se hace evidente, que en primer término surge de contraponer los sufrimientos morales y psíquicos del sujeto a los daños objetivos y materiales de cualquier clase y al efecto el maestro De Cupis expone lo siguiente:

Entre los daños no patrimoniales (frecuentemente llamados morales) se ha concedido especial relevancia a los efectos anímicos o sufrimientos morales (aflicción, resentimiento, amargura, deseo, preocupación) y a los dolores físicos. Es decir, que la consideración ha recaído generalmente en el perjuicio ocasionado al sentimiento de bienestar físico o psíquico, o sea, sobre el daño que se resuelve en un dolor corporal o espiritual; a lo que indudablemente ha contribuido la denominación del viejo remedio del derecho común germánico contra el daño no patrimonial (*pecunia doloris*, *Schmerzengald*) (16).

El dolor o sufrimiento físico o moral que puede llegar a experimentar una persona, en efecto podría ser considerado como fundamento y naturaleza propia del daño moral toda vez que son elementos inmateriales y efectivamente no son susceptibles de valoración pecuniaria, sin embargo, y este punto precisa ser resaltado, dichos elementos si bien es cierto constituyen la manifestación del daño, en ellos no se agotan las posibles consecuencias o efectos del daño moral y, más importante aún, no configuran en sí elementos suficientes para conceptualizar la naturaleza jurídica del daño moral. Es imperioso que, valiéndonos de la doctrina, aclaremos lo antes señalado.

Con el propósito de centrar la exposición de lo señalado en el párrafo que antecede, resulta conveniente ensayar algunos postulados previos de lo hasta aquí expuesto:

-La naturaleza jurídica del daño moral no puede ser obtenida a través de la definición negativa que resulta de considerar al daño extrapatrimonial contraponiéndolo al daño patrimonial.

15 *Ibid.*, p.37.

16 A. DE CUPIS: *Op. cit.*, pp.122-123.

-Los daños patrimoniales y los extrapatrimoniales constituyen fenómenos que no son homogéneos y resultan diversos por contraponerse el dolor físico o moral al daño en su sentido económico-material.

-El dolor físico o moral constituyen la manifestación de un daño provocado por una conducta determinada, los cuales son de carácter inmaterial y no susceptibles de valoración pecuniaria.

-La naturaleza jurídica del daño moral no puede ser concebida por la mera manifestación del daño, sino que debe contemplarse a partir de los bienes lesionados, o sea, a partir del daño en sí.

-El dolor físico y moral son manifestaciones del daño provocado a un determinado bien jurídico y esas manifestaciones no agotan las posibles consecuencias del daño causado a los bienes que doctrinariamente son considerados no patrimoniales.

Los tres primeros postulados corresponden al análisis antes efectuado mismo que nos servirá para sentar las bases en que habremos de fundamentar la naturaleza jurídica del daño moral, los dos últimos postulados, en su orden, constituyen las premisas sobre las cuales desarrollaremos, en primer término, la exposición de la naturaleza jurídica del daño moral apoyándonos en las concepciones doctrinarias de vanguardia que consideramos más acertadas, para posteriormente determinar el alcance del daño moral, esto último atendiendo por supuesto a su naturaleza jurídica.

A) Precisión de la naturaleza jurídica del daño moral

Es posible hablar de daño moral solo fuera del terreno del daño a los bienes económicos, pero únicamente por la nítida contraposición que plantean entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales (17).

En efecto, podemos señalar al daño moral en contraposición al daño material, únicamente en razón de que con aquel no se ven afectados bienes económico-objetivos relacionados con el concepto doctrinario de patrimonialidad, pero no a partir de la simple negación que ofrece la definición negativa del daño moral a partir de lo que no es. En razón de lo anterior se hace necesario precisar a los bienes "no económicos" que pueden ser dañados y originar una responsabilidad civil por daño moral, con lo cual se pretende rebasar la simple definición negativa a partir de lo que no es, para encontrar la naturaleza jurídica del daño moral atendiendo a los bienes lesionados.

Ahora bien la determinación de los bienes cuya conculcación o afectación pueden provocar un daño moral, exige precisar la diferencia que existe entre las manifestaciones del daño como el dolor físico o moral y el daño en sí, con lo que a la vez habremos de comprender por qué la naturaleza jurídica del daño moral no puede fundarse en las manifestaciones del daño.

Como ha sido señalado, la naturaleza del daño moral no puede determinarse en base al supuesto dolor físico o moral que no son otra cosa que manifestaciones del daño, lo anterior fundado en que con dichas expresiones no se contempla la totalidad de efectos que pueden tener lugar en caso de producirse un daño moral y que, a mayor abundamiento, no corresponde a los bienes o derechos lesionados con la conducta dañosa.

En cuanto a lo anterior el maestro italiano De Cupis, señala que los sufrimientos morales, las sensaciones dolorosas, no abrasan todos los daños que no son perjuicios patrimoniales, ya que, por ejemplo la disminución del prestigio y la reputación pública constituye un daño no patrimonial independientemente del dolor o amargura del sujeto que la sufre (18).

Sin duda resulta interesante la forma en que De Cupis plantea el problema que nos ocupa. Conforme a su postura

17 R. SCOGNAMIGLIO: Op. cit., p.40.

18 A. DE CUPIS. Op. cit., p.123.

bipolar del daño privado, sostiene firmemente que los dolores físicos o psíquicos no comprenden a la totalidad de los daños no patrimoniales, con lo cual, en principio, bastaría para descartar estas manifestaciones del daño moral para pretender fundar en ellas su naturaleza jurídica. Así mismo es necesario advertir como De Cupis ya apunta, sin precisar, que los derechos no patrimoniales pueden ser lesionados sin que exista una manifestación del dolor o sufrimiento moral o psíquico.

En efecto, De Cupis previene ya que el daño extrapatrimonial se causa sobre valores o bienes como el prestigio y la reputación por ejemplo, y no con respecto a dolores o sufrimientos, que no son mas que manifestaciones del daño.

Con respecto a lo anterior concluiremos que el concepto "doloris" debe ser descartado como fundamento del daño moral, conforme al siguiente apunte del maestro Fuego Laneri:

Si bien el doloris es un ángulo del problema -el de la lesión causada- no es menos cierto que de un modo u otro, arrastra inconscientemente a concébir la materia completa del daño moral por "el dolor, el pesar, la molestia", como dicen los autores; pero sin expresarse la causa inmediata de eso que se ha producido, más todavía, sin mencionarse la zona jurídica afectada (19).

Conforme a lo hasta aquí expuesto, se hace necesario que enfoquemos el problema de la naturaleza jurídica del daño moral en la determinación de los bienes que son lesionados al configurarse éste, o sea, en palabras del maestro Fuego Laneri, en determinar la zona jurídica afectada. En efecto de lo anterior, tomemos el apunte del maestro Jaime Santos Briz, en relación al objeto del daño reparable, y al respecto señala que de los daños patrimoniales hay un concepto claro en razón del objeto que afectan, en cambio, no lo hay en cuanto a los no patrimoniales (20).

19 FERNANDO FUEGO LANERI: De Nuevo Sobre el Daño Extrapatrimonial y su Resarcibilidad; Talleres Gráficos Universitarios, Mérida (Venezuela), 1972, p.54.

20 Cfr. JAIME SANTOS BRIZ: Derecho de Daños; Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p.120.

De conformidad con lo señalado por el maestro Santos Briz, la tarea que nos ocupa consiste en establecer la naturaleza del daño moral en cuanto al objeto mismo del daño, esto es, partiendo del fundamento inicial o remoto atendiendo a los bienes que, al ser afectados se configure un daño que en razón de la propia naturaleza de dichos bienes, constituya un daño moral.

Para lo anterior partamos del concepto primario de daño, concretando que el daño consiste en el perjuicio o alteración desfavorable que sufre un individuo en sus bienes jurídicos.

Acertadamente el maestro Santos Briz señala que los daños patrimoniales se conceptúan con claridad en razón que su objeto (el bien jurídico lesionado) esta claramente definido por la doctrina así como por los ordenamientos jurídicos aplicables y que, por el contrario, el concepto de daño moral no se encuentra del todo esclarecido. Por lo anterior pretendemos en este apartado clarificar el concepto de daño moral precisando cuales son los bienes jurídicos que pueden ser objeto de daño moral con lo que obtendremos la naturaleza de éste y podremos acoger un concepto del mismo.

Hasta el momento hemos señalado que la naturaleza jurídica del daño moral no puede ser obtenida por la simple exclusión de que el daño extrapatrimonial es todo aquel que se infiere sobre bienes no patrimoniales, ya que se obtiene una definición negativa que no determina cuales son los bienes lesionados. Así mismo se ha precisado que es factible hablar de daño moral en contraposición con el daño inferido a los bienes patrimoniales en razón de que se trata de fenómenos heterogéneos, ya que el daño a los bienes económico-objetivos se contraponen nítidamente a la lesión o alteración desfavorable de los bienes no objetivos que no son susceptibles de valoración pecuniaria. Por otra parte las manifestaciones del daño moral, esto es, el dolor psíquico o moral han sido descartadas como fundamento de la naturaleza jurídica del daño moral toda vez que no configuran en sí los bienes jurídicos lesionados

La breve recapitulación de ideas efectuada en el párrafo que antecede, nos da las bases para comenzar a definir la naturaleza jurídica del daño moral atendiendo a los bienes lesionados.

No obstante lo anterior, resulta imperioso que en este punto hagamos la siguiente aclaración: si hemos hablado, siguiendo a De Cupis, de que el interés privado es patrimonial o extrapatrimonial y que en consecuencia el daño

puede ser de carácter patrimonial o extrapatrimonial, obedece a los siguientes factores:

a) La figura de la responsabilidad civil ha sido históricamente desarrollada atendiendo principalmente al daño causado a bienes jurídicos objetivos y susceptibles de ser valorados en dinero, incluso antes de ser concebida la teoría clásica del patrimonio.

b) La doctrina clásica del patrimonio determina que la patrimonialidad de los bienes se configura, principalmente, por tratarse de bienes exteriores clasificables por su riqueza material e idóneos para satisfacer una necesidad económica.

c) La concepción clásica del patrimonio, permite que a la clara contraposición que existe entre el daño cuyo objeto sean bienes "patrimoniales" y el daño cuyo objeto sean bienes no tangibles ni susceptibles de valoración en dinero, se obtenga un punto de partida esencial de las características de los bienes que al resultar lesionados, pueden configurar un daño moral.

d) El análisis de la naturaleza jurídica del daño moral según los incisos anteriores, requiere efectuarse conforme a los lineamientos generalmente aceptados por la doctrina y consagrados en los ordenamientos jurídicos, para posteriormente estar en aptitudes de referirnos a los conceptos doctrinarios de vanguardia y entonces definir una postura al respecto. Un método distinto provocaría equívocos y poca claridad en los conceptos utilizados.

Ampliaremos en lo señalado en el último de los incisos para justificar la aclaración que hemos consideramos indispensable efectuar, y al respecto es de señalarse que el concepto tradicional de patrimonio nos permite contraponer del daño a los bienes "patrimoniales" el daño a otro tipo de bienes que tradicionalmente no integran el patrimonio, partiendo de la base de que el daño causado a bienes económico-objetivos y el daño causado a bienes intangibles y no susceptibles de valoración en dinero, no son fenómenos homogéneos y por lo tanto se contraponen. Ahora bien, en el subtema que continúa, trataremos el problema de la patrimonialidad de los bienes intangibles y no susceptibles de valoración en dinero y determinar si es posible hablar de un patrimonio moral.

Valga lo extenso de la argumentación para centrar la aclaración que nos ocupa en el siguiente punto: si partimos de la base de bienes patrimoniales y bienes no patrimoniales para obtener la naturaleza jurídica del daño moral es en

razón de que las características de los bienes que, según la doctrina clásica del patrimonio son patrimoniales, se opone nítidamente a las características de los bienes que al ser lesionados, por sus propias características, configuran un daño moral. Con lo anterior, por el momento no se formula ningún juicio de valor en torno a si los bienes que son objeto de daño moral deben o no integrar el patrimonio de las personas, ya que para los efectos que nos ocupan, o sea, aclarar la naturaleza jurídica del daño moral, la división del daño entre patrimonial y extrapatrimonial se utiliza, insisto, únicamente en razón de la clara contraposición que existe entre las características de los bienes que pueden ser objeto de un daño.

Hecha la anterior y pertinente aclaración, determinemos el objeto del daño moral y a pesar de que según lo hasta ahora expuesto podemos ya inferir las características primarias de los bienes que pueden ser objeto del daño moral, intentemos un análisis mas profundo partiendo del concepto primario del daño: perjuicio o alteración desfavorable que sufre un individuo en sus bienes jurídicos.

Ahora, siguiendo el sistema que el propio concepto del daño nos determina, precisemos qué se entiende por bien jurídico y al efecto el maestro Domínguez Martínez nos señala que la primera tarea es distinguir el bien jurídico en sentido amplio y el bien de carácter patrimonial, precisando al efecto lo siguiente:

El bien jurídico en el primero de esos significados comprende todo objeto merecedor de protección por el sistema legal y en cuyo contenido están toda clase de valores, bienes y derechos con independencia a su carácter patrimonial o extrapatrimonial. El bien estrictamente patrimonial, en cambio, es todo aquello de carácter económico susceptible de apropiación particular (21).

Conforme a lo anterior, si hemos señalado que al daño causado a los bienes doctrinariamente considerados como integrantes del patrimonio se contraponen, por ser fenómenos heterogéneos, el daño causado a otro tipo de bienes, descartemos de inicio el análisis de los bienes patrimoniales para obtener la naturaleza jurídica del daño moral y enfoquemos nuestra atención a esos valores bienes o derechos que tradicionalmente se consideran extrapatrimoniales pero que, según la definición antes

21 JORGE ALFREDO DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ: Derecho Civil (Parte General. Personas. Cosas. Negocio Jurídico e Invalidez); Porrúa, México, 1990, p.299.

apuntada, también constituyen bienes jurídicos y en consecuencia son susceptibles de ser dañados.

La determinación de los bienes jurídicos que pueden ser objeto de daño moral, impone la necesidad de remontarnos a algunos conceptos generales que resultan indispensables para lograr nuestro objetivo.

Comencemos por definir el derecho objetivo, el derecho en sentido subjetivo y el deber jurídico, respecto de los cuales el maestro Castán Tobeñas señala lo siguiente:

El derecho objetivo es el conjunto de reglas jurídicas tomadas en sí mismas, el derecho en sentido subjetivo es la facultad o prerrogativa reconocida a una persona por el derecho objetivo que le permite imponer a los demás un determinado comportamiento.

El derecho subjetivo es una derivación del derecho objetivo y tiene su reverso en el deber jurídico, ya que lo que implica facultad o poder para una persona es, para otra u otras, motivo de sometimiento y límite de actividad (22).

Sin perjuicio de la claridad de los conceptos del maestro Castán Tobeñas, consideramos conveniente citar al maestro Recasens Siches, quien nos señala que es necesario evitar el error de considerar que el extremo opuesto del derecho subjetivo es el derecho en sentido objetivo, y al efecto señala:

El derecho subjetivo se opone, o mejor dicho, se refiere correlativamente al deber jurídico de otra u otras personas. El derecho en sentido objetivo, es decir, como norma, al proyectarse sobre situaciones concretas determina derechos subjetivos y deberes jurídicos en correlación. El derecho subjetivo de una persona se opone correlativamente o se articula con el deber jurídico de otra u otras personas; y los dos en inescindible pareja derivan de la norma (23).

Una primera clasificación de los derechos subjetivos es la que los divide en públicos y privados y estos a su vez en patrimoniales y extrapatrimoniales. Según la naturaleza civilista de nuestro trabajo y toda vez que hemos descartado desde un inicio a los bienes de naturaleza patrimonial, abordemos el análisis de los derechos subjetivos privados extrapatrimoniales.

22 JOSE CASTAN TOBEÑAS: Derecho Civil Español Común y Foral T. I Vol I (Introducción y Parte General); 11a ed., Reus, Madrid, 1975, p.92.
23 L. RECASENS SICHES: Op. cit., p.144.

Los derechos extrapatrimoniales, según el maestro Fuego Laneri, se subdividen en la gran categoría de los derechos de la personalidad, y en derechos de familia propiamente como tales (24).

A su vez, en relación con los derechos de la personalidad el maestro Galindo Garfias nos señala los siguientes caracteres: son originarios o inatos, son derechos subjetivos privados, son absolutos, extrapatrimoniales, irrenunciables e imprescriptibles (25).

Conforme a la exposición y método utilizado, estamos en aptitudes ya de señalar que la naturaleza jurídica del daño moral, atendiendo al objeto del mismo, lo constituye la lesión a los derechos de la personalidad, en tanto que éstos integran derechos subjetivos con características propias y oponibles a los de naturaleza patrimonial, y su afectación puede provocar el dolor físico o moral en el sujeto, como algunas de sus manifestaciones que, si bien es cierto, no las agotan, constituyen elementos característicos del mismo.

De conformidad con lo anterior, el maestro Jaime Santos Briz, tras señalar la complejidad para determinar el objeto del daño moral, concluye que es criterio que puede considerarse predominante la conceptualización del daño moral como el que afecta principalmente a los derechos de la personalidad (26).

B) Determinación del concepto de daño moral

En cuanto a la unificación de un concepto en relación con el daño moral, se parte de la base de que algunos autores no proporcionan un concepto en razón de que consideran al daño moral como los más diversos perjuicios que pueden ocurrirle a una persona, con el común denominador de que dichos daños no sean "patrimoniales". Lo anterior evidentemente es la consecuencia de no precisar la naturaleza jurídica del daño moral y considerarla únicamente en razón de una definición negativa -todo daño no patrimonial-, respecto de lo cual ya expresamos nuestro punto de vista líneas atrás.

Toda vez que hemos señalado cual es la naturaleza jurídica del daño moral, según los bienes jurídicos lesionados, a continuación examinaremos algunos conceptos

24 Cfr. F. FUEGO LANERI: Op. cit., p.50.

25 Cfr. I. GALINDO GARFIAS: Op. cit., p.319.

26 Cfr. J. SANTOS BRIZ: Op. cit., p.122.

que en relación con el tema que nos ocupa han sido formulados, pretendiendo el análisis de aquellos conceptos que a nuestro juicio presentan una evolución positiva de la conceptualización del daño moral, siguiendo la línea del estudio del daño moral según su objeto, esto es, atendiendo a los bienes jurídicos lesionados.

Consiste en aquellos males -dolores, humillaciones, perturbaciones del espíritu, angustias, desengaños, etc.- que atentan contra la psiquis del individuo y que no son susceptibles de asumir exterioridad (27).

De éste concepto se hace evidente que, si bien ya no se trata de una simple definición negativa, se trata de conceptualizar al daño moral atendiendo a sus manifestaciones y no a partir del bien jurídico lesionado. En efecto los dolores, humillaciones, desengaños, etc., no son sino manifestaciones de la lesión al bien jurídico dañado, pero que en sí no constituyen el objeto del daño moral, lo anterior atento a lo señalado y expuesto dentro del inciso a) que antecede.

El maestro Rafael Rojina Villegas nos aporta el siguiente concepto:

El daño moral consistirá en toda lesión a los valores espirituales de la persona, originada por virtud de un hecho ilícito, o sea, por cualquier tipo de interferencia en la persona, en la conducta o en la esfera jurídica de otro, que no este autorizada por la norma jurídica (28).

Es de destacarse como el maestro Rojina Villegas se refiere al daño moral como lesión a valores espirituales de la persona, esto es, ya en función del objeto del daño y no en cuanto a sus manifestaciones. Lo poco afortunado del concepto consiste en determinar al objeto del daño como "valores espirituales" y no como bienes jurídicos, lo que se explica quizá por la intangibilidad del daño moral, resultando criticable que se recurra a la vaguedad de la expresión "valores espirituales", término que resulta muy extenso y poco jurídico.

Por su parte, el concepto del jurista Dalmartello es mas preciso en cuanto al objeto del daño moral:

Privación o disminución de bienes que tienen valor principalísimo en la vida del hombre, tales como la paz, la

tranquilidad del espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los mas sagrados afectos (29).

El anterior concepto efectúa una enumeración enunciativa de los bienes que pueden ser objeto del daño moral, e incluso considera a estos como bienes principalísimos en la vida del hombre, sin embargo, no toda disminución o privación de bienes puede configurar un daño reparable, por lo que resultaría necesario precisar ese punto dentro de un concepto de daño moral.

A continuación nos referiremos al concepto propuesto por el jurista español Castán Tobeñas, quien determina a los daños morales como una afectación a los bienes de la personalidad, señalándolos como aquellos que afectan a los bienes inmateriales de la personalidad -como la libertad, la salud, el honor- extraños al patrimonio y que no repercuten de modo inmediato sobre éste (30).

El concepto resulta aparentemente contrario, pues en primer término considera al daño moral precisamente como una afectación a los bienes de la personalidad, para después procurar cerrar su definición con elementos negativos de sus características, o sea, a partir de lo que no es, en relación con la patrimonialidad de otro tipo de bienes. No obstante consideramos que más que contener elementos contrarios, el hecho de contener características negativas de los bienes de la personalidad, se sigue en razón de que el daño moral es un fenómeno de suyo heterogéneo en relación con el daño a bienes "patrimoniales", sin embargo, a reserva del análisis que efectuaremos en el siguiente subtema, la definición de daño moral no debe contar con elementos negativos para determinar el objeto del daño.

Por último examinaremos la definición que aporta el maestro Gutiérrez y González:

Daño moral es el dolor cierto y actual sufrido por una persona física o el desprestigio de una persona física o social colectiva, en sus derechos de la personalidad, con motivo de un hecho ilícito o no ilícito y que la ley considere para responsabilizar a su autor (31).

Esta definición desgraciadamente correlaciona al daño moral con los dolores sufridos por una persona física, o con

29 DALMARTELLO: citado por: J. Santos Briz: Op. cit., p. 121.

30 J. CASTAN TOBEÑAS: Derecho de Obligaciones; citado por: J. SANTOS BRIZ: Op. cit., p.121.

31 E. GUTIERREZ Y GONZALEZ: Op. cit., p.680.

el desprestigio de una persona física o moral, lo cual son manifestaciones del daño pero no configuran en sí el bien jurídico lesionado, sin embargo es de advertirse como el maestro Gutiérrez y González hace notar que dichas manifestaciones del daño se sufren en los derechos de la personalidad.

Conforme a lo anterior, consideramos que la definición propuesta por el maestro Gutiérrez y González resulta la más afortunada, según los argumentos que a continuación se señalan:

1.- Considera ya un daño directo a los derechos de la personalidad.

2.- No se apoya en ningún elemento negativo (como la característica de no patrimonialidad de los bienes lesionados que notamos en Castán Tobeñas).

3.- Distingue las dos fuentes de responsabilidad civil, ya que considera tanto la teoría subjetiva, como la objetiva por riesgo creado.

Considerando lo anterior así como la observación efectuada en relación con la aparente confusión del objeto del daño moral, que según su naturaleza no pueden ser los dolores y los sufrimientos sino la afectación a los derechos de la personalidad, me permito con base en el concepto del maestro Gutiérrez y González, proponer el siguiente concepto de daño moral:

Daño moral es el detrimento que sufre una persona en sus derechos de la personalidad, a consecuencia de un hecho que la ley considere para responsabilizar a su autor, y que generalmente se manifiesta con el dolor físico o moral o bien con el desprestigio del agraviado.

En la definición que antecede comenzamos por precisar cuales son los derechos o bienes jurídicos que pueden ser objeto de un daño moral. Centramos la necesidad de que el daño tenga como causa un hecho que la ley considere para configurar una responsabilidad civil y, así mismo, se precisa que el dolor o el desprestigio son algunas de las manifestaciones del daño moral, con lo que se hace más notoria la diferencia que existe entre los bienes jurídicos lesionados y las manifestaciones posibles (que no exclusivas) del daño moral.

No consideramos conveniente abundar en más explicaciones y argumentos en relación con el concepto que nos permitimos aportar, toda vez que, si bien es cierto contiene los elementos esenciales para precisar la idea de

lo que es el daño moral, dicho concepto se irá enriqueciendo con nuevos elementos a lo largo de esta investigación.

2.3 Los derechos de la personalidad y el daño moral

Dentro de los diferentes apartados que integran el presente subtema, abordaremos el análisis de los derechos de la personalidad pues su estudio es obligatorio ya que constituyen el objeto del daño moral. Conforme a lo anterior resulta necesario que en primer término conozcamos cual es el objeto de los derechos de la personalidad y fijemos un concepto de los mismos con lo que también señalaremos sus características determinantes; posteriormente enfatizaremos la relevancia jurídica de los derechos de la personalidad y por último efectuaremos una clasificación y análisis de los mismos atendiendo en este caso a su relación con el daño moral como objeto del mismo.

2.3.1 Naturaleza jurídica, objeto y concepto de los derechos de la personalidad

Hemos señalado con anterioridad que los derechos de la personalidad son derechos subjetivos privados y lo afirmamos en razón de actualmente la doctrina y diversos ordenamientos legales así lo consideran, no obstante en un principio la problemática surgió desde el desconocimiento de dichos derechos como en el caso del Derecho Romano, en el cual la protección de la personalidad se hacía efectiva mediante la actio iniurarum sin que se tuviera un concepto bien definido y una protección directa de los derechos de la personalidad.

"Durante el Renacimiento se experimentó la necesidad de afirmar los derechos de la persona y la intangibilidad de los derechos humanos, apareciendo la figura de la "potestas in se ipsum" o "ius in corpus", sistema que gozó de poco reconocimiento y fue descartado por la teoría moderna en razón de que confundía al hombre como sujeto y objeto del derecho. Otro antecedente de los derechos de la personalidad lo constituye la Escuela del Derecho Natural del siglo XVII, que exalta el reconocimiento de los derechos naturales del hombre. Finalmente la actual corriente doctrinaria los considera derechos subjetivos en atención al propio objeto de los mismos" (32).

32 Cfr. ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ: El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad; 3a. ed., Porrúa, México, 1990, p.758.

Toda vez que la concepción de los derechos de la personalidad en tanto verdaderos derechos subjetivos es una tesis del todo aceptada por la actual doctrina y así consagrada en diversos ordenamientos jurídicos, no abundaremos en argumentos al respecto, ya que del análisis del objeto y características de los derechos en comento que más adelante efectuaremos, quedará más que aclarado su carácter de derechos subjetivos.

El problema de la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad actualmente consiste en determinar si se trata de derechos patrimoniales o bien, si su estudio dentro del derecho civil debe efectuarse en el apartado relativo al derecho de las personas como elementos integrantes de los atributos de la personalidad.

Se opina que deben ser objeto de estudio en la parte relativa al patrimonio; ello implica ampliar el concepto y contenido de éste, para que así, del patrimonio no formen parte únicamente los derechos valorizables en dinero sino también los derechos de la personalidad. Por el contrario al conservar la postura doctrinal tradicional según la cual el patrimonio únicamente abarca derechos de contenido económico, los derechos de la personalidad deben ser estudiados con independencia a él, como un capítulo aparte dentro del derecho de la persona, por ser aquellos parte integrante precisamente de la personalidad del sujeto y que cualquier individuo los tiene por tratarse de un ser humano (33).

Valga lo extenso de la cita por la precisión con la que se enfoca la problemática así como por la sencilla argumentación que, respecto de cada postura, nos ofrece un punto de partida para comenzar con el desarrollo y planteamiento de la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad.

En efecto de lo anterior, comenzaremos por definir posturas que nos permitan efectuar el planteamiento que a nuestra consideración debe orientar la determinación de la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad.

Los derechos de la personalidad no deben ser analizados dentro del derecho de las personas, de conformidad con los siguientes argumentos:

a) Los derechos de la personalidad no son atributos de la personalidad, sino manifestaciones de la misma conformadas como derechos subjetivos perfectamente definidos.

b) Dichos derechos no son parte integrante de la personalidad de un sujeto, ya que la personalidad no es un derecho, sino que es el presupuesto de todos los derechos.

Los argumentos anteriores serán ampliamente comentados cuando estudiemos el objeto y las características de los derechos de la personalidad, por el momento servirán para tener en cuenta que si hemos descartado el estudio de los derechos de la personalidad a la luz del derecho de las personas, ha sido con fundamento precisamente en el objeto y características propias de los derechos de la personalidad, que al ser estudiados dentro del campo del derecho de las personas daría lugar a equívocos en cuanto a su propia naturaleza, en su objeto y en sus características elementales.

En consecuencia de lo anterior para determinar la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad nos apoyaremos en el principio de patrimonialidad de los mismos, pero no por simple exclusión, sino con el argumento y posturas doctrinarias que se examinan a continuación, con el objeto de evidenciar la necesidad de que los derechos de la personalidad sean estudiados a la luz de las relaciones patrimoniales entre los particulares.

A) Precisión de la naturaleza patrimonial de los derechos de la personalidad

Al tratar la naturaleza jurídica del daño moral, hicimos la aclaración de por qué en ese apartado, para su análisis, se partió de la base de daños a bienes patrimoniales y daños a bienes no patrimoniales, quedando señalado que ello obedecía a que a partir de la clara contraposición de las características de las dos clases de bienes que podían ser dañados, se podía obtener el objeto del daño moral (el bien jurídico lesionado), consignándose que en ese momento no efectuamos ningún juicio de valor en relación con la patrimonialidad de los bienes objeto del daño moral. De esto último nos ocuparemos en el presente apartado.

Para tratar el tema de la patrimonialidad de los derechos de la personalidad, comencemos por la definición de patrimonio que, según los lineamientos de la doctrina clásica, nos aporta el maestro Rojina Villegas:

Es la suma de bienes y riquezas que pertenecen a una persona, conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de valoración pecuniaria (34).

La anterior definición nos permite centrar la problemática del tema que nos ocupa, en ella encontramos dos aspectos: el primero es considerar al patrimonio como conjunto de bienes y riquezas que pertenecen a una persona, lo que nos obliga a efectuar el análisis de los bienes y riquezas que integran al patrimonio, y el segundo de los aspectos es que constriñe la idea de bienes patrimoniales a aquellos derechos y obligaciones que son susceptibles de ser valorados pecuniariamente, elemento que corresponde substancialmente a la tesis clásica del patrimonio y que nos plantea la necesidad de determinar si solamente los llamados bienes económico-objetivos deben integrar el patrimonio de una persona, o bien, el concepto de patrimonio es susceptible de integrar también a aquellos bienes no susceptibles de ser valorados pecuniariamente, como es el caso de los derechos de la personalidad.

Del examen lógico de los planteamientos antes efectuados, obtendremos la argumentación necesaria para sustentar que los derechos de la personalidad tienen naturaleza patrimonial dentro del ámbito del derecho civil, postura que de antemano se ve fortalecida si, como lo hemos dicho, ha sido descartada la posibilidad de que esos derechos se analicen a la luz del derecho de personas y que por el contrario se incluyan dentro del estudio de las relaciones patrimoniales entre los particulares.

Despejemos el primero de los planteamientos efectuados, y en ese sentido el maestro Gutiérrez y González profundiza en los orígenes semánticos de los términos patrimonio, riqueza y bienes, para poder determinar que los derechos de la personalidad también se deben comprender dentro de los patrimoniales:

La palabra patrimonio deriva del término latino "patrimonium" el cual significa bienes que se heredan de los ascendientes, o los bienes propios que se adquieren por cualquier título; también se identifica la palabra patrimonio con el vocablo riqueza.

Riqueza por su parte, significa abundancia de bienes y bien o bienes significa utilidad en su concepto mas amplio (35).

34 R. ROJINA VILLEGAS: Op. cit., T. II, p.135.

35 E. GUTIERREZ Y GONZALEZ: El Patrimonio, p.753.

Al tratar el tema de la naturaleza jurídica del daño moral, ubicamos el concepto de bien jurídico en sentido amplio y bien jurídico estrictamente patrimonial, por lo que toca al primero de ellos asentamos que corresponden a ese concepto todo objeto merecedor de protección por el sistema legal y en cuyo contenido están toda clase de valores, bienes y derechos con independencia de su carácter patrimonial o extrapatrimonial. Por lo que toca al bien "estrictamente patrimonial", quedó asentado que el concepto corresponde a los bienes de carácter económico susceptibles de apropiación particular. Conforme a lo anterior resulta necesario que abordemos el origen de la división de los derechos subjetivos privados en patrimoniales y extrapatrimoniales, al respecto los Mazeaud señalan lo siguiente:

La primera distinción que se impone al espíritu cuando examina los diferentes derechos de que es titular una persona, se funda sobre el valor pecuniario o ausencia de valor pecuniario de tales derechos (36).

En efecto, cuando un derecho o bien es susceptible de ser apreciado en dinero se dice que tiene un valor pecuniario, en sentido contrario cuando dicha apreciación no es posible, se dice que los bienes de que se trata tienen un valor moral.

En cuanto a ésta división de los derechos privados, los Mazeaud señalan que la crítica que se le puede efectuar es más de terminología que de fondo y al respecto comentan:

Para distinguir los derechos pecuniarios de los no pecuniarios, se oponen los derechos patrimoniales a los derechos extrapatrimoniales; se quiere indicar con ello que únicamente los derechos pecuniarios forman parte del patrimonio de la persona (37).

Según los Mazeaud, esta diferenciación de derechos subjetivos no resulta de fondo en atención a que solo resultan oponibles cuando se les considera que integran o no deben integrar el patrimonio de la persona y en ese sentido, los propios hermanos Mazeaud manifiestan que la doctrina clásica del patrimonio es inexacta al considerar únicamente a los derechos o bienes pecuniarios como patrimoniales, y al efecto argumentan que no existe razón alguna para excluir del patrimonio de una persona a los derechos no pecuniarios

36 H. y L. MAZEAUD: Op. cit., T. I., p.254.
37 Ibid.

de que sea titular, refutando la exclusión de que son objeto los bienes no pecuniarios por el hecho de ser inembargables, toda vez que también existen derechos pecuniarios que son inembargables, como el derecho a alimentos (38).

En este orden de ideas y considerando el origen semántico de la palabra patrimonio, bienes y riqueza, podemos afirmar que dentro del patrimonio de una persona deben ser considerados aquellos bienes que, en sentido amplio, merecen ser considerados por el sistema legal, protegiéndose dentro de las relaciones patrimoniales privadas todos los derechos o valores de una persona, ya que no existe fundamento alguno para sostener lo contrario.

En íntima relación con lo anterior, al despejar a continuación el segundo planteamiento que hemos formulado, podremos apreciar que el patrimonio no debe reducirse al continente de bienes susceptibles de valoración pecuniaria y en consecuencia se aclarará la naturaleza patrimonial de los derechos de la personalidad.

La exclusión de los derechos de la personalidad como bienes integrantes del patrimonio de un sujeto, no puede fundarse en el aspecto semántico de la palabra patrimonio tal y como ha sido señalado y mucho menos si tomamos en cuenta que la tradicional doctrina del patrimonio se funda en aspectos económicos más que jurídicos en sí, razón por la cual partiendo de la división de derechos pecuniarios y no pecuniarios, la doctrina clásica efectúa la clasificación de bienes patrimoniales y no patrimoniales, sosteniendo que solo aquellos de contenido económico son integrantes del patrimonio de una persona.

En la especie, más allá del mero aspecto semántico del término patrimonio, riqueza y bien, en que el maestro Gutiérrez y González funda la patrimonialidad de los derechos de la personalidad, que si bien de suyo resulta relevante, hemos de considerar la postura de los hermanos Mazeaud al respecto, misma que se relaciona directamente con el subtema que ahora nos ocupa en lo particular y con el objeto de estudio del presente trabajo en lo general.

En su exposición, los Mazeaud consideran que la división de los derechos en patrimoniales y extrapatrimoniales debe ser matizada, pues lo único relevante resulta del hecho de que algunos derechos cuentan con el carácter pecuniario y otros no, descartando que la idea del patrimonio debe estar integrado únicamente con bienes susceptibles de valoración pecuniaria:

38 Cfr. *ibid.*, parte I. T. I, p.443.

Al exponer la clasificación de los derechos en derechos patrimoniales y derechos extrapatrimoniales o de la personalidad, se ha subrayado que la oposición de los derechos con valor pecuniario (derechos patrimoniales) a los derechos con valor moral (derechos extrapatrimoniales o de la personalidad) debe ser matizada. Lo único verdadero consiste en que ciertos derechos tienen sobre todo un valor pecuniario y otros sobre todo un valor moral; pero la mayoría cuentan con uno y con otro (39).

Este último señalamiento amerita su examen. A reserva de que en el subtema relativo a la clasificación del daño moral examinemos como algunos tipos de daño moral tienen consecuencias susceptibles de ser valoradas como pérdidas económicas para la víctima y de que en el tema relativo a la reparación del daño moral efectuaremos el examen de la naturaleza de dicha reparación, podemos sostener que la afirmación de los Mazeaud es correcta pues se enfoca al hecho de que el daño inferido a los derechos de la personalidad tiene una consecuencia económica, con lo que resulta condenable que la teoría clásica del patrimonio considere a los derechos de la personalidad como extrapatrimoniales.

Por el contrario -señalan los Mazeaud- hay que afirmar que el patrimonio es el continente de todos los derechos pecuniarios o no pecuniarios, que van a fundirse en él, su influencia recíproca es demasiado grande para que puedan disociarse algunos de sus elementos. El Derecho francés repara el daño moral y esa reparación casi en todos los casos se dispone en dinero, por lo que no puede concebirse que fuera introducido así un valor pecuniario, a título de reparación, en el patrimonio si no fuera a reemplazar en él a otro valor, pecuniario o moral, que ha desaparecido.

La postura de los Mazeaud es contundente, y en ese sentido consideramos que el patrimonio debe ser el continente de todos los derechos de una persona sean éstos pecuniarios o no pecuniarios y, en caso de que esta simple afirmación no fuere aceptada, vendrá la problemática para determinar por qué la indemnización derivada de un daño a los derechos de la personalidad ingresa al patrimonio de la persona, si el bien lesionado no pertenece al patrimonio de la misma.

El planteamiento antes efectuado, si bien no es novedad jurídica, ha sido poco seguido por la doctrina y la legislación, pues se prefiere continuar con la tradición de

la doctrina clásica del patrimonio, misma que es defendida sin más argumento que el hecho de que los derechos de la personalidad no son susceptibles de valoración pecuniaria, elemento que de suyo resulta poco consistente para negarle el carácter patrimonial que merecen esos derechos atento a lo hasta aquí expuesto.

Concluiremos la precisión del carácter patrimonial de los derechos de la personalidad, señalando que, según el fundamento y argumentación aportada, podemos concebir válidamente la existencia de un patrimonio moral de la persona, sin caer en definiciones contradictorias que sostienen que el patrimonio moral de una persona se integra de bienes "extrapatrimoniales", como en el caso del maestro Salvador Ochoa quien define al patrimonio moral como "el conjunto de bienes de naturaleza extrapatrimonial, los cuales por su característica inmaterial no son susceptibles de ser valorados, ni aproximada ni perfectamente en dinero" (40).

En efecto, podemos ya referirnos a la existencia de un patrimonio moral que puede ser dañado y que, en su caso, supondría la actualización de un daño moral. Las características del patrimonio moral las derivaremos del objeto y de las características propias de los bienes que lo integran o sea los derechos de la personalidad, cuyo análisis efectuaremos enseguida.

B) Determinación del objeto de los derechos de la personalidad

Hemos señalado con anterioridad que los derechos de la personalidad constituyen verdaderos derechos subjetivos de carácter privado, pero la simple afirmación no basta, sino que resulta indispensable que efectuemos el examen del objeto de dichos derechos.

Uno de los lineamientos principales del derecho civil, y en general del derecho privado, lo constituye la dignidad humana y la libertad de la persona para su desenvolvimiento. El anterior postulado, quizá por su sencillez, parece algunas veces olvidado en el medio jurídico, ya que resulta más tentativo el estudio y la abogacía de intereses pecuniarios que la reflexión y defensa de la dignidad humana y del libre desenvolvimiento de la persona.

En efecto, antes de abordar el estudio del objeto de los derechos de la personalidad, debemos hacer a un lado la seductora escala de valores que, sostenida en la teoría clásica del patrimonio, nos hace creer que solo aquel interés susceptible de ser valorado pecuniariamente es merecedor de ser tutelado por el derecho, y que por el contrario, existen otros valores o bienes jurídicos que jerárquicamente deben ser entendidos como superiores a aquellos. En ese sentido, el maestro Domínguez Martínez distingue con precisión la mayor jerarquía relativa de los derechos de la personalidad en relación con los bienes "patrimoniales" al afirmar:

...en un orden jerárquico los bienes jurídicos tutelados como valores por los derechos de la personalidad son considerablemente mayores que los de los patrimoniales, pues estos se limitan estrictamente al aspecto material de lo económico; son valorizables en dinero y si bien con una clara tendencia materialista podrían ser de gran consideración, la razón recomienda en conceptuar hasta de valía incalculable a la vida, al honor, al prestigio, a la riqueza intelectual, a la esfera íntima, etc. (41).

Jerárquicamente los bienes jurídicos tutelados por los derechos de la personalidad son mayores que aquellos bienes "patrimoniales" susceptibles de valoración pecuniaria y si bien en la opinión que antecede se mencionan a algunos de esos valores, entremos al examen del objeto de los derechos de la personalidad, que ya el maestro Domínguez Martínez califica como de valía incalculable.

En un primer intento por precisar el objeto de los derechos de la personalidad consideremos aquella opinión que señala que "su objeto es la protección de los bienes esenciales de la persona, o mejor, de la personalidad misma, para el respeto debido a su categoría de ser humano y a su dignidad de persona" (42).

La anterior precisión nos ofrece un panorama primario: el objeto de los derechos de la personalidad lo constituyen bienes esenciales a la persona toda vez que contribuyen al respeto de su categoría de ser humano y a su propia dignidad. Sin embargo, si bien ofrece elementos esenciales del objeto de los derechos de la personalidad, no lo determina y por el contrario nos obliga a precisar la conotación de personalidad en tanto objeto de protección de

41 A. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ: Op. cit., p.270.

42 I. GALINDO GARFÍAS: Op. cit., p.318.

dichos derechos, toda vez que a priori y según la conotación jurídica tradicionalmente aceptada de personalidad, podría desorientarse nuestra investigación y pensarse que el objeto de los derechos de la personalidad no corresponde a dicha noción jurídica.

El jurista Nerson Roger expone y aclara el sentido del concepto personalidad en tanto objeto de protección de los derechos de la personalidad, señalando lo siguiente:

El término personalidad, aunque esta hoy muy en boga, carece de claridad. Para el Filósofo, la personalidad es la función psicológica por la que un individuo se considera como un Yo uno y permanente. Para el Jurista, según la definición de un autor insigne, la personalidad es la aptitud para ser sujeto de derechos.

Al abordar el problema de la protección de la personalidad, sin embargo, no emplearemos este término en su acepción técnica de Personalidad jurídica, por que no designamos con él la aptitud para ser sujeto de derecho, sino el conjunto de atributos de la persona humana. Tras el concepto jurídico aparece, pues, el Hombre con sus necesidades, pasiones y sus defectos; no el tipo abstracto del homo juridicus, sino el hombre real y concreto, de carne y hueso, con cuerpo y alma (43).

Con lo anterior, se sigue que los derechos de la personalidad no se refieren a la protección de la aptitud de una persona para ser sujeto de derechos, esto es, a la personalidad jurídica, sino que se refiere a los atributos de la persona, que en ese sentido delimitan e integran el contorno de la personalidad, misma que en sí no constituye un derecho sino el presupuesto de todos los derechos, con lo que podemos ir precisando que el objeto de los derechos de la personalidad (personalidad en el concepto antes señalado) lo constituyen las diversas manifestaciones de esa personalidad.

En consideración de los planteamientos antes expuestos, nos encontramos ya en aptitudes de asimilar con mayor precisión cual es el objeto de los derechos de la personalidad y al efecto el jurista español Castán tobeñas señala lo siguiente:

Sin entrar a la polémica acerca de la naturaleza de estos derechos, puede admitirse que su objeto no se

43 NERSON ROGER: La Protección de la Personalidad en el Derecho Privado Francés; citado por: E. GUTIERREZ Y GONZALEZ: El Patrimonio; Op. cit. p. 780.

encuentra ni en la persona misma de su titular ni en las demás personas vinculadas a una obligación pasiva universal, sino en los bienes constituidos por determinados atributos o cualidades, físicas o morales, del hombre, individualizadas por el ordenamiento jurídico (44).

La opinión del jurista Castán Tobeñas, nos ofrece un panorama mas claro del objeto de los bienes de la personalidad, al considerar que éste lo constituyen los atributos físicos o morales del hombre, sin embargo, el maestro Gutiérrez y González formula una objeción al respecto:

Castán Tobeñas se equivoca al estimar que son "bienes constituidos por atributos", pues el bien o cosa como objeto de derecho, no puede ser en sí algo que es por definición "cualidad o propiedad" de un ser, pues precisamente atributo eso significa: cualidad o propiedad de un ser (45).

Compartimos la objeción del maestro Gutiérrez y González, toda vez que el objeto de los derechos que protegen a la personalidad, no puede consistir en cualidades o propiedades de la persona, pues ello equivaldría a considerar a la persona como objeto del derecho, cuando la Dogmática Jurídica nos indica con precisión que la persona es sujeto de derecho y nunca objeto del mismo.

En este orden de ideas, el maestro Gutiérrez y González se inclina por término "proyecciones" en lugar de el de atributos o cualidades, fundando su inclinación por dicho término en la constitución semántica del mismo, ya que proyectar significa lanzar, dirigir hacia adelante o a distancia y con ello se da precisamente la idea que entrañan los derechos de la personalidad, ya en su aspecto físico, ya en el psíquico: lanzar dirigir al exterior situaciones físicas o psíquicas, que deben respetarse por la colectividad (46).

Conforme a lo anterior podemos afirmar que el objeto de los derechos de la personalidad, o sea, los valores o bienes jurídicos tutelados, lo componen las proyecciones físicas o psíquicas (morales) que la persona, en el desarrollo de su personalidad, proyecta al mundo exterior, cuyo respeto por parte de la colectividad resulta imperioso para salvaguardar

44 CASTAN TOBEÑAS: Derecho Civil Español Común y Foral T.I. V.II.; citado por: E. GUTIERREZ Y GONZALEZ: El Patrimonio; Op. cit., p.762.
45 E. GUTIERREZ Y GONZALEZ: El Patrimonio; Op. cit., p.779.
46 Cfr. ibid., pp.781-782.

la dignidad de la persona, y en esa virtud el ordenamiento jurídico los individualiza, o si se quiere, los contempla y reconoce configurándose dichas proyecciones físicas o psíquicas en verdaderos derechos subjetivos.

C) Concepto y características de los derechos de la personalidad

Toda vez que han sido analizadas previamente la naturaleza jurídica y el objeto de los derechos de la personalidad, nos resultará posible asimilar un concepto de los mismos y podremos también asimilar más fácilmente sus características.

Recordemos que el objeto del presente trabajo lo constituye el análisis del daño moral y que si dentro del presente subtema hemos tratado el análisis de los derechos de la personalidad obedece a que estos derechos constituyen el objeto del daño moral en tanto bienes jurídicos susceptibles de ser dañados.

En virtud de lo anterior, tomaremos en cuenta la definición de los derechos de la personalidad que consideramos más adecuada según el planteamiento y objeto del presente trabajo y, así mismo, señalaremos en forma concreta las características de dichos derechos.

El jurista español Joaquín Díez Díaz, conceptúa a los derechos de la personalidad como aquellos cuyo contenido especial consiste en regular las diversas proyecciones psíquicas o físicas de la persona misma (47).

Por lo que hace a las características de los derechos de la personalidad, el jurista Jaime Santos Briz en su obra Derecho de Daños señala que pueden considerarse características comunes a los derechos de la personalidad las siguientes: 1o Generalidad, 2o Absolutidad, 3o Derechos subjetivos privados, 4o Extrapatrimonialidad, 5o Intransmisibilidad intervivos y mortis causa, 6o Irrenunciabilidad e imprescriptibilidad.

Precisemos a continuación el sentido y alcance de las características antes señaladas:

Generalidad.- Se refiere a que todas las personas están en condiciones de igualdad para poder ser titulares y defensores de esos derechos.

47 JOAQUÍN DÍEZ DÍAZ: Derechos de la Personalidad o Bienes de la Persona citado por: E. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ: El Patrimonio; Op. cit. p.778.

Absolutidad.- Son oponibles frente a todos los hombres y no solo frente a alguno o algunos en particular

Derechos subjetivos privados.- Carácter que los distingue de los derechos subjetivos públicos, ya que al corresponder a la división del derecho privado se refieren a las relaciones jurídicas de los particulares.

Extrapatrimonialidad.- Carácter que se les otorga en razón de no ser susceptibles de valoración pecuniaria e inembargables, no obstante, atento a los argumentos expuestos al analizar la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad, considero que el carácter que nos ocupa debe definirse como "no pecuniarios" en lugar de extrapatrimoniales. En efecto, de conformidad con lo antes expuesto, los derechos de la personalidad tienen el carácter de no ser susceptibles de valoración pecuniaria, pero son patrimoniales en tanto que de ellos se integra el patrimonio moral de las personas.

Intransmisibilidad intervivos y mortis causa.- Este elemento se comprende si tomamos en cuenta los argumentos vertidos en relación con el objeto de los derechos de la personalidad, de lo que se sigue que suponer a tales derechos transmisibles equivaldría a desconocer el objeto jurídico de los mismos.

Irrenunciabilidad e imprescriptibilidad.- Estos caracteres corresponden en razón de que se trata de derechos esenciales a la persona para el respecto de su dignidad y el libre desenvolvimiento de su personalidad, por lo que no pueden ser objeto de renuncia por acuerdo de voluntades, ni se extinguen con el transcurso del tiempo

2.3.2 Relevancia jurídica de los derechos de la personalidad

Una vez analizadas la naturaleza jurídica, el objeto y las características de los derechos de la personalidad, abordemos el tema de su relevancia jurídica desde dos puntos de vista: su necesaria reivindicación en el derecho civil y su relevancia en materia de responsabilidad civil, aspectos de cuyo estudio podrá evidenciarse la postura que guarda el presente trabajo.

A) Reivindicación de los derechos de la personalidad en el derecho civil

Conforme al análisis efectuado en el subtema que antecede, podemos apreciar como la violación de los derechos de la personalidad implica de suyo el desconocimiento a la

categoría de la persona y el atentado en contra de su propia dignidad y, en esa razón la protección de la persona se encuentra inserta en la estructura global del ordenamiento jurídico, al respecto, el maestro Galindo Garfias señala lo siguiente:

Por ello podemos decir que el respeto a los derechos de la personalidad es un presupuesto lógico necesario de toda estructura jurídica y además la informa, la vivifica; a la vez la explica, -Hominum causa omne jus constitutum-, 2, D (Todo derecho ha sido constituido por causa del hombre. Hermogeniano) (48).

En efecto el hombre, o mejor, la persona, en tanto sujeto de derecho constituye el presupuesto en torno al cual el Derecho se encarga de regular su conducta y en esa razón, todo el ordenamiento jurídico contiene inserto como lineamiento o directriz fundamental su protección y reconocimiento a su dignidad.

No obstante lo anterior, para hablar de una verdadera sistematización de los derechos de la personalidad tanto para su estudio como para su regulación en el campo del derecho, debe ser enfocada, desde el ángulo del derecho civil, en tanto verdaderos derechos subjetivos privados que son. En la especie, estos derechos corresponden a la persona en su calidad de tal, por lo que no deben ser considerados como meras derivaciones del Derecho Constitucional y mucho menos, por el hecho de estar protegidos algunos de ellos en diferentes ramas del Derecho como el penal por ejemplo, podrá olvidarse que en tanto derechos subjetivos privados su estudio y consagración en el ordenamiento jurídico demanda que se efectúe bajo la óptica del derecho civil, esto es, atendiendo a las relaciones jurídicas de carácter privado que pueden vincular a las personas en relación con dichos derechos.

Ahora bien, la problemática que nos ocupa se centra en dos aspectos: considerar si es que a través de principios generales de carácter constitucional se reconocen y tutelan los derechos de la personalidad, o bien, si es necesario consagrar y sistematizar a los derechos de la personalidad en el plano del derecho civil

En cuanto a la primera postura, el maestro Santos Briz señala que la formulación de derechos de la personalidad bajo la forma de principios generales es objetada por la doctrina que la considera inconveniente para su efectiva

inclusión y sanción como derechos civiles, sosteniendo el maestro Santos Briz, que la objeción carece de fundamento ya que actualmente los derechos de la personalidad se encuentran declarados en textos legislativos de carácter político y constitucional y que por una elemental jerarquía de las normas, las leyes fundamentales marcan sus postulados a las leyes civiles de modo que éstas solo pueden ser vigentes en tanto que se "acomoden" a dichas leyes. Las Leyes Fundamentales, continua el maestro Santos Briz, formulan enunciaciones generales y es a la doctrina y a la práctica a quien incumbe su desarrollo y en especial es misión de juristas y tribunales valorar en cada caso los principios básicos para delimitarlos y aplicarlos al caso concreto con el objeto de que la justicia sea garantizada en la actuación de los derechos de la personalidad (49).

De la opinión del maestro Santos Briz surgen los siguientes comentarios: si bien es cierto que las Leyes Fundamentales de cada Estado determinan los postulados básicos sobre cuyos principios deben de ajustarse los ordenamientos secundarios, ello no implica que la declaración general de un derecho reconocido a nivel constitucional práctica y específicamente regule la relación de los particulares en el desarrollo y ejercicio de sus derechos y obligaciones.

Por lo anterior debemos distinguir el carácter normativo de los principios generales consagrados en las Leyes Fundamentales en relación con el reconocimiento de algunos derechos del individuo, con el carácter de los derechos de la personalidad en el ámbito estrictamente del derecho privado:

Se distinguen de las garantías individuales, llamadas también derechos del hombre, y de las que en el ámbito internacional se conocen como "derechos humanos" en que en tanto éstos son oponibles a la actividad del Estado, los derechos de la personalidad, por ser derechos absolutos, tienen como sujeto pasivo tanto a los órganos del Estado como a todos los particulares, quienes tienen el deber de respetarlos.

Aquellos son derechos políticos (las garantías individuales y los derechos humanos) en tanto que los derechos de la personalidad son derechos subjetivos privados (50)

49 Cfr. J. SANTOS BRIZ: Op. cit., pp.164-165.
50 I. GALINDO GARFIAS: Op. cit., p.319.

De lo anterior se desprende que la cuestión no consiste en negar el carácter fundamental de los principios generales contenidos en las normas constitucionales, sino en reconocer la necesidad de que los derechos de la personalidad sean regulados por normas de derecho privado, en virtud de que esos derechos atienden no solo a la reglamentación de la actividad del Estado, sino a la reglamentación de la conducta tanto de éste como de todos los particulares en relación con el deber jurídico de respetar los derechos de la personalidad en favor de su titular.

Otro aspecto a comentarse en relación con la postura del maestro Santos Briz, consiste en cuestionar la validez del argumento que sostiene al apuntar que es a la doctrina y a la práctica a quien incumbe el desarrollo de los derechos de la personalidad y, en especial, que es misión de los juristas y de los tribunales valorar en cada caso los principios básicos (constitucionales) para delimitar su entorno y garantizar la actuación de la justicia en tratándose de los derechos de la personalidad.

En principio los postulados resultan válidos, sin embargo debemos tener en cuenta que la necesidad de que los derechos de la personalidad sean regulados en normas de carácter privado, consiste en hacer accesible al conocimiento del individuo la forma de como funcionan sus derechos de la personalidad y en esa medida evitar que la doctrina y los tribunales valoren y delimiten el sentido y alcance de los postulados contenidos en la norma fundamental, que si bien en carácter de planteamientos esenciales, por lo general sus postulados se configuran en planteamientos muy amplios que por lo tanto requieren del ordenamiento jurídico secundario para su debida reglamentación y sobre todo, como se ha dicho, para hacer accesible al individuo común el conocimiento de como funcionan sus derechos, esto es, los alcances y límites de sus facultades y obligaciones.

La anterior argumentación se aclara si recordamos, por ejemplo, que en nuestra norma fundamental se encuentran consagrados algunos derechos subjetivos como la propiedad y la posesión y los mismos se encuentran ampliamente reglamentados dentro de nuestro Código Civil, por lo tanto no hay razón válida para dejar de reglamentar a los derechos de la personalidad dentro del propio Código Civil.

En efecto, no existe fundamento válido para aceptar que los derechos de la personalidad se analicen como meras derivaciones del Derecho Constitucional y por el contrario, de las argumentaciones antes expuestas, podemos concluir que es necesario que el estudio de los derechos de la

personalidad se efectúe desde la óptica del derecho privado, resultando que su consagración en los ordenamientos civiles de carácter secundario en relación con la norma Constitucional, es fundamental para que el individuo conozca el sentido y alcance de sus derechos de la personalidad en tanto derechos subjetivos privados que imponen a la colectividad el deber jurídico de respetarlos en favor de su titular.

B) Los derechos de la personalidad en relación con la responsabilidad civil.

Al analizar la naturaleza jurídica del daño moral, concluimos que el objeto del mismo, esto es, el bien jurídico susceptible de ser dañado lo constituyen los derechos de la personalidad y en ese sentido podemos señalar que al ser lesionados dichos derechos se constituye una obligación a cargo del sujeto responsable del daño para proceder a su reparación

Sin abordar el problema de la reparación del daño moral, tema que trataremos posteriormente dentro del presente capítulo, mencionaremos que los derechos de la personalidad tienen íntima relación jurídica con la figura de la responsabilidad civil, que puede configurarse a cargo de quien lesiona dichos derechos en perjuicio de otro.

No obstante lo anterior y atento a lo expuesto dentro del inciso A) que antecede, debemos precisar la relevancia jurídica de los derechos de la personalidad en relación con la institución jurídica de la responsabilidad civil a efecto de aclarar que, en principio, debemos considerar que se tratan de verdaderos derechos subjetivos de carácter absoluto y en consecuencia configuran dentro del derecho privado el deber jurídico impuesto a todo individuo para que los respete en favor de su titular y, una vez aceptado el postulado anterior, señalar que la conducta que afecte a dichos derechos puede constituir una responsabilidad que imponga al responsable la necesidad de reparar el daño moral.

En la especie, una vez que ha sido descartado el estudio de los derechos de la personalidad como mero reflejo del derecho Constitucional, para que por el contrario se trate a dichos derechos bajo la óptica del derecho civil, y considerando que dentro de éste campo debe ser enfocado su estudio y consagración en los ordenamientos jurídicos tendiendo a hacer mas accesible al ciudadano el conocimiento de los mismos; afirmamos que su estudio y tutela en los ordenamientos jurídicos no solo debe limitarse a la búsqueda

de una indemnización cuando hayan sido violados los derechos de la personalidad.

En virtud de lo anterior consideramos que no basta otorgar una acción de responsabilidad civil para que la persona obtenga una indemnización en caso de que haya sufrido la afectación de sus derechos de la personalidad, sino que dichos derechos deben ser debidamente reglamentados dentro del ordenamiento civil para los efectos antes indicados, ya que la simple concesión de la acción señalada, no nos permite hablar en rigor jurídico de un verdadero reconocimiento de los derechos de la personalidad.

De lo anterior se sigue que el simple reconocimiento del daño moral y de la posibilidad de su reparación dentro del ordenamiento civil, no configura en sí el reconocimiento pleno y la tutela debida de los derechos de personalidad, antes bien solo podrían considerarse como valores humanos o intereses morales protegidos por la institución jurídica de la responsabilidad civil. Desgraciadamente y anticipándonos a lo que trataremos dentro del capítulo tercero, es de mencionarse que nuestro Código Civil se orienta por la postura que hemos criticado, o sea, reconoce el daño moral y previene la posibilidad de su reparación, sin considerar previamente la reglamentación de los derechos de la personalidad como verdaderos derechos subjetivos de la persona que pueden ser objeto de daño moral.

Concluiremos la problemática que nos ocupa señalando que la relevancia jurídica de los derechos de la personalidad en relación con la institución de la responsabilidad civil y en especial con el daño moral, debe ser enfocada por la doctrina y consagrada en el derecho positivo civil como la posibilidad de que el sujeto que sufre un detrimento en sus derechos de la personalidad obtenga una reparación del daño moral sufrido, pero que dicha posibilidad debe revestir necesariamente el carácter de tutela secundaria, pues en primer término debe ser tutelado dentro del ordenamiento civil el derecho subjetivo de que se trate imponiéndose a la colectividad la obligación de respetarlo en favor de su titular, en virtud del carácter de absolutidad con que cuentan los derechos de la personalidad.

2.3.3 Clasificación de los derechos de la personalidad

En los subtemas que anteceden nos hemos preocupado por determinar la naturaleza jurídica, objeto y características de los derechos de la personalidad sin señalar en concreto cuales son esos bienes jurídicos ni una clasificación de los

misimos. Lo anterior obedece al hecho de que de no haber analizado previamente los puntos antes señalados, resultaría sumamente riesgoso intentar abordar el tema de la clasificación de los derechos de la personalidad, pues se podría incurrir en fallas de apreciación como las que enseguida se enumeran:

-Considerar que los dolores físicos y morales son el objeto del daño moral, cuando en realidad éste lo constituyen los derechos de la personalidad

-Afirmar que el patrimonio moral de la persona se integra con bienes de carácter extrapatrimonial, cuando lo cierto es que dicho patrimonio se integra de bienes obviamente patrimoniales con las características señaladas para los derechos de la personalidad, pues éstos derechos son los que integran el patrimonio moral.

-Considerar que el objeto de los derechos de la personalidad lo integra la persona misma, olvidando que la persona es sujeto y nunca objeto del derecho.

-Considerar que el daño moral es la lesión a los "valores morales" de la persona, cuando en realidad el daño moral consiste en el detrimento de las proyecciones físicas o psíquicas de la personalidad, pues estas constituyen el verdadero objeto de los derechos de la personalidad.

-Pretender que la facultad para reclamar la reparación del daño moral, equivale al reconocimiento de los derechos de la personalidad, cuando no han sido consagrados previamente en el ordenamiento legal.

Las anteriores precisiones las hemos señalado con el objeto de tener en cuenta que abordar la sistematización y clasificación de los derechos de la personalidad antes de haber analizado su naturaleza jurídica, objeto y características, no nos habría permitido el estudio de los derechos de la personalidad y de su relación con el daño moral.

Conforme a lo anterior, considero que estamos en posibilidades de abordar la problemática de la sistematización y clasificación de los derechos de la personalidad, lo cual efectuaremos con el apoyo de las opiniones doctrinarias que han sido desarrolladas al respecto.

Me he referido a la problemática de la sistematización y clasificación de los derechos de la personalidad, pues el punto no constituye una simple cuestión de método, sino que

en realidad se refiere a la falta de unidad de criterio de la doctrina en cuanto a las características de cada bien jurídico para considerar que debe ser elevado a la categoría de derecho de la personalidad.

Respecto a lo anterior, el maestro Santos Briz tras de señalar que el objeto de los derechos de la personalidad lo constituyen atributos o cualidades físicas o morales del hombre, apunta lo siguiente:

Pero no todos esos atributos de la personalidad pueden elevarse a la categoría de derechos individualizados, sino que dentro de ellos hay que distinguir las facultades dimanantes de cada uno, cuestión sobre la que no hay acuerdo en la doctrina, observándose que la enumeración de esos derechos y de los aspectos de cada uno es diferente según los autores (51).

No obstante que el maestro Santos Briz se refiere al objeto de los derechos de la personalidad con el término "atributos" y que con anterioridad consideramos más apropiado hablar de "proyecciones", la exposición que efectúa del problema es muy atinada y nos refiere directamente a la determinación del contenido y extensión de las proyecciones físicas o psíquicas de la personalidad, para poder determinar cuales deben ser considerados por el ordenamiento legal como derechos de la personalidad.

Como ejemplo de la diversidad de criterios para lograr lo anterior, el maestro Santos Briz señala que entre los tratadistas españoles hay acuerdo para considerar dentro de la protección de la personalidad el derecho al nombre, a la inviolabilidad corporal, la libertad personal, el honor, la correspondencia y la imagen, y por el contrario, difiere del tratadista Bonet quien incluye bajo el título de "libertades privadas" derechos que a juicio de Santos Briz no deben considerarse como de la personalidad a efecto de no dar estos una desmesurada extensión, entre los que se incluyen: la facultad de contraer matrimonio, de hacer testamento e incluso el derecho al trabajo (52).

Así mismo, en cuanto a la problemática que nos ocupa el maestro Domínguez Martínez señala que el contenido de los derechos de la personalidad es tan amplio y versátil que difícilmente podría alguien señalar que la enumeración de dichos derechos sea vasta y completa y que, por el

51 J. SANTOS BRIZ: Op. Cit., p.162.

52 Cfr. *ibid.*, p.175.

contrario, varios por considerarse como derechos de la personalidad quedarían pendientes (53).

De conformidad con lo anterior, abordaremos algunos criterios clasificatorios de los derechos de la personalidad, con el objeto de obtener los lineamientos necesarios para poder determinar que bien jurídico debe ser considerado como derecho de la personalidad.

El jurista Roger Nerson considera que a la clasificación de los derechos de la personalidad no debe atribírsele una excesiva importancia pues su valor es relativo y la clasificación debe ser para efectos de una exposición. Conforme a ello centra su clasificación en dos postulados: que el hombre tiene un cuerpo y desea salvaguardar su integridad física y que el hombre desea en el plano afectivo y moral conocer la felicidad o al menos vivir en paz. Según los postulados antes mencionados, Nerson efectúa la siguiente enumeración: A) derechos a la integridad física y B) derecho a la vida afectiva y moral, que comprende 1. la idea del Yo o derecho al nombre, 2. la libertad, 3. el honor, 4. la intimidad, 5. los sentimientos de afecto y las convicciones religiosas o filosóficas (54).

Los postulados que orientan la clasificación propuesta por Roger Nerson, resultan del todo válidos y por su sencillez sumamente claros, pues determina sin complicaciones la seguridad de la dignidad humana y el libre desenvolvimiento de la personalidad, y atiende con precisión a la seguridad de las proyecciones físicas de la persona (el derecho a su integridad física), así como a la seguridad de sus proyecciones morales (resumida en el derecho a la vida afectiva y moral).

La exposición que nos ocupa nos ofrece un primer plano clasificatorio de los derechos de la personalidad que atiende con precisión a las características esenciales y al objeto de los derechos de la personalidad.

Otro criterio clasificatorio nos lo ofrece el maestro Domínguez y Martínez, quien centra su clasificación de los derechos de la personalidad en atención a su contenido y en relación con cuatro factores: la existencia del ser humano, su dignidad, su individualidad y la creación intelectual, formulando la siguiente clasificación:

a) Los derechos cuyo contenido incide directamente en la existencia del ser humano y en la pérdida de ésta, agrupando

53 Cfr. A. DOMÍNGUEZ Y MARTÍNEZ: Op. cit., p.269.

54 Cfr. E. GUTIERREZ Y GONZALEZ: El patrimonio. Op. cit., p.761.

entre ellos el derecho a la vida, el derecho a la integridad corporal y el derecho a la disposición del cuerpo y de sus partes en vida y para la muerte.

b) Dentro de los derechos cuyo contenido se refiere a la dignidad humana cita el derecho a la imagen, el derecho al secreto y el derecho a la correspondencia.

c) En cuanto a la preservación de la individualidad humana encuadra el derecho al nombre.

d) Para protección de la propiedad intelectual señala el derecho de autor de contenido no pecuniario (55).

No obstante que es digno de reconocer la formulación de un criterio clasificatorio de los derechos de la personalidad, la exposición que antecede nos parece poco afortunada, en razón de que consideramos que más que fundarse en lineamientos válidos de clasificación, se funda en un aparente contenido primordial de los derechos en cuestión, sin elaborar un criterio sistemático que atienda a la naturaleza, objeto y características de los derechos de la personalidad, resultando que la clasificación propuesta por el maestro Domínguez Martínez adquiere el carácter de simple enumeración de derechos.

El último criterio clasificatorio de los derechos de la personalidad que examinaremos será el propuesto por el maestro Gutiérrez y González, quien divide a los derechos de la personalidad en tres grupos: parte social pública, parte afectiva y parte físico-somática, integrando dentro de cada rubro una amplia gama de proyecciones, ya psíquicas o físicas de la personalidad, que por su claridad nos permitimos transcribir a continuación:

A) PARTE SOCIAL PUBLICA:

- a) Derecho al honor o reputación.
- b) Derecho al título profesional.
- c) Derecho al secreto o a la reserva -a) Epistolar, b) Domiciliario, c) Telefónico, d) Profesional, e) Imagen, f) Testamentario-
- d) Derecho al nombre.
- e) Derecho a la presencia estética.
- f) Derechos de convivencia.

B) PARTE AFECTIVA:

- a) Derechos de afección -a) Familiares, b) De amistad.

C) PARTE FISICO SOMATICA:

- a) Derecho a la vida.
- b) Derecho a la libertad.
- c) Derecho a la integridad física.
- d) Derechos relacionados con el cuerpo humano -a') Disposición total del cuerpo, b') Disposición de partes del cuerpo, c') Disposición de accesiones del cuerpo-
- e) Derechos sobre el cadáver -a') El cadáver en sí, b') Partes separadas del cadáver-

En cuanto a los lineamientos seguidos para efectuar la clasificación que antecede, el maestro Gutiérrez y González señala lo siguiente:

1. *Atendí a que las proyecciones psíquicas o físicas que se tutelan por el ordenamiento jurídico se vean afectadas en mayor o menor grado por la política y la moral, y por las ciencias físicas y naturales,*
2. *simultáneamente al anterior criterio, uní el de la mayor o menor repercusión social que puede tener la violación o ataque de que se haga objeto a estos derechos (56).*

Conforme a lo anterior, es de observarse que Gutiérrez y González agrupa dentro de la parte social pública derechos que considera son afectados en forma mínima por el avance de las ciencias físicas y naturales y por el contrario la política y la moral repercuten fuertemente para que esas proyecciones sean tomadas en cuenta por el ordenamiento jurídico y ser tutelados como derechos de la personalidad. Así mismo, por su gran divulgación o publicidad al impacto social que pueden originar para su titular al ser dañados.

Por lo que hace a los derechos agrupados en la parte afectiva, considera que tanto la afección que sufren por la política y la moral, así como por el avance de las ciencias exactas es de término medio, y un atentado contra dichos derechos tiene un menor grado de divulgación que los comprendidos en el primer grupo.

En cuanto a los derechos contenidos en la parte físico somática, señala el maestro que a estos les afecta fuertemente el avance de las ciencias naturales y físicas y que si bien dicho avance provoca una conmoción social que afecta también a la moral y a la política, la afectación de las proyecciones físico somáticas se origina mas bien por el avance de las ciencias físicas y naturales, y ese factor

origina que sean consideradas para ser tuteladas como derechos de la personalidad (57).

De la breve exposición del sistema clasificatorio de los derechos de la personalidad efectuada por el maestro Gutiérrez y González, nos permitimos los siguientes comentarios:

Según señalamos al inicio del presente subtema, la problemática para determinar cuales proyecciones físicas o psíquicas de la personalidad merecen ser consideradas por el ordenamiento jurídico para ser elevadas a la categoría de verdaderos derechos subjetivos, provoca división en los criterios doctrinarios para poder formular una clasificación que sea generalmente aceptada, sin perjuicio de lo cual considero válidos los criterios clasificatorios que sostienen la sistematización efectuada por el maestro Gutiérrez y González toda vez que atiende, en su orden, a la relevancia jurídica de los derechos de la personalidad que apuntamos anteriormente.

En efecto, en primer término el maestro Gutiérrez y González previene la necesidad de que determinadas proyecciones físicas o psíquicas de la personalidad sean consideradas por el ordenamiento jurídico como verdaderos derechos subjetivos y los factores que toma en cuenta para ello nos permiten darnos cuenta que atiende a la necesidad de que el Derecho efectivamente regule la actividad del hombre atendiendo a la dinámica social, esto es, no elevar a la categoría de derechos de la personalidad cualquier tipo de proyección física o psíquica de la personalidad, sino únicamente aquellos que según la dinámica social sean necesarias tutelar jurídicamente para la efectiva salvaguarda de la dignidad humana así como para el desenvolvimiento armónico de la personalidad.

En ese mismo orden de ideas, es de considerar que como postulado clasificatorio, el maestro Gutiérrez y González también toma en cuenta la relevancia jurídica de los derechos de la personalidad en relación con la institución de la responsabilidad civil y en especial con el daño moral, al considerar para efectuar su clasificación el grado de repercusión social que pueda tener el ataque de que se haga objeto a las proyecciones físicas o morales de la personalidad, una vez que estas ya han sido consideradas como derechos subjetivos .

Finalizaremos el presente apartado señalando que la categorización de los derechos de la personalidad se

encuentra en formación y lo que generalmente puede ser aceptado, es susceptible de evolucionar atendiendo a la naturaleza dinámica de la Ciencia del Derecho y a la evolución misma de las sociedades por supuesto, y que, según lo hemos ya comentado, los derechos de la personalidad deben ser regulados en el ordenamiento civil a efecto de que el individuo conozca sus fundamentos y extensión.

2.4 Clasificación del daño moral

Dentro del presente subtema efectuaremos una clasificación del daño moral, que se justifica en esta etapa de la investigación en razón de que ya hemos analizado al daño moral en tanto institución jurídica, sin ser óbice para que efectuemos una clasificación del mismo el hecho de que no hemos analizado el problema de su reparación ya que por el contrario, consideramos que para poder asimilar las diversas teorías en cuanto a la reparación del daño moral es necesario que contemos con la panorámica completa de dicha figura jurídica, panorama que pretendemos cerrar en el presente subtema.

De conformidad con lo anterior es de aclararse que el intento de clasificación del daño moral que a continuación expondremos, obedece a fines prácticos para una mayor y más completa panorámica de la figura que nos ocupa, por lo tanto los criterios clasificatorios que utilizaremos tendrán como finalidad permitirnos determinar la actualización del daño moral en relación con la figura jurídica en cuyo marco se desarrolla, esto es, en relación con la responsabilidad civil, y así mismo, en relación con el bien jurídico que es objeto del daño. Por lo expuesto, no debemos enfocar cada criterio clasificatorio en forma individual, sino que será en su conjunto como podremos obtener una panorámica general del sentido y alcance en que puede actualizarse un daño moral.

A) Según el hecho que lo origina

Conforme a las teorías subjetiva y objetiva por riesgo creado, un sujeto será responsable civilmente cuando hubiese originado un daño a otro en virtud de una conducta antijurídica y culpable, o bien, cuando el daño resultare del empleo de mecanismos o sustancias peligrosas aún cuando su actividad sea lícita, siempre que el hecho que provoque el daño, en cualquier caso, fuere el hecho determinante para que se suscitara el daño.

En ese orden de ideas y considerando que lo antes expuesto fue objeto de análisis dentro de nuestro primer capítulo, podemos señalar que el daño moral, según el hecho que lo origina se clasifica en:

- 1) Daño moral a causa de un hecho ilícito culpable.
- 2) Daño moral a causa del empleo de sustancias o mecanismos peligrosos, aún cuando la actividad desarrollada con éstos sea lícita.

A primera vista la clasificación se antoja simple, ya que no se requiere de un criterio jurídico muy agudo para determinar cuando un daño es a causa de un ilícito, que en esa virtud la ley considera que debe ser reparado en favor del afectado, o bien, cuando el daño es a causa del empleo de mecanismos o sustancias peligrosas que, aunque obrando lícitamente, la doctrina y la ley coinciden en que el creador del riesgo debe soportar las posibles consecuencias dañosas del empleo de los mismos.

No obstante lo anterior, antes de aceptar la clasificación que se propone, debemos atender a los elementos integrantes de la responsabilidad civil, tanto en relación con la teoría subjetiva como con la objetiva por riesgo creado, para considerar si en uno u otro caso el daño moral que pueda originarse debe ser considerado por el ordenamiento jurídico para imponer a su autor la obligación de repararlo y, en consecuencia, considerarlo en ambos casos como daño reparable, en concreto, se trata de definir si el daño moral, para generar la obligación de repararlo, debe originarse solo a causa de un hecho antijurídico y culpable, o bien, aceptar que puede generarse la responsabilidad civil a cargo del autor del daño cuando éste hubiese actuado lícitamente y el daño moral se produjo por el empleo de mecanismos o sustancias peligrosas.

Para iniciar el desarrollo de la cuestión que nos ocupa, debo señalar que en un principio estaba convencido de que el único hecho o fuente que podía originar un daño moral que responsabilizara a su autor para repararlo, lo constituía el hecho ilícito, considerando inaplicable al caso concreto la teoría objetiva de la responsabilidad civil, y sin pretender disminuir mi error de apreciación es de señalarse que dicha postura original la consideré acertada de conformidad con los lineamientos que varios ordenamientos legales postulan al respecto.

En efecto, la mayoría de las legislaciones extranjeras, prevén con mayor o menor amplitud la posibilidad de reparar el daño moral, pero el común denominador que en ellos impera es el hecho de que lo regulan como una obligación que nace

de los hechos ilícitos. La enumeración exhaustiva y ejemplificativa de lo anterior rebasa los límites del presente trabajo, sin embargo, al respecto es de consultarse la magnífica sistematización y análisis efectuado por el maestro Jaime Santos Briz en su obra Derecho de Daños, bajo el apartado denominado: Los daños no patrimoniales en las legislaciones extranjeras (58).

Así mismo, la gran mayoría de los ordenamientos civiles para los diferentes Estados de la República Mexicana, contemplan la reparación del daño moral de forma muy deficiente y siempre como una obligación que nace de los ilícitos. Inclusive, nuestro Código Civil a pesar de que previene la posibilidad de exigir la reparación del daño moral producido por responsabilidad objetiva, existe, según veremos en el siguiente capítulo, una grave contradicción en los artículos aplicables que hace prácticamente nugatoria la posibilidad antes señalada.

Conforme al marco legislativo antes señalado, resulta fácil considerar a priori, que el hecho ilícito es la única fuente que puede originar un daño moral que la ley determine su reparación a cargo del causante del daño.

Expuesto lo anterior, a continuación argumentaré el criterio en virtud del cual considero que la actividad lícita que origine un daño moral por el empleo de mecanismos o sustancias peligrosas, también debe ser considerado como fuente del daño moral reparable para efectos de hacer responsable civilmente a su autor, y de esa forma legitimar la clasificación del daño moral según el hecho que lo origina, antes propuesta:

a) El daño moral, según se desprende del análisis que hemos efectuado, es por su propia naturaleza un daño de carácter autónomo a cualquier otro daño que sea susceptible de ser apreciado en dinero, por lo que no puede estimarse que sea necesaria la presencia de este último tipo de daños para que con el uso de instrumentos o sustancias peligrosas pueda provocarse un daño moral.

b) El hecho de que no todos los bienes que pueden ser objeto de un daño moral, puedan ser lesionados con el empleo de mecanismos o sustancias peligrosas, no es causa bastante para desechar a esta fuente de la responsabilidad civil como fuente del daño moral.

c) Contrario a lo que la gran mayoría de las legislaciones sostiene, el daño moral no tiene como única

fuente el hecho ilícito culpable del sujeto que lo ocasiona, sino que la actividad lícita que causa un daño moral por el empleo de mecanismos o sustancias peligrosas, también es un hecho que puede originar un daño moral y en consecuencia debe ser estimado por los ordenamientos civiles.

Los anteriores argumentos se fundan en un principio de justicia y equidad, toda vez que a pesar de que no interviene el elemento subjetivo culpa por parte del autor del daño, de conformidad con la teoría de la responsabilidad objetiva, consideramos que el causante del daño al crear el riesgo debe soportar las consecuencias dañosas que se lleguen a producir, inclusive el daño moral.

B) Según el ámbito contractual o extracontractual en que tiene lugar

Recordemos que dentro del primer capítulo del presente trabajo, nos produjimos en contra de la teoría de la dualidad de culpas, en que se sustenta la división teórica y positiva de la responsabilidad civil en contractual y extracontractual y que nefastamente origina que la responsabilidad civil se estudie y reglamente dentro de nuestro Código Civil en dos apartados: como obligaciones que nacen de los ilícitos y como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales.

En efecto, considerando que la responsabilidad civil no tiene orígenes contractuales o extracontractuales, sino que esa división es más aparente que de fondo, en razón de que el hecho ilícito que da lugar a ella sea un hecho culpable y antijurídico de normas particulares, o bien, sea un hecho culpable y antijurídico de normas generales y que por lo tanto no es válido hablar de dos tipos diferentes de culpas, sino más bien de dos tipos de conductas culposas según el grado de antijuricidad que revistan, es por lo que hemos señalado que la responsabilidad puede desarrollarse en dos ámbitos: contractual o extracontractual y en ese sentido podemos clasificar al daño moral según el ámbito contractual o extracontractual en que tiene lugar, y más específicamente podemos concretar nuestra clasificación de la siguiente forma:

- 1) Daño moral por conducta culposa que viola normas de carácter particular.
- 2) Daño moral por conducta culposa que violó las normas de carácter general.

En principio señalemos que no se discute la existencia y el carácter primordial que dentro de las relaciones

jurídicas se atribuye a los daños susceptibles de ser valorados pecuniariamente, ya sea que éstos tengan lugar en el ámbito contractual o extracontractual, sin embargo el examen de la aplicación de lo anterior resulta imperioso en materia de daño moral.

Hemos visto como la mayoría de las legislaciones acepta la posibilidad de reparación del daño moral producido por un hecho ilícito dentro de la figura de la culpa Aquiliana. Conforme a lo anterior enfoquemos el análisis de la clasificación que nos ocupa para determinar su validez en cuanto a la posibilidad de que el daño moral tenga lugar en el ámbito contractual de la responsabilidad civil, esto es, determinar si es posible que el daño moral se cause por una conducta antijurídica culposa que viola normas de carácter particular.

Un primer punto de partida nos lo ofrece el maestro Santos Briz, quien tras señalar que la doctrina se ha mostrado reacia en aceptar la posibilidad de los daños no patrimoniales derivados de la infracción de un contrato, opina lo siguiente:

Sin embargo estimamos mas acertada la posición contraria que entiende que admitido el daño moral como susceptible de indemnización en el campo extracontractual, no se ve razón por la que haya de ser excluido del campo de las obligaciones contractuales (59).

De conformidad con el maestro Santos Briz, no vemos razón jurídica para admitir la exclusión de la posibilidad de que el daño moral tenga lugar en el ámbito contractual, y al efecto me permito profundizar con los siguientes razonamientos:

a) debemos distinguir el objeto del contrato de que se trate, con el bien jurídico que puede ser objeto del daño moral, en caso de que se incumpla con las obligaciones contenidas en el contrato en cuestión, ya que independientemente del objeto de la obligación contractual, el incumplimiento de la misma puede causar un detrimento en los bienes que integran el patrimonio moral de uno de los contratantes.

b) A mayor abundamiento de lo señalado en el inciso que antecede, recordemos que la conducta culposa que viola una

norma de carácter particular, no constituye el objeto del contrato, pues los contratos no se crean para incumplirlos, razón por la cual, la obligación de reparar el daño moral que tenga lugar en el ámbito contractual, surge del previo incumplimiento a una obligación contractual, independientemente del objeto mismo del contrato.

c) Así mismo es de considerarse que, al igual que el daño económico objetivo, existe la posibilidad de regular por acuerdo de las partes la extensión de la responsabilidad civil por daño moral, ya que en el supuesto de que las partes convengan inclusive en liberarse por completo de la responsabilidad de reparar el daño moral que pudiera originarse por el incumplimiento del contrato en cuestión, no implica el desconocimiento de los derechos de la personalidad (que por su naturaleza no pueden ser en sí materia de convenio), sino que según lo señalado en los incisos que anteceden, la cláusula que libere a las partes de la reparación del daño moral surtirá efectos solo entre los contratantes y en relación con un vínculo jurídico previamente determinado.

d) Por último, aceptando la posibilidad de que las partes puedan regular la responsabilidad civil por daño moral derivado del incumplimiento del contrato, no existe fundamento jurídico alguno para considerar que, en caso de omisión, el ordenamiento jurídico prevea la posibilidad de que dicho daño sea reparado en favor de quien lo sufre, responsabilizándose en este caso a aquel que incumplió con el contrato, en razón de que dicho incumplimiento fuere la causa directa del daño moral.

C) Según el bien jurídico lesionado

La clasificación que nos ocupa pretende distinguir con precisión el bien jurídico que se lesiona en caso de daño moral, atendiendo a la clasificación de los derechos de la personalidad.

Recordemos que siguiendo al maestro Gutiérrez y González, uno de los factores a tomarse en cuenta para la clasificación de los derechos de la personalidad es el grado de publicidad o repercusión social que la transgresión de los mismos significa en perjuicio del afectado, por lo que el daño moral puede ser clasificado atendiendo precisamente al grado de publicidad o repercusión social, que la lesión a los bienes jurídicos que son objeto del daño moral impliquen en la persona del afectado, de la siguiente manera:

- a) Daños a la parte social pública
- b) Daños a la parte afectiva
- c) Daños a la parte físico somática.

Del examen de las diferentes proyecciones psíquicas o físicas que son objeto de los derechos de la personalidad, es de considerarse que el criterio clasificatorio del daño a dichos derechos, según la publicidad o repercusión social que impliquen en la persona de la víctima, atiende directamente a formar un criterio para determinar la indemnización de dichos daños y no a una caprichosa clasificación de ellos.

En efecto, el grado de publicidad o repercusión social que represente en la persona de la víctima el detrimento en sus derechos de la personalidad, resultará ser un elemento para formar criterio en cuanto a la forma y extensión de la reparación del daño.

Respecto a lo anterior no consideramos que necesariamente el daño con más publicidad o repercusión social, en el caso concreto, deba ser mayormente reparado que aquel que no implique esas características o las implique en forma limitada, sino que únicamente resulta válido considerar esa mayor o menor publicidad y repercusión social para dar el tratamiento debido a la reparación del daño moral en el caso concreto.

D) Atendiendo a la posibilidad de que el daño moral origine indirectamente un daño pecuniario

Esta clasificación que en principio puede antojarse contradictoria, se justifica en razón de que existe la posibilidad en mayor o menor grado, según el bien jurídico lesionado, que el daño moral causado a una persona tenga consecuencias directamente dañosas de carácter pecuniario, o bien implique únicamente manifestaciones como un profundo dolor interno, sin que se cause un daño de carácter económico-objetivo a la víctima. Al respecto el maestro Adriano De Cupis, señala lo siguiente:

El hecho que lesiona al interés relativo a un bien no patrimonial, puede lesionar también un interés patrimonial -y, así, producir un daño patrimonial indirecto- en cuanto al mismo bien no patrimonial tenga un reflejo patrimonial, debido a su aptitud para alcanzar otro bien de naturaleza patrimonial.

El daño patrimonial indirecto es una consecuencia posible pero no necesaria del hecho lesivo del interés no

patrimonial. En verdad el coligamento entre bien no patrimonial y bien patrimonial es variado y frecuente, tendiendo en la vida moderna a aumentar esta variedad y frecuencia, pero ello no equivale a afirmar que pueda considerarse constante (60).

Valga lo extenso de la cita por la precisión que implica para efectuar la clasificación del daño moral que ahora nos ocupa, para lo cual seguiremos dos lineamientos básicos: el primero consiste en tomar en cuenta la aptitud del bien objeto del daño moral para que de él se obtengan bienes de carácter patrimonial (esto es de carácter pecuniario) y el otro lineamiento consiste en tomar en cuenta que la concurrencia de lo que De Cupis llama "Daño patrimonial indirecto", es una consecuencia posible, pero no necesaria del daño moral.

Siguiendo a De Cupis y para efectuar una denominación más precisa de la clasificación que ahora nos ocupa, podemos enfocarla en los siguientes términos:

- a) Daño moral puro.
- b) Daño moral que genera un daño pecuniario indirecto.

La clasificación así enunciada, es el producto de una mayor profundidad del daño moral en el estudio doctrinario, ya que como veremos al analizar la reparación de daño moral, llegó a sostenerse en un principio que éste no podía ser reparado, para después considerar que sólo podía ser reparado cuando existiera también daño pecuniario, ambos enfoques erróneos que dieron lugar a la doctrina que acepta la independencia del daño moral, en relación con cualquier tipo de daño pecuniario. Sin perjuicio de que profundizaremos en lo anterior dentro del siguiente subtema, debemos precisar desde ahora que el daño moral puede o no originar un daño patrimonial indirecto, sin que ello implique ningún tipo de dependencia del daño moral con el daño económico-objetivo, sino que, según las doctrinas de vanguardia, ha sido posible considerar que el daño moral puede producirse sin que exista ningún menoscabo en el patrimonio económico de la persona (Daño moral puro), o bien, considerar que la lesión a determinados derechos de la personalidad, por las cualidades de éstos para generar bienes de naturaleza económica, pueden dar lugar a un daño patrimonial indirecto.

Según los lineamientos y el enfoque de la clasificación del daño moral atendiendo a la posibilidad de que éste

origine indirectamente un daño pecuniario, resulta necesario determinar cuales bienes que pueden ser objeto del daño moral, por las cualidades de los mismos, puede generar bienes de carácter patrimonial y que al ser dañados, además del daño moral, generan un daño pecuniario indirecto.

Al respecto, el maestro Gutiérrez y González, tras efectuar su división tripartita de los derechos de la personalidad, sostiene que el patrimonio moral de las personas se integra de esas mismas tres partes, por lo que en consecuencia el daño moral se clasificará según afecte a cualquiera de ellas, de la siguiente manera:

a) Los daños que afectan a la parte social pública del patrimonio moral, que por lo general se ligan a un daño pecuniario.

b) Daños que lesionan a la parte afectiva del patrimonio moral, lastimando a una persona en sus sentimientos familiares o de amistad y son los más difíciles de reparar.

c) Daños que lesionan a la parte físico-somática del patrimonio moral, que en ciertos casos producen sufrimientos, cicatrices y heridas que perjudican la presencia física de la víctima ante la sociedad (61).

Si recordamos la clasificación del daño moral que antecede, notaremos gran coincidencia en la mayor o menor publicidad o repercusión social del daño moral en la persona del afectado, con la posibilidad de que el daño moral pueda generar un daño pecuniario indirecto.

En efecto, es de notarse cómo aquellos bienes que el maestro Gutiérrez y González clasifica dentro de la parte social pública del patrimonio moral, convergen en la posibilidad de que al ser dañados impongan una mayor repercusión social en la persona del afectado así, como la generación de un daño pecuniario indirecto.

No obstante que la clasificación y sistematización de los derechos de la personalidad propuesta por Gutiérrez y González en su momento la consideramos muy adecuada, en el caso de la división tripartita del patrimonio moral de las personas no estamos del todo de acuerdo, en razón de que consideramos más oportuna la división del patrimonio moral en objetivo y subjetivo, por resultar más concreta para la clasificación que nos ocupa del daño moral.

61 Cfr. E. GUTIERREZ Y GONZALEZ: Derecho de las Obligaciones; Op. cit., pp. 645-646.

Respecto de lo anterior, el maestro Salvador Ochoa señala que se ha establecido que el patrimonio moral se compone de patrimonio moral objetivo o social y patrimonio moral afectivo o subjetivo. El primero comprende bienes que se relacionan directamente con el sujeto y el medio en que se desenvuelve socialmente, donde se exterioriza su voluntad. El segundo lo integran bienes que se refieren directamente a la persona en su intimidad (62).

Advertimos que ésta división del patrimonio moral resulta más concreta y atiende directamente a la mayor o menor repercusión social que el daño moral puede significar en la persona de la víctima. Ahora bien, por lo que respecta a la mayor o menor posibilidad de que el daño moral origine un daño pecuniario indirecto, o bien, éste se configure como un daño moral puro, el maestro Borja Soriano señala lo siguiente:

Existen dos tipos de patrimonios morales: El social y el afectivo, el social siempre trae aparejado un perjuicio pecuniario, en tanto que el afectivo está limpio de toda mezcla. El dolor, la pena, son los únicos perjuicios causados, pecuniariamente la víctima no sufre ningún daño (63).

Con la salvedad apuntada por De Cupis en el sentido de que el daño pecuniario es una consecuencia posible pero no necesaria del daño moral, consideramos que siguiendo a Borja Soriano, así como de la argumentación que antecede, podemos concluir que el daño moral puro se configurará cuando el objeto del daño lo integren bienes comprendidos dentro de la parte afectiva del patrimonio moral, o sea, aquellos que se refieren directamente a la persona en su intimidad y que sólo comprendan manifestaciones internas del daño como el dolor o la pena. Por otro lado, el daño moral podrá generar un daño pecuniario indirecto cuando se afecten bienes que integran la parte social u objetiva del patrimonio moral, toda vez que estos, por resultar bienes que se relacionan directamente con el medio en que se desenvuelve socialmente la persona exteriorizando su personalidad, configuran la posibilidad de que con ellos se pueda obtener un bien de carácter pecuniario y en esa virtud existe la posibilidad de que al ser dañados, el daño moral origine así mismo un daño pecuniario indirecto.

62 Cfr. S. OCHOA OLVERA: Op. cit., p. 39.

63 M. BORJA SORIANO: Op. cit., p. 428.

2.5 La reparación del daño moral

Dentro de los subtemas que anteceden hemos conformado un panorama amplio del daño moral, con lo cual estamos ahora en posibilidades de referirnos a la reparación del mismo, tema que resulta sumamente importante si tomamos en cuenta que el daño, es el requisito sin el cual no puede configurarse responsabilidad civil alguna y que dentro del plano jurídico el daño reparable es el que tiene relevancia para la figura de la responsabilidad civil. En ese orden de ideas abordaremos ahora el análisis de las tesis relacionadas con la reparación del daño moral así como a las formas de reparación del mismo atendiendo a su naturaleza.

2.5.1 Tesis en cuanto a la reparación del daño moral

Para entrar al comentario de las tesis relativas a la reparación del daño moral, es necesario que centremos la problemática sobre dos lineamientos fundamentales: definir si es posible reparar el daño moral y, en caso afirmativo, determinar la forma en que debe ser reparado. Según los Mazeaud la problemática que nos ocupa atiende a un fin de orden teórico que se extrae del propio fin de la responsabilidad civil, o sea la reparación del daño, y a un fin de orden práctico que resulta de la problemática para fijar la cuantía de la indemnización (64).

Por su parte, De Cupis centra la problemática de la reparación del daño moral atendiendo precisamente a la naturaleza de los bienes lesionados, y al efecto señala:

Lo que constituye la personalidad (integridad física, honor) precisamente por su intimidad, por la misma razón de personalidad, queda al margen de la aplicación que se hace a los objetos del mundo exterior, destinados a proporcionar al hombre beneficios estimables, susceptibles de definirse y medirse y, por lo tanto, siempre deslizándose en un plano cuantitativo; mientras que aquello que es propio, intrínseco de la persona, se sitúa en un orden superior de valores que, por su exelsitud, repugna ser reducidos en un número para obtener su medida (65).

Así centrada la problemática, abordemos en principio la tesis que niega la posibilidad de reparar el daño moral la

64 Cfr. H. y L. MAZEAUD: Op. cit., pp.69-70.

65 A. DE CUPIS: Op. cit., pp.364-365.

cual se funda en los postulados de que reparar equivale a "borrar" el daño y que el daño moral es imposible de ser borrado aún en el caso de que se otorgue una indemnización en dinero, "pues al tratarse de un daño de naturaleza no pecuniaria, una indemnización de tipo pecuniario no repara el patrimonio moral en la parte que se ve afectada" (66).

Atendiendo a la problemática de orden teórico enunciada por los Mazeaud (en cuanto al fin de la responsabilidad civil), es de observarse que la tesis enunciada se funda en una apreciación errónea de dicha finalidad y es acertadamente criticada por los propios Mazeaud, quienes consideran que el fin de la responsabilidad civil, al pretender la reparación del daño moral, no es el de borrar ese daño, sino colocar a la víctima en condiciones de procurarse un equivalente, y así mismo, en cuanto a la indemnización en dinero, señalan que con ella la víctima puede obtener una satisfacción de orden moral, pudiéndose en consecuencia admitir que sí existe una reparación del daño moral en el sentido antes señalado (67).

Según lo anterior, consideramos que una postura tan radical como la de determinar que el daño moral no puede ser reparado, se funda efectivamente en apreciaciones erróneas de la finalidad de la responsabilidad civil, por lo que la objeción enunciada por los Mazeaud resulta válida para descartar tal postura, lo cual confirmaremos al analizar más adelante la naturaleza jurídica de la reparación del daño moral.

Superada una postura tan radical como la antes expuesta, la doctrina pretendió aceptar la reparación del daño moral "siempre y cuando dicho daño reporte a la vez un contragolpe pecuniario" (68).

Esta teoría pretende fundarse en que solo aquel daño moral que representa a la vez un daño pecuniario es susceptible de ser reparado cuantificándose exactamente el daño. Al respecto, recordemos que el daño moral puede clasificarse por tratarse de un daño moral puro, o bien, un daño moral que origine indirectamente un daño pecuniario.

Conforme a lo anterior la tesis que nos ocupa cobra aplicación únicamente en tratándose de los daños morales que originan un daño patrimonial indirecto y excluye, sin mayor fundamento la reparación del daño moral puro, con lo cual se

66 Cfr. E. GUTIERREZ Y GONZALEZ: Derecho de las Obligaciones; Op. cit., pp.646-647.

67 Cfr. H. y L. MAZEAUD: Op. cit., pp.69-70.

68 Cfr. E. GUTIERREZ Y GONZALEZ: Derecho de las Obligaciones; Op. cit., p.648.

desconoce la independencia del daño moral para que éste exista y pueda ser reparado sin que medie algún daño pecuniario de tipo económico-objetivo, por lo que resulta imperfecta la tesis en comento pues no es posible considerar sin mayor análisis, que el daño moral que no represente también un daño pecuniario indirecto no deberá ser reparado, ya que, siguiendo a los Mazeaud, reparar moralmente no es borrar el daño sino que es colocar a la víctima en condiciones de procurarse un equivalente.

Por último, existe la tesis doctrinaria que sostiene que "sí es posible reparar el daño moral, ya en naturaleza o bien en equivalente mediante una suma de dinero" (69).

La tesis enunciada es el resultado del análisis profundo de la naturaleza jurídica del daño moral, así como de sus formas de reparación, misma que será asimilada en toda su amplitud con el análisis del siguiente subtema.

2.5.2 Naturaleza jurídica y formas de reparación del daño moral

Anteriormente centramos la problemática de la reparación del daño moral en dos aspectos, determinar si era posible la reparación del daño moral y, en su caso, determinar la forma en que debería ser reparado.

Tras analizar y objetar la doctrina que niega su reparación y la que la acepta solo en el caso de que también se hubiesen causado daños pecuniarios, enunciamos la tesis que acepta plenamente la reparación del daño moral ya sea en naturaleza o bien mediante una indemnización en dinero. De lo anterior surgen dos interrogantes: ¿sobre qué fundamento se afirma que el daño moral es reparable? y ¿es posible su reparación en naturaleza y en su defecto en equivalente?. A continuación profundizaremos en las interrogantes planteadas mismas que, como se observa, apuntan respectivamente a la naturaleza jurídica y formas de reparación del daño moral

Abordemos en primer término la naturaleza jurídica de la reparación del daño moral, con el propósito de argumentar lo relativo a la posibilidad de su reparación.

Recordemos que para efectos de la responsabilidad civil reparar el daño no debe confundirse con la noción de "borrarlo", lo que es aplicable especialmente al caso del

daño moral, por la naturaleza propia de los bienes que son objeto de éste, por lo que atendiendo al fin de la responsabilidad civil, reparar el daño moral debe comprenderse como la obligación de colocar a la víctima en condiciones de procurarse un equivalente.

Superada la problemática teórica en cuanto al fin mismo de la reparación, debemos tomar en cuenta la problemática práctica para calcular la cuantía del daño. En ese sentido De Cupis, tras señalar que la inestimabilidad pecuniaria ha sido la razón que con mas fuerza obstaculiza la tutela de los bienes no patrimoniales, señala lo siguiente:

Consistiendo el resarcimiento en atribuir al perjudicado una cantidad de dinero con arreglo a la medida pecuniaria del interés afectado, no se explica como puede determinarse la suma cuando el interés no se puede expresar en dinero, por lo que parece irrealizable todo resarcimiento (70).

Según el enfoque del problema propuesto por De Cupis, podría pensarse que en efecto la inestimabilidad pecuniaria de los bienes objeto del daño moral resulta insuperable para obtener su reparación, no obstante, el jurista italiano solo enfoca la situación desde el ángulo de los bienes susceptibles de valoración pecuniaria y considera que el daño moral solo es resarcible por equivalente, posturas que tan radicalmente no resuelven el problema de la naturaleza jurídica de la reparación del daño moral.

En efecto, atendiendo a que la reparación del daño moral, según la propia naturaleza de los bienes afectados, debe considerarse como la necesidad de colocar a la víctima en condiciones de procurarse un equivalente, la reparación compensatoria que previene De Cupis no cobra aplicación, y por el contrario, la naturaleza jurídica de la reparación del daño moral es satisfactoria, respecto de lo cual el maestro Fuego Laneri señala lo siguiente:

Descartamos que sea una indemnización compensatoria, del modo que lo entiende el derecho patrimonial, pues resulta de partida absurdo compensar, eso es, poner una medida igual o equivalente cuando el daño que ha de indemnizarse no es susceptible de medición exacta. En contraposición se trata de una indemnización satisfactiva, esto es que intenta "satisfacer" a la víctima (71).

70 A. DE CUPIS: Op. cit., p. 365.

71 F. FUEGO LANERI: Op. cit., p. 42.

De lo anterior podemos señalar que según los fines de la responsabilidad civil, así como de la propia naturaleza de los bienes objeto del daño moral, la reparación de éste tendrá una naturaleza satisfactiva, conviniendo aclarar que no debe confundirse con el carácter de pena privada ya que lo que se pretende, a pesar de no resultar posible la medición o cálculo exacto del daño, es reparar el daño en favor de la víctima y no de imponer una pena al ofensor:

En efecto, la diferencia fundamental que media entre daño y pena, a cuya luz hemos de resolver el problema, consiste en que con la pena se procura esencialmente inflingir un mal al reo y, por lo mismo, proyecta o refleja en su personalidad, en tanto que el daño -y su reparación- se dirigen exclusivamente al lesionado, en la necesidad de aliviarlo del mal que lo aflige (72).

Del análisis efectuado, además de concretar la naturaleza satisfactiva de la reparación del daño moral, se hace evidente que para su reparación es irrelevante que existan o no daños de carácter pecuniario ya sean indirectos o coexistentes, toda vez que la reparación del daño moral deberá ser enfocada precisamente a la satisfacción del daño moral provocado con la lesión de los bienes jurídicos afectados.

Con el fundamento que antecede es posible ahora referirnos a las formas de reparación del daño moral que a priori y siguiendo la tesis que admite la reparación de éste, hemos señalado que la reparación del daño moral puede efectuarse tanto en naturaleza como por equivalente mediante una suma de dinero.

En principio debe señalarse que la reparación del daño moral se efectúa atendiendo a la propia naturaleza del daño, esto es, que la satisfacción del daño se realiza sin que medien valores pecuniarios.

Por supuesto que volver las cosas al estado que guardaban antes del daño, en materia de daño moral, reviste un problema mayúsculo si tomamos en consideración que los bienes afectados por daño moral no son fungibles por su propia naturaleza y que incluso a pesar de que pudiera ser "restaurado" el daño, la reparación no sería total.

En relación con esto último, el maestro Gutiérrez y González ejemplifica la posibilidad de reparar en naturaleza el daño moral, al señalar que una persona que sufre daño

corporal en la cara (que le causa un daño a su presencia estética), no tiene por que ser indemnizada con dinero necesariamente y mucho menos si el responsable del daño fuere un cirujano estético (73).

El ejemplo parece claro y sin embargo continúa la dificultad antes apuntada, pues creo que si bien puede ser reparado el daño moral aparente con la intervención quirúrgica que restaure el rostro del dañado, no se le satisface en relación con otras manifestaciones no aparentes que sin duda también soportó y que fueron producto de la lesión a otros derechos de la personalidad.

De lo expuesto se concluye, que según el caso concreto y atendiendo por supuesto a los bienes jurídicos lesionados, deberá en principio procurarse la reparación del daño moral en naturaleza y cuando ello no sea posible se deberá satisfacer a la víctima en equivalente, mediante una indemnización en dinero.

Lo anterior nos da pauta para referirnos a la satisfacción del daño moral por equivalente y de antemano podrá pensarse ¿cómo se pueden reparar por equivalente los daños causados a bienes que por su propia naturaleza no son cuantificables ni estimables pecuniariamente?. Primero que nada recordemos que el fin de la reparación del daño moral, atendiendo precisamente a la naturaleza de los bienes afectados, no significa "borrar" el daño y que solo en caso de no ser posible su reparación en naturaleza, ésta se orientará a colocar a la víctima en condiciones de procurarse satisfactores equivalentes al daño sufrido, es precisamente esto último lo que amerita su examen:

Los bienes que pueden ser objeto del daño moral se sitúan en un orden jerárquico superior a aquellos que son susceptibles de valoración pecuniaria y se afirma que repugna la idea de que sean reducidos a un número para obtener su medida. En efecto, a la pregunta ¿cuanto vale la vida o el honor? no existe respuesta, sin embargo, enfocar así el problema resulta impropio, pues en definitiva se trata de bienes que no pueden ser reducidos a número para obtener su reparación.

En ese orden de ideas debemos precisar el sentido y alcance exacto que se le debe atribuir a la reparación por equivalente del daño moral, a efecto de no caer en falsas posturas moralistas ni en un materialismo mal entendido.

Desgraciadamente no existen peritos en valuación del daño moral, sin embargo la dificultad para valorar el daño moral no implica la inexistencia del daño, ni mucho menos la imposibilidad de repararlo en equivalente. En ese sentido, Fuego Laneri opina:

La dificultad de evaluar el perjuicio moral en la forma común y tradicional; que se aplica al caso de los perjuicios materiales, no borra, sin embargo, la realidad de ese tipo de perjuicio y en consecuencia no libera la obligación de repararlo (74).

En efecto, la imposibilidad de que en el caso concreto se pueda reparar en naturaleza el honor afectado de una persona por ejemplo, y de que, por su propia naturaleza, el daño causado a ese bien jurídico no sea valuable en la forma tradicional -a través de peritos- no libera la obligación de reparar el daño ya que por un principio de justicia y equidad, la víctima debe ser necesariamente satisfecha del daño sufrido.

Por lo anterior resulta necesario precisar el sentido de la indemnización del daño moral por equivalente, y para ello es necesario atender a la naturaleza satisfactiva de la reparación del daño moral. En ese orden de ideas el jurista italiano Scognamiglio analiza si es que al dinero se le puede dar una función satisfactoria, para poder hablar de una real reparación del daño moral, y al efecto señala:

Se trata en definitiva, de establecer si a la correspondencia en dinero se le puede atribuir otra finalidad, fuera de la meramente reparadora, y la respuesta ha de saberse sin mas afirmativa, donde quiera que se considere su función satisfactiva. El dinero, amen del medio para la reparación del daño, es un instrumento de satisfacciones materiales y morales y en tal sentido puede servir como adecuada compensación de los sufrimientos síquicos del lesionado (75).

Conforme a lo anterior, la reparación del daño moral por equivalente, atenderá a proporcionar a la víctima la posibilidad de procurarse satisfactores suficientes para que enriquezca su patrimonio moral en la medida en que lo vió afectado, por supuesto no se podrá comprar un "nuevo honor" por ejemplo, ni borrará el dolor experimentado, pero en cambio, con el uso o destino que le de a la indemnización

74 F. FUEGO LANERI: Op. cit., p. 59.

75 R. SCOGNAMIGLIO: Op. cit., p. 44.

recibida, estará efectivamente en condiciones de procurarse satisfactores materiales o espirituales que le reparen, de forma satisfactiva, el daño sufrido.

Por último es de citarse la opinión del maestro Rojina Villegas, quien al respecto sostiene que ante la imposibilidad de obtener un equivalente exacto en dinero, el derecho positivo habrá de dar normas que permitan alcanzar un equivalente para proporcionar a la víctima satisfacciones de tipo espiritual en relación con los valores morales afectados (76).

El acertado señalamiento del maestro Rojina Villegas, refiere directamente al problema de la determinación del monto de la indemnización, el cual, por cuestiones de método, consideramos más conveniente abordar dentro del último capítulo del presente trabajo, por tratarse directamente de un problema relativo a la actividad jurisdiccional, según veremos en su oportunidad.

CAPITULO III

LA REGLAMENTACION DEL DAÑO MORAL EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

De conformidad con el planteamiento para el desarrollo del presente trabajo y toda vez que en los capítulos que anteceden hemos estudiado a la responsabilidad civil y al daño moral en tanto institución jurídica desde el punto de vista doctrinario; dentro del presente capítulo abordaremos el análisis de la reglamentación del daño moral dentro del Distrito Federal, para lo cual partiremos de sus antecedentes legislativos a efecto de obtener un breve panorama histórico del punto en cuestión, con lo cual estaremos en aptitudes de referirnos a las trascendentales reformas de 1982 a nuestro Código Civil en materia de daño moral, ello con el propósito de efectuar una crítica seria y objetiva de dichas reformas. Por último, apuntaremos un proyecto de reformas a nuestro Código Civil vigente en materia de daño moral.

3.1 Análisis de la regulación del daño moral en los Códigos Civiles de 1870, 1884 y 1928 para el Distrito Federal

3.1.1 Los Códigos de 1870 y 1884

El análisis del Código Civil de 1870 para el Distrito Federal y Territorio de Baja California así como el respectivo de 1884, lo efectuamos en el mismo apartado en razón de que el segundo de los mencionados, nada aporta al derecho positivo en materia de daño moral en relación con el primero, limitándose a cambiar la numeración de los

artículos del Código de 1870 siguiendo a la letra sus preceptos en la materia que nos ocupa.

En principio es interesante destacar la definición de daño y perjuicio contenida en el Código de 1870 y al respecto el maestro Salvador Ochoa (1), acertadamente señala que la única cita que hacía era relativa al daño patrimonial:

"Art. 1580. Se entiende por daño la pérdida o menoscabo que el contratante haya sufrido en su patrimonio por falta de cumplimiento de una obligación" (2).

"Art. 1581. Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido por el cumplimiento de una obligación" (3).

Como se aprecia, el daño a que se refieren los preceptos legales transcritos son únicamente aquellas pérdidas patrimoniales susceptibles de valoración pecuniaria, y si bien con esos lineamientos podemos adelantar que la reglamentación del daño moral era practicante nula, el problema de concepto de estos dos artículos, no es solo la falta de previsión de que los daños también pueden ser causados al patrimonio moral de las personas, sino que la problemática radica en una absoluta falta de método y comprensión de la responsabilidad civil que afecta al Código hasta nuestros días.

En efecto, los preceptos que nos ocupan son prácticamente acogidos a la letra por nuestro Código Civil vigente en sus numerales 2108 y 2109 respectivamente, y como se puede apreciar desde 1870, a más de no concebirse ni reglamentar al daño moral sino únicamente al susceptible de valoración pecuniaria, se refiere como única hipótesis al daño proveniente por el incumplimiento de un contrato, siguiendo la errónea tesis de la dualidad de culpas de la responsabilidad civil, y en esa razón trata a la responsabilidad civil desde dos ópticas diferentes, sin considerarse en 1870 (ni a la fecha) que el hecho ilícito genera responsabilidad civil tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual, sin que se trate de dos culpas diferentes, sino de diferentes grados de antijuricidad del hecho ilícito.

1 Cfr. S. OCHOA OLVERA: Op. cit., p.24.

2 RODOLFO BATIZA: Las Fuentes del Código Civil de 1928; Porrúa, México, 1979, p.930.

3 Ibid., p.931.

Hecho el anterior señalamiento y según lo prevenimos, dentro del Código de 1870, así como en el de 1884, la regulación del daño moral era practicamente nula, pero cuando menos se empezó a vislumbrar el problema apuntándose un caso de daño moral dentro de su artículo 1587:

"Art. 1587. 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" (4).

No existía dentro de los Códigos en comento sistematización alguna, ni mucho menos definición del daño moral y solo en forma aislada dentro del precepto legal que antecede, vemos como el Legislador tomó en cuenta la posibilidad de que existiera un daño al patrimonio moral de las personas, especialmente a la proyección psíquica de los afectos, que aunque incipiente es el antecedente legal de la regulación del daño moral en nuestros días.

Del antecedente legal del daño moral que nos ocupa, podemos advertir que la posibilidad de que existiera un daño moral dependía de que existiera un daño económico-objetivo previo (la destrucción de un objeto) y se configuraría el daño moral siempre y cuando se probara que había existido dolo en la conducta del responsable, pues éste tendría que haber destruido la cosa con el objeto de lastimar la afección del dueño por ella, de otro modo al fijar el valor de la cosa no se atendería al precio estimativo o de afección del dueño por ella. Valga este breve comentario para concluir que, aunque de forma incipiente, ya se consideraba dentro del Código Civil de 1870 la posibilidad de que se actualizara un daño a los derechos de la personalidad.

3.1.2 El Código de 1928 antes de las reformas de 1982

No obstante que actualmente ya constituye un antecedente legislativo, resulta importante el análisis de la reglamentación del daño moral dentro de nuestro Código Civil de 1928 hasta antes de las reformas de que fue objeto al respecto en 1982. Es importante el análisis por los siguientes aspectos: para su época de entrada en vigor contenía grandes avances en cuanto al reconocimiento del

4 *Ibid.*

daño moral en relación con los ordenamientos que le antecedieron, constituyendo la base de estudio teórico y práctico dentro del Distrito Federal durante cincuenta años y por último, por sus diferencias de fondo en relación con la doctrina mas avanzada del daño moral, así como por la dinámica social de la actualmente ciudad mas grande del mundo, fue objeto de reformas en 1982, mismas que analizaremos y criticaremos más adelante.

La reglamentación del daño moral dentro de la etapa que nos ocupa, se encuentra contenida en los artículos 143, 1916 y 2116, de los cuales los dos últimos fueron objeto de reformas en el año de 1982 y que para los efectos del presente apartado serán analizados según el texto original propuesto por el Legislador de 1928.

a) El artículo 143 del Código Civil de 1928, vigente hasta nuestros días, a la letra dispone:

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

En la misma responsabilidad incurrirá el prometido que diere motivo grave para el rompimiento de los esponsales. También pagará el prometido que sin causa grave faltare a su compromiso, una indemnización a título de reparación moral, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras causas semejantes, el rompimiento de los esponsales cause un grave daño a la reputación del prometido inocente. La indemnización será prudentemente fijada en cada caso por el Juez, teniendo en cuenta los recursos del prometido y la gravedad del perjuicio causado al inocente".

Como se observa, si bien en el caso específico del detrimento en el patrimonio moral que puede sufrir uno de los prometidos por el rompimiento de los esponsales a que sin causa grave diere lugar el otro de ellos, en el precepto que nos ocupa el legislador de 1928, en adecuación a la naturaleza jurídica del daño moral, de los bienes afectados y de la naturaleza de la reparación, consideró los siguientes aspectos:

1.- Que el daño moral es independiente a cualquier daño de tipo económico-objetivo, o sea, reconoce la autonomía del daño moral frente a otro daño valuable pecuniariamente.

2.- Conforme a la naturaleza del bien jurídico tutelado (la reputación del prometido afectado), basta que sean lastimadas las proyecciones psíquicas de afección de la persona, para que haya lugar a una indemnización satisfactoria a título de reparación moral.

3.- Previene la obligación del Juez para fijar el monto de la indemnización en relación con el perjuicio moral causado.

b) El artículo 1916 del Código Civil de 1928, aplicable hasta antes de las reformas de 1982, a la letra disponía:

"Art. 1916 Independientemente de los daños y perjuicios, el Juez puede acordar en favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia si aquella muere, una indemnización equitativa a título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho. Esta indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el Art. 1928".

El precepto en comento, si bien habla ya de "reparación moral", contiene graves errores de fondo que hacen incompatible la pretendida reglamentación del daño moral en relación con la propia naturaleza del daño, con la de los bienes lesionados y con la de la reparación del mismo, resultando incluso contradictorio el texto del propio artículo, así como con las tesis ya sustentadas por el propio legislador de 1928 dentro del artículo 143 antes comentado.

Al respecto, el maestro Gutiérrez y González efectúa una crítica de fondo al precepto legal que nos ocupa, señalando al efecto cuatro puntos: 1o. Sujeta la reparación del daño moral a la existencia de un daño pecuniario, 2o. Deja en forma potestativa a la autoridad judicial la posibilidad de condenar al pago del daño moral, 3o. No admite la responsabilidad por daño moral en el caso de responsabilidad objetiva, 4o. Es absurdo que si el ilícito lo produce un funcionario conforme al artículo 1928, éste no sea reparable por el daño moral (5).

Las críticas del maestro resultan acertadas e incluso, algunas de ellas fueron contempladas dentro de las reformas de 1982 (desgraciadamente no con mucha fortuna), en razón de lo cual no consideramos oportuno continuar con la crítica de algo que ya fue modificado, reservádonos para la crítica del reformado artículo en comento que mas adelante efectuaremos.

5 Cfr. E. GUTIERREZ Y GONZALEZ: Derecho de las Obligaciones; Op. cit., p. 651.

No obstante, es conveniente concluir con un apunte del maestro Salvador Ochoa en relación directa con la limitación en cuanto al monto de la indemnización por daño moral que prevenía el reformado artículo 1916, al limitarla cuando mucho a una tercera parte del monto que importara la "responsabilidad civil", y al efecto señala:

Si no se puede decir que los derechos de la personalidad tienen un precio, mas erróneo es decir que la indemnización a título de reparación moral deberá tener un límite que no excederá de un porcentaje directamente relacionado con lo que se condene por daño patrimonial (6).

En la especie se observa que el Legislador de 1928 en la redacción del artículo 1916, se fundó en la tesis que solo acepta la reparación del daño moral cuando también existe daño material, haciéndose notoria la imperfección del sistema, ya que no consideró la indemnización del daño moral puro y por otro lado, siguiendo a Ochoa Olvera, no era concebible una reparación justa del daño moral cuando la misma ya se encontraba previamente tasada por la propia Ley.

c) En el caso del artículo 2116 aplicable hasta antes de la reforma de 1982, se reproduce a la letra el supuesto contenido dentro del artículo 1587 del Código de 1870, lo cual, al igual que en el caso del artículo 1916 antes comentado, resulta contrario a los planteamientos desarrollados dentro del artículo 143, toda vez que el Legislador de 1928 no obstante de haber consagrado en éste último artículo la autonomía del daño moral en relación con cualquier daño de tipo pecuniario, recoge la vieja fórmula propuesta por el Legislador de 1870 y sujeta la reparación del daño moral a la existencia de un daño pecuniario, pues en el artículo 2116 que nos ocupa se habla de un "aumento" al valor de la cosa destruida, presuponiéndose que se reclamó originalmente la reparación del daño pecuniario, sin facultarse la posibilidad de reclamar el daño moral puro, que pudo haber existido por la destrucción de una cosa que era estimada moralmente por su dueño.

3.2 Comentarios a las reformas de 1982 al Código Civil para el Distrito Federal en materia de daño moral

El desarrollo del presente subtema lo dividiremos en tres apartados con propósitos bien definidos. En el primero estudiaremos la exposición de motivos y el original proyecto de reformas del Ejecutivo, En el segundo analizaremos el proceso legislativo de dicho proyecto y una vez lo anterior, con fundamentos suficientes, podremos efectuar una crítica a la actual reglamentación del daño moral en nuestro Código civil.

3.2.1 Estudio de la exposición de motivos y del proyecto original de la iniciativa presidencial de reformas a los artículos 1916 y 2116 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal

Fechado el dos de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, el entonces Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, remite a la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión una iniciativa de reformas a nuestro Código Civil misma que, atenta al ideal de campaña "por la renovación moral de la sociedad", pretende llevar a cabo una renovación moral de la conciencia social del Distrito Federal en lo particular, a través de la reforma a la reglamentación de la figura del daño moral en nuestro Código Civil. Atentos a nuestro propósito de investigación jurídica, dentro del presente apartado pretenderemos un análisis objetivo de la reforma ajeno a toda exaltación o minimización de los hechos.

Dentro de la exposición de motivos de la iniciativa, son de analizarse los aspectos teóricos y prácticos en que se funda y dentro de los primeros destaca el hecho de que el Ejecutivo tomó en cuenta, que una adecuada regulación del daño moral contribuiría al respeto de los derechos de la personalidad, con lo que se lograría una convivencia pacífica entre los individuos del Distrito Federal, al señalarse a la letra lo siguiente:

El respeto a los derechos de la personalidad, garantizado mediante la responsabilidad civil establecida a cargo de quien los conculque, contribuirá a completar el marco que nuestras leyes establecen para lograr una convivencia en la que el respeto a las libertades no signifique la posibilidad de abusos que atenten contra las

legítimas afecciones y creencias de los individuos ni contra su honor o reputación (7).

Así mismo, el Ejecutivo consideró que precisamente los derechos de la personalidad son el objeto del daño moral y que estos deberían ser reconocidos y tutelados por el derecho positivo, otorgándose al individuo la facultad de exigir su reparación en caso de ser dañados:

La persona posee atributos inherentes a su condición que son cualidades o bienes de la personalidad y que el derecho positivo debe reconocer y tutelar adecuadamente mediante la concesión de un ámbito de poder y el deber general de respeto que se impone a los terceros, el cual, dentro del derecho civil, deberá traducirse en la concesión de un derecho subjetivo para obtener la reparación en caso de transgresión (8).

Por lo que hace al aspecto práctico, el Ejecutivo consideró dos puntos en especial relevantes: que la reparación del daño se lograría a base de una compensación pecuniaria libremente apreciada por el Juez y que la dependencia para indemnizar el daño moral siempre y cuando existiera daño material, así como el límite a la indemnización de solo una tercera parte del monto que representara el daño material, trazaba márgenes muy estrechos que por lo general impedían una reparación equitativa del daño moral (9).

De conformidad con las consideraciones teóricas y prácticas antes señaladas, el Ejecutivo remitió el proyecto de reformas que a continuación se transcribe:

**INICIATIVA DE REFORMAS A LOS ARTICULOS 1916 Y 2116
DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA
COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL**

ARTICULO UNICO. Se reforman los artículos 1916 y 2116 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en materia Federal, para quedar como sigue:

7 Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LII Legislatura: Proceso Legislativo de la Iniciativa Presidencial de Reformas a los Artículos 1916 y 2116 del Código Civil Para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal; Talleres Gráficos de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, México, 1983, p.7.

8 Ibid.

9 Cfr. *ibid.*, pp.7-8.

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

Cuando un acto u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante un pago compensatorio en dinero.

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

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

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor o reputación, el Juez ordenará, con cargo al demandado, 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.

ARTICULO 2116. Al fijar el valor y el deterioro de una cosa, no se atenderá al precio estimativo o de afección, a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con el objeto de lastimar al dueño; el aumento que por estas causas se haga se determinará conforme a lo dispuesto por el artículo 1916.

TRANSITORIO

ARTICULO UNICO. Este Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el diario oficial de la federación (10).

De la lectura del proyecto saltan a la vista deficiencias técnicas, así como deficiencias de fondo.

Por lo que hace a las deficiencias técnicas son de señalarse que dentro del artículo 1916 se denomina a la indemnización como "pago compensatorio", cuando la compensación es una figura jurídica inaplicable al caso que nos ocupa y además que como hemos señalado anteriormente la reparación del daño moral es satisfactoria por naturaleza; señala que la acción de reparación solo pasa a los herederos de la víctima si existe "litispendencia" cuando la litispendencia es una figura propia del derecho procesal, que de ningún modo comprende a la idea de permitirse la transmisión de la acción a los herederos de la víctima, solo en el caso de que ésta la hubiese intentado en vida; señala que para que el Juez determine el monto de la indemnización deberá tomar en cuenta, entre otros supuestos, la culpabilidad del "agente", cuando debería referirse al responsable o al causante del daño.

En cuanto a las deficiencias de fondo son de apreciarse que no se considera al Estado como posible sujeto responsable del daño; no consagra la existencia, previa al daño, de los derechos de la personalidad en tanto patrimonio moral de las personas; no se prevé la posibilidad de que el daño moral tenga como fuente a la responsabilidad objetiva; solo contempla la posibilidad de que el daño sea reparado en equivalente (con dinero); en el caso del artículo 2116 se sigue haciendo dependiente la indemnización del daño moral a la existencia de un daño pecuniario, pues se parte de la base de que se intente la acción de responsabilidad civil por la destrucción de la cosa pretendiendo la reparación del daño pecuniario sufrido.

Reservándonos para el análisis del proceso legislativo de la reforma que nos ocupa, así como para la crítica al actual marco jurídico del daño moral, concluiremos señalando que la iniciativa, por su sentido y alcance, sin duda resultó un acierto a pesar de las deficiencias ya apuntadas y es de resaltarse que no obstante hemos criticado que no consagra la existencia del patrimonio moral de las personas, si se vislumbra la intención en el proyecto original de reformas para considerar a los derechos de la personalidad previamente al daño de que puedan ser objeto, según se desprende de la lectura del primer párrafo del artículo 1916, intención que antes que desarrollarse fue de entrada extinguida durante el proceso legislativo de la iniciativa de reformas que nos ocupa, mismo que a continuación analizaremos.

3.2.2 Análisis del proceso legislativo de la iniciativa presidencial de reformas a los artículos 1916 y 2116 de Código Civil para el Distrito Federal

Con fecha 10 de diciembre de 1982, la Comisión de Justicia de la H. Cámara de Diputados tras analizar y discutir los fundamentos expuestos en la iniciativa del Ejecutivo, presentó a la Asamblea el dictamen respectivo, entre cuyos considerandos destaca el siguiente:

La Comisión de Justicia ha considerado conveniente mejorar la iniciativa en estudio, a efecto de evitar posibles interpretaciones incompatibles con su propósito moralizador, incorporando las menciones expresadas de que la obligación de reparar el daño moral existe aunque no se cause daño material, que puede presentarse en responsabilidad contractual y extracontractual, así como en la hipótesis de responsabilidad objetiva, y que pesa también sobre el Estado y sus funcionarios (11).

Bajo la tesis contenida en el considerando antes transcrito, la Comisión de Justicia presentó a la Asamblea un proyecto de decreto que corrigió algunas de las deficiencias técnicas y de fondo que contenía la iniciativa originalmente propuesta por el Ejecutivo. Para mejor apreciar lo antes señalado, nos permitimos transcribir a la letra el proyecto de la Comisión:

PROYECTO DE DECRETO

Que reforma los artículos 1916 y 2116 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal:

ARTICULO UNICO. Se reforman los artículos 1916 y 2116 del Código Civil en materia Común y para toda la República en materia federal, para quedar como sigue:

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

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con

11 Ibid., p.14.

independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus funcionarios conforme al artículo 1928, ambas disposiciones del presente Código.

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

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

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

ARTICULO 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 el 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.

TRANSITORIO

ARTICULO UNICO. Este Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación (12).

De la discusión en lo general del proyecto que antecede por parte de la Asamblea de la Cámara de Diputados, son de considerarse algunas opiniones brillantes por su contenido jurídico, efectuadas por algunos de los Diputados que hicieron uso de la palabra durante dicha discusión.

Conforme a lo anterior, citaremos a la letra y comentaremos tres opiniones vertidas por el Diputado Daniel Angel Sánchez Pérez del PSUM, quien votó en pro del proyecto:

La reparación del daño moral no puede ser punitiva, de ninguna manera, si buscamos que sea una actividad preventiva; nuestra legislación debe apuntar hacia la sanción resarcitoria ya que en ella puede aceptarse que si bien la reacción jurídica contra el daño no puede estar dirigida a borrar o eliminar en sentido literal el evento ocurrido, que era lo que discutíamos hace un momento con un compañero, se encamina a su reparación para crear una situación equivalente (13).

El Diputado Sánchez Pérez determina con claridad la naturaleza de la responsabilidad civil en relación con la reparación del daño moral, al excluir la concepción de pena y en su lugar, concretar que se trata de resarcir el daño a través de proporcionar a la víctima una situación equivalente al daño sufrido.

Cuando la indemnización se paga en dinero, su importe cubre el detrimento o menoscabo de los derechos vulnerados por la conducta antijurídica, y así la deuda de resarcimiento se convierte en deuda de moneda, por que el objeto de la obligación de dar no es el dinero, sino la utilidad o indemnización que con eso se logra, el dinero cumple la función de mero sustituto y de común denominador de los valores que ustedes en este sistema capitalista le dan. No hay por que espantarse (14).

Se advierte que el Diputado Sánchez Pérez concibe acertadamente la naturaleza jurídica de la reparación del daño moral en equivalente mediante una indemnización en dinero.

Tenemos que partir de que a los Jueces se les dé la verdadera autonomía para ejercer la función jurisdiccional, una independencia absoluta del Ejecutivo, y entonces, señores, podríamos decir que la valoración que el Juez pueda hacer, es precisamente con los elementos que se aporten acerca de la conducta antijurídica y de la situación patrimonial de aquel que ofende (15).

13 Ibid., p.31.

14 Ibid., p.32.

15 Ibid., p.33.

En el comentario que antecede coincidimos con la mención que hace el legislador Sánchez Pérez, en cuanto a la autonomía de que debe gozar el Juzgador para determinar el monto de la indemnización del daño moral, pues solo así podría pensarse en que la indemnización partiría de una base de justicia y equidad en relación con los elementos acreditados durante el proceso.

Dentro de las opiniones brillantes emitidas durante la discusión del proyecto de reformas, destaca así mismo una del Diputado Alvaro Uribe Salas del PRI, quien votó en pro del proyecto:

Pero lo mas significativo es reconocer que el patrimonio de las personas tiene un importantísimo ámbito moral, y los derechos de la personalidad, como ya se dijo anteriormente, son variados por que pasan a ser los derechos subjetivos, y los derechos de la personalidad comprenden el honor, la honra, los sentimientos, la afección al cadáver, a los sentimientos de familia, etcétera (16).

Es de manifestarse que esta breve opinión fue la única que se emitió con firmeza y de forma concreta durante la discusión del proyecto, en cuanto a la importancia de reconocer dentro del patrimonio de las personas el ámbito moral del mismo, o sea, los derechos de la personalidad. Sin embargo, según apuntamos con anterioridad, la posibilidad de que fuera reconocido el patrimonio moral de las personas que, se vislumbraba en el proyecto original propuesto por el Ejecutivo, fue de inicio suprimida, según se aprecia de la redacción del primer párrafo del artículo 1916 del proyecto elaborado por la Comisión de Justicia, en donde se opta por una definición aparentemente concreta pero poco afortunada del daño moral, creyendo que con ello se evitarían interpretaciones muy amplias del mismo, olvidando la necesidad de que primero se reconozcan positivamente los derechos que integran el patrimonio moral de las personas, para posteriormente tutelarlos cuando fueren dañados mediante la concesión de una acción para exigir su reparación.

Con respecto a lo anterior, notamos como el aspecto ideológico heterogéneo dentro de la Cámara de Diputados, influyó enormemente para que se prefiriera una definición aparentemente concreta del daño moral sin referirse previamente al reconocimiento del patrimonio moral, tal y como se desprende de las palabras del Diputado de izquierda

Daniel Angel Sánchez Pérez, al referirse a la forma en que se concebía al daño moral dentro de la iniciativa de reformas del Ejecutivo:

...un concepto de moral en abstracto que no se acepta ya no por el socialismo, no se acepta ni siquiera o no debe aceptarse ni siquiera por el famoso nacionalismo revolucionario que sostiene como tesis programática las gentes que están en el poder actualmente.

Esa concepción de la moral en abstracto que tenía esa iniciativa, era de tendencia fasistoide y nosotros desde el socialismo y creo que muchos de ustedes en el PAN se han manifestado en contra de ese tipo de teorías que nos lleven al fascismo (17).

Valga el anterior apunte no para criticar un sistema ideológico que no compartimos, sino como el señalamiento de un elemento que impidió la consagración de los derechos de la personalidad dentro de nuestro Código Civil, previamente a que se conceptualizara y regulara el daño que se puede llegar a infligir sobre ellos.

Tras el apunte y análisis que hemos efectuado en relación con diversas opiniones de los Diputados que intervinieron en el uso de la palabra dentro de la discusión en lo general del proyecto elaborado por la comisión de justicia, debemos señalar que desgraciadamente algún sector de la sociedad se inclinó a pensar que con las reformas propuestas por el Ejecutivo se pretendía "amordazar" a la opinión pública, creyéndose que con dichas reformas los ciudadanos se abstendrían de expresar libremente sus ideas por temor a ser demandados por daño moral.

En efecto, los medios informativos y en especial la prensa creyeron que las reformas al Código Civil en materia de daño moral solo significaban una maniobra del Ejecutivo para que los Funcionarios Públicos al sentirse agraviados moralmente por alguna publicación en relación con el ejercicio de sus funciones, contaran con el marco legal para demandar al responsable de la publicación y de esa forma coartar la libertad de expresión. Esta corriente tuvo eco dentro de la discusión en lo general del proyecto de reformas a través de la intervención del Diputado Gabriel Salgado Aguilar del PAN, quien votó en contra:

Consideramos pues la iniciativa de reformas a los artículos 1916 y 2116 del Código Civil que con esto se

pretende acordar o constituir una mordaza gravemente atentatoria a los derechos elementales e inalienables de la libertad de expresión y también que se pretende constituir una patente de corso para cualquier presunto servidor público o persona, para acallar cualquier medio de difusión con la amenaza de una demanda civil si se expresa en tal o cual sentido para que afecte a los intereses muy personales y particulares, sea de una persona moral o sea de una persona física (18).

Los argumentos del Diputado Salgado Aguilar, expuestos durante su intervención, nos parecieron muy populistas y poco jurídicos, razón por la cual no serán analizados en toda su extensión dentro del presente trabajo, sin embargo valga el apunte anterior como un antecedente de la desastrosa función de la Cámara Alta en relación con el proyecto que nos ocupa y que analizaremos a continuación.

Tras considerarse suficientemente discutido el dictamen con proyecto de decreto elaborado por la Comisión de Justicia y no habiendo sido reservado ningún artículo para su discusión en lo particular, fue aprobado por la Asamblea sin modificación alguna y con fecha 14 de diciembre de 1982 fue remitido a la Cámara de Senadores para sus efectos constitucionales.

Conforme a lo anterior, las Comisiones unidas Segunda de Justicia y Segunda de Gobernación de la H. Cámara de Senadores, tras su estudio y discusión, presentaron a la Asamblea un dictamen con proyecto de decreto para su consideración. El dictamen en comento contiene un análisis mas o menos bien definido del proyecto elaborado por los Diputados y del mismo son de resaltarse dos aspectos: Una clara visión legislativa en relación con la forma objetiva en que debe apreciarse el daño moral y, por otro lado, una clara tendencia populista para "calmar las aguas" dándole por su lado a las impugnaciones de los medios informativos a que antes nos referimos. Como resultado de lo anterior se propuso la adición del artículo 1916 bis, dentro del cual, a pesar de la claridad con que fue concebido, con la redacción del artículo se deforma el primero de los aspectos antes señalados y se hace contundente el segundo de ellos.

En la especie, las comisiones unidas de la Cámara de Senadores, sostienen dentro de su dictamen una clara visión de la forma en que debe apreciarse objetivamente el daño moral:

Es cierto que se ha mencionado que existe dificultad para demostrar la existencia del dolor, del sentimiento herido por el ataque a las afecciones íntimas al honor y a la reputación, así como el sentimiento de inferioridad que provoca una desfiguración o el detrimento del aspecto físico.

Pero la dificultad de acreditar el menoscabo a los atributos de la personalidad de contenido moral y de proyección esencial en la convivencia y la dificultad de una determinación exacta del detrimento sufrido no puede significar que se dejen sin compensación tales afectaciones.

Por ello, resultaba necesario establecer qué se entiende por daño moral, a fin de que la víctima únicamente deba acreditar la realidad del ataque; y así el Juez no tiene porque confrontar la intensidad del dolor sufrido, en orden a que el propio dispositivo establece la categoría de los atributos de la personalidad, dignos de protección.

En esos términos, el daño moral es susceptible de medición no solo por la intensidad con que es sufrido por la víctima, sino también por su repercusión social, por la marca objetiva que deja en opinión, actitud y conducta de los demás una vez provocado, por el cambio cualitativo notable y perceptible, en las interrelaciones sociales en las que el sujeto que lo sufre es actor y por que la compensación por vía civil no solo restituye al individuo afectado y sanciona al culpable, sino también fortalece el respeto al valor de la dignidad humana, fundamental para la vida colectiva (19).

Analizaremos con mayor amplitud lo relativo a la apreciación del daño moral y a la determinación del monto de la indemnización para repararlo, dentro del cuarto capítulo de este trabajo, sin embargo sirva la transcripción anterior para dejar constancia de que los Senadores concibieron claramente dichos elementos a pesar de no haber sido plasmados en esa forma dentro de la redacción del artículo 1916 bis, según veremos mas adelante.

Por otro lado, a efecto de calmar las críticas sociales y políticas que produjeron diversos medios informativos, los senadores pretendieron "legitimar" la buena intención del proyecto de reformas del Ejecutivo, y al efecto dentro de su dictamen se hace constar lo siguiente:

19 Ibid., p.75.

Ahora bien, estas comisiones unidas, si bien estimaron pertinente acoger en sus términos la Minuta de la Colegisladora por lo que toca a las reformas de los artículos 1916 y 2116, también consideran necesario aceptar la sugerencia nacida en su propio seno y compartida por todos sus integrantes, Senadores Adolfo Lugo Verduzco, Renato Sales Gasque, Gonzalo Martínez Corbalá, Mariano Palacios Alcocer, Raul Castellano Jiménez, Guadalupe Gómez Maganda de Anaya y Salvador Neme Castillo, y proponer la adición de un nuevo artículo, el 1916 bis, que deje plenamente aclaradas dudas de orden teórico que pueden dar lugar a que se piense impropriamente que la reforma del artículo 1916 podría demeritar las libertades de opinión, crítica, expresión e información que tan celosamente ha tutelado el Estado mexicano, el que siempre ha considerado que constituye la base y la condición de todas las demás formas de libertad, sugerencias que integran el texto de dicho artículo 1916 bis (20).

Como vemos, ilustres nombres de la política nacional, pretendieron dejar plenamente aclaradas las dudas de "orden teórico" que pudieren dar lugar a pensar que la reforma pretendía intereses mezquinos, resultando que el punto por el que se preocuparon tan distinguidos Legisladores era el menos "teórico" que debía atenderse y con funciones mas políticas que legislativas dieron lugar a un aborto, a una aberración legislativa y jurídica, si, al artículo 1916 bis.

Los dos aspectos antes señalados, en conclusión, fueron expuestos por los Senadores en los siguientes términos:

Es por tal razón que en el primer párrafo del artículo 1916 bis, cuya adición se propone, se afirma categóricamente que: "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".

Por otra parte se estimó conveniente que, con toda claridad, se precise que quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual, deberá acreditar la ilicitud de la conducta del demandado, a fin de disipar toda duda, respecto al supuesto indispensable de ilicitud; y, acorde con el criterio doctrinal acogido mayoritariamente, se exige

al demandante que demuestre el daño que directamente le hubiese causado la conducta ilícita.

Por tal razón, en el párrafo segundo del artículo 1916 bis, cuya adición se propone, se afirma que: "En todo caso, quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual, deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta" (21).

De la función legislativa de los Senadores dentro del proceso que nos ocupa, es de concluirse que dentro del primer párrafo del artículo 1916 bis actuaron como un órgano pacificador a efecto de legitimar una iniciativa de reformas al Código Civil propuesta por el Ejecutivo que en nada tenía que legitimarse, pues el temor infundado de que con una debida reglamentación del daño moral se coartaría la libertad de expresión y en especial la labor periodística, solo pudo tener cabida en aquellos que ignoraban todo en relación con el daño moral. Por otro lado, es una pena que tras haber concebido tan claramente la forma en que debería ser apreciado el daño moral, dentro del segundo párrafo del artículo 1916 bis se deformara dicha concepción, haciéndose inclusive contradictorio con el texto del artículo 1916, según lo analizaremos mas adelante.

La función legislativa de la Cámara Alta dentro del proceso que nos ocupa, concluyó con la aprobación en sus términos del proyecto enviado por la Cámara de Diputados, con la adición del artículo 1916 bis y con fecha 27 de diciembre de 1982, remitieron a la Cámara baja la respectiva minuta con proyecto de Decreto, de la cual solo es de transcribirse la parte relativa a la adición del mencionado artículo bis:

MINUTA PROYECTO DE DECRETO

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

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

21 Ibid., p.79.

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

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

TRANSITORIO

ARTICULO UNICO. Este Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación (22).

Con el proyecto enviado por el Senado, la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados efectuó un nuevo dictamen que somete a la consideración de la Asamblea, en el cual, tras un análisis del proyecto, se consideró conveniente la adición del artículo 1916 bis.

En efecto de lo anterior, el Diputado Salgado Aguilar intervino en uso de la palabra para manifestarse en contra, resaltando de dicha intervención las siguientes palabras:

Y desde luego es notorio, pues, que entre otras modificaciones, la adición al artículo 1916, sugerida y hecha por el Senado, pues esta refiriéndose podríamos decir, que a calmar los ánimos, la inconformidad de los medios de difusión, motivo por el cual consideramos pues, que se convierte en una medida clasista, y por lo tanto, de ninguna manera puede ser constitucional, porque el espíritu de la ley general no es de dirigirse en favor o en contra de una clase de ciudadanos (23).

El Diputado Salgado Aguilar critica la intención real del artículo 1916 bis, sin embargo, en nada se modifica el proyecto del Senado de la República y la Asamblea de la Cámara Baja declara aprobado en lo particular y en lo general el proyecto de Decreto que reforma los artículos 1916 y 2116 y adiciona un artículo 1916 bis al Código Civil

22 Ibid., pp.85-86.

23 Ibid., pp.96-97.

para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, siendo publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1982, entrando en vigor al día siguiente.

Desde la iniciativa de reformas originalmente presentada por el Ejecutivo, hasta su publicación el Diario Oficial de la Federación, transcurrieron menos de treinta días naturales. Concluiremos el presente apartado señalando que, sin perjuicio de que en sí la voluntad para reformar al Código Civil en materia de daño moral era por demás positiva, en materia tan delicada y relevante como la que se atendió, la labor legislativa debió ser mas técnica y profunda y no legislar estas reformas "al vapor".

3.2.3 Crítica a la actual reglamentación del Código Civil para el Distrito Federal en materia de daño moral

Para poder efectuar una critica seria, es necesario que enfoquemos nuestra atención a una panorámica total de la problemática en que se encuentra inmersa la regulación del daño moral dentro de nuestro Código Civil, pues de lo contrario caeríamos en el principal e inexcusable error de apreciación en que incurrieron los responsables de las reformas de 1982 que antes analizamos: reformar al Código Civil en materia tan importante como el daño moral, sin antes tener en consideración que en dicho ordenamiento no existe una sistematización de la responsabilidad civil, dando por resultado que las reformas efectuadas configuren un "parche" al ordenamiento jurídico invocado.

En efecto, no obstante que hemos señalado la bondad de las reformas de 1982 por su propósito en sí, es muy criticable que los responsables de dichas reformas se dieran a la tarea de revolucionar la regulación del daño moral, sin considerar previamente la falta total de sistematización dentro del Código Civil de la figura de la responsabilidad civil, de la cual forma parte integrante la figura del daño moral, resultando que en lugar de contribuir a reglamentar adecuadamente la figura del daño moral, contribuyó a revolver aún mas la figura de la responsabilidad civil, por lo que la actual reglamentación del daño moral dentro de nuestro Código Civil enfrenta una seria problemática de raíz en relación con la figura jurídica de que forma parte, la responsabilidad civil, y por lo tanto una seria problemática de forma y fondo.

En atención a lo antes señalado, el desarrollo del presente subtema lo efectuaremos al tenor de tres ópticas vinculadas estrechamente entre sí: la sistematización de la

responsabilidad civil en lo general, la sistematización del daño moral en lo particular y la reglamentación de aspectos relevantes en materia de daño moral, con lo que pretendemos obtener una crítica integral de la reglamentación del daño moral en nuestro Código Civil.

A) Crítica a la sistematización de la responsabilidad civil

Para tener una panorámica del punto que nos ocupa, es necesario partir de la base de que no existe una sistematización dentro de nuestro Código Civil para regular debidamente a la responsabilidad civil. Lo anterior no solo es suficiente para decir que de suyo es materia de una tesis completa al respecto, sino que es menester que los estudiosos y profesionales de nuestro medio se aboquen a ese punto, pues el estudio y práctica de la responsabilidad al tenor de las actuales disposiciones de nuestro Código de la materia, resulta bastante complejo precisamente por la falta de sistematización aludida y si al tenor de ello nos abocamos al estudio del daño moral, la problemática se duplica..

No faltará quien considere exagerado lo anterior y sostenga que ello obedece a falta de estudio de la materia y como quizá no les falte razón, por ello fue dedicado un capítulo completo dentro del presente trabajo al estudio, si se quiere básico, de la responsabilidad civil. Por lo anterior me permito hacer un llamado al Foro, para hacer a un lado las doctas opiniones que consideren que el estudio y la práctica de la figura de la responsabilidad civil se puede desarrollar correctamente al tenor de los postulados consagrados en nuestro Código Civil, pues no se consideraría, ni resolvería por supuesto, el problema de la falta de sistematización a que me he referido, y por el contrario, con un criterio centralista, se seguiría creyendo que nuestro Código Civil es modelo para el de otros Estados de la República.

A mayor abundamiento, es claro que no se necesita haber escrito un libro de responsabilidad civil para darse cuenta de la falta de sistematización de dicha figura dentro de nuestro Código de la materia, incluso puedo afirmar que cualquier compañero de tercer semestre de la licenciatura en Derecho puede advertir la problemática al tratar de resolver un examen, pues de no ser estrictamente de memoria, no veo como lógicamente (método fundamental para entender obligaciones) pueda llegar a concebir globalmente la figura de la responsabilidad civil al tenor de su actual reglamentación dentro de nuestro Código.

Tras dejar apuntadas las inquietudes que anteceden, comencemos con el análisis de la reglamentación de la figura de la responsabilidad civil y al efecto tenemos que el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, dentro del Libro IV, regula la materia de la responsabilidad civil desde dos puntos de vista: como fuente de las obligaciones y como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones, la primera se funda en la llamada culpa Aquiliana o extracontractual y la segunda en la culpa contractual, resultando así el primer error de método y sistema tan criticado a lo largo de este trabajo y que consiste en sostener la idea de la dualidad de culpas (contractual y extracontractual), cuando en realidad la culpa es una sola y la aparente división deriva del grado de antijuricidad del ilícito culpable, ya sea que atente en contra de normas de carácter particular, o bien contra normas de carácter general.

Conforme a lo anterior, esto es, habiendo señalado el punto radical de la falta de sistematización de la responsabilidad civil dentro de nuestro Código, apuntemos los principales errores que de ahí se derivan.

En el capítulo V, del título I, del libro IV, bajo el título "De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos", se regula una amplia gama de obligaciones menos la señalada por su título.

En efecto, la primera crítica salta a la vista toda vez que, cuando menos válidamente, no se puede hablar de la existencia de actos ilícitos, sino de hechos ilícitos, y aún cuando así estuviera redactado el rubro también sería criticable, pues el hecho ilícito en sí no es fuente de obligaciones civiles en tanto que con dicho hecho no se cause un daño a otra persona y aún cuando el rubro indicara "De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos dañosos", también sería incompleto si recordamos que la conducta lícita también puede dar lugar a obligaciones, si se causa un daño a otro con el uso de instrumentos o sustancias peligrosas. Todo lo anterior es evitable si primero pensamos en el contenido de la obligación que se pretende regular dentro de esta sección del Código Civil y al efecto encontramos que se trata de imponer al responsable de causar un daño a otro la necesidad de repararlo y esa figura jurídica, según lo analizamos en el capítulo primero, no fue concebida ayer y se denomina responsabilidad civil, por lo que en nuestro Código debería regularse a la responsabilidad civil, bajo ese rubro, pues en concreto eso es.

No obstante lo anterior, bajo el rubro "De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos", según apuntamos, se regulan una serie de obligaciones prácticamente en forma independiente, menos la referida por su título, así son de señalarse:

1) En el artículo 1910 se impone en forma genérica la obligación de reparar el daño cuya fuente es el hecho ilícito (que no el "acto" ilícito), o sea, se aplica la teoría subjetiva de la responsabilidad civil.

2) En el artículo 1912 se impone la obligación de indemnizar el daño que se cause a otro por el ejercicio indebido de un derecho.

3) En el artículo 1913 se impone la obligación de reparar el daño causado a otro cuya fuente sea el uso de mecanismos o sustancias peligrosas aún obrándose lícitamente, o sea, se aplica la teoría objetiva de la responsabilidad civil.

4) En los artículos 1916 y 1916 bis, se regula la obligación de reparar el daño moral.

Si ya de lo anterior se hace evidente una total falta de sistematización de la figura de la responsabilidad civil, es necesario continuar con el análisis para lo cual seguiremos el método de la mayéutica socrática:

El artículo 1911 hace responsable de la reparación al incapaz que cause un daño, salvo que la responsabilidad recaiga en las personas de él encargadas, ¿a cual de los cuatro supuestos de daños antes referidos se encuentra obligado a reparar el incapaz? "pues a cualquiera - contestaría quien ya descifró nuestro Código Civil- el daño es el daño cualquiera que sea su origen", y ¿qué definición legal de daño nos ofrece el Código Civil?, "pues basta remitirnos al título relativo a las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones, para hallar dicha definición dentro del artículo 2108", ¿debemos aplicar preceptos relativos a las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones en relación con el supuesto de las obligaciones que nacen de los actos ilícitos?, "desde luego, por analogía resultan aplicables"

Resuelto -o aceptado- lo anterior, el artículo 1914 nos señala que cuando no existe responsabilidad subjetiva ni objetiva de ninguna de las partes y se llegan a producir daños, cada quien los soportará sin derecho a indemnización, e inmediatamente después el artículo 1915 nos indica la

forma de reparar el daño, señalando que a elección del ofendido, puede ser en naturaleza o en equivalente mediante el pago de los daños y perjuicios, entonces ¿también se reparan los perjuicios?, "desde luego, la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación debe ser indemnizada, según lo disponen los artículos 2109 y 2110 del Código Civil aplicables por analogía en relación con el artículo 1915".

Aceptado lo anterior, el artículo 1915 en su segundo párrafo nos señala los supuestos de los casos de daños a las personas que produzcan su muerte o incapacidad, disponiendo su reparación mediante el pago de una indemnización que comprenda los daños y perjuicios, ¿o sea que para ser indemnizado por daños a las personas debe existir un previo incumplimiento a una obligación contractual por parte del responsable?, "no, pues en este caso son aplicables por analogía lo dispuesto por los artículos 2108 y 2109 en relación con el artículo 1915, así como en relación con los artículos 1910 o 1913 según la fuente del daño en el caso concreto", y ¿resulta válido relacionar las disposiciones de dos títulos diferentes de nuestro Código Civil?, "sí, por analogía, además de que no son tan diferentes pues ambos parten del supuesto de que existió culpa en la conducta del responsable de los daños y perjuicios".

Ahora bien, conforme al mencionado artículo 1915 el grado de incapacidad y el monto de la indemnización por daños a las personas, será calculado aplicando las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo, ¿también por analogía?, "no, esta vez no, pero así lo dispone el Código".

Tras "resolver" lo anterior, los artículos 1917 al 1933 inclusive, determinan a los sujetos responsables de reparar el daño que no causaren por sí, pero que tienen la obligación de reparar por los terceros que lo hayan causado, lo anterior ¿solo es aplicable a los casos de obligaciones que nacen de los actos ilícitos?, "pues no, también es aplicable a los casos de responsabilidad objetiva, ya que como el artículo 1913 se encuentra dentro del mismo título que los artículos que nos ocupan también le es aplicable esos supuestos".

La forma en que hemos querido evidenciar la falta de sistematización de la responsabilidad civil, es el resultado de las inquietudes que surgen de la simple lectura del Código. Analizado el tratamiento que se le da a la llamada responsabilidad civil extracontractual, es de analizarse el tratamiento "complementario" de la responsabilidad civil dentro de nuestro Código de la materia, que se ubica en el

capítulo I "Del incumplimiento de las obligaciones", del título IV, de la primera parte del libro cuarto, donde se regula la responsabilidad de reparar los daños y perjuicios a cargo de aquel que no diere cumplimiento con sus obligaciones de dar o hacer en los términos convenidos.

Al respecto es de señalarse que nuestro Código regula la mal llamada responsabilidad civil contractual, como un efecto de las obligaciones entre las partes, para el caso de que dicho incumplimiento origine daños y perjuicios para la contraparte.

Lo anterior no puede ser más desafortunado, en principio por que el incumplimiento de una obligación no es el efecto deseado por los contratantes, pues las convenciones se perfeccionan para ser cumplidas, por lo que las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones -en lo que a la reparación del daño se refiere- no constituye un efecto de las obligaciones previamente establecidas por las partes, sino que constituye el efecto del hecho culpable de no cumplir con ellas, siempre que de dicho incumplimiento se provoquen daños y perjuicios al cocontratante.

La aclaración antes efectuada nos hace evidente que la "nueva obligación" de reparar los daños y perjuicios, no es un efecto de la primitiva obligación contractual, sino que la responsabilidad civil en este caso, surge del hecho ilícito culpable de incumplir una obligación previamente establecida por las partes, por lo que resulta del todo aplicable la teoría subjetiva de la responsabilidad civil, establecida genéricamente dentro del artículo 1910, si bien con ciertas reglas especiales según se incumplan obligaciones de dar o de hacer, reglas que con una sistematización óptima de la responsabilidad civil debe dar lugar a desechar la duplicidad de regulación para la responsabilidad civil que actualmente previene nuestro Código.

B) Crítica a la sistematización del daño moral

En principio es de señalarse que el punto que nos ocupa es el resultado de la nula sistematización de la responsabilidad civil dentro de nuestro Código, en virtud de lo cual tuvo que sistematizarse en un artículo: 1916 y en un injerto de artículo: 1916 bis, a la figura del daño moral, con lo que parece como si fuera una institución jurídica autónoma, cuando en realidad el daño (ya pecuniario o moral) es un elemento sine qua non para que se configure la responsabilidad civil, es decir, forma parte fundamental de esta institución jurídica.

En efecto, recordemos que la iniciativa de reformas al Código Civil de 1982, entre algunas de sus deficiencias de fondo, no prevenía la posibilidad de que el daño moral tuviese como fuente la responsabilidad objetiva, ni que se presentara en el ámbito contractual, por lo que, según el proyecto original enviado por el ejecutivo, la reparación por daño moral solo podía tener lugar cuando la fuente del daño lo fuera el hecho ilícito, esto es, solo en aplicación de la llamada culpa Aquiliana.

En razón de lo expuesto, nuestros legisladores, antes que prever una reforma integral a la figura de la responsabilidad civil, desgraciadamente sistematizaron al vapor y en dos artículos (1916 y 1916 bis) a la figura del daño moral, convirtiéndolo en un elemento casi autónomo a la figura de la cual forma parte por su propia naturaleza: la responsabilidad civil, de tal suerte que ubicado dentro "de las obligaciones que nacen de los actos ilícitos", se estableció la obligación de reparar el daño moral tanto en los casos de "responsabilidad extracontractual", como de "responsabilidad contractual", así como en el caso de "responsabilidad objetiva", cuando nuestro Código en ningún otro artículo utiliza esos términos jurídicos.

Con lo anterior parece como si fueran tres tipos de responsabilidades las que pueden dar lugar a la obligación de reparar el daño moral, cuando estimamos que lo adecuado es referirse a la responsabilidad civil de reparar el daño moral, ya sea que éste tenga como fuente el hecho culpable antijurídico de normas particulares, el hecho culpable antijurídico de normas generales, o bien, la conducta lícita que cause un daño con el empleo de sustancias u objetos peligrosos.

Así pues, el punto de crítica consiste en que dentro del artículo 1916 se sistematiza al daño moral en forma prácticamente autónoma a la figura de la responsabilidad civil, en lugar de que la figura del daño moral se integre a una adecuada sistematización de aquella.

Lo anterior que parece una mera cuestión de forma, crea graves problemas de fondo según se apreciará mas adelante, por la notoria contradicción que existe entre los artículos 1916 y 1916 bis, misma que es producto de lo señalado dentro del presente apartado.

C) Crítica a la reglamentación de aspectos relevantes en materia de daño moral

En este apartado analizaremos cuatro aspectos especialmente regulados por nuestro Código Civil en relación con el daño moral, cuya observación resulta indispensable para la debida reglamentación de la materia que nos ocupa.

1) Definición legal del daño moral

El primer párrafo del artículo 1916 nos ofrece la definición legal del daño moral y a la letra dice:

"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".

Del concepto anterior son de criticarse dos aspectos en concreto: previene la posibilidad de que exista el daño moral sin antes reconocer los bienes que pueden ser objeto del mismo, o sea, sin reconocer la existencia del patrimonio moral de las personas y, por otro lado, enuncia limitativamente algunas proyecciones psíquicas o físicas de la personalidad que pueden ser dañadas, resultando en consecuencia limitativa la tutela jurídica del patrimonio moral de las personas, en caso de que sean dañados los bienes que lo integran. Analicemos cada aspecto:

El daño es un detrimento o menoscabo que una persona sufre en sus intereses jurídicos (pecuniarios o morales) y si la ley impone al autor del hecho causante del daño la obligación de repararlo, entonces habrá responsabilidad civil. Ahora bien, ese interés jurídico (pecuniario o moral) al estar tutelado por el ordenamiento positivo confiere a su titular un derecho subjetivo, entendido como la facultad de exigir de cualquier tercero el respeto de dicho derecho subjetivo y, por otro lado, la tutela dentro del ordenamiento jurídico de algún interés jurídico, impone para la colectividad el deber jurídico de respetar el derecho subjetivo en favor de su titular.

Lo anterior en el caso que nos ocupa, se traduce en que nuestro Código Civil al tutelar diferentes intereses jurídicos que pueden ser objeto de las relaciones de las personas, otorga al titular del interés en cuestión el derecho subjetivo privado de exigir de los terceros el

respeto al derecho subjetivo de que se trate y así mismo configura el deber jurídico para que los terceros no atenten en contra del derecho subjetivo de otro.

En ese orden de ideas, actualmente dentro de nuestro Código Civil se concibe la posibilidad de que exista un daño moral sin que antes se consagre positivamente la tutela de los intereses morales de las personas, esto es, no reconoce la existencia del patrimonio moral de las personas, resultando que se concibe la existencia del daño moral sin que antes se tutelara en sí los intereses jurídicos morales de las personas (antes de sufrir daño alguno). En efecto, lo anterior es un punto fundamental si recordamos la relevancia jurídica de los derechos de la personalidad cuando, en el apartado respectivo, señalamos que su relación con la responsabilidad civil debe ser entendida como la facultad de la persona que sufre el daño moral para exigir del responsable la reparación del mismo, ello como una medida secundaria que resulta del previo reconocimiento de los derechos de la personalidad dentro del ordenamiento positivo, como verdaderos derechos subjetivos y no solo tutelarlos posteriormente al daño de que puedan ser objeto.

Por lo anterior, en relación con el primer aspecto de crítica de este apartado, concluimos que nuestro Código Civil debe tutelar el interés moral de las personas mediante el reconocimiento del patrimonio moral, con lo que se reconocerían a la persona los derechos subjetivos privados no pecuniarios de que es titular y se impondría a los terceros el deber jurídico de respetar dichos intereses privados no pecuniarios en favor de su titular, para posteriormente y como tutela complementaria otorgar a la persona la facultad de exigir del responsable la reparación del daño moral, en caso de que cause un daño a los bienes que integran su patrimonio moral.

En cuanto al segundo aspecto de crítica, el primer párrafo del artículo 1916 efectúa una proyección limitativa de las proyecciones psíquicas o físicas que al ser afectadas se consideran como daño moral reparable, limitándose en consecuencia la tutela jurídica del patrimonio moral de las personas en caso de que sean dañados los bienes que lo integran y que no son enumerados dentro del precepto mencionado.

Contrario a lo antes señalado, es de citarse la opinión del maestro Salvador Ochoa, quien en relación con la enumeración de proyecciones psíquicas o físicas contenida dentro del artículo 1916, apunta lo siguiente:

Esta clasificación, como lo manifestamos con anterioridad, no es limitativa, es enunciativa y genérica, en tanto que admite la analogía de bienes en cuanto a su conculcación (24).

La opinión, que de suyo es respetable, no la compartimos y por el contrario sostenemos lo señalado en cuanto a que se limitan los bienes tutelados, ello de conformidad con el análisis del proceso legislativo de la iniciativa presidencial de reformas a nuestro Código Civil de 1982 antes efectuado, donde observamos que nuestros Legisladores en lugar de consagrar la existencia del patrimonio moral de las personas, prefirieron eliminar la definición "subjetiva" de daño moral contenida en el proyecto original enviado por el Ejecutivo, optándose por una definición aparentemente concreta con lo que se evitarían "interpretaciones muy amplias" del daño moral. Por lo anterior, de la letra del primer párrafo del artículo 1916 así como del sentido y alcance que consideraron los Legisladores debería otorgársele a la definición del daño moral, se advierte que la definición legal propuesta por nuestro Código Civil es limitativa y no admite la analogía de bienes en cuanto a su conculcación.

Concluiremos el segundo aspecto de crítica del punto que nos ocupa, señalando que al limitarse el número de proyecciones psíquicas o físicas que legalmente se considera que al ser dañadas dan origen al daño moral reparable, se limita la protección del patrimonio moral de las personas en caso de que los bienes que lo integran pero que no son enumerados específicamente por la ley resulten dañados.

2) La forma de reparación del daño moral

Dentro del segundo párrafo del artículo 1916 de nuestro Código Civil, se establece como única forma de reparación del daño moral a la equivalente mediante una indemnización en dinero.

Respecto a lo anterior, si bien es cierto que la naturaleza de la reparación del daño moral, atendiendo a la propia naturaleza de los bienes lesionados, es eminentemente satisfactoria y que el dinero puede cumplir esa función, también lo es que en el caso especial del daño a las proyecciones físicas de las personas, como a la configuración y aspectos físicos por ejemplo, si el caso

concreto lo permite, sería posible que el daño fuera reparado en naturaleza, volviendo al afectado la configuración física que tenía antes del daño.

Ahora bien, es cierto que el daño a la configuración y aspectos físicos, puede dar lugar al detrimento de otros derechos de la personalidad, como ver la víctima dañadas sus relaciones sociales y de amistad debido al repudio de que podría ser objeto por el daño sufrido en su configuración física, caso en el se admitiría la reparación en equivalente mediante una indemnización en dinero, pero solo de forma complementaria, en su caso, a la reparación en naturaleza del daño causado a la configuración y aspectos físicos.

Por lo anterior, cuando menos en vía de excepción, considero criticable que nuestro Código Civil contemple únicamente a la reparación del daño moral por equivalente mediante una indemnización en dinero.

3) Bases para la fijación del monto de la indemnización

Siendo la naturaleza de la reparación del daño moral eminentemente satisfactoria, consideramos del todo acertado que nuestro Código Civil prevea dentro del cuarto párrafo del artículo 1916 las bases para fijar el monto de la indemnización, que el Juez debe tomar en cuenta para determinar dicho monto, al respeto el numeral indicado en la parte conducente a la letra dice:

"Art. 1916

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

De lo anterior se sigue que dentro del proceso, específicamente dentro del juicio, el Juez, en su caso, deberá condenar al pago de una indemnización fundando y motivando la determinación del monto de la misma, de conformidad con las bases señaladas por el artículo 1916 en el párrafo antes transcrito, aspectos que podrá valorar conforme a los elementos que le fueron aportados en la etapa probatoria del proceso, esto es, con los elementos objetivos que las partes aporten para esclarecer la verdad histórica de los hechos controvertidos.

Con lo anterior se evita que el Juez determine de forma subjetiva el monto de la indemnización a que, en su caso, proceda condenar, sino que por el contrario su actividad en este caso debe de ajustarse a las bases previstas en el

numeral transcrito y esos elementos, por un principio de congruencia, debe el Juez valorarlos de forma objetiva y acorde con las pruebas desahogadas en el caso concreto.

De la prueba del daño moral así como de las bases que el Juez debe tomar en cuenta para fijar el monto de la indemnización, por cuestiones de método serán abordadas con amplitud dentro del cuarto capítulo del presente trabajo, por el momento y atendiendo al objeto del presente subtema es de concluirse que fue un acierto del Legislador circunscribir la actividad del Juez en lo referente a la determinación del monto de la indemnización por daño moral, a la observancia de bases bien definidas, que permitan obtener una real satisfacción del daño moral a través de una valoración objetiva de los elementos probatorios aportados por las partes durante el proceso.

4) Elementos necesarios para la procedencia de la acción de reparación del daño moral

Al analizar el proceso legislativo de la iniciativa de reformas al Código Civil de 1982 en materia de daño moral, criticamos la labor legislativa desarrollada por la Cámara de Senadores al proponer la adición del artículo 1916 bis, en cuyo primer párrafo se intenta acallar las voces de protesta que consideraban que con las reformas se pretendía coartar la libertad de expresión, actividad más política que legislativa que de suyo ya es reprochable, sin embargo, lo contradictorio y motivo de crítica dentro del presente apartado lo constituye el segundo párrafo del precepto aludido, mismo a la letra dice:

"Art. 1916 bis

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

Antes de iniciar la crítica, debemos establecer el sentido y alcance de la disposición que nos ocupa y al efecto es de señalarse que en ella se determinan los elementos necesarios para que proceda la acción de responsabilidad civil para exigir la reparación del daño moral, siendo dichos elementos los siguientes:

-acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado.

-acreditar el daño que directamente le hubiese causado (al actor) tal conducta.

Ahora bien, el precepto en comento dispone que lo anterior será aplicable en todo caso en que se demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual, o sea, en todo caso pues únicamente existen esos dos ámbitos en que se puede presentar la responsabilidad civil.

Conforme a lo anterior, comencemos con la crítica del precepto que nos ocupa. El primer elemento para la procedencia de la acción de responsabilidad civil por daño moral es criticable en cuanto al fondo mismo.

En efecto, al imponer la necesidad de que se acredite la ilicitud de la conducta del demandado, se elimina la posibilidad de que la acción proceda en caso de responsabilidad por riesgo creado cuando el responsable cause un daño obrando lícitamente, resultando contradictoria esta disposición con lo dispuesto en el artículo 1916, en donde se establece la obligación de reparar el daño moral originado por "quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913".

En la especie, anteriormente apuntamos la argumentación necesaria para sostener que el daño moral debe ser considerado por la ley como daño reparable, cuando el hecho generador del mismo sea el uso de instrumentos o sustancias peligrosas, atento a la teoría objetiva por riesgo creado de la responsabilidad civil, mismo criterio sostenido por la Cámara de Diputados durante el proceso legislativo de la iniciativa de reformas al Código Civil antes analizada; por lo cual resulta inconcebible que la Cámara de Senadores al proponer la adición del artículo 1916 bis, dentro del segundo párrafo del mismo, determinara como elemento esencial para la procedencia de la acción de reparación "acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado".

Lo anterior, hace evidente un total desconocimiento de la naturaleza del daño moral por parte de los Senadores que propusieron el tristemente célebre artículo 1916 bis que por desgracia, en principio, hace nugatoria la posibilidad de que proceda la acción de responsabilidad civil para obtener la reparación del daño moral, cuando éste tenga como fuente la conducta lícita del demandado.

En cuanto al segundo elemento establecido en el artículo 1916 bis para la procedencia de la acción de responsabilidad civil por daño moral, la crítica que

efectuaremos atiende a elementos de forma derivados de la redacción del artículo.

En su oportunidad exaltamos la brillante concepción de los Senadores de la LII Legislatura por la forma en que precisaron debe ser apreciado el daño moral, al señalar que debe ser apreciado en forma objetiva ya que ante la imposibilidad de medir el dolor sufrido, sostuvieron que el daño moral debe ser apreciado objetivamente atendiendo a la realidad del ataque a los bienes determinados en el artículo 1916. Así mismo, señalamos que esa brillante concepción fue plasmada de forma poco afortunada dentro del Código Civil, y es así como el segundo requisito para que proceda la acción de responsabilidad civil por daño moral, es determinado por el artículo 1916 bis como la necesidad de acreditar el daño que directamente le hubiese causado la conducta ilícita del responsable.

Consideramos que para evitar equívocos, o en el peor de los casos la interpretación tendenciosa del artículo que nos ocupa, en este punto en concreto, la redacción del requisito de procedencia de la acción que nos ocupa debió ser formulada en los siguientes términos: acreditar plenamente la realidad del ataque sufrido que provocó el daño moral; así de simple y concreto se obtiene con claridad la intención de los Legisladores y se evitan confusiones de orden teórico y práctico que serán, sin duda, materia de la jurisprudencia que en ese sentido se sirva definir nuestro mas alto Tribunal, como la tesis ya existente en ese sentido titulada: "Daño moral: prueba del mismo" (25).

3.3 Análisis de la regulación del daño moral en los Códigos Civiles Vigentes para los Estados de Tlaxcala y Quintana Roo

En el presente, subtema abordaremos en forma particular el análisis de la reglamentación del daño moral a la luz de los ordenamientos civiles vigentes para dos Estados de la República mexicana, cuyo estudio consideramos relevante toda vez que, sin estar exentos de crítica en algunos aspectos, contienen una sistematización clara de la responsabilidad civil y dentro de ella la reglamentación de la figura del daño moral, ofreciendo elementos a seguir muy claros y concretos, para una adecuada consagración el ordenamiento civil de la figura jurídica cuyo análisis es objeto del presente trabajo.

Conforme a lo anterior, y siguiendo el mismo método que el utilizado para la crítica de nuestro Código Civil, el análisis de los Códigos Civiles Vigentes para los estados de Tlaxcala y Quintana Roo, lo efectuaremos atendiendo a tres aspectos: la sistematización de la responsabilidad civil en lo general, la sistematización de la figura jurídica del daño moral, y la reglamentación de aspectos relevantes en materia de daño moral.

3.3.1 El Código Civil Vigente para el Estado de Tlaxcala

a) Sistematización de la responsabilidad civil en lo general.

El Código Civil tlaxcalteca contiene una sistematización integral de la responsabilidad civil, que parte de la base de desechar la idea de la dualidad de culpas, para integrar bajo un mismo título la regulación de los hechos ilícitos culposos de normas de carácter general o particular, en tanto fuente de obligaciones para reparar el daño que de ellos se origine. Así mismo, en el título antes indicado pero en una sección aparte, se regula la responsabilidad civil proveniente por el daño causado mediante el uso de sustancias o mecanismos peligrosos aunque se obre lícitamente.

A la vez de enfocar adecuadamente la reglamentación de la responsabilidad civil atendiendo a las teorías subjetiva y objetiva de la misma, se sistematiza en forma adecuada a las personas responsables de reparar el daño y la forma de reparar los daños y perjuicios.

Lo antes expuesto, se aprecia del orden que guarda el ordenamiento legal que nos ocupa para reglamentar a la responsabilidad civil, de tal suerte que dentro del libro cuarto: De las obligaciones, se dedica en especial el título quinto a la reglamentación de la responsabilidad civil, mismo que a su vez se integra de cuatro secciones en las que, respectivamente, se determinan las reglas generales, las personas obligadas a la responsabilidad civil, la reparación de los daños y perjuicios y, por último, la responsabilidad objetiva.

A continuación comentaremos brevemente cada sección de las mencionadas en el párrafo que antecede, a efecto de contar con la panorámica de la forma en que se regula a la responsabilidad civil, dentro del Código tlaxcalteca de la materia.

Sección primera: Reglas generales

Comprende los artículos 1374 al 1377, en los cuales se define a la responsabilidad civil y se determina cuales son los hechos que son fuente de la misma de conformidad con las teorías subjetiva y objetiva de la responsabilidad civil; se impone la obligación en forma genérica, al autor de un hecho ilícito de reparar los daños y perjuicios que con tal hecho cause a otra persona y determina que esa responsabilidad puede ser a cargo de una persona diferente a la autora del hecho ilícito; establece que la responsabilidad proveniente por incumplimiento de un contrato puede ser regulada por las partes al celebrarlo y que la responsabilidad proveniente de los demás hechos ilícitos y de responsabilidad objetiva, podrá ser regulada por los interesados después de realizados los daños y perjuicios; por último, se previene que las disposiciones contenidas en este título, serán aplicables en todos los casos no comprendidos en algún precepto especial del Código.

Sección Segunda: Personas obligadas a la responsabilidad civil

Comprende los artículos 1378 al 1400, en los que se determina la responsabilidad civil a cargo de una persona distinta a la autora del hecho ilícito, en los casos previstos por los supuestos contenidos en los numerales indicados, que puede ser responsabilidad por hecho de tercero y responsabilidad a causa de las cosas o de los animales; es de señalarse que esta sección solo resulta aplicable a los casos de responsabilidad civil que tengan como fuente el hecho ilícito, toda vez que dentro de la sección cuarta se determina con precisión quienes pueden ser responsables civilmente en caso de responsabilidad objetiva.

Sección tercera: De la reparación del daño y de los perjuicios

Se integra por los artículos 1401 al 1419 y dentro de ellos el Código Civil tlaxcalteca, tras haber definido a la responsabilidad civil, a los hechos que la originan y a las personas obligadas a ella, determina el alcance y contenido obligacional de la responsabilidad civil, haciéndolo de una forma clara y con un orden lógico, de tal suerte que dentro de la sección que nos ocupa son perfectamente distinguibles tres apartados:

-Definición del daño pecuniario y moral, así como de los perjuicios.

-Reglas para la apreciación de los daños y los perjuicios, y para determinar el monto de su indemnización, tanto en el caso de daños a bienes económico-objetivos, daños a las personas o daño moral.

-Reglas especiales para la responsabilidad civil que tiene lugar dentro del ámbito contractual, donde, partiendo de la base de que la fuente del daño o perjuicio es el hecho ilícito culpable de normas particulares, se distingue el momento en que nace la responsabilidad civil, se establecen las indemnizaciones compensatoria y moratoria, entre otros supuestos relativos a la obligación cuyo incumplimiento provocó daños alguno de los contratantes.

Sección cuarta: De la responsabilidad objetiva

La integran los artículos 1420 al 1424 y de ellos se destacan tres aspectos:

-Determina como sujetos responsables en caso de responsabilidad objetiva, al poseedor civil (originario) o al poseedor precario (derivado), que use por sí o por medio de un subordinado el instrumento o sustancia peligrosa con la que se causa el daño.

-Señala con claridad que el caso fortuito o la fuerza mayor no excluyen al responsable de reparar el daño causado.

-Previene un monto de la indemnización menor en el caso de daño a las personas, en relación con el monto que dicha indemnización representaría cuando su fuente fuere el hecho ilícito.

b) Sistematización de la figura jurídica del daño moral

El Código Civil tlaxcalteca, regula a la figura jurídica del daño moral dentro de la regulación sistemática de la responsabilidad civil, de tal suerte que el daño, moral en este caso, es un elemento sine qua non para que exista responsabilidad civil, por lo que el Código que nos ocupa no sistematiza la figura del daño moral en relación con la responsabilidad civil, de forma casi autónoma como lo hace nuestro Código de la materia.

Según lo analizamos con anterioridad, el Código Civil tlaxcalteca regula la figura de la responsabilidad civil atendiendo a los hechos que la originan, según las teorías subjetiva y objetiva de la responsabilidad, y en aplicación de la primera se da el tratamiento especial a los casos de daño producido por un hecho ilícito culposo y antijurídico de normas particulares.

En ese orden de ideas, las reglas generales para la reparación del daño y de los perjuicios contenidos en la sección tercera, son aplicables tanto a los casos de responsabilidad civil por hecho ilícito así como a la responsabilidad civil por riesgo creado, resultando que, al estar prevenidos dentro de dicha sección la definición del daño moral así como los lineamientos para estimar y apreciar el daño moral y su forma de reparación al tenor de los artículos 1402 y 1409, se contempla la posibilidad de que se configure la responsabilidad por daño moral tanto por hecho ilícito como por responsabilidad objetiva.

Lo antes señalado, se hace mas evidente si tomamos en cuenta que el Código tlaxcalteca no recurre a la infundada sistematización que se contiene en los artículos 1916 y 1916 bis de nuestro Código Civil, que criticamos ampliamente con anterioridad.

c) Reglamentación de aspectos relevantes en materia de daño moral

1.-Definición legal de daño moral

Se contempla dentro del artículo 1402 del ordenamiento legal que nos ocupa, mismo que a la letra dice:

"Art. 1402.-El daño puede ser también moral cuando el hecho ilícito perjudique a los componentes del patrimonio moral de la víctima.

Enunciativamente se consideran componentes del patrimonio moral, el afecto del titular del patrimonio moral por otras personas, su estimación por determinados bienes, el derecho al secreto de su vida privada, así como el honor, el decoro, el prestigio, la buena reputación y la cara y la integridad física de la persona misma" (26).

De la letra del artículo transcrito son de resaltarse dos aspectos : reconoce la existencia del patrimonio moral y

efectúa una relación enunciativa (que no limitativa) de los bienes que lo integran. Con lo anterior se obtiene en primer término una connotación amplia del daño moral: el perjuicio a los componentes del patrimonio moral; así como una connotación específica del mismo, que comprenderá, según el caso concreto, al componente o componentes del patrimonio moral directamente perjudicados, eso último, de forma enunciativa, de tal modo que no restringe la posibilidad de que sea considerado como daño reparable para efectos de responsabilidad civil, el provocado a algún componente del patrimonio moral que no se encuentre expresamente señalado dentro del artículo en comento.

Por otro lado, es de criticarse que circunscribe la definición legal del daño moral a la idea de que su fuente únicamente lo constituye el hecho ilícito.

En efecto, no obstante que de la sistematización de la responsabilidad civil, se obtiene que el daño moral también tiene como fuente al hecho lícito que causa un daño conforme a la teoría objetiva de la responsabilidad civil, es de criticarse que la definición legal contenida en el artículo 1402 determine al hecho ilícito como única fuente del daño moral, toda vez que resulta contrario a la sistematización integral de la responsabilidad civil.

2.-La forma de reparación del daño moral

El artículo 1404 del Código civil tlaxcalteca, previene que la reparación del daño será en naturaleza y cuando ello sea imposible en especie:

"Art. 1404.-La reparación del daño debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él, y cuando ello sea imposible, en el pago total de los daños y perjuicios de orden económico y moral" (27).

De lo anterior se sigue que, por regla general, el Código en comento acepta la posibilidad de que el daño moral sea reparado tanto en naturaleza como en equivalente, lo cual de suyo es ponderable.

3.-Bases para la fijación del monto de la indemnización

Las contiene el artículo 1409 en su párrafo primero, que a la letra dispone:

"Art. 1409.-El daño moral a que tengan derecho la víctima o sus beneficiarios será regulado por el juez en forma discrecional y prudente, tomando en cuenta los componentes lesionados del patrimonio moral, según la enunciación contenida en el segundo párrafo del artículo 1402. Si la lesión recayó sobre la integridad de la persona y el daño origina una lesión en la víctima, que no la imposibilite total o parcialmente para el trabajo, el juez fijará el importe del daño moral, tomando en cuenta si la parte lesionada es o no visible, así como el sexo, edad y condiciones de la persona" (28).

El precepto es criticable por varios aspectos, en principio los legisladores tlaxcaltecos no midieron la redacción con que comienza y consagraron que las personas tienen derecho al daño moral, lo cual resulta poco afortunado y muy confuso, pues las personas tienen derecho a ser indemnizadas por daño moral, pero nunca al daño moral en sí lo cual es aberrante.

Por otro lado, se determina que el juez tendrá la labor de regular en forma discrecional y prudente el daño moral (entiéndase que se refiere al monto de la indemnización), señalando para ello dos bases: una aplicable en lo general y la otra para el caso específico de daños a la integridad física de las personas, ambas poco afortunadas.

En efecto, en forma general el Juez para fijar el monto de la indemnización solo deberá atender al componente lesionado del patrimonio moral, sin sujetar su actividad a ningún otro lineamiento, por lo que su actuación podría carecer de elementos objetivos suficientes y resultar subjetiva. Así mismo, al determinar que en caso de daños a la integridad física de las personas, el Juez debe tomar en cuenta la visibilidad de la parte lesionada, así como el sexo, edad y condiciones de la víctima. Consideramos que con ello circunscribe las bases para la determinación del monto de la indemnización a criterios muy específicos que variarían en cada caso concreto.

4.-Elementos necesarios para la acción de reparación.

El Código Civil tlaxcalteca no determina ningún requisito especial para la procedencia de la acción de responsabilidad civil por daño moral. Al respecto, consideramos que atendiendo a la naturaleza del daño moral y a la forma objetiva en que debe ser apreciado, la víctima no

debe acreditar la intensidad del dolor sufrido, sino que el daño debe ser probado en forma objetiva demostrando la realidad del ataque a los derechos que integran el patrimonio moral.

La omisión de lo anterior dentro del Código que nos ocupa, deja dudas sobre la forma en que debe ser apreciado el daño moral para la procedencia de la acción para exigir válidamente su reparación, por lo cual, lo anterior se apunta como una crítica a la ley tlaxcalteca.

3.3.2 El Código Civil Vigente para el Estado de Quintana Roo

a) Sistematización de la responsabilidad civil en lo general

El Código Civil de Quintana Roo, contiene una sistematización de la responsabilidad civil un tanto menos afortunada que la del Código tlaxcalteca, pues no conjuga la teoría de la unidad de la culpa de la responsabilidad civil y regula la figura de "los ilícitos civiles" como fuente obligaciones, sin integrar las normas especiales relativas a la responsabilidad civil por hecho ilícito culposo de normas particulares dentro del mismo apartado, atendiendo por lo tanto únicamente a la responsabilidad civil extracontractual bajo el rubro antes indicado.

En efecto, dentro del capítulo cuarto, del título segundo, del libro primero, el Código Civil de Quintana Roo regula en tres secciones la responsabilidad civil extracontractual, según la teoría subjetiva de la responsabilidad y a partir del sujeto responsable, ya sea por hechos propios, por hechos ajenos o por causa de los bienes, de la siguiente forma:

sección primera: de la responsabilidad por hechos propios (Arts. 87-91)
 sección segunda: de la responsabilidad por hechos ajenos (Arts 92-103)
 sección tercera: de la responsabilidad por causa de los bienes (Arts 104-114)

Por lo anterior, consideramos que el Código que nos ocupa no aporta un método práctico para la sistematización de la responsabilidad civil, si bien es cierto que cuando menos sigue un método mas preciso que nuestro Código Civil.

No obstante lo anterior, es de resaltarse la concepción del ilícito civil que, para efectos de la responsabilidad, ofrece el artículo 87, que a la letra dispone:

"Art. 87.-Todo hecho del hombre, que no constituya delito, ejecutado por culpa o negligencia, sean estas simples o dolosas, que cause daño a otro en su persona o en sus bienes, obliga a su autor a la reparación del daño y a la indemnización de los perjuicios de acuerdo con las disposiciones de este código" (29).

Del precepto transcrito, se sigue que se entenderá como hecho ilícito para los efectos de la responsabilidad civil, el hecho del hombre doloso, culpable o negligente, que cause daño a otro. Con lo anterior se obtiene que de conformidad con la teoría subjetiva de la responsabilidad civil, el hecho dañoso debe ser cometido con culpa o negligencia, lo que consideramos un acierto legislativo, pues en el caso de nuestro Código, todo mundo sabe que el ilícito debe ser cometido con culpa, pero la ley no lo establece así.

Por otro lado, el Código Civil en comento determina en el capítulo quinto a "la responsabilidad objetiva o riesgo creado" y al efecto es interesante citar textual su artículo 115, que dispone lo siguiente:

"Art. 115.-Cuando una persona hace uso, como dueña o poseedora originaria, o derivada, de máquinas, calderas, substancias, mecanismos, instrumentos o aparatos peligrosos 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, están obligados a responder del daño que causen aunque no exista culpa o negligencia de su parte" (30).

Del precepto transcrito se observa que, siguiendo el concepto de hecho ilícito comprendido en el artículo 87, en la parte final determina que habrá responsabilidad aunque no exista culpa o negligencia del causante del daño, redacción con la que estamos del todo de acuerdo, pues conforme a la teoría objetiva de la responsabilidad, ésta se configura por razón del riesgo creado aún sin el elemento subjetivo de la culpa del causante del daño.

Con lo hasta aquí señalado queremos resaltar la importancia de que al hecho ilícito generador de una

29 Código Civil para el Estado de Quintana Roo; Porrúa, México, 1989, p.14.
30 Ibid., p.18.

responsabilidad civil, se le considere dentro del ordenamiento positivo como un hecho culpable, antijurídico y dañoso, esto es, integrado por los tres elementos que, según la teoría subjetiva de la responsabilidad civil, dan lugar a que esta se configure.

b) sistematización de la figura del daño moral

Al igual que en el caso del código tlaxcalteca, dentro del Código Civil de Quintana Roo la figura del daño moral se regula como un elemento para integrar la responsabilidad civil, con la salvedad de que en este caso no se integra el caso de la responsabilidad civil contractual, pues solo se contemplan los casos del ilícito extracontractual y de la responsabilidad objetiva.

En ese orden de ideas, el daño moral es regulado por el ordenamiento legal en estudio dentro de los artículos 131, 132 y 133, dentro del capítulo relativo a la cuantificación del daño. Debido al contenido de los numerales citados, estos serán objeto de análisis dentro del inciso c) de este apartado.

No obstante lo anterior, es de destacarse en el presente apartado, que el Código Civil de Quintana Roo consagra en sus artículos 666 al 676, la tutela de los derechos de la personalidad en tanto verdaderos derechos subjetivos y, una vez lo anterior, dentro de los artículos 677 y 678 previene la tutela de dichos derechos cuando han sido dañados, o sea, atiende a la relevancia jurídica de los derechos de la personalidad en el orden lógico que debe guardar, según lo apuntamos en el capítulo segundo de este trabajo. Por su relevancia conviene el análisis de lo antes comentado:

En primer término, el Código civil de Quintana Roo tutela a los derechos de la personalidad en tanto verdaderos derechos subjetivos, confiriendo a su titular el poder de oponerlos frente a cualquier tercero y constituyendo sobre la colectividad el deber jurídico de respetarlos en favor de su titular. Al respecto son de transcribirse los artículos 666, 667 y 668:

"Art. 666.-Los derechos de la personalidad son inalienables, imprescriptibles, irrenunciables, ingravables y pueden oponerse a toda persona sea autoridad o particular.

Art. 667.-Con relación a las personas físicas son ilícitos los hechos o actos que:

1. Dañen o puedan dañar la vida de ellas;
2. Restrinjan o puedan restringir, fuera de los casos permitidos por la ley, su libertad;
3. Afecten o puedan afectar la integridad física de las mismas;
4. Lastimen el afecto, cualquiera que sea la causa de éste, que tengan ellas por otras personas o por un bien.

Art. 668.-Toda persona tiene derecho a que se respete :

- 1.Su honor o reputación; y , en su caso, el título profesional que haya adquirido;
- 2.Su presencia estética;
- 3.El secreto epistolar, telefónico, profesional, testamentario y de su vida privada" (31).

De lo anterior se sigue que el Código Civil de Quintana Roo consagra a los derechos de la personalidad como verdaderos derechos subjetivos.

En ese mismo orden de ideas, los artículos siguientes regulan otras proyecciones psíquicas o físicas de la personalidad, tales como el derecho al secreto (Arts. 669 y 670), derecho a la identidad personal a través del nombre (Art. 671), derecho a la disposición parcial del cuerpo en beneficio de otra persona (Art. 672), derecho a la disposición parcial o total del cuerpo por vía testamentaria (Art. 673), derecho al respeto de la imagen de la persona (Art. 674) y derechos de convivencia (Art. 675).

Una vez consagrados y tutelados los derechos de la personalidad en tanto verdaderos derechos subjetivos, el Código Civil en comento tutela en forma suplementaria dichos derechos en beneficio de su titular cuando han sido dañados, según se desprende los artículos 677 y 678, que a continuación se transcriben:

"Art. 677.-La violación de los derechos de la personalidad puede producir daño moral y daño económico.

Art. 678.-La violación a los derechos de la personalidad, por actos de un particular o de una autoridad, es causa de responsabilidad civil tanto por lo que hace al daño moral como al económico, de acuerdo con lo dispuesto en este código, independientemente de cualquier otra sanción que corresponda al autor de la violación" (32).

31 Ibid., p.100.

32 Ibid., pp.101-102.

c) Reglamentación de aspectos relevantes en materia de daño moral

1.-Definición legal de daño moral

Se determina en el artículo 677 antes transcrito y se puede concretar como la violación de los derechos de la personalidad, lo cual a primera instancia podría parecer muy simple, pero es de tomarse en cuenta que para determinar al daño moral como la violación a un derecho, debe existir el derecho previamente reconocido en el ordenamiento legal, tal y como lo hace el Código de Quintana Roo con los derechos de la personalidad y considerando que esos derechos constituyen el objeto del daño moral, la definición para efectos legales es acertada.

2.-La forma de reparación del daño

En este apartado, el artículo 131 del ordenamiento legal que nos ocupa, solo previene la reparación en equivalente, al disponer a la letra lo siguiente:

"Art. 131.-Independientemente de los daños y perjuicios materiales, el juez puede acordar, en favor de la víctima o de sus beneficiarios si aquella muere, una indemnización equitativa, a título de reparación moral que pagará el responsable del hecho, sea este lícito o ilícito" (33).

Si el hecho de determinar como única forma de reparación del daño moral a la indemnización en equivalente es de suyo criticable, el artículo transcrito no podía ser mas desafortunado y resulta sorprendente que tras el tratamiento legislativo dado a los derechos de la personalidad, la forma que prescribe para reparar el daño moral sea tan retrógrada.

En efecto, como se aprecia, el numeral transcrito es casi una copia fiel del artículo 1916 de nuestro Código civil antes de la reforma que sufriera en 1982, por lo que las críticas efectuadas a dicho precepto, en tanto a que deja en forma potestativa a la autoridad judicial la posibilidad de condenar o no al pago de una indemnización por daño moral, cobran plena aplicación con el artículo 131 antes transcrito.

3.-Bases para la fijación del monto de la indemnización

Los artículos 132 y 133, determinan que el Juez deberá atender a los elementos lesionados del patrimonio moral así como a los recursos pecuniarios del "agente" y a la gravedad del perjuicio sufrido por la víctima. Además de lo anterior, para el caso específico del daño a la configuración y aspectos físicos, el Juez deberá tomar en cuenta la visibilidad de la lesión y la región del cuerpo en que se halle, así como el sexo, edad y actividad de la víctima.

4.-Elementos necesarios para la procedencia de la acción de reparación

El Código Civil de Quintana Roo no previene al respecto ningún elemento por lo que cobra aplicación en sus términos la crítica efectuada en este punto para el caso del Código Civil talxcalteca.

3.4 Propuesta de reformas en materia de daño moral al Código Civil vigente para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la en Materia Federal

3.4.1 Exposición de criterios y fundamentos

Para estar en condiciones de regular adecuadamente a la figura del daño moral en materia civil, resulta necesario que fijemos algunos postulados que fundamenten y den sentido al proyecto de reformas que se plantea en el siguiente apartado.

En ese orden de ideas, son de determinarse en primera instancia los lineamientos a partir de los cuales, sea posible efectuar una regulación sistemática de la responsabilidad civil dentro del Código sustantivo de la materia, para que una vez que contemos con el marco jurídico idóneo, podamos referirnos a los postulados que orienten la adecuada regulación del daño moral.

En la especie, ha quedado señalado que la regulación de la institución jurídica de la responsabilidad civil, adolece de una total falta de sistematización, siendo causa principal de la misma, que actualmente nuestro Código Civil aplica la tesis de la dualidad de la culpa, regulando por separado la obligación de reparar un daño originado por un hecho ilícito, y por otro lado, imponer la necesidad de responder por los daños y perjuicios originados por el incumplimiento de una obligación contractual, con la problemática que ello implica para el estudio y aplicación de la institución jurídica en comento.

Al respecto, partiendo de la base de que en ambos supuestos, la obligación de reparar los daños y perjuicios causados tienen como fuente al hecho ilícito culpable, y que la aparente dualidad de culpas se refiere mas bien al grado de antijuricidad de la conducta dañosa, es de considerarse la imperiosa necesidad de que en nuestro Código Civil se implemente un título en el que se consagre expresamente la regulación de la institución jurídica de la responsabilidad civil, dentro del cual se determinen con precisión los siguientes aspectos:

a) Definición legal de la responsabilidad civil, así como de los hechos o actos que pueden dar lugar a ella, atendiendo para esto último a lo prevenido por las teorías subjetiva y objetiva de la responsabilidad.

b) Determinación del sujeto responsable, cuando esa responsabilidad le sobrevenga por hechos propios, o bien, cuando la ley le haga responder por el daño causado por terceros o por causa de las cosas.

c) Precisión del supuesto general en virtud del cual se configure la responsabilidad civil, a cargo de la persona que causó el daño actuando de una forma lícita, así como la determinación de los sujetos obligados a la reparación del daño en caso de responsabilidad objetiva.

d) Determinación del alcance y contenido obligacional de la responsabilidad civil, para lo cual, dentro de un orden lógico, deben distinguirse los siguientes aspectos:

-Definición del daño pecuniario y moral, así como de los perjuicios.

-Reglas generales para la apreciación de los daños y de los perjuicios, para determinar las formas de reparación y para fijar el monto de su indemnización.

-Reglas especiales para la responsabilidad civil cuya fuente sea el ilícito culpable, antijurídico de normas de carácter particular, distinguiéndose al efecto el momento en que nace la responsabilidad civil, según la clase de la obligación que se incumplió, y estableciendo las indemnizaciones moratoria y compensatoria.

En el siguiente apartado, se propondrá un proyecto de reformas a nuestro Código Civil, consistente en la creación de un título denominado: De la responsabilidad civil, integrado por cuatro secciones, dentro de las cuales pretendemos ofrecer una adecuada sistematización para regular a la responsabilidad civil, atendiendo para ello a los lineamientos y postulados antes expuestos.

Ahora bien, dentro del marco jurídico planteado con anterioridad, en la propuesta de reformas de referencia, pretendemos integrar la regulación de la figura del daño moral, como consideramos debe ser regulada, esto es, como un elemento de la responsabilidad civil, persiguiendo con ello suprimir la "sistematización" que de dicha figura efectúa actualmente nuestro Código Civil.

Integrada adecuadamente la figura del daño moral a la institución de la responsabilidad civil, atenderemos a los aspectos de fondo que consideramos indispensables para prevenir dentro de la regulación de dicha figura jurídica, consistiendo en los siguientes:

-Definición de daño moral.

-Consagración del patrimonio moral de las personas y de los bienes que lo integran, esto último de manera enunciativa, de tal modo que en el caso concreto, pueda ser efectivamente aplicada la analogía de bienes en cuanto a su conculcación.

-Determinación de las formas de reparación del daño moral, previniéndose la reparación en naturaleza cuando ello sea posible, así como la reparación en equivalente mediante una indemnización en dinero.

-Bases para la fijación del monto de la indemnización, siguiendo para ello los lineamientos que actualmente previene nuestro Código Civil, mismas que con anterioridad hemos considerado bastante afortunadas.

-Fijación de la necesidad de acreditar de una manera objetiva, el ataque real a los derechos de la personalidad, como único elemento necesario para la procedencia de la acción, eliminando la nefasta condicionante que actualmente contempla nuestro Código Civil, de acreditar la ilicitud de

la conducta del demandado, misma que como hemos señalado, hace nugatoria la posibilidad de accionar precedentemente por daño moral, cuando la fuente de éste sea la conducta lícita del demandado según la teoría del riesgo creado.

Los criterios y fundamentos antes señalados, motivan el desarrollo de la propuesta de reformas que enseguida se expone, misma que se elabora con el firme propósito de ser centro de críticas que orienten su perfeccionamiento, con ello habrá logrado gran parte de su objetivo.

3.4.2 Proyecto de reformas

TITULO: DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

SECCION I: REGLAS GENERALES

Art. 1.-Cuando un hecho cause daños y perjuicios a una persona, y la ley imponga al autor de este hecho o a otra persona distinta la obligación de reparar esos daños y perjuicios, hay responsabilidad civil.

Los daños y perjuicios pueden provenir de un hecho ilícito, según se dispone en este título o de un hecho lícito, siendo aplicable en este segundo caso, lo establecido en los artículos 25 y 26 del mismo.

Art. 2.-Solo la responsabilidad civil proveniente del incumplimiento de un contrato puede regularse por las partes al momento de celebrarlo.

La responsabilidad civil proveniente de los demás hechos ilícitos y la responsabilidad objetiva, puede ser regulada por los interesados después de haberse realizado los daños y perjuicios.

Art. 3.-Todo hecho del Hombre ejecutado con dolo, culpa o negligencia, que cause un daño a otro en su persona o en sus bienes, obliga a su autor a reparar los daños y perjuicios causados, a menos que demuestre que estos se produjeron como consecuencia de culpa o negligencia grave e inexcusable de la víctima.

Esta responsabilidad puede ser a cargo de una persona que no sea la autora del hecho ilícito, en los casos en que así lo dispone el presente título.

Art. 4.-Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, quien ejercitó el derecho tiene obligación de indemnizar al dañado, siempre que se demuestre que el derecho fue ejercitado con el propósito directo de causar el daño y sin utilidad para el titular del derecho.

Art. 5.-El incapaz que cause daño debe repararlo, salvo que la responsabilidad recaiga en las personas de él encargadas, conforme a lo dispuesto en los artículos 9, 10, 11 y 12 del presente Código.

Art. 6.-Las personas que han causado en común un daño, son responsables solidariamente hacia la víctima por las reparaciones del mismo, según las disposiciones de este título.

Art. 7.-Las disposiciones contenidas en este título se observarán en todos los casos que no estén comprendidos en algún precepto de este Código.

SECCION II:
DE LA RESPONSABILIDAD POR HECHOS
AJENOS Y POR CAUSA DE LAS COSAS

Art. 8.-Las personas morales son responsables de los daños y perjuicios que causen sus representantes legales en el ejercicio de sus funciones.

Art. 9.-Los que ejerzan la patria potestad tienen obligación de responder por los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos.

Art. 10.-Cesa la responsabilidad a que se refiere el artículo anterior, cuando los menores ejecuten los actos que dan origen a ella, encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios, talleres, etc., pues entonces esas personas asumirán la responsabilidad de que se trata.

Art. 11.-Lo dispuesto en los dos artículos anteriores es aplicable a los tutores, respecto de los incapacitados que tienen bajo su cuidado.

Art. 12.-Ni los padres ni los tutores tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia, si probaren que les ha sido imposible evitarlos. Esta imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si aparece que ellos no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados.

Art. 13.-Los maestros artesanos son responsables de los daños y perjuicios causados por sus operarios en la ejecución de los trabajos que les encomienden. En este caso se aplicará también lo dispuesto en el artículo anterior.

Art. 14.-Los patrones y los dueños de establecimientos mercantiles están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus obreros o dependientes, en el ejercicio de sus funciones. Esta responsabilidad cesa si se demuestra que en la comisión del daño no se les puede imputar ninguna culpa o negligencia.

Art. 15.-Los jefes de casa o los dueños de hoteles o casas de hospedaje están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus sirvientes en el ejercicio de su encargo.

Art. 16.-En los caso previstos en los artículos 13, 14 y 15 el que sufra el daño puede exigir la reparación directamente del responsable, en los términos de este capítulo.

Art. 17.-El que paga el daño causado por sus sirvientes, empleados u operarios, puede repetir de ellos lo que hubiere pagado.

Art. 18.-El Estado tiene obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria, y solo podrá hacerse efectiva contra el Estado, cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes o, los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado.

Art. 19.-El dueño de un animal pagará el daño causado por éste, si no probare alguna de estas circunstancias:

- I. Que lo guardaba y vigilaba con el cuidado necesario;
- II. Que el animal fue provocado;
- III. Que hubo imprudencia por parte del ofendido;
- IV. Que el hecho resulte de caso fortuito o fuerza mayor.

Art. 20.-Si el animal que hubiere causado el daño fuere excitado por un tercero, la responsabilidad es de éste y no del dueño del animal.

Art. 21.-El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten por la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviene por falta de reparaciones necesarias o por vicios de construcción.

Art. 22.-Los daños causado por el estado o naturaleza de los bienes y que se deban a falta de vigilancia, cuidado o negligencia, deben ser reparados por el propietario o poseedor civil de esos bienes.

Art. 23.-Tratándose de bienes muebles o inmuebles, cuya utilización se haga por un poseedor precario a título de usufructo, uso, arrendamiento, comodato, depósito, mandato, prenda u otro título análogo, será dicho poseedor el que responda por los daños causados por los citados bienes siempre y cuando haya culpa o negligencia de su parte. si el daño supone culpa o negligencia del propietario o poseedor civil éste será el responsable.

Art. 24.-Los jefes de familia que habiten una casa o parte de ella, son responsables de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma.

SECCION III: DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Art. 25.-Cuando una persona utilice como poseedor civil o precario, por sí o por medio de un subordinado, mecanismos, instrumentos, aparatos, substancias o bienes peligrosos 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, esta obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente o no exista culpa de su parte, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Art. 26.-Los propietarios o poseedores civiles o precarios, de bienes muebles o in muebles, responderán de los daños que causen:

- I. Por el humo o gases que sean nocivos a las personas o a las propiedades;
- II. Por la caída de sus árboles;
- III. Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes;
- IV. Por los depósitos de agua que humedezcan la pared del vecino o derramen sobre la propiedad de éste;
- V. Por la aglomeración de materias o animales que resulte nociva para la salud.

**SECCION IV:
DE LA REPARACION DEL DAÑO Y LOS PERJUICIOS**

Art. 27.-Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la realización del hecho que la ley considera fuente de la responsabilidad.

Se reputa perjuicio a la privación de cualquier ganancia lícita que se habría obtenido de no haberse realizado el hecho considerado por la ley como fuente de la responsabilidad.

Art. 28.-El daño moral tendrá lugar cuando a través de alguno de los hechos previstos en el segundo párrafo del artículo 1 que antecede, se produzca un ataque real que provoque un detrimento a los bienes que integran el patrimonio moral de la víctima.

Enunciativamente se consideran componentes del patrimonio moral de las personas sus afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien, la consideración que de ella tienen los demás.

Art. 29.-Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa del hecho origen de la responsabilidad, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.

Art. 30.-La reparación del daño debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él, y cuando ello sea imposible, en el pago total de los daños y perjuicios de orden económico y moral.

Art. 31.-Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte o incapacidad total permanente, la indemnización de orden económico consistirá en el pago de una cantidad de dinero equivalente a mil cien días del salario, sueldo o utilidad que percibía la víctima. Cuando esos ingresos divididos en forma diaria excedan del cuádruplo del salario mínimo diario mas alto que este en vigor en la región, no se tomará en cuenta el excedente para fijar el monto de la indemnización.

Si no fuere posible determinar dicho sueldo, salario o utilidad, estos serán calculados por peritos quienes deberán tomar en cuenta las capacidades y aptitudes de la víctima en relación con su profesión, oficio, trabajo o índole de la actividad.

Si los peritos carecieren de bases suficientes para fijar su consideración, o bien, si la víctima no disfrutare de sueldo, salario, o no desarrollare actividad alguna, la indemnización se calculará sobre la base del salario mínimo general vigente en el lugar en que se realice el daño.

La indemnización señalada en el presente artículo, corresponderá a la víctima si el daño produjo incapacidad total permanente. Si el daño produjo la muerte de la víctima, la indemnización corresponderá a sus herederos.

Art. 32.-Si el daño causado a las personas origina incapacidad para trabajar sea parcial permanente, total temporal o parcial temporal, la indemnización será fijada por el Juez según las reglas especificadas en el artículo anterior, debiendo determinarse por peritos el tiempo y gravedad de la incapacidad. La indemnización prevenida en el presente artículo de ningún modo podrá exceder a la correspondiente para el caso de muerte.

Art. 33.-Ademas de la indemnización por causa de muerte o incapacidad para el trabajo, deben pagarse a la víctima o a quien los haya efectuado, los gastos médicos y de medicinas realizados con motivo del daño.

Deben pagarse también, en su caso, a quien los haya efectuado los gastos funerarios, los cuales deben estar en relación con las posibilidades que hubiese tenido la víctima.

Art. 34.-La indemnización por el daño moral sufrido, será independiente a la del daño de carácter económico que, en su caso, se hubiere provocado, y su monto será determinado por el Juez tras haber valorado y considerado 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, con cargo al responsable y sin perjuicio del pago de la indemnización a que corresponda condenarlo, 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 sido difundido en 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. 35.-En todo caso, quien demande la reparación del daño moral, deberá acreditar la realidad del ataque a los componentes del patrimonio moral, que alegue fueron dañados en forma directa por la conducta del demandado.

La acción de reparación a que se refiere este artículo, no es transferible a terceros por acto entre vivos y solo pasará a los herederos de la víctima cuando esta hubiere intentado la acción en vida.

Art. 36.-Cuando el daño se cause a un bien corpóreo y éste se ha perdido, o ha sufrido un deterioro tan grave, que a juicio de peritos, no puede emplearse en el uso a que naturalmente este destinado, el dueño o el poseedor de él, debe ser indemnizado de todo el valor del bien.

Si el deterioro es menos grave, el responsable abonará al dueño o al poseedor el importe del deterioro.

Art. 37.-El precio del bien deberá ser el que tenía al tiempo de haberse perdido o de haber sufrido el deterioro grave a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior.

Al estimarse el valor de un bien no solo se atenderá a la disminución que se causó en su precio, sino también a los gastos que exija su reparación.

Art. 38.-Para fijar el valor y el deterioro de un bien, no se tomará en cuenta la estimación o afecto que su dueño guardaba para con él, pero si con la destrucción o deterioro del bien se causa un daño moral a su propietario, éste deberá ser reparado según lo dispuesto en el artículo 34 que antecede.

Art. 39.-Es causa de responsabilidad el solo incumplimiento de un contrato, sin necesidad de que el acreedor demuestre culpa o negligencia del deudor, salvo que la ley requiera una determinada culpa en cierto grado.

La responsabilidad de que se trata, además de importar la devolución del bien o de su precio, importará la reparación de los daños y perjuicios.

La responsabilidad proveniente de dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de hacerla efectiva es nula.

Art. 40.-El contratante que no cumpla el contrato sea en la substancia o en el modo, será responsable de los daños y perjuicios que cause al otro contratante, a no ser que el incumplimiento provenga del hecho de éste o se deba a caso fortuito o fuerza mayor.

Art. 41.-La indemnización por el daño sufrido por el incumplimiento de un contrato será compensatoria o moratoria.

La indemnización compensatoria procederá cuando no se obtenga el cumplimiento de la obligación, y substituirá a dicho cumplimiento. Su importe comprenderá el valor del objeto de la obligación mas los daños y perjuicios causados directamente por el incumplimiento.

La indemnización moratoria comprende los daños y perjuicios originados por el retardo en el cumplimiento de la obligación.

Art. 42.-El que a virtud de un contrato estuviere obligado a prestar un bien o un hecho y dejare de prestarlos o no los prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes:

I. Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de este;

II. Si la responsabilidad no dependiere de plazo cierto, correrá la responsabilidad desde el día en que fuere interpelado;

III. El que contravenga una obligación de no hacer pagará los daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención;

IV. En las obligaciones recíprocas ninguno de los contratantes incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente la obligación que le corresponda.

Art. 43.-En las obligaciones contractuales de dar, el precio del bien perdido o gravemente deteriorado, será el que tenía al momento en que debió entregarse al acreedor.

Art. 44.-Si el pago consiste en el pago de alguna cantidad de dinero, los daños y perjuicios que resultaren de la falta de cumplimiento, salvo convenio en contrario, no podrán exceder del interés legal, que se fija al nueve por ciento anual.

Art. 45.-Cuando los daños y perjuicios sean reparables por un tercero, el acreedor podrá mandarlos a reparar a costa del deudor, si éste no iniciare la obra dentro de los veinte días siguientes al en que fuere interpelado para ello. En este caso el deudor pagará al acreedor como pena legal una cantidad prudentemente fijada por el Juez, misma que no podrá ser menor del veinte por ciento ni superior del cien por ciento del importe de la reparación.

Art. 46.-La acción para exigir la reparación de los daños causados en los términos del presente título, prescribe en dos años contados a partir del día en que se haya causado el daño.

CAPITULO IV

LA ACCION PARA EXIGIR LA REPARACION DEL DAÑO MORAL EN EL DISTRITO FEDERAL

La reparación del daño (pecuniario o moral), en principio, puede tener lugar cuando el sujeto responsable da cumplimiento a ello en forma voluntaria. En efecto, el sujeto responsable podrá reparar el daño causado dando cumplimiento a las estipulaciones que, en su caso, hubiesen sido previamente convenidas en relación con la reparación, dentro del contrato cuyo incumplimiento originó el daño (en caso de responsabilidad civil en el ámbito contractual), o bien, según lo que las partes hubiesen convenido una vez que se produjo el daño (en caso de responsabilidad civil en el ámbito extracontractual).

No obstante lo anterior, en otras ocasiones el causante del daño no da cumplimiento en forma voluntaria a la reparación del mismo, en tal caso la víctima del daño podrá ejercitar una acción procesal en contra del responsable. Conforme a este segundo supuesto, dentro del presente capítulo analizaremos la acción procesal que la víctima del daño moral puede intentar para obtener la reparación del mismo, al tenor de las disposiciones aplicables en materia civil para el Distrito Federal.

4.1 Concepto, naturaleza jurídica y elementos formales de la acción procesal

Para estar en aptitudes de abordar el tema objeto del presente capítulo, resulta necesario que precisemos los puntos fundamentales de la acción procesal y en ese sentido nos ayudaremos de las opiniones doctrinarias que consideramos mas acertadas para el presente subtema.

a) Concepto

Sin duda la palabra acción encuentra un amplio campo de aplicación en diferentes ciencias tanto en las exactas como en las sociales, ya que en una primera acepción nos sugiere la idea de movimiento o posibilidad dinámica de un ser. Dentro de la Ciencia del Derecho y en especial dentro de la rama del derecho procesal, se determinan los parámetros sobre los que se comprende el sentido y alcance de la acción procesal y al efecto el maestro Arellano García señala lo siguiente:

En la acción procesal interesa la conducta dinámica de una persona física o moral, que originará la actuación del órgano con potestad para el desempeño de la función jurisdiccional respecto de otro sujeto que habrá de adoptar a su vez, una conducta de aceptación total o parcial, o bien de rechazo también total o parcial, y también de pasividad (1).

Dentro del amplio margen que implican los lineamientos antes expuestos, es conveniente mencionar el concepto de acción procesal propuesto por el maestro Becerra Bautista:

La acción es un derecho subjetivo procesal, distinto del derecho sustancial hecho valer, consistente en la facultad de pedir de los órganos jurisdiccionales su intervención para la aplicación vinculativa de una norma abstracta a un caso concreto (2).

La definición del maestro Becerra Bautista determina a la acción procesal como un derecho subjetivo, lo cual es exacto según veremos al analizar su naturaleza, sin embargo, el concepto resulta poco concreto y deja a un lado elementos importantes que integran a la acción procesal. Por lo anterior y para los efectos que nos ocupan, consideramos conveniente citar el concepto de acción procesal propuesto por el maestro Arellano García:

La acción es el derecho subjetivo de que goza una persona física o moral para acudir ante un órgano del Estado o un órgano arbitral a exigir el desempeño de la

1 CARLOS ARELLANO GARCÍA: Teoría General del Proceso; 2a. ed., Porrúa, México, 1984, p.239.

2 JOSE BECERRA BAUTISTA: Instituciones de Derecho Procesal Civil; 2a. ed., Porrúa, México, 1978, p.157.

función jurisdiccional para obtener la tutela de un presunto derecho material, presuntamente violado por la persona física o moral presuntamente obligada a respetar ese derecho material (3).

La anterior definición distingue elementos importantes que conviene precisar:

-Determina a la acción como el derecho subjetivo de que goza la persona, independientemente de que lo ejercite.

-Con el derecho subjetivo de la acción procesal se pretende tutelar un derecho material violado, o presuntamente violado en perjuicio de su titular.

b) Naturaleza jurídica

Precisar la naturaleza jurídica de la acción procesal, configura un problema de apreciación, en función del punto de vista que cada autor vierte al respecto exaltando algún aspecto en particular de la acción procesal para determinar su naturaleza jurídica. Por lo anterior, nos limitaremos a apuntar algunos aspectos que el maestro Arellano García (4) considera de mayor relevancia para determinar la naturaleza jurídica de la acción procesal:

-El derecho de acción no es el mismo derecho sustantivo o material en movimiento. Se trata de dos derechos diferentes.

-El derecho de acción no puede prescindir del derecho material o sustantivo, pues es objeto de la acción pretender, mediante el desempeño de la función jurisdiccional, la obtención de la tutela de ese derecho sustantivo o material.

-El derecho de acción no es la prerrogativa a la sentencia favorable, pero sí es la facultad que conduce a todo el procedimiento jurisdiccional hasta la sentencia y aún, en su caso, hasta la ejecución forzada de lo fallado.

- El derecho de acción sin duda elimina la violencia entre los particulares.

3 C. ARELLANO GARCÍA: Op. cit., p.246.

4 Cfr. ibid., p. 257-258.

-El derecho de acción tiene un titular aunque éste no lo ejercite, ya que tiene la facultad de hacerlo o no, pero si no lo hace puede prescribir o caducar.

De lo anterior, podemos concluir que el derecho subjetivo de acción procesal, es una facultad reconocida a las personas para que acudan ante el órgano jurisdiccional, a efecto de que éste desarrolle materialmente la función jurisdiccional, con lo que se obtiene, en el ejercicio de la acción, la tutela de un derecho que ha sido presuntamente violado en perjuicio de su titular.

c) Elementos formales de la acción

La acción, al ser ejercitada, se integra de elementos formales que permiten su identificación. El maestro Eduardo Pallares(5), señala que toda acción se integra de los siguientes elementos:

- I Persona que ejercita la acción
- II Persona contra quien se ejercita
- III Objeto de la acción, o sea, lo que el actor demanda
- IV Causa jurídica o título de la acción
- V La clase a la que pertenece la acción.

La enumeración efectuada por el maestro Pallares no toma en consideración al órgano jurisdiccional en tanto sujeto de la relación jurídico procesal y, por otro lado, consideramos que el quinto elemento enunciado no es un elemento formal de las acciones, sino que la clase a la que pertenece la acción se determinará precisamente del contenido de los otros cuatro elementos mencionados.

Conforme a lo anterior estimamos conveniente que, siguiendo al maestro Arellano García (6), nos refiramos a cada uno de los elementos formales que integran la acción procesal al ser ejercitada, mismos que se concretan en tres: los sujetos, la causa y el objeto de la acción.

Los sujetos de la acción:

-El titular de la acción (actor o demandante) quien acude ante el órgano jurisdiccional a reclamar la prestación de la función jurisdiccional, con la pretensión de obtener una conducta forzada determinada en el demandado.

5 EDUARDO PALLARES: Tratado de las Acciones Cíviles; 4a. ed., Porrúa. México, 1981, p.81.

6 Cfr. C. ARELLANO GARCIA: Op. cit., pp.262-263.

-El órgano jurisdiccional, ya sea arbitral o estatal, con facultades para decir el derecho, que habrá de resolver la cuestión controvertida que le ha sido sometida.

-El demandado, como sujeto pasivo de la acción que soportará los efectos de la acción intentada por el actor.

La causa de la acción:

Se integra de un presunto derecho sustantivo o material y de una presunta conculcación del mismo.

El objeto de la acción:

Esta constituido por la prestación o prestaciones que se reclaman por el actor del demandado y se puede señalar que existe un objeto inmediato y otro mediato, el primero consistirá en que el órgano jurisdiccional lleve a cabo su función y el segundo consistirá en que dicha función ajuste al demandado a la conducta pretendida por el actor.

4.2 Aspectos generales en cuanto a la acción para exigir la reparación del daño moral

En el presente apartado señalaremos cuatro puntos que resultan fundamentales determinar, para que la víctima de daño moral ejercite válidamente la acción para obtener la reparación del daño. Los puntos a tratar los hemos enunciado como "aspectos generales" en atención a que salvo algunas consideraciones relativas al órgano jurisdiccional competente, los criterios jurídicos aplicables a cada punto no son exclusivos para reclamar la reparación del daño moral, sino que son aplicables tanto para ese supuesto, como para el caso de los daños económico-objetivos, es decir, resultan aplicables para intentar una acción de responsabilidad civil cualquiera que sea la naturaleza del daño.

a) Clase de acción a ejercitarse

Dentro del capítulo I "De las acciones", del título primero del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se regula lo relativo a las acciones civiles atendiendo a los elementos formales de éstas, o sea, atendiendo al sujeto a quien corresponde su ejercicio y al sujeto pasivo de la misma, el objeto y la causa de la acción. Conforme a lo anterior y para los efectos del presente apartado apuntaremos que las acciones pueden ser

declarativas o constitutivas de un derecho y de condena, así mismo, pueden ser reales, personales o de estado civil y, por último, algunas acciones se encuentran nominadas y otras no dentro de la ley adjetiva.

En el caso concreto de la acción para exigir la reparación del daño moral, según lo dispuesto en nuestro Código de Procedimientos Civiles, se trata de una acción personal y de condena. A reserva de que dentro del análisis que efectuaremos en el siguiente subtema, abundaremos en relación con la causa y el objeto de la acción para exigir la reparación del daño moral, es conveniente que argumentemos la clasificación antes enunciada:

Se trata de una acción de carácter personal en virtud de que la propia naturaleza del contenido obligacional de la responsabilidad civil configura una obligación de carácter personal a cargo del responsable del daño, misma que consiste precisamente en la reparación del daño. En efecto de lo anterior, es de citarse el artículo 25 del ordenamiento legal antes invocado:

"Art.25 Las acciones personales se deducirán para exigir el cumplimiento de una obligación personal, ya sea de dar, de hacer o de no hacer determinado acto".

En la especie, el cumplimiento de la obligación que se exige se traducirá en un hacer: reparar el daño.

Por otra parte, la acción que nos ocupa es de condena en razón de que con la misma se pretende que el responsable del daño sea condenado por el órgano jurisdiccional al cumplimiento de la obligación exigida. Sin intentar aclarar lo anterior por la vía de la exclusión, es conveniente manifestar que no se trata de que el órgano jurisdiccional, tras el proceso respectivo, declare la existencia del derecho de crédito indemnizatorio a favor de la víctima del daño, ni tampoco que éste se constituya tras el proceso respectivo, ya que el derecho le asiste a la víctima desde el momento mismo en que se produjo el daño y en esa virtud, el proceso que derive del ejercicio de la acción, consistirá en determinar la procedencia y fundamento del derecho a ser indemnizado, resultando que en caso de que la víctima del daño acredite esos extremos, el órgano jurisdiccional se limitará a condenar al responsable del daño al cumplimiento de la reparación.

Concretaremos lo anterior señalando que, atendiendo al objeto de la acción, el interés de la víctima del daño moral será que la autoridad jurisdiccional condene al responsable al cumplimiento forzoso de la reparación del daño, respecto

de lo cual es de aplicarse lo dispuesto en el primer párrafo del artículo primero del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que a la letra dispone:

"Art. 1 Solo puede iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él , quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena y quien tenga el interés contrario".

Para concluir el presente apartado, mencionaremos que la acción que nos ocupa no se encuentra nominada dentro de nuestro derecho positivo civil, por lo cual, para el ejercicio de la misma es aplicable lo dispuesto en el artículo 2 del ordenamiento legal invocado:

"Art. 2 La acción procede en juicio, aún cuando no se exprese su nombre, con tal de que se determine con claridad la clase de prestación que se exija del demandado y el título o causa de la acción".

Del precepto transcrito, por un lado, se hace evidente lo relevante que resulta conocer la clase de prestación que se exige (objeto de la acción) y el título o causa de la misma, puntos que en materia de daño moral abordaremos en el siguiente subtema, y por otro lado, no obstante la dispensa para señalar el nombre de la acción que se ejercita en el caso que nos ocupa, es de señalarse que nuestra legislación civil no define el nombre de la misma, en virtud de la falta de sistematización de la figura de la responsabilidad civil que ya hemos criticado en el capítulo anterior, por lo que a pesar de que conforme a la ley vigente la acción que nos ocupa sea inominada y así deba ser ejercitada, la misma no es otra que la acción de responsabilidad civil.

b) Órgano jurisdiccional competente

La acción para exigir la reparación del daño moral deberá ser ejercitada ante los Jueces en materia civil del Fuero Común, o del Fuero Federal en caso de que el responsable del daño lo fuere un Funcionario del Estado, atento a la responsabilidad subsidiaria del Estado establecida en el artículo 1916 segundo párrafo, en relación con el artículo 1928 de nuestro Código Civil.

1) Competencia territorial y por cuantía de los Jueces civiles del Fuero Común del Distrito Federal

En cuanto a la competencia territorial, por tratarse de una acción personal, será competente el Juez del domicilio

del demandado, atento a lo dispuesto por el artículo 156, fracción IV del Código de Procedimientos Civiles:

"Art. 156 Es Juez competente:

IV El del domicilio del demandado, si se trata del ejercicio de una acción sobre bienes muebles, o de acciones personales o de estado civil.

Cuando sean varios los demandados y tuvieren diversos domicilios, será competente el juez que se encuentre en turno del domicilio que escoja el actor".

De lo anterior se sigue que por cuestión territorial, serán competentes los jueces en Materia civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, solo cuando el demandado o alguno de los demandados tuvieren su domicilio dentro del Distrito Federal.

Como comentario al calce, considero que nuestra ley adjetiva civil, para el caso responsabilidad civil, debería establecer la posibilidad alternativa a decisión del actor, para ejercitar la acción respectiva tanto ante el Juez competente del domicilio del demandado, como ante el juez competente del lugar donde aconteció el hecho que dio origen al daño, con lo cual se haría mas accesible la impartición de justicia por lo que hace a la persona de la víctima.

En relación a la competencia por cuantía, según los artículos 54 fracción II y 97 fracción I de la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal, serán competentes para conocer de negocios de jurisdicción contenciosa, los jueces de lo civil de primera instancia en los asuntos cuyo valor sea superior a 183 veces el salario mínimo diario general vigente en el Distrito Federal y serán competentes los jueces de paz en materia civil en asuntos cuya cuantía no exceda de la cantidad antes indicada.

En el caso de responsabilidad civil por daño económico objetivo, el asunto de competencia por cuantía no implica mayor dificultad, pues en el escrito de demanda el actor podrá señalar el valor del bien dañado, o bien, la cantidad que a título de daños y perjuicios pretende como indemnización, con lo cual y bajo los parámetros antes señalados, podrá determinarse la competencia por cuantía para los jueces de primera instancia o de los de paz, según corresponda al caso concreto.

En materia de daño moral la cuestión merece de análisis, pues recordemos que según la naturaleza del daño éste no es valuable en dinero, por lo que el actor no cuenta en principio con elementos para fijar una cantidad determinada a título de indemnización y por que, a mayor abundamiento, el monto de la indemnización será fijado por el Juez conforme a la ley. Al respecto el maestro Salvador Ochoa enfatiza la problemática que surge en el caso de demandas por cuantía indeterminada, al señalar que es el supuesto que con mayor frecuencia se presenta en el caso de demandas por daño moral, mismas que por su naturaleza, al momento de presentar la demanda su cuantía no puede ser determinada por el actor (7).

En razón de la problemática particular que revisten las demandas por daño moral debido a su cuantía indeterminada, el propio Salvador Ochoa (8) propone dos formas de provocar la competencia de los jueces de primera instancia, mismas que a continuación exponemos en los siguientes términos:

-De manera propositiva y provisional, pedir el pago de una determinada cantidad de dinero a título de indemnización, sin perjuicio de que conforme a lo dispuesto por el cuarto párrafo del artículo 1916 del Código Civil, el propio Juez en el momento procesal oportuno ajuste el monto de la indemnización a que proceda condenar.

-En caso de que el daño moral hubiese provocado daños pecuniarios indirectos, se puede precisar la suma de dinero que por éste concepto se reclama, sin perjuicio de que durante la secuela procesal dicha suma se incremente.

Ambos supuestos resultan muy adecuados, pues por un lado, se prevé la posibilidad de que la parte actora proponga el monto de la indemnización a que cree tener derecho a título de reparación del daño moral sufrido y por otro lado, en caso de que se hubiesen producido daños pecuniarios indirectos, se señalaría en la demanda el monto de los mismos, sin perjuicio de la indemnización relativa al daño moral en sí.

2) Competencia de los Jueces civiles del Fuero Federal

Al inicio del presente apartado señalamos que la acción para exigir la reparación del daño moral correspondía al Juez en materia civil del Fuero Federal, para el caso de que

7 Cfr. S. OCHOA OLVERA: Op. cit., p.100.

8 Cfr. ibid., p.101.

el responsable del daño lo fuere un funcionario del Estado, conforme a la responsabilidad subsidiaria del Estado establecida en el artículo 1916 en relación con el 1928, ambos de nuestro Código Civil.

Conforme a lo anterior, precisemos en principio que la autoridad jurisdiccional competente en materia federal para el caso que nos ocupa, lo son los Jueces de Distrito en materia civil, según lo dispuesto por el artículo 54, fracción cuarta de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que a la letra dispone:

"Art. 54 Los Jueces de Distrito en materia civil conocerán:

IV de las controversias en que la federación, fuere parte, salvo lo dispuesto en la fracción V del artículo 11 de esta ley, en cuyo caso el Juez de autos, de oficio o a petición fundada de cualquiera de las partes, enviará el expediente al pleno de la corte".

De lo anterior se sigue, que al ser demandado un funcionario del estado por daño moral y también sea demandado el Estado por la responsabilidad subsidiaria que previene el artículo 1928 del Código Civil, resulta que, por ser parte de la controversia el Estado, el asunto corresponde al conocimiento del Poder Judicial de la Federación y en especial al de un Juez de Distrito.

Por lo que hace a la competencia territorial de un Juez de Distrito, en virtud de que la acción que nos ocupa es de carácter personal, la misma deberá ser ejercitada ante el Juez de Distrito competente en el domicilio del demandado, según lo establecido en el artículo 24, fracción IV del Código Federal de Procedimientos Civiles, que a la letra dispone:

"Art. 24 Por razón de territorio es tribunal competente:

IV El del domicilio del demandado, tratándose de acciones reales o de acciones personales o de estado civil".

Ahora bien, conforme a lo establecido en el capítulo VIII de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, para la impartición de justicia en materia federal dentro del territorio del República, el Poder Judicial se encuentra dividido en Circuitos y estos a su vez en Distritos Judiciales y por acuerdo de la Suprema Corte, el Primer Circuito judicial corresponde a la ciudad de México.

De lo hasta aquí expuesto se concluye, que los Jueces de Distrito en materia civil del primer circuito (ciudad de

México), solo serán competentes para conocer de controversias relacionadas con la reparación del daño moral cuando el demandado tenga su domicilio en el Distrito Federal.

Por último, considerando que en el caso que nos ocupa la acción por daño moral se ejercita tanto en contra del funcionario responsable, como en contra del Estado en forma subsidiaria, debe tomarse en cuenta el domicilio del funcionario, y al efecto el artículo 31, fracción VI del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, determina que el domicilio legal de los servidores públicos será el del lugar donde desempeñen sus funciones por mas de seis meses.

c) Vía en que se ejercita la acción y término para la prescripción

Por lo que hace a la vía, tanto en materia federal como en materia común, los Códigos adjetivos aplicables no establecen una vía o procedimiento especial para la tramitación del juicio en que se deduzca una acción de reparación de daño moral, por lo que la misma deberá tramitarse en la vía ordinaria civil.

Por otro lado, la prescripción negativa de la acción se verifica en el término de dos años no interrumpidos por medios legales, contados a partir del momento en que se causó el daño, siendo aplicable al efecto lo dispuesto por el artículo 1934 de nuestro Código Civil.

4.3 Los elementos formales de la acción para exigir la reparación del daño moral

4.3.1 Los sujetos de la acción

Anteriormente señalamos que uno de los elementos formales de la acción procesal lo constituyen los sujetos de la misma, siendo éstos el sujeto activo o titular de la acción, el órgano jurisdiccional y el sujeto pasivo o demandado. Toda vez que nos hemos referido ya a las cuestiones competenciales del órgano jurisdiccional, en este apartado analizaremos las figuras del sujeto activo y pasivo de la acción para exigir la reparación del daño moral.

A) El sujeto activo o titular de la acción

Para determinar al titular de la acción es conveniente en primer término considerar la opinión de los Mazeaud:

La víctima es la que representa el papel de demandante en la acción de responsabilidad civil: reclama aquella reparación del perjuicio sufrido.

En principio toda persona que sufre un daño puede pedir reparación del mismo "a aquel por culpa del cual ha sucedido". Por lo tanto no se exige ningún requisito particular para ser demandante: es suficiente con ser víctima (9).

De lo anterior se sigue que la víctima del daño será el titular de la acción de reparación y, al tenor de este principio, solo es de señalarse que la víctima del daño tendrá la titularidad de la acción en tanto que el daño provenga de los hechos que la ley considera fuente de responsabilidad civil, en aplicación de las teorías subjetiva y objetiva de la responsabilidad civil.

En el caso concreto del daño moral, el titular de la acción de reparación será aquella persona que vea afectados en su perjuicio, los derechos de la personalidad que actualmente enumera el primer párrafo del artículo 1916 de nuestro Código Civil. De lo anterior surge el primer punto de controversia, que consiste en determinar si solo las personas físicas sufren el daño moral o también lo pueden sufrir las personas morales.

En principio, la doctrina consideró una postura radical al rechazar la posibilidad de que la acción de reparación de daño moral correspondiera también a las personas morales, esgrimiéndose argumentos como los siguientes:

Definitivamente ha de convenirse en que la reparación por daños morales pertenece solo a las personas físicas. Esta solución no se considera injusta para quien tenga siempre presente el carácter esencialmente compensatorio de la prestación, que como tal obviamente no se podrá hacer valer cuando el daño que haya de repararse no se produjo, en el caso concreto, el dolor del lesionado (10).

Conforme al análisis que hemos efectuado, la postura que otorga la acción de reparación del daño moral solamente

9 H y L MAZEAUD: Op. cit., p.361.

10 R. SCOGNAMIGLIO: Op. cit., p.82.

a las personas físicas debe ser rechazada de plano, pues sus fundamentos resultan contrarios a la naturaleza del daño moral. En efecto, hemos señalado con anterioridad que el dolor físico o moral pueden ser manifestaciones del daño moral, pero que éste consiste en el menoscabo o afectación de los derechos de la personalidad, mismos que no son privativos de las personas físicas sino que también, algunos de ellos cuando menos, corresponden a las personas morales.

Respecto a lo anterior, el maestro Fuego Laneri sostiene que no es razón bastante para negar la reparación del daño moral a las personas morales el hecho de no tener cuerpo humano y no sentir dolor, sino que por el contrario estas pueden experimentar la agresión a ciertos derechos de la personalidad como el honor, la reputación, el crédito y la confianza comercial, concluyendo que en esos casos el bien jurídico tutelado existe y la agresión a los mismos, además de ser posible, es frecuente en la realidad (11).

Por lo anterior podemos concluir que la persona física o moral, en tanto sea víctima de un detrimento a sus derechos de la personalidad a raíz de un hecho que la ley considere como fuente de responsabilidad civil, tendrá la titularidad de la acción para exigir la reparación del daño moral sufrido.

Sentada la base anterior, debemos dejar en claro a efecto de no confundir la titularidad de la acción que nos ocupa, que la acción para exigir la reparación del daño moral corresponde a la víctima (persona física o moral), quien podrá ejercitarla por su propio derecho o bien a través de su representante legal o convencional. En la especie, el promovente de la demanda podrá estar legitimado "ad causam" y "ad procesum" en el caso de que la titularidad de la acción le corresponda y así mismo tenga capacidad de ejercicio para intentarla por sí, o bien, el promovente podría estar legitimado solo "ad procesum" en el caso de que intente la acción en representación legal o convencional del titular de la misma, quien, como se ha señalado, lo es la víctima del daño.

A continuación es pertinente que dentro del presente apartado sean analizadas dos cuestiones: la transmisión de la acción a que se refiere el tercer párrafo del artículo 1916 de nuestro Código Civil y el supuesto de daño moral por muerte de una persona. Respecto al primero de los puntos señalados, es de transcribirse el tercer párrafo del numeral invocado:

11 F. FUEGO LANERI/ Op. cit., p.16.

"Art. 1916

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

De lo anterior se sigue que por regla general la acción de reparación por daño moral, no es transmisible a terceros por actos entre vivos, lo cual es razonable en atención a los bienes jurídicos tutelados, así como a la finalidad satisfactoria de la reparación del daño moral, por lo que nos abocaremos al caso de excepción a la regla general, esto es, la transmisión de la acción a los herederos de la víctima cuando esta haya intentado la acción en vida, para lo cual sentaremos dos lineamientos básicos:

-La acción de reparación por daño moral es un derecho personalísimo de la víctima que se extingue con la muerte de esta, si es que la misma no ha prescrito en los términos antes apuntados.

-El caso de excepción a la intransmisibilidad de la acción, opera por ministerio de ley en favor de los herederos de la víctima, siempre que esta la hubiese intentado en vida.

Como se observa, dentro del primer lineamiento se comprende la regla general establecida dentro del tercer párrafo del numeral que nos ocupa, en tanto, del segundo postulado es de señalarse, que deberá considerarse a la figura de los herederos tanto por vía testamentaria como en el caso de sucesión legítima según el caso concreto, y para el caso específico de la sucesión testamentaria consideramos que el testador no podrá estipular la sucesión de la acción por daño moral que hubiese intentado en vida a favor de un legatario, pues la ley previene con claridad que la acción pasará a los herederos de la víctima, figura jurídica que es diversa a la del legatario.

Examinemos ahora el supuesto de daño moral por muerte de una persona, a efecto de determinar a quien corresponde la acción para exigir la reparación del daño.

En la especie, la muerte de una persona provoca el detrimento de los derechos de la personalidad (como los sentimientos ó afectos), en un círculo más o menos amplio de personas "allegadas" al muerto, por lo que reviste especial interés determinar quien o quienes serían titulares de la acción de reparación por daño moral en el caso que nos ocupa.

Como se aprecia, no se trata intentar una acción por el daño moral que la víctima pudo haber sufrido en vida, sino de intentar una acción por el daño moral que una persona puede sufrir por la muerte de otra. En principio la solución se antoja fácil y bastaría señalar que es a la víctima del daño moral a quien le corresponde la acción respectiva, sin embargo la cuestión radica en precisar quienes deben ser considerados como víctimas del daño en el supuesto que nos ocupa, para que se les otorgue la titularidad de la acción en comento.

El caso en estudio lo define la doctrina francesa como "daño de rebote" y como ejemplo de la dificultad para determinar quien es el titular de la acción de reparación moral en caso de muerte de una persona, los Mazeaud presentan el siguiente:

Se ha visto comparecer ante la Corte de Amiens (17 de noviembre de 1931; S.1932.2.118) a dieciséis demandantes que reclamaban reparación del perjuicio que les causaba la muerte de un pariente cercano y los parientes próximos no son los únicos que sufren un perjuicio de rebote (12).

Para resolver el problema que nos ocupa a falta de legislación específica y de jurisprudencia definida al respecto, consideraremos los elementos exigidos por la Corte de Casación francesa, quien exige que "el demandante justifique la lesión de un interés legítimamente protegido" fórmula que a su vez comprende dos reglas: el interés alegado debe ser legítimo y debe existir un vínculo de derecho entre el demante y la persona cuya muerte origina el perjuicio (13).

En cuanto a la necesidad de un interés legítimo se dice que el demandante no puede alegar la lesión de una situación que no se halle "jurídicamente protegida", o sea, contraria al derecho y a la moral, y por lo que hace al vínculo de derecho se dice que debe existir un interés afectivo, nacido de un vínculo de parentesco carnal o por afinidad (14).

De lo anterior se concluye, que solo los parientes consanguíneos o por afinidad de un sujeto, podrán ser titulares de la acción para exigir la reparación del daño moral sufrido en virtud de la muerte de aquel, lo cual es razonable, pues de no tomarse en cuenta los elementos antes

12 H y L MAZEAUD: Op. cit., p.361.

13 Cfr. *ibid.*, pp. 361-362.

14 Cfr. *ibid.*, pp. 363-365.

citados, cualquier persona más o menos cercana moralmente a otra podría alegar haber sufrido un daño moral con la muerte de esta, lo cual sería fuente de inseguridad jurídica y así mismo sería injusto considerar que esa acción corresponde exclusivamente a los herederos de la víctima, pues en el caso de que la sucesión fuere testamentaria, algunos de los parientes cercanos podrían quedar excluidos de la posibilidad de intentar dicha acción.

B) El sujeto pasivo de la acción

Al igual que en el apartado anterior, comencemos el presente tema con una cita de los Mazeaud:

La obligación de reparar el daño sufrido por la víctima esta a cargo de "aquel por culpa del cual ha sucedido". La acción de responsabilidad debe ser ejercitada, pues, contra el autor de la culpa, probada o presunta que haya causado el daño, o contra la persona civilmente responsable por la culpa de otro o sobre la persona sobre la que pese una presunción de responsabilidad (15).

De lo anterior es de apuntarse, que los Mazuauud se refieren solo al caso de responsabilidad civil por culpa conforme a la teoría subjetiva de la misma, sin considerar que la responsabilidad civil también puede originarse por un hecho lícito, sin culpa, en virtud de un riesgo creado. No obstante lo anterior, la precisión que efectúan en torno a la figura del demandado resulta correcta, toda vez que el sujeto pasivo de la acción puede ser quien ocasionó el daño por sí, o bien, quien debe responder por el daño causado por otro.

Del examen del segundo párrafo del artículo 1916 de nuestro Código Civil, se hace notorio un acierto de nuestros Legisladores, toda vez que la obligación de reparar el daño moral se impone tanto al responsable del hecho ilícito como al que incurra en responsabilidad objetiva, así como al Estado. Decimos que es un acierto por que la obligación de reparar el daño moral no necesariamente recae en quien ejecutó el hecho que le dio origen, sino que puede recaer en aquellas personas a quienes la ley hace responsables por el hecho de otro o por obra de los bienes, por lo cual el término genérico de el "responsable" lo consideramos muy adecuado para definir a la figura del sujeto pasivo de la acción que nos ocupa.

15 Ibid., p. 370.

Con forme a lo anterior es de advertirse que según lo hemos señalado, la obligación de reparar el daño es el contenido obligacional de la responsabilidad civil que se impone a una persona en razón del daño causado por sí, o bien por que la ley lo hace responsable por el hecho de otro o por la obra de los bienes. Las reglas de la responsabilidad civil en relación con el sujeto responsable las examinamos en el primer capítulo del presente trabajo y resultan aplicables al caso de responsabilidad civil por daño moral.

4.3.2 La causa de la acción

Señalamos con anterioridad que la causa o título de la acción procesal se integra por un presunto derecho sustantivo o material y de una presunta conculcación del mismo, examinemos lo anterior en el caso específico de la acción para exigir la reparación del daño moral.

El demandante acciona por responsabilidad por ser titular de ese derecho contra el cual se ha atentado. El derecho violado engendra el derecho de demandar. La acción de la víctima, por la reparación del perjuicio sufrido, posee siempre pues una sola e igual causa, sea cual sea la naturaleza de la responsabilidad sobre la que se funde (16).

En efecto, la causa de la acción de responsabilidad civil, se funda en que fue violado el derecho de una persona para que nadie le cause daño con su conducta, lo que implica el desconocimiento del deber jurídico de respeto que pesa sobre la colectividad para no causar daño a otro con el desarrollo de sus actividades.

Conforme a lo anterior, en el caso de daño moral, el derecho sustantivo lo configuran los derechos de la personalidad, que en este caso no pueden considerarse presuntos pues toda persona goza de ellos y la causa de la acción se integrará por una violación real o presunta de dichos derechos.

En la especie, el título que justifica la acción para exigir la reparación del daño moral, esto es, la causa de la acción, lo constituye el ataque real a los derechos de la personalidad a través de un hecho que la ley considere fuente de responsabilidad civil.

16 Ibid., p.374.

Respecto de lo anterior, hemos descartado al sufrimiento o al dolor físico y moral como elementos para determinar la naturaleza del daño moral, en ese mismo sentido es de descartarse que el dolor o el pesar son las causas para intentar la acción de reparación del daño moral, en razón de que la causa que origina la acción lo constituyen los propios derechos de la personalidad en tanto sean objeto de un ataque real.

Así mismo, siguiendo a los Mazeaud, la causa de la acción de responsabilidad civil es el derecho violado en sí, con independencia de la naturaleza de la responsabilidad, esto es, sin que sea válido hablar de una causa distinta por responsabilidad por hechos ilícitos o por responsabilidad objetiva.

4.3.3 El objeto de la acción

Determinamos con anterioridad, que el objeto inmediato de la acción será el de provocar la función jurisdiccional del órgano competente y que el objeto mediato consistiría en la conducta a la cual el titular de la acción pretende que se ajuste el demandado.

Atendiendo a que la acción que nos ocupa es de condena, el objeto inmediato de la acción se agotará con la sentencia que imponga la condena al demandado para reparar el daño moral. Por lo tanto reviste especial interés el objeto mediato de la acción, esto es, las prestaciones que se pretenden del demandado.

Es claro que la conducta que se exige que el demandado o sujeto pasivo de la acción cumpla en forma forzosa, será la reparación del daño moral, sin embargo es de precisarse el contenido exacto de la prestación o prestaciones que puede exigir el titular de la acción al ejercitarla.

De conformidad con la actual reglamentación, atendiendo al contenido del artículo 1916 de nuestro Código Civil, debe tenerse en cuenta que la obligación de reparar el daño moral se configura independientemente de que se hubiesen causado daños materiales, o sea, puede exigirse la reparación del daño moral puro, así como la reparación del daño moral y del daño económico que, en su caso y de forma indirecta, se hubiese ocasionado.

Así mismo, nuestro ordenamiento civil sustantivo previene que la reparación del daño moral se efectuará mediante una indemnización en dinero fijada por el juez. La determinación del monto de la indemnización será analizada en el siguiente subtema, por el momento es de señalarse que se debe expresar con claridad esta prestación dentro del escrito de demanda, esto es, exigir el pago de la indemnización correspondiente por concepto de reparación del daño moral.

En principio, no corresponde a la parte actora determinar a priori la suma que deberá representar dicha indemnización, sin embargo puede ser señalada de forma propositiva, sin perjuicio de las facultades que para determinar el monto corresponden al órgano jurisdiccional.

Por otra parte, en el caso de que se hubiesen ocasionado daños materiales en forma indirecta, debe ser exigida la reparación de los mismos, que en este caso, a elección de la víctima, podrá exigir la reparación de los mismos en naturaleza volviéndose la cosa al estado que guardaba antes del daño, o bien en equivalente mediante el pago de los daños y perjuicios sufridos. En el supuesto que nos ocupa el actor podrá determinar el monto de dicha indemnización en el propio escrito inicial de demanda, sin perjuicio del resultado de las pruebas periciales que al efecto se desahogen dentro del proceso para determinar el valor de los daños.

En el caso particular de que el daño moral recaiga sobre el decoro, honor, reputación o consideración de la víctima, la parte final del artículo 1916 previene la posibilidad de que el Juez, a petición de la víctima y con cargo al responsable, ordene la publicación de un extracto de la sentencia a través de los medios informativos que considere mas convenientes, o bien, con la misma relevancia con que se haya difundido el acto en los medios informativos. Lo anterior debe ser exigido como prestación por el titular de la acción, pues el precepto que lo contempla es claro al señalar que se efectuará a petición de parte y no de oficio.

Por último, puede reclamarse el pago de los gastos y costas que el juicio origine, mismos que si bien es cierto no constituyen en sí la reparación del daño moral, si corresponden a una prestación que puede ser exigida en atención a que el no cumplimiento voluntario de la reparación del daño moral por parte del responsable, provocó la instancia del juicio por parte del actor.

4.4 Consideraciones relativas al ejercicio de la acción para exigir la reparación del daño moral

Trataremos en el presente subtema tres puntos que resultan relevantes tanto para el ejercicio de la acción que nos ocupa, como para el desarrollo del proceso respectivo, los cuales deben ser considerados al momento mismo de plantear la demanda, nos referimos a los elementos de procedencia de la acción que determina nuestro Código Civil, así como a la prueba del daño moral y a la determinación del monto de la indemnización.

4.4.1 Elementos de procedencia de la acción

El artículo 1916 bis de nuestro Código Civil, contiene dos elementos que en todo caso deben ser observados por quien demanda la reparación del daño moral para que la acción resulte procedente, siendo estos acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiese causado al actor tal conducta.

Con anterioridad criticamos al primero de los elementos, ya que en el caso de responsabilidad objetiva no es necesario que el sujeto responsable obre ilícitamente para que se configure la responsabilidad civil a su cargo, por lo que, en principio, parece que la acción para exigir la reparación del daño moral que tenga como fuente la responsabilidad objetiva, no obstante estar configurada esa posibilidad dentro del artículo 1916, resultaría improcedente cuando la conducta del demandado sea lícita y se cause daño moral por el empleo de mecanismos o sustancias peligrosas, al ser imposible acreditar la ilicitud de la conducta del demandado.

En efecto, el artículo 1916 de nuestro Código Civil previene la posibilidad de que la obligación de reparar el daño moral se configure a cargo del responsable, inclusive en los casos en que el daño tenga como fuente la responsabilidad objetiva, misma que según el artículo 1913 se configura "aunque no se obre ilícitamente", y por otro lado, en franca contradicción, el segundo párrafo del artículo 1916 bis previene como elemento esencial para la procedencia de la acción de reparación del daño moral, que el demandante acredite la ilicitud de la conducta del demandado, lo cual en principio haría, nugatoria la posibilidad de que la acción que nos ocupa procediera cuando la fuente del daño moral lo fuere un hecho lícito que crea responsabilidad civil, según la teoría objetiva o del riesgo creado.

Es de hacer énfasis en lo anterior, pues la problemática es de fondo y no solo de forma, no contemplarlo así podría dar lugar a efectuar una estimación equívoca del segundo párrafo del artículo 1916 bis y sostenerse que el caso de responsabilidad objetiva no se encuentra incluido, sino únicamente los supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual. Para aclarar lo anterior es de transcribirse nuevamente la parte conducente del artículo 1916 bis, que a la letra dispone:

"En todo caso quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado..."

El equívoco que señalamos anteriormente, podría surgir de la interpretación del segundo párrafo del artículo 1916, el cual efectúa una sistematización de la figura del daño moral en forma casi autónoma a la figura de la responsabilidad civil (resultado de su falta absoluta de sistematización), al prevenir que la obligación de reparar el daño moral podrá provenir por responsabilidad contractual, extracontractual u objetiva, y en ese sentido podría estimarse que el caso de responsabilidad objetiva, no se encuentra incluido dentro de los supuestos para los que son aplicables el segundo párrafo del artículo 1916 bis.

Quien alegremente afirme lo anterior, tendría pocas probabilidades de que su acción para exigir la reparación del daño moral, cuya fuente sea un hecho lícito procediera en juicio, toda vez que la responsabilidad contractual o extracontractual son ámbitos de la responsabilidad civil atendiendo al grado de antijuricidad de la conducta que origina el daño, pero atendiendo a las fuentes de la responsabilidad civil, esta puede originarse por un hecho antijurídico y culpable conforme a la teoría subjetiva de la responsabilidad, o por un hecho lícito que causa un daño por el empleo de mecanismos o sustancias peligrosas, atento a la teoría objetiva de la responsabilidad civil.

De lo anterior se sigue, que lo que nuestros legisladores estimaron una cuestión de forma, meramente de terminología jurídica, configura una gran contradicción de fondo entre dos preceptos legales, que convierte, en principio, en nugatoria la posibilidad de que proceda en juicio la acción para exigir la reparación del daño moral, cuya fuente sea el hecho lícito fundado en la teoría objetiva o del riesgo creado.

En relación con lo hasta ahora expuesto, nuestro mas Alto Tribunal ha emitido su criterio, en el sentido de que la acción de reparación por daño moral será improcedente si no se acredita que el daño moral se produjo a consecuencia de un hecho ilícito, según se aprecia de la tesis jurisprudencial que a continuación se transcribe:

DAÑO MORAL. REQUISITOS NECESARIOS PARA QUE PROCEDA SU REPARACION. De conformidad con el artículo 1916, y particularmente con el segundo párrafo del numeral 1916 bis, ambos del Código Civil vigente en el Distrito Federal, se requieren dos elementos para que produzca la obligación de reparar el daño moral; el primero consiste en que se demuestre que el daño se ocasionó y, el otro, estriba en que dicho daño sea consecuencia de un hecho ilícito. La ausencia de cualquiera de estos elementos, impide que se genere la obligación relativa, pues ambos son indispensables para ello, así, aunque se acredite que se llevó a cabo alguna conducta ilícita, sino se demuestra que ésta produjo daño; o bien, si se prueba que se ocasionó el daño, pero no que fue a consecuencia de un hecho ilícito, en ambos casos, no se puede tener como generada la obligación resarsitoria. Por tanto, no es exacto que después de la reforma de lo de enero de 1993, al artículo 1916 del Código Civil, se hubiese ampliado el concepto de daño moral también para los actos lícitos; por el contrario, al entrar en vigor el artículo 1916 bis, se precisaron con claridad los elementos que se requieren para que la acción de reparación de daño moral proceda.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 245/88. Jorge Alberto Cervera Suárez. 18 de febrero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Noé Adonai Martínez Berman.

El criterio jurisprudencial es claro y no admite mayor comentario ya que, desgraciadamente, en apego a derecho se ajusta a las disposiciones de nuestro Código Civil vigente y solo es de señalarse, que el Tribunal Federal emitió un criterio correcto en relación con dos artículos desastrosamente legislados por el Congreso.

No obstante lo anterior y de que al parecer la posible solución esta en manos del poder Legislativo y no del Judicial, son destacables las consideraciones del maestro Salvador Ochoa, quien opina que conforme a nuestro marco legal vigente, es posible exigir la reparación del daño moral por responsabilidad objetiva, proponiendo los siguientes argumentos:

1. El artículo 1916 del Código Civil del Distrito Federal establece de manera específica que tendrá obligación de reparar el daño moral quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913 del mismo ordenamiento.

2. El artículo 1916 bis establece de manera genérica que quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual tendrá que acreditar la ilicitud de la conducta y el daño que directamente le hubiere causado.

3. La norma especial deroga la norma general, por tanto son elementos integrantes de la acción por responsabilidad moral la ilicitud de la conducta, la realidad del ataque y la existencia del daño, con excepción del caso de la demanda de daño moral por responsabilidad objetiva, donde aunque el obrar sea lícito, existe obligación civil de pagar los daños y perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales causados al sujeto pasivo (17).

Apreciamos que el maestro Ochoa Olvera fundamenta su criterio, en el hecho de que la ley específicamente hace responsable a un sujeto de reparar el daño moral cuando tenga como fuente la responsabilidad objetiva (Art. 1916 segundo párrafo), por lo que al estar específicamente consagrada dicha obligación se deroga la exigencia genérica de acreditar la ilicitud de la conducta del demandado.

El criterio del maestro Ochoa Olvera podría ser ampliamente refutado en el caso concreto por el demandado, quien sin duda interpondría a la letra el artículo 1916 bis para excepcionarse de la acción, no obstante, ante la franca incongruencia legislativa, la argumentación expuesta en torno a la posibilidad de accionar por daño moral cuando éste se ha producido por responsabilidad objetiva, parece fundada, resultando interesante el criterio judicial que se llegue a aplicar en el caso concreto.

Una vez apuntado lo anterior, nos referiremos al segundo requisito de procedencia de la acción para exigir la reparación del daño moral, que consiste en acreditar el daño que directamente le hubiese ocasionado al demandante la conducta ilícita del demandado.

Sin perjuicio de lo que hemos señalado en torno al primer requisito de procedencia de la acción, podemos definir a este segundo como la necesidad de acreditar el

daño moral sufrido, atendiendo al nexo causal que debe existir entre el hecho como causa determinante del daño sufrido.

El anterior principio no es exclusivo de la acción para exigir la reparación del daño moral, sino que deriva de la teoría integral de la responsabilidad civil, que para la configuración de ésta previene como elemento esencial la existencia de un daño, y la existencia de un nexo causal entre el daño y el hecho que le dio origen.

En atención a que dentro del siguiente subtema trataremos el punto relativo a la prueba del daño moral, por el momento solo es de señalarse que, en tanto requisito para la procedencia de la acción, se exige que el daño moral lo haya sufrido el titular de la acción como consecuencia de un ataque real a sus derechos de la personalidad y que el hecho lo haya cometido el sujeto a quien se le imputa.

Por lo anterior se concluye que el titular de la acción debe acreditar un ataque real a sus derechos de la personalidad, acreditando la existencia del hecho que originó el daño, atendiendo a la forma objetiva en que debe ser apreciado el daño moral.

4.4.2 La prueba del daño moral

Conforme a lo dispuesto por el artículo 281 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones.

En el caso de la acción para exigir la reparación del daño moral, los hechos en los que el titular de la acción funda principalmente sus pretensiones son la existencia de una conducta del demandado que le produjo un daño.

El problema de la prueba del daño moral se antoja de carácter sumamente subjetivo, pues atendiendo a la naturaleza de los bienes lesionados ¿cómo probar la efectiva existencia y extensión del daño?, esto es, en el caso de una lesión a la reputación de una persona por ejemplo, ¿cómo determinar si esa lesión le produjo dolor o malestar? y, en su caso, ¿cómo determinar la extensión del dolor o malestar sufrido?.

Bajo ese planteamiento, la prueba del daño moral se torna tan subjetiva como imposible, sin embargo recordemos que el dolor o el pesar son manifestaciones posibles del

daño moral, pero no el objeto del daño moral, pues éste lo configuran los derechos de la personalidad, o sea, el daño moral consiste en el detrimento o menoscabo que una conducta desarrollada por un sujeto infiere a las proyecciones físicas o psíquicas de una persona, que la ley tutela como derechos subjetivos.

En ese orden de ideas, recordemos también que los Senadores que intervinieron en las reformas al Código Civil de 1982 en materia de daño moral, concibieron con claridad que el daño moral debe apreciarse en forma objetiva atendiendo a la realidad del ataque a los derechos de la personalidad, con lo que se rechazó por completo la valoración subjetiva del daño en atención a las posibles manifestaciones del mismo (dolor, pesar, etc.).

La prueba del daño moral es de carácter objetivo y no requiere ser demostrado su aspecto subjetivo, que sería en todo caso probar de manera precisa la intensidad de un dolor psíquico, físico o espiritual, lo que por su naturaleza es jurídicamente imposible, en cambio sí es posible ante un tribunal acreditar la existencia de un ataque real y verosímil en contra de los bienes que integran el patrimonio moral de una persona (18).

En efecto, para acreditar la existencia del daño moral no se trata de confrontar subjetivismos, pues el actor, juez, demandado, testigos, etc., podrían tener una apreciación propia para determinar la existencia o inexistencia del daño moral que en el caso concreto sea materia de la litis, por el contrario, la carga de la prueba del titular de la acción consistirá en acreditar la realidad del ataque a los derechos de la personalidad que afirme, le fueron conculcados precisamente por el hecho del sujeto pasivo de la acción.

Respecto a lo anterior, es de citarse el criterio sustentado por nuestro mas Alto Tribunal, según la ejecutoria que a continuación se transcribe:

DAÑO MORAL. PRUEBA DEL MISMO. Siendo el daño moral algo subjetivo, no puede probarse en forma objetiva como lo alegan los quejosos, al señalar que el daño moral no fue probado, puesto que existe dificultad para probar la existencia del dolor, del sentimiento herido por atender a

18 Ibid., p.94.

las afectaciones íntimas, al honor y a la reputación, por eso la víctima debe acreditar únicamente la realidad del ataque.

Amparo directo 8339/86 G.A y otra del 6 de abril de 1987. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Hilda Martínez González.

Como se observa, el criterio del Tribunal Federal converge en que el daño moral desde el punto de vista subjetivo, no requiere ser probado en razón de la dificultad (imposibilidad) de demostrar la existencia e intensidad del dolor o afecciones sufridas, y por el contrario señala que el titular de la acción debe acreditar únicamente la realidad del ataque, o sea el aspecto objetivo del daño moral. Abundemos en ésto último:

Al exigirse que se acredite la realidad del ataque, se deben tomar en cuenta dos factores:

-Acreditar la existencia real (no presunta o probable) del hecho que se alega provocó un daño al patrimonio moral del titular de la acción.

-Acreditar la relación causal entre el hecho que se alega originó el daño y el daño sufrido por la víctima, es decir, acreditar que la conducta del sujeto pasivo de la acción fue determinante para ocasionar el daño moral cuya reparación se exige.

Así entendida la prueba del daño moral, es impertinente pretender acreditar la existencia y extensión del dolor o padecimientos sufridos, mismos que pueden ser de magnitud superlativa o prácticamente nulos en la persona de la víctima, pues solo esta podrá valorar y apreciar lo anterior, y decimos que resulta impertinente pues el órgano jurisdiccional solo podrá apreciar la existencia del daño moral en forma objetiva conforme a lo antes señalado.

Por lo expuesto, al titular de la acción para exigir la reparación del daño moral, dentro del proceso respectivo, corresponderá la carga de la prueba para acreditar los hechos en que funde sus pretensiones, debiendo atender para ello a la demostración de la existencia del hecho que originó el daño moral que se alega (la realidad del ataque a los derechos de la personalidad), y a la relación del hecho que se imputa al demandado como causa determinante del daño, a efecto de que el órgano jurisdiccional pueda apreciar en forma objetiva, la existencia del daño moral materia de la litis.

4.4.3 Determinación del monto de la indemnización

En el capítulo que antecede, al criticar la actual reglamentación de la figura del daño moral dentro de nuestro Código Civil, apuntamos como un acierto de nuestros legisladores el hecho de determinar algunas bases que sirvan de lineamientos, para que el juzgador determine el monto de la indemnización correspondiente a la reparación del daño moral.

En efecto, hemos señalado que en principio no corresponde al titular de la acción determinar el monto de la indemnización que pretende como reparación del daño moral sufrido, pudiendo hacerlo solo de manera propositiva, en razón de que dicha facultad corresponde al órgano jurisdiccional que conoce del asunto, quien, si bien es cierto, dispone de amplias facultades para determinar el monto de la condena, su criterio deberá estar fundado en la apreciación de los lineamientos determinados en el cuarto párrafo del artículo 1916 de nuestro Código Civil.

Ahora bien, es necesario aclarar que las amplias facultades de que dispone el juez, para determinar el monto de la suma que a título de reparación por daño moral corresponde, en su caso, condenar al demandado, no implica discrecionalidad en cuanto a imponer o no la condena en caso de que resulte procedente y fundada la acción intentada, toda vez que acreditados los extremos de la acción, el juez deberá imponer la condena correspondiente pues así lo previene la ley, resultando que las amplias facultades de que dispone se refieren únicamente a la determinación del monto a que, en su caso, corresponda condenar al demandado para su pago en favor de la víctima del daño.

Respecto a lo anterior y antes de abordar el análisis particular de los lineamientos contenidos en el cuarto párrafo del artículo 1916 de nuestro Código Civil, son de apuntarse las consideraciones del maestro Salvador Ochoa, quien tras tomar en cuenta que las condenas por daño moral dentro de nuestro derecho se encuentran en vías de perfeccionamiento en razón de lo nuevo de la figura y la ausencia de casos y criterios judiciales que sirvan de comparación, apunta lo siguiente:

En el derecho mexicano, es el momento de que este tipo de responsabilidad civil se despoje de atavismos y visiones medievales, que se comprenda que la responsabilidad moral es una condena civil, tan importante y grave como las demás responsabilidades civiles y penales ya existentes en nuestro

ordenamiento jurídico, y que nuestros jueces civiles no tengan temor en condenar por cantidades considerables de dinero a los agentes dañosos o sujetos activos de la causación de un daño moral, como medida ejemplar contra el ataque a los derechos de la personalidad y como una reivindicación debida a nuestras leyes civiles (19).

Las consideraciones del maestro Ochoa Olvera resultan muy afortunadas y a partir de ellas podemos concretar lo siguiente:

-El monto de la indemnización por daño moral, debe corresponder a la naturaleza satisfactoria de su reparación. Ante la lesión de uno o varios derechos de la personalidad, deberá procurarse que la condena que se imponga al demandado, por lo que hace al monto de la indemnización respectiva, efectivamente logre proporcionar a la víctima la forma de procurarse los satisfactores necesarios en relación con el daño sufrido, para que efectivamente obtenga una reparación del mismo.

-La condena que a título de reparación del daño moral imponga un juez tiene, actualmente, una trascendencia jurídica muy relevante, pues con ella se garantiza efectivamente la tutela jurídica de los bienes que integran el patrimonio moral de las personas, toda vez que si bien es cierto, la ley sustantiva civil reconoce una acción para que la víctima del daño moral exija la reparación del mismo, es a través de la función jurisdiccional, y en especial con la condena que se imponga al responsable, que se logra la tutela de los derechos lesionados.

Acotado lo anterior, analicemos, en su orden, los cuatro lineamientos que el juez de la causa debe tomar en cuenta para determinar el monto de la indemnización que corresponda a título de reparación del daño moral, según lo dispuesto por el cuarto párrafo del artículo 1916 de nuestro Código Civil:

a) Los derechos lesionados

El órgano jurisdiccional deberá valorar si el daño moral se produjo en uno o varios de los derechos de la personalidad que, actualmente en forma limitativa, enumera el primer párrafo del artículo 1916 de nuestro Código Civil.

19 Ibid., p.107.

Al respecto, anteriormente apuntamos que el aspecto subjetivo del daño moral no es materia de prueba, sino que su existencia se acredita en forma objetiva al acreditarse la realidad del ataque sufrido por la víctima y la relación de causalidad entre el hecho fuente del daño y el daño moral alegado. En ese orden de ideas, es notorio que el juzgador deberá valorar los derechos lesionados atendiendo al ataque real a los derechos de la personalidad de la víctima, así como a la idoneidad del ataque en relación precisamente con los derechos que se alega fueron conculcados.

b) El grado de responsabilidad

El juez debe en el presente punto, tomar en consideración dos puntos uno objetivo y otro subjetivo, ambos en relación con el sujeto pasivo de la acción.

En cuanto al aspecto objetivo, el juez debe tomar en consideración si la responsabilidad civil por daño moral se configura en la figura del demandado por hechos propios, por hechos de terceros o por obra de las cosas, y en esa medida determinar la gravedad de la conducta del sujeto pasivo de la acción, en relación con el hecho que originó el daño.

Por lo que hace al aspecto subjetivo, el juzgador deberá tomar en cuenta la existencia o ausencia de culpabilidad en la conducta del sujeto pasivo de la acción en relación con el hecho que originó el daño cuya reparación se reclama, de tal forma que implicará mayor gravedad una conducta dolosa que una responsabilidad sin culpa.

c) La situación económica de la víctima y del responsable

En este renglón existe un criterio que consideramos mal entendido, al enfocársele en el sentido de que si la víctima es extremadamente pobre, merece una indemnización abundante, o bien, si el responsable posee riqueza económica en abundancia, deberá ser condenado al pago de una suma muy elevada.

Enfocar el punto que nos ocupa bajo los lineamientos antes expuestos, implicaría no tomar en cuenta la naturaleza de la reparación del daño moral y de la finalidad de la responsabilidad civil, lo que se aprecia si recordamos que la reparación del daño moral es satisfactoria en cuanto al daño sufrido y no en relación con los recursos económicos de la víctima, y que el fin de la responsabilidad civil es procurar la reparación del daño sufrido por la víctima y no el de imponer una pena al sujeto responsable.

La situación económica de la víctima y del sujeto responsable, debe ser apreciada por el juez atendiendo a la naturaleza satisfactoria del daño moral, con el objeto de que se logre una reparación justa y equitativa del daño moral.

Lo anterior se obtiene, mediante lo que el jurista italiano De Cupis denomina la valoración equitativa del daño no patrimonial:

La equivalencia establecida por el juez entre una determinada cifra pecuniaria y la producción del daño no patrimonial es específicamente jurídica, no correspondiendo a una precisa equivalencia real, por lo que tal cifra dineraria expresa, con evidente aproximación, la entidad del daño sufrido. Todo ello se justifica con objeto de proporcionar la reparación necesaria al perjudicado (20).

Como vemos, la valoración equitativa del daño moral, por lo que hace al monto de su indemnización, tiende a que se proporcione la reparación necesaria a la víctima en relación al daño sufrido, esto es, el juez debe determinar la cantidad de dinero que considere equivalente para satisfacer el daño causado y el criterio del juez en ese sentido, deberá estar normado a efecto de que el monto que determine no resulte irrisorio ni exagerado en relación con los sujetos de la acción:

La prudencia que siempre debe guiar al juez en la valoración equitativa debe extremarse especialmente en orden al daño no patrimonial para evitar tanto valoraciones irrisorias, inadecuada a la importancia de los intereses personales (no patrimoniales), cuanto exageradas que puedan corresponder a fines especulativos (21).

De lo anterior se sigue que la situación económica de la víctima y del responsable, deben ser apreciadas por el juez atendiendo al daño sufrido y no en forma individual, con el objeto de que el monto de la indemnización efectivamente corresponda a una reparación satisfactiva del daño moral.

c) Las demás circunstancias del caso

Se refiere a las circunstancias genéricas del caso concreto, que por su relevancia debe considerarlas el juez.

20 A. DE CUPIS: Op. cit., p.558.

21 Ibid.

Precisemos éste último elemento que el juez debe tomar en cuenta, ya que no se refiere a cualquier circunstancia que surja en el desarrollo del proceso, sino a aquellas debidamente probadas y que directamente influyan o deban influir para determinar el monto de la indemnización, mismas circunstancias que atendiendo al principio de congruencia de las sentencias, deben haber sido materia de la litis, debidamente probadas y alegadas por las partes.

Por lo expuesto, es de observarse que el juez al determinar el monto de la indemnización que corresponda condenar a título de reparación del daño moral, debe ajustarse a los lineamientos antes apuntados, por lo que su resolución en ese sentido no es una facultad graciosa o discrecional, sino que sus consideraciones al respecto deberán estar debidamente fundadas y motivadas.

Ahora bien, la apreciación del juez en relación con los elementos antes analizados, se efectuará en forma objetiva de conformidad con lo que al respecto las partes hubiesen acreditado durante el proceso, por lo que la determinación del monto de la indemnización no atiende al temperamento o subjetividad del juzgador, sino que su buen criterio se formará según los elementos objetivos que integren el proceso.

CONCLUSIONES

1 -Un primer punto de referencia para apreciar la naturaleza jurídica del daño moral, es que atendiendo a su evolución histórica, este ha tenido por objeto bienes no susceptibles de valoración pecuniaria e intangibles.

2 -La naturaleza jurídica del daño moral, no puede determinarse en base al supuesto dolor o sufrimiento físico o moral que puede llegar a experimentar una persona, ya que si bien es cierto constituyen algunas manifestaciones del daño, en estricto sentido, no corresponden a los bienes o derechos directamente lesionados con la conducta dañosa.

3 -Es necesario establecer la naturaleza jurídica del daño moral, partiendo de su objeto mismo, esto es, atendiendo a los bienes que al ser afectados, configuren la actualización de un daño moral en razón de la propia naturaleza de dichos bienes.

4 -La naturaleza jurídica del daño moral, atendiendo a su objeto mismo, lo constituye el detrimento de los derechos de la personalidad, en tanto que estos integran derechos subjetivos con características propias y oponibles a los bienes de naturaleza pecuniaria, y su afectación puede provocar el dolor físico o moral de una persona, o bien, su desprestigio.

5 -El daño moral puede concebirse como el detrimento que sufre una persona en sus derechos de la personalidad, a consecuencia de un hecho que la ley considere para responsabilizar a su autor, y que generalmente se manifiesta con el dolor físico o moral, o con el desprestigio del agraviado.

6 -Los derechos de la personalidad se han considerado como extrapatrimoniales, ya que la teoría clásica del patrimonio esencialmente integra como patrimoniales a bienes o derechos de carácter pecuniario. No obstante, compartimos la tesis que considera al patrimonio como el continente de todos los derechos, sean de carácter pecuniario o no pecuniario, con lo cual podremos referirnos válidamente a la existencia de un patrimonio moral.

7 -El objeto de los derechos de la personalidad, esto es, los bienes jurídicamente tutelados, lo constituyen las proyecciones físicas o psíquicas que la persona difunde al mundo exterior, cuyo respeto por parte de la colectividad en favor de su titular, debe ser contemplado por el ordenamiento jurídico, para constituir verdaderos derechos subjetivos.

8 -La relevancia jurídica de los derechos de la personalidad en relación con la institución de la responsabilidad civil, y en especial con la figura del daño moral, debe ser enfocada por la Doctrina y consagrada en el Derecho Positivo Civil, como la posibilidad de que la persona que sufre un detrimento en sus derechos de la personalidad, pueda obtener la reparación del daño moral sufrido. Esa posibilidad debe revestir necesariamente el carácter de tutela secundaria, pues en primer término, debe ser consagrada dentro del ordenamiento civil la protección de dichos derechos, imponiendo a la colectividad el deber jurídico de respetarlos en favor de su titular.

9 -Conforme a los fines de la responsabilidad civil, así como a la naturaleza jurídica de los bienes que pueden ser objeto de daño moral, la reparación de este tendrá una naturaleza satisfactiva, es decir, no se tratará de "borrar" el daño causado, sino de satisfacer a la víctima en la medida del daño sufrido.

10 -Si el caso concreto lo permite, deberá en principio procurarse la reparación del daño moral en naturaleza, y cuando ello no sea posible, se deberá satisfacer a la víctima en equivalente, mediante una indemnización en dinero.

11 -La reparación del daño moral por equivalente, atenderá a proporcionar a la víctima, la posibilidad de procurarse satisfactores suficientes para que enriquezca su patrimonio moral, en la medida en que lo vio afectado, considerándose que con el uso que le de a la indemnización en dinero, la víctima estará efectivamente en condiciones de procurarse satisfactores materiales o espirituales que le reparen, en forma satisfactiva, el daño sufrido.

12 -La reglamentación del daño moral en el Código Civil para el Distrito Federal, en principio era muy deficiente y se apegaba a la tesis que consideraba posible la reparación del daño moral, siempre y cuando existieran a la vez daños materiales , por lo que sujetaba la existencia del daño moral a la dependencia del daño pecuniario.

13 -La iniciativa de reformas a los artículos 1916 y 2116 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, enviada por el Ejecutivo a la H. Cámara de Diputados en diciembre de 1982, constituyó un claro ejemplo de voluntad política para renovar la conciencia social de la ciudadanía, a través de una reforma necesaria y vanguardista de la figura del daño moral.

14 -La función legislativa derivada de la iniciativa de reformas antes referida, salvo las brillantes excepciones comentadas en su oportunidad, se orientó más a la defensa de posturas partidistas y de intereses populistas, que a la adecuada revisión y perfeccionamiento de la iniciativa, dando lugar a una más de las famosas reformas legisladas al vapor.

15 -La reglamentación vigente del daño moral en nuestro Código Civil, enfrenta un serio problema en relación con la institución jurídica de la cual forma parte integrante: la responsabilidad civil, toda vez que existe una total falta de sistematización de esta última dentro de nuestro Código de la materia.

16 -La falta de sistematización de la responsabilidad civil, radica principalmente, en que nuestro Código Civil regula dicha institución desde dos puntos de vista: como fuente de las obligaciones y como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales. Lo anterior, es resultado de la aplicación de la tesis que sostiene la dualidad de culpas, misma que divide a la responsabilidad civil en contractual y extracontractual. Dicha división es infundada, toda vez que la culpa, como elemento integrante de la responsabilidad civil, es una sola, y su aparente división se relaciona más bien con el grado de antijuricidad del ilícito culpable, ya sea que con la conducta dañosa se contravengan normas de carácter particular, o bien, normas de carácter general.

17 -En lo particular, la reglamentación del daño moral dentro de nuestro Código Civil, enfrenta un serio problema de fondo y forma, producto de la reforma al vapor antes referida, así como de la total falta de sistematización de la institución jurídica de la responsabilidad civil.

18 -Los Legisladores de la LII Legislatura, antes que prever una reforma integral de la responsabilidad civil, y a partir de ese marco jurídico, perfeccionar y estructurar adecuadamente la reglamentación del daño moral en el Código Civil, integrándolo a la institución jurídica de la cual forma parte integrante, "sistematizaron" en dos artículos (1916 y 1916 bis) a la figura del daño moral, convirtiéndolo tanto para su estudio como para su aplicación, en un elemento casi autónomo a la responsabilidad civil.

19 -La acción para exigir la reparación del daño moral, es de carácter personal, en virtud de que el propio contenido obligacional de la responsabilidad civil, configura una obligación de carácter personal a cargo del responsable del daño, consistiendo precisamente en su reparación. Así mismo, la acción en comento es de condena, toda vez que con ella se pretende que el responsable del daño sea condenado por el órgano jurisdiccional al cumplimiento de la reparación.

20 -El Organismo Jurisdiccional competente dentro del Distrito Federal, para conocer de la acción a través de la cual se pretenda la reparación del daño moral, lo serán los Jueces en materia civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, para el caso de que a las partes les corresponda el Fuero Común, o bien, los Jueces de Distrito en materia civil, del Primer Circuito Judicial del Poder Judicial Federal, en caso de que el responsable del daño lo fuere un funcionario del estado.

21 -Los Códigos Civiles adjetivos, aplicables en caso de competencia del fuero común o del fuero federal, no establecen un procedimiento especial para la tramitación del juicio en que se deduzca la acción de reparación del daño moral, por lo que el mismo deberá tramitarse en la vía ordinaria civil.

22 -La legitimación "ad causam" para exigir la reparación del daño moral, la tendrá aquella persona, física o moral, que sufrió directamente el detrimento de uno o varios de los derechos de la personalidad, que actualmente enumera el primer párrafo del artículo 1916 de nuestro Código Civil.

23 -La acción de reparación del daño moral es intransmisible a terceros por acto entre vivos, lo cual se justifica plenamente si atendemos a la naturaleza de los bienes jurídicos lesionados, así como a la naturaleza eminentemente satisfactoria de la reparación del daño moral.

24 -El sujeto pasivo de la acción, puede ser quien ocasionó el daño por sí, o bien, podrán serlo aquellas personas en quienes la ley hace recaer la responsabilidad por el hecho de otro, o por obra de las cosas.

25 -La causa de la acción para exigir la reparación del daño moral, se integra por la violación real o presunta de los derechos de la personalidad que actualmente, de forma limitativa, determina el primer párrafo del artículo 1916 de nuestro Código Civil.

26 -De conformidad con la actual reglamentación del daño moral dentro de nuestro Código Civil, la obligación de repararlo se configura independientemente de que se hubiesen causado daños materiales, por lo que el objeto de la acción que nos ocupa, consistirá en pretender del demandado la reparación tanto del daño moral puro, como la del daño material y pecuniario que, en su caso, se hubiese ocasionado.

27 -Al establecerse dentro de nuestro Código Civil, la necesidad de acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado, como un elemento para la procedencia de la acción que nos ocupa, se hace prácticamente nugatoria la posibilidad de obtener judicialmente la reparación del daño moral, cuando éste tenga como fuente un hecho lícito que crea responsabilidad civil conforme a la teoría del riesgo creado, existiendo en este punto una contradicción de fondo entre lo dispuesto al respecto por los artículos 1916 y 1916 bis, ambos del Código Civil para el Distrito Federal.

28 -Por lo que hace a la demostración del daño directamente sufrido, como otro de los elementos de procedencia de la acción, debemos señalar que al titular de la acción a través de la cual se exige la reparación del daño moral, corresponderá la carga de la prueba para acreditar los hechos en que funde su demanda, debiendo atender para ello, a la demostración de la existencia del hecho que originó el daño moral que se alega, esto es, la realidad del ataque a los derechos de la personalidad, y a la relación del hecho que se imputa al demandado como causa determinante del daño. Con lo anterior, el Juez estará en condiciones para apreciar de forma objetiva la existencia del daño moral materia de la litis.

29 -Corresponde al Organo jurisdiccional la facultad de determinar el monto de la suma que, a título de reparación por equivalente del daño moral causado, resulte procedente condenar al demandado. Dicha facultad no implica discrecionalidad del Juez para imponer o no la condena, pues acreditados los extremos de la acción, deberá en definitiva sentenciar al demandado al pago de la indemnización antes mencionada.

30 -El monto de la indemnización por daño moral, debe corresponder a la naturaleza satisfactoria de su reparación. Ante la lesión de uno o varios derechos de la personalidad, deberá procurarse que la condena que se imponga al demandado, efectivamente logre proporcionar a la víctima la forma de procurarse los satisfactores necesarios en relación con el daño sufrido, para que realmente obtenga una reparación del mismo.

31 -La condena que a título de reparación del daño moral imponga un juez, tiene actualmente, una trascendencia jurídica muy relevante, pues con ella se garantiza efectivamente la tutela jurídica de los bienes que integran el patrimonio moral de las personas, toda vez que si bien es cierto, la ley sustantiva civil reconoce una acción para que la víctima del daño moral exija la reparación del mismo, es a través de la función jurisdiccional, y en especial con la condena que se imponga al responsable, que se logra la tutela de los derechos lesionados.

BIBLIOGRAFIA

LEGISLACION CONSULTADA

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, 47a. ed., Porrúa, México, 1982.

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, 57a. ed., Porrúa, México, 1992.

Código Civil del Estado de Quintana Roo, Porrúa, México, 1989.

Código Civil del Estado de Tlaxcala, Porrúa, México, 1990.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, 44a. ed., Porrúa, México, 1993.

Nueva Legislación de Amparo Reformada (compilación y comentarios por Alberto Trueba Urbina y Jorge Trueba Barrera), 53a. ed., Porrúa, México, 1990.

BIBLIOGRAFIA

OBRAS CONSULTADAS

- ARELLANO GARCIA, CARLOS: Teoría General del Proceso; 2a. ed., Porrúa, México, 1984.
- ARIAS RAMOS Y ARIAS BONET: Derecho Romano, T.II; 17a. ed., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1984.
- BATIZA, RODOLFO: Las Fuentes del Código Civil de 1928; Porrúa, México, 1979.
- BECERRA BAUTISTA, JOSE: Instituciones de Derecho Procesal Civil; 12a. ed., Porrúa, México, 1978.
- BEJARANO SANCHEZ, MANUEL: Obligaciones Civiles; 3a. ed., Harla, México, 1990.
- BONFANTE, PEDRO: Instituciones de Derecho Romano (trad. del italiano por Luis Bacci y Andres Larrosa); 5a. ed., Reus, Madrid, 1979.
- BORJA SORIANO, MANUEL: Teoría General de las Obligaciones; 11a. ed., Porrúa, México, 1989.
- CAMARA DE DIPUTADOS del H. Congreso de la Unión, LII Legislatura: Proceso Legislativo de la Iniciativa Presidencial de Reformas a los Artículos 1916 y 2116 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para Toda la República en Materia Federal; Talleres Gráficos de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, México, 1983.
- CASTAN TOBEÑAS, JOSE: Derecho Civil Español Común y Foral TI (Introducción y Parte General); 11a. ed., Reus, Madrid, 1975.
- DE CUPIS, ADRIANO: El Daño (Teoría General de la Responsabilidad Civil) (trad. del italiano por Angel Martínez Sarrión); Bosch, Barcelona, 1975.
- DOMINGUEZ MARTINEZ, JORGE ALFREDO: Derecho Civil (Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez); Porrúa, México, 1990.
- FLORIS MARGADANT, GUILLERMO: El Derecho Privado Romano; 10a. ed., Esfinge, México, 1981.

- FUEGO LANERI, FERNANDO: De Nuevo Sobre el Daño Extrapatrimonial y su resarcibilidad; Talleres Gráficos Universitarios, Mérida (Venezuela), 1972.
- GALINDO GARFIAS, IGNACIO: Derecho Civil (Parte General, personas y familia); 9a. ed., Porrúa, México, 1990.
- GARCIA MENDIETA, CARMEN: Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano (La Obligación de Reparar el Daño Moral a través del tiempo); UNAM, México, 1983.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO: Derecho de las Obligaciones; 7a. ed., Porrúa, México, 1990.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO: El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad; 3a. ed., Porrúa, México, 1990.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS: Diccionario Jurídico Mexicano; UNAM, México, 1983.
- MAZEAUD, HENRI Y LEON: Lecciones de Derecho Civil, parte II, Vol. II, (La Responsabilidad Civil, Los Cuasicontratos) (trad. del francés por Luis Alcalá-Zamora); Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1969.
- OCHOA OLVERA, SALVADOR: La Demanda por Daño Moral; 1a. ed., Mundo Nuevo, México, 1991.
- PALLARES, EDUARDO: Tratado de las Acciones Civiles; 4a. ed., Porrúa, México, 1981.
- PLANIOL Y RIPERT, MARCEL Y GEORGES: Tratado Elemental de Derecho Civil T.IV. (Las Obligaciones) (trad. del francés por José M. Cajica Jr.); 1a. ed., Cárdenas, México, 1983.
- RECASENS SICHES, LUIS: Introducción al Estudio del Derecho; 7a. ed., Porrúa, México, 1985.
- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL: Derecho Civil Mexicano T.V. Vol.II; 5a. ed., Porrúa, México, 1985.
- SANTOS BRIZ, JAIME: Derecho de Daños; Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.
- SCOGNAMIGLIO, RENATO: El daño Moral (trad. del italiano por Fernando Hinestrosa); Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1962.