



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

321909

6
24

Centro de Estudios Universitarios

Clave: 3219

EL DAÑO MORAL Y SU PROBLEMÁTICA
EN TORNO A LOS ARTICULOS 1910,
1913 1915, 1916, Y 1916 BIS DEL
CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL
DISTRITO FEDERAL

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ANTONIO CORTES AGUILAR

Director de Tesis : Lic. Angel Ricardo Carbonell Paredes



México, D. F.

1997

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 esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

A MIS PADRES :

LIC. FRANCISCO CORTES PEREZ.

LIC. HILDA AGUILAR SALDAÑA.

A MIS HERMANOS :

PABLO CORTES AGUILAR.

LAURA CORTES AGUILAR.

ERENDIRA CORTES AGUILAR.

A MIS MAESTROS.

*CON ESPECIAL RECONOCIMIENTO
A QUIENES CON SU TIEMPO Y
ORIENTACIÓN, HICIERON POSIBLE
LA CULMINACION DE ESTE TRABAJO.*

A MIS COMPAÑEROS

Y AMIGOS.

I N D I C E

EL DAÑO MORAL Y SU PROBLEMATICA EN TORNO A LOS ARTICULOS 1910, 1913, 1915, 1916 Y 1916 BIS DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

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

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES DEL DAÑO MORAL.

1.- Introducción al tema.	1
2.- Antecedentes históricos del daño moral.	3
2.1 Derecho Romano.	
2.2 Derecho Francés.	
2.3 Derecho Italiano.	
2.4 Derecho Español.	
2.5 Derecho Alemán.	

CAPITULO SEGUNDO

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL DAÑO MORAL EN MEXICO.

1.- Antecedentes legislativos del daño moral en México en materia penal.	21
1.1 Código Penal de 1871.	
1.2 Código Penal de 1931.	
2.- Antecedentes legislativos del daño moral en México en materia civil.	25
2.1 Código Civil de 1870.	
2.2 Código Civil de 1884.	
2.3 Código Civil de 1928.	
a).- Primera Epoca.	
b).- Segunda Epoca.	

CAPITULO TERCERO

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y EL MARCO CONCEPTUAL Y DOCTRINAL DEL DAÑO.

1.- Aspectos Generales de los Derechos de la Personalidad.	47
2.- Naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad.	49

3.- Definición de los derechos de la personalidad.	53
4.- Caracteres de los derechos de la personalidad.	57
5.- Clasificación de los derechos de la personalidad.	58
5.1 Parte Social Pública.	
5.2 Parte afectiva.	
5.3 Parte físico somática.	
6.- Concepto de daño.	60
7.- El daño jurídico.	61
7.1 Aceptación lata.	
7.2 Aceptación estricta de daño.	
8.- Clasificaciones del daño.	63
8.1 Daño actual y daño futuro.	
8.2 Daño eventual y daño cierto.	
8.3 Daño directo y daño indirecto.	
8.4 Daño emergente y daño lucro cesante.	
8.5 Daño común y daño propio o particular.	
8.6 Daño intrínseco y daño extrínseco.	
8.7 Daño compensatorio y daño moratorio.	
8.8 Daño inmediato y daño mediato.	
8.9 Daño previsto y daño imprevisto.	
8.10 Daño patrimonial y daño moral.	

CAPITULO CUARTO

EL DAÑO MORAL: GENERALIDADES, CARACTERISTICAS, NATURALEZA JURIDICA, CONCEPTOS Y ESPECIES.

1.- Introducción al tema.	70
2.- Competencia del daño moral.	71
2.1 Moral.	
2.2 Religión.	
2.3 Derecho.	
3.- Naturaleza jurídica del daño moral.	74
3.1 Desde el punto de vista de su reparación.	
a).- Teoría que niega la reparación del daño moral.	
b).- Teoría mixta de la reparación del daño moral.	
c).- Tesis positiva que admite la reparación del daño moral.	
3.2 Desde el punto de vista de su ubicación en la responsabilidad civil.	
a).- Antecedentes de la responsabilidad civil.	
b).- Definición de la responsabilidad civil.	
c).- Responsabilidad civil contractual y extracontractual.	
d).- Responsabilidad extracontractual subjetiva y objetiva.	
e).- Similitudes y diferencias entre la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual.	
4.- Denominación y concepto del daño moral.	90
4.1 Introducción al tema.	

4.2	La denominación del daño moral.	
4.3	Concepto del daño moral.	
	a).- La noción por exclusión.	
	b).- Noción que atiende al interés comprometido.	
	c).- Noción que atiende a la naturaleza de los derechos lesionados.	
	d).- Noción que atiende a los resultados o consecuencias de la acción antijurídica.	
5.-	Autonomía del daño moral y el daño moral directo e indirecto.	102
5.1	Autonomía del daño moral.	
	a).- El sistema del derecho alemán.	
	b).- El sistema del derecho anglosajón.	
	c).- El sistema mixto.	
5.2	Daño moral directo e indirecto.	
	a).- Daño moral directo.	
	b).- Daño moral indirecto.	
6.-	Especies y bienes que tutela el daño moral.	107
6.1	Especies de daño moral.	
	a).- Daños que afectan la parte social pública.	
	b).- Daños que lesionan a la parte afectiva.	
	c).- Daños que lesionan la parte físico somática.	
6.2	Bienes que tutela el daño moral y su concepto.	
	a).- Parte social pública.	
	b).- Parte afectiva.	
	c).- Parte físico somática.	

CAPITULO QUINTO

LA REPARACION DEL DAÑO MORAL.

1.-	Introducción al tema.	120
2.-	Reparación de los daños morales.	126
	2.1 Los daños morales pueden ser o no objeto de reparación.	
	2.2 En caso de que los daños morales sean objeto de reparación, ésta es verdadera indemnización o es más bien una satisfacción al ofendido sin carácter equivalencial.	
	2.3 Si la satisfacción del resarcimiento del daño moral al ofendido, ha de determinarse atendiendo a criterios de expiación y pena para el agente, además de procurar aquella satisfacción.	
	2.4 Fundamento de la reparación de los daños morales.	
	2.5 Diversos criterios que atienden a la debida reparación de los daños morales, tomando en cuenta al mismo tiempo el concepto de indemnización, de satisfacción y el de pena o expiación.	
3.-	La reparación del daño moral en nuestro derecho.	132
4.-	A quién compete la acción de reparación y quiénes son los titulares.	135
	4.1 A quién compete la acción de reparación.	
	a).- Agraviado o sujeto pasivo.	
	b).- Sujeto activo o agente dañoso.	
	4.2 Titulares de la acción de reparación moral.	

a).- Directos.	
b).- Indirectos.	
5.- Personas obligadas a reparar moralmente.	139
5.1 Directas.	
5.2 Indirectas.	
a).- Los padres de los menores.	
b).- El Estado.	
c).- Las personas que incurren en responsabilidad objetiva.	
d).- Casos de los artículos 1929 y 1930.	

CAPITULO SEXTO

PROBLEMATICA EN TORNO A LOS ARTICULOS 1910, 1913, 1915, 1916 Y 1916 BIS DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

1.- Introducción.	143
2.- Problemática en torno al artículo 1910 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.	144
2.1 Problemática.	
2.2 Propuesta de reforma del artículo 1910.	
3.- Problemática en torno al artículo 1913 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.	146
3.1 Noción de responsabilidad Objetiva en el artículo 1913.	
3.2 Problemática del artículo 1913 en hacer responsable a cualquier persona que haga uso de una cosa o mecanismo peligroso por sí mismo.	
3.3 El caso fortuito o fuerza mayor y la problemática que surge al no estar contemplado por el artículo 1913.	
a).- Breve noción general de caso fortuito o fuerza mayor.	
b).- Noción de caso fortuito o fuerza mayor en el Derecho Mexicano.	
c).- Problemática del caso fortuito o fuerza mayor.	
3.4 Necesidad de especificar los supuestos de exoneración de una persona que hace uso de mecanismos peligrosos.	
3.5 Propuesta de reforma del artículo 1913.	
4.- Problemática en torno al artículo 1915 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal.	157
4.1 Párrafo primero. Problema conceptual de indemnización.	
4.2 Párrafo segundo. Problemática y controversia en relación a quiénes correspondería la indemnización en caso de muerte de la víctima.	
a).- Cuando la persona sobrevive al daño que se le causó y le lesionó un derecho, es decir, que el daño le produzca incapacidad total o permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el damnificado es la persona que sobrevive al daño, y será éste el destinatario del resarcimiento.	
b).- La problemática y controversia.	
c).- Tercer supuesto de quién o quiénes pueden ser los damnificados o destinatarios del resarcimiento.	
d).- Soluciones al problema de quién o quiénes deben ser los destinatarios del resarcimiento.	
4.3 Párrafo tercero del artículo 1915.	

4.4	Párrafo cuarto del artículo 1915.	
4.5	Propuesta de reforma del artículo 1915.	
5.-	Problemática en torno al artículo 1916 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal.	182
5.1	Párrafo primero. Problemática en relación a la no contemplación de aquellos derechos que al ser vulnerados ocasionan un daño moral.	
5.2	Párrafo segundo. Problemática en relación a la no especificación y delimitación de la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual.	
5.3	Párrafo tercero. Problemática existente al no contemplarse a quién correspondería la acción de reparación del daño moral en caso de muerte de la víctima.	
5.4	Párrafo cuarto. Problemática existente en relación a la forma de determinar el monto de la indemnización por daño moral.	
5.5	Párrafo quinto.	
5.6	Propuesta de reforma del artículo 1916.	
6.-	Problemática en torno al artículo 1916 Bis del Código Civil vigente para el Distrito Federal.	205
6.1	Párrafo primero. Problemática en relación a la no justificación de la existencia del primer párrafo.	
6.2	Párrafo segundo. Problemática existente debido a las contradicciones entre los artículos 1916 y 1916 Bis.	
6.3	Propuesta jurídica relativa al artículo 1916 Bis	
CONCLUSIONES.		212
BIBLIOGRAFIA.		220

INTRODUCCION

El tema que desarrollaremos mediante el presente trabajo ha sido motivado al observar la problemática que surge cuando alguna persona sufre una vulneración en sus derechos de la personalidad y tiene que acudir ante los órganos judiciales en reclamo de la reparación del daño moral ocasionado por la vulneración o menoscabo de esos derechos.

Hemos visto que existe desconocimiento, tanto por parte de los afectados y los abogados que los representan, como por parte de los jueces, de qué son los derechos de la personalidad y cuál es la figura jurídica del daño moral.

Para muchas víctimas así como para los juzgadores el daño moral sigue siendo una figura meramente decorativa y el monto a que se condena al responsable en muchas ocasiones es una cantidad irrisoria, siendo que el daño moral es tan importante como cualquier otro tipo de responsabilidad civil o penal.

En el año de 1982 se presentó una propuesta de reforma del Código Civil para el Distrito Federal en materia de daño moral; las reformas entraron en vigor el primero de enero de 1983; las reformas aunque tenían buenas intenciones se quedaron cortas y no alcanzaron el objetivo impuesto por la figura del daño moral, contribuyendo a que no se alcanzara ese objetivo por la ignorancia en materia de daño moral de algunos legisladores.

Nuestra legislación civil en materia de daño moral contiene muchas irregularidades; no se especifica qué son los derechos de la personalidad, cuáles son los derechos de la personalidad, cuál es la consecuencia que surge al ser vulnerados esos derechos de la personalidad, qué es el daño moral, cómo se define, quién puede reclamar la reparación del daño moral, cómo se debe fijar la indemnización del

daño moral, qué es la responsabilidad civil, en cuántos tipos se divide la responsabilidad civil, ante qué juez hay que tramitar la reparación del daño moral cuando éste sea consecuencia de la comisión de un delito o de un hecho ilícito o no ilícito. En nuestra legislación no se especifican claramente cuáles deben ser los parámetros que debe seguir el juzgador a fin de fijar el monto de la indemnización correspondiente; existe confusión en nuestra legislación en relación a si el daño moral únicamente puede ser reparado cuando sea consecuencia de un hecho ilícito o si también puede ser reparado cuando el daño moral sea consecuencia de un hecho lícito.

No se pretende poner en duda la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad, ni la del daño moral, ni tampoco cuestionar las diferentes teorías doctrinarias en torno a los derechos de la personalidad, el daño moral y la responsabilidad civil; sólo se desea hacer patente la problemática que existe en relación a nuestra legislación civil vigente en el Distrito Federal en materia de daño moral.

Las anteriores interrogantes al igual que otros aspectos los trataremos de allanar mediante el desarrollo y comprensión de la figura del daño moral, tema que será estudio de este trabajo que se presenta.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES DEL DAÑO MORAL.

1.- Introducción al tema.

Es indispensable tomar en cuenta que el daño moral es una consecuencia necesaria y surge cuando son vulnerados los llamados derechos de la personalidad; la evolución de los derechos de la personalidad ha significado la evolución del daño moral, por lo cual los antecedentes de los derechos de la personalidad han sido base y son antecedentes del daño moral.

El concepto de daño ha experimentado a través de los siglos una evolución, partiendo de una noción materialista hasta alcanzar elaboraciones abstractas, de contenido más espiritual. La injuria en un sentido etimológico, es toda conducta que no se ajusta a lo dispuesto por la norma jurídica. En una acepción más restringida, la injuria significa el ataque, lesión o menoscabo que una persona infiere a otra. La idea de injuria fue pasando de legislación en legislación desde un concepto materialista de daño inferido a la persona física del hombre, como sería la ruptura de algún miembro o una herida por arma, etc., hasta llegar a abarcar las formas inmateriales de la ofensa, como son ataques al honor, a la intimidad de las personas, a su dignidad pública y social, a su decoro, al afecto de una persona por otra, su estimación por determinados bienes, etc., constituyendo éstos parte de los derechos de la personalidad. Los derechos de la personalidad, son aquellos derechos que son inherentes al ser humano, son innatos, personalísimos, inalienables, son irrenunciables y que le dan al ser humano la calidad de tal.

Al ser vulnerado alguno de los derechos de la personalidad se produce un daño moral a la persona que sufrió tal vulneración. En la antigüedad ya existían manifestaciones aisladas, sobre la protección de la personalidad individual, pero no llegaron a sistematizar lo que hoy denominamos derechos de la personalidad.

Las leyes de Eshmuna, que datan aproximadamente de 2000 años antes de Cristo, constituyen el primer antecedente que se conoce sobre los derechos de la personalidad, y la reparación del daño puramente moral cuando aquéllos eran vulnerados. En el artículo 42 de esa Ley, se disponía que quien propine a otro una bofetada en la cara, pesará y entregará diez Shekels de plata. La injuria verbal daba lugar a una reparación de igual monto.

En Israel la responsabilidad por daño moral se fundamentaba en su carácter religioso y colectivo, así "... la violación de la ley era esencialmente un pecado y configuraba, a la vez, un crimen y un acto de responsabilidad civil." (1).

Esta violación de la ley que era un pecado, exigía un castigo severo, y de una gravedad tal, que se tenía en cuenta la dignidad del pecador. La misma idea se encuentra en el derecho Chino primitivo y en las costumbres africanas.

La anterior idea también fue sustentada por Platón, pero a su vez, "Los griegos vieron la esencia del hombre, lo que podríamos llamar la *humanitas*, en el ser político." (2)

El cristianismo fue el móvil a través del cual se sentaron las bases morales indestructibles, surgiendo así el reconocimiento de los derechos de la personalidad individual; implicó asimismo la igualdad de derechos y la inviolabilidad de la persona con todas sus prerrogativas individuales y sociales y se empezó a tomar en cuenta que la vulnerabilidad de los derechos de la personalidad produce un daño moral.

En la Edad Media, no se sintió la necesidad de destacar los derechos naturales de las personas conocidos como derechos de la personalidad, esto debido a que en ese entonces la concepción jurídica tenía al derecho como una ordenación total de la vida.

Durante el Renacimiento inicia la concreción de los derechos naturales de las personas, destaca dentro de éstos la figura de una *potestas in se ipsum o jus in corpus*, la que es considerada como el primer antecedente formal de la moderna doctrina de los derechos de la personalidad.

(1) Moeset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por Daños*, Tomo IV El Daño Moral. Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires, 1986. p. 55.

(2) Bergoglio de Brouwer de Kouing María Teresa; Bertoldi de Fourcade María Virginia. *Trasplante de Organos Entre Personas, con Organos de Cadáveres*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 1983. p. 4.

La Escuela del Derecho Natural, a partir del siglo XVII, además de reconocer los derechos de la personalidad también los exalta a través de los llamados "derechos naturales o innatos" los cuales son inherentes al hombre, nacen con él, permanecen unidos a la persona y son preexistentes a su reconocimiento por el Estado.

Durante el siglo XVIII, la teoría de estos derechos naturales, llamados originarios, esenciales, fundamentales y absolutos, se une poco a poco a un sentimiento de reivindicación política, que se transformó en una doctrina revolucionaria: la de los Derechos del Hombre y del ciudadano.

La Escuela Histórica y en general el positivismo jurídico del siglo XIX se apartaron de la idea de estos derechos naturales o innatos, pero los escritores católicos, que eran continuadores de la tradición jus-naturalista, siguieron fieles a la concepción de esos derechos. La trascendencia de esta teoría penetró al derecho privado con nuevos enfoques aportados por los pandectistas y civilistas que admiten la existencia de estos derechos que se ejercitan sobre la propia persona, sus cualidades y atributos, asegurando de este modo el goce de sus bienes internos, energías físicas y espirituales.

2.- Antecedentes históricos del daño moral.

2.1 Derecho Romano

Según Hans Fisher, las acciones penales en el Derecho Romano son básicas para lograr un buen estudio sobre los daños civiles y su reparación; dentro de esas acciones penales merece particular estudio, la *actio injuriarum*, dada su posición primordial que ocupa y conserva en el derecho común; esta acción tiene como finalidad proteger la personalidad contra ataques intencionados y antijurídicos, versando sobre el pago de una suma de dinero.

Hans Fisher concluye que en la primera época de los derechos antiguos romano y germánico, se confunden pena e indemnización; que el simplista sentimiento jurídico de aquellos siglos ve en el fondo de toda lesión, hasta en los de carácter patrimonial más comunes, un daño inferido a la personalidad que despierta el anhelo de venganza y clama por castigo. El hecho injurioso persigue al culpable y como consecuencia nace la obligación de éste, de realizar ciertas prestaciones en concepto de

pena en favor del lesionado, gracias a las cuales se redime de la venganza privada del agredido y se restaura la paz jurídica que quebrantó el culpable. (3)

Tanto los romanos como los germánicos, en el derecho antiguo, cuantificaban la pena pecuniaria dependiendo de cada figura existente como delito patrimonial, y así podían estar en posibilidad de determinar la cantidad a que ascendía la pena pecuniaria, para esto se multiplicaba un cierto número de veces el valor del objeto que se había deteriorado o perdido.

Utilizando iguales métodos, las leyes germánicas fijaban la suma expiatoria que el culpable debía satisfacer por una muerte u otra lesión corporal. También se imponían penas muy elevadas que tenían como finalidad satisfacer a la víctima en todos los aspectos.

El derecho romano establecía que se debía abonar como sanción, el doble, el triple, el cuádruple etc., del valor global de las cosas, incluyéndose en esta sanción la indemnización de carácter patrimonial, así como la cantidad que se aplicaba para subsanar otros trastornos inmateriales producto del perjuicio causado.

Particularizando en los antecedentes del daño moral existentes en el derecho romano, encontramos que Justiniano clasificó las fuentes de las obligaciones en contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos.

La comisión de un hecho ilícito, hacía surgir una obligación contra la voluntad del agente pudiendo ser de dos tipos:

Públicos o *Criminia*. Al cometer este tipo de delitos se atacaba a toda la comunidad por lo cual se daba lugar a una persecución pública.

Privados o *Delictum o Malefictum*. Al cometerse este tipo de delito constituía únicamente una ofensa al individuo, afectando indirectamente a la colectividad.

Los cuatro tipos de delitos privados que se conocieron fueron: *El Furtum, La Rapina, La Injuria y el Damnum Injuria Datum*.

En relación a la injuria Eugene Petit dice lo siguiente: "La palabra *injuria*, tomada en sentido lato, significa todo acto contrario a derecho. Pero en una acepción más restringida, designa el ataque a la persona, mientras que el *damnum injuria datum*, reprimido por la ley Aquilia, es un daño causado injustamente a la cosa ajena." (4).

(3) Fisher A. Hans. *Los Daños Civiles y su Reparación*, traducido por W. Roces. Librería General de Victoriano Suárez, 2ª ed. México, 1974. pp. 229 y 230.

(4) Petit, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Editorial Porrúa S.A. México, 1992. p. 464.

El *damnum iniuria datum*, también es llamado *damnum iniuri* o sencillamente daño. Existen tres diferencias que lo separan del *furtum* y de la *iniuria*, tal y como lo establecen Beatriz Bravo Valdés y Agustín Bravo González quienes dicen que en relación al *damnum iniuria datum*, "Tres diferencias lo separan del *furtum* y de la *iniuria*: 1. El dolo no es esencial; 2. La acción a que da lugar tiene por fin principal una indemnización, aunque accidentalmente se puede encontrar mezclada con un carácter penal; 3. Finalmente, aún durante el último estado del derecho, este delito no lleva una represión por vía criminal, en efecto, pertenece por la naturaleza de las cosas al derecho civil, mientras que el robo y la *iniuria* son verdaderamente materia del derecho penal." (5)

A la palabra *iniuria* en el sistema de los delitos privados se le atribula el significado de lesión personal teniendo tres requisitos que eran: la existencia de un acto injusto, que éste fuese una afrenta y que existiera la intención de injuriar.

La definición, los efectos y la aplicación del delito de injuria han variado dependiendo de la época, y así tenemos que la Ley de las Doce Tabas es la disposición más antigua en materia de responsabilidad proveniente de daño.

Sara Bialostoksky respecto de la injuria manifiesta que: "Textualmente el término *iniuria* significa acto cometido sin tener derecho. Si bien comprende todo lo que lesione la integridad física o moral de una persona; las XII Tabas (8, 2, 3, 4) se refieren sólo a lesiones corporales . . .". (6).

La Ley de las XII Tabas establecía que la injuria no comprendía más que los ataques, golpes, heridas más o menos graves, y en sí la lesión corporal ocasionada a una persona, quien podía ser una persona libre o un esclavo, y no establecía una distinción entre la lesión culpable u ocasionada intencionalmente y la originada por negligencia, descuido o simple imprudencia. De acuerdo a la Ley de las Doce Tabas encontramos tres casos de lesiones corporales, siendo los siguientes:

La primera era la *membrum ruptum*, o amputación o inutilización de un órgano, imponiéndose en este caso la pena del talión, ojo por ojo y diente por diente, a menos que la víctima pactara una composición voluntaria.

La segunda era la *os fractum*, y se refería a la fractura de un hueso, la cual se subsanaba mediante una composición fijada por la ley.

(5) Bravo González, Agustín; Bravo Valdés, Beatriz. *Segundo Curso de Derecho Romano*. Editorial Pax-Mexico, Librería Carlos Césarman S.A., 2ª ed. México, 1980. p.p. 191 y 192.

(6) Bialostoksky, Sara. *Panorama del Derecho Romano*. UNAM. México D.F., 1990. p. 192.

La tercera se refiere a las lesiones de menor clase (*iniuriam*), o sea las de vias de hechos leves, los golpes sin heridas, las cuales al igual que la anterior, se redimían mediante una composición fijada por la ley.

Paul Jóns refiere que además de los tres casos mencionados con anterioridad, existían los delitos consistentes en la recitación de fórmulas de brujería como la llamada *mala carmina incantare*, la cual servía para atraer el espíritu maligno hacia una persona; otra de las fórmulas era la llamada *occantare*, y que consistía en la difamación pública. (7)

Así, conforme transcurría el tiempo, las anteriores penas cayeron en desuso y poco a poco la pena del talión se dejó de aplicar. En cuanto a la composición, ésta se hacía el medio más eficaz de compensar el daño causado, pero las cantidades fijadas para este fin eran insuficientes, en tales circunstancias el pretor compiló todos los casos de lesiones y sustituyó una reparación pecuniaria en relación con la gravedad de la injuria, la cual se obtenía mediante la *actio injuriarum*.

Mediante la *actio injuriarum*, el demandante era quien valuaba y fijaba la reparación, esto en caso de injuria ordinaria, y era el juez quien podía mantener o disminuir en la condena, la cantidad que previamente había sido fijada por el demandante; y así con esto se autorizó al juez a condenar de acuerdo a la equidad. En aquellos casos en que la injuria fuera de las calificadas como muy grave, el magistrado era quien efectuaba la estimación, debiendo el juez estarse a lo dictaminado por el magistrado.

Para que la injuria fuera considerada grave o *atrox*, se tomaba en cuenta su naturaleza, como en el caso de heridas muy graves; asimismo para calificar de grave o *atrox*, a la injuria cometida, se tomaba en cuenta el lugar donde había sido perpetrada, como en el caso de la injuria que se realizaba en el teatro o en el foro; y también se le daba el calificativo de grave o *atrox*, cuando la persona ofendida era alguien de alta dignidad, como en el supuesto de que se injuriase a un magistrado.

(7) Jóns, Paul. *Derecho Privado Romano*, traducción de la 2ª ed. Alemana por L. Prieto Castro. Editorial Labor. Madrid 1937. p. 181.

Así tenemos que la injuria podía ser hecha *verbis*, es decir, que se podía cometer por medio de las palabras, siendo utilizadas éstas ya sea de forma oral o de forma escrita. La Ley de las XII Tablas castigaba hasta con la muerte, la injuria cometida a voces y por medio de sátira escrita. La injuria asimismo podía ser *re*, es decir, aquella que se cometía por la vía de los hechos; en este caso la Ley de las XII Tablas castigaba con penas más leves de las aplicadas a las injurias verbales. Distinguiéndose por lo tanto las injurias verbales y las injurias reales.

En las injurias verbales agravaba la responsabilidad el hecho de que se profirieran al mismo tiempo y por medio de voces o gritos deshonrosos, palabras de contumelias contra un ciudadano. Asimismo, la injuria también comprendía la *ademptata pudicitiae infamatio*, que eran los atentados al pudor y la difusión de rumores en detrimento de la fama.

Por otro lado la injuria podía ser inmediata o mediata. La injuria inmediata era la que recaía directamente sobre nuestra persona. La injuria mediata era aquella que se dirigía a otra persona con quien nos unían vínculos estrechos que hicieran recaer sobre nosotros dicha injuria.

De acuerdo a una Ley Cornelia de *injurie*, que fue promulgada en el año 81 A.C., y dictada bajo la dictadura de Sila, la víctima tenía a su favor el derecho de ejercitar una acción *injuriarum* y una persecución criminal, pero sólo en el caso de golpes o violación de domicilio, posteriormente, esta disposición fue ampliada a todas las injurias.

La acción *injuriarum* es dada a la persona injuriada, y ésta podía denunciar al culpable en un procedimiento especial similar a los procesos criminales y seguido ante el tribunal de jurados, el que era presidido por una autoridad pública. Estas acciones se denominaban penales no porque llevaban a la aplicación de una pena corporal, sino que la finalidad de estas acciones, tramitadas mediante el procedimiento especial, era el llegar a una pena pecuniaria, que era adjudicada al ofendido a título de reparación. Cuando la injuria era hecha a una persona *alieni furis*; es decir la injuria que recaera sobre una persona sometida a la autoridad de otro, como sería la autoridad del señor sobre el esclavo, la patria potestad o autoridad paternal, la *manus* o autoridad del marido y la *mancipium* o autoridad especial de un hombre libre sobre una persona libre; esa injuria recaía sobre el jefe de familia, quien podía ejercer una doble acción, siendo una la que ejercía en su nombre y la otra, la que ejercía en nombre de la

persona que habla sido víctima de la injuria. Esto mismo se concedía al marido por el insulto hecho a su mujer.

La acción se ejercitaba contra el culpable y sus cómplices pero era intransmisible, se extinguía por la muerte del ofensor o del ofendido; asimismo también se extinguía por el perdón que se hiciera sin que existiera resentimiento alguno.

Posteriormente en el derecho imperial, los jurados fueron sustituidos por los *crimina extraordinaria*, haciéndose cada vez más comunes los casos de injuria.

Ya con el derecho justiniano, todo lo relacionado con injurias pasó al campo de los delitos públicos, y la injuria en sentido lato, se aplicaba a las ofensas morales.

El concepto de la jurisprudencia emanada alrededor de la injuria fue extendiéndose hasta considerarla como toda lesión del derecho de la personalidad; la injuria empezó a aplicarse cada vez más, a todo acto contrario a la decencia normal que debe observar toda persona en el trato social que tiene con sus semejantes, y poco a poco, se fue considerando que el daño podía darse aún y cuando no existiese daño físico en las personas o en su patrimonio; con lo cual se puede concluir que el pueblo romano ya le daba la importancia que merecía el daño moral y regulaba éste.

2.2 Derecho Francés.

En el derecho francés antiguo se había recogido la tradición romana, pero ello sucedió de manera imperfecta, pues no se tiene un conocimiento completo de los textos legales. Esta laguna condujo a establecer una distinción ya tratada en el derecho romano, entre la responsabilidad delictual y la responsabilidad contractual. De acuerdo a esta distinción, se admitía que en la responsabilidad delictual sí había lugar a la reparación del daño moral, pero en la esfera contractual, los autores franceses se negaron categóricamente a admitir la reparación del daño moral; declaran, que el incumplimiento de un contrato no daba lugar al abono de daños y perjuicios a favor del acreedor, sino sólo en el caso de que éste último pudiera comprobar que por el incumplimiento había experimentado un perjuicio económico;

es decir, que en materia contractual, se negó por parte de los autores franceses que pudiese ocasionarse un perjuicio moral al existir incumplimiento.

Doman y Pothier son enfáticos al afirmar que no puede causarse perjuicio moral en el ámbito de la esfera contractual; la opinión de ellos tuvo una gran influencia en el moderno derecho francés. Actualmente, numerosos autores franceses, basándose en Doman y Pothier admiten plenamente la reparación del daño moral proveniente de actos delictivos, pero categóricamente niegan que el perjuicio moral se ocasione en actos contractuales.

En cuanto a la legislación Francesa, lo más sobresaliente es lo referente a la indemnización de los daños no patrimoniales, los cuales tenían como base la interpretación que da la jurisprudencia a los artículos 1382 y 1383 del Código Napoleón.

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

ARTICULO 1383.- Cada quien es responsable del daño que cause no solamente por sus actos, sino también si es a causa de su negligencia o de su imprudencia.

En cuanto al artículo 1382 se ha afirmando que esta disposición engloba a todas las clases de daño y las somete a una reparación uniforme.

A partir de 1800, con el desarrollo del maquinismo, aumentaron considerablemente los accidentes de trabajo. Así fue como surgió la necesidad de auxiliar a las víctimas. Para tratar de solucionar ese problema, el legislador, la jurisprudencia y la doctrina tuvieron que flexibilizar las reglas de la responsabilidad civil para aplicarlas en favor de la víctima.

Fue así que en Francia y durante el siglo XIX, se consolidó la tendencia referente al daño; el Procurador General Pupin, el 15 de junio de 1833, sentó la tesis de que el daño debe ser reparado.

El daño moral, en el derecho francés, se incluye bajo el concepto de "*Domage*", concepto este último que es utilizado en los artículos anteriormente citados.

Los Tribunales Franceses reconocen la obligación de resarcir el daño moral ocasionado en los casos de muerte culpable de un pariente próximo, como los padres, los hermanos o el cónyuge; así como en los casos de bigamia y de adulterio.

Por lo que respecta a la cuantía del daño, ésta se ha dejado al libre arbitrio del órgano jurisdiccional, teniéndose plena confianza en la decisión que el juez adopte respecto a la cuantía correspondiente en caso de daño moral.

En cuanto a la doctrina, encontramos la opinión de los siguientes autores:

Por lo que respecta al autor Larent y en relación al artículo 1382, citado en líneas que anteceden, él nos dice que este artículo trata respecto de un daño en términos absolutos sin hacer ninguna distinción, asimismo afirma que, todo daño hecho debe ser reparado, implicando esta reparación, tanto al daño moral como al daño material. Y que tal afirmación tiene su fundamento en el espíritu de la ley, la cual no deja ninguna duda, ya que la intención de la misma es salvaguardar todos los derechos del hombre, todos sus bienes y que el honor, y la consideración que se tenga de nosotros mismos son nuestros más preciados bienes.

Para los autores franceses, Henri y León Mazeaud, conviene precisar con exactitud lo que se entiende por perjuicio moral. Ellos afirman que:

"Conviene no dejarse engañar por las palabras, muy mal escogidas por los demás, de moral y de material. A primera vista, pudiera creerse que el perjuicio material es el que cae bajo el dominio de los sentidos, el que podemos ver, el que podemos tocar, en una palabra el perjuicio corporal, en el sentido jurídico más amplio de este término, en tanto que el perjuicio moral es el que no afecta sino el dominio inmaterial, invisibles de los pensamientos y de los sentimientos: el perjuicio incorporeal. Pero no es este el verdadero sentido al que debemos atenemos. Numerosos son en efecto los perjuicios corporales respecto de los cuales se discute el problema de saber si dan lugar a reparación: tales los sufrimientos físicos consecutivos a un accidente, una herida que desfigura." (8)

Con base en lo anterior va a radicar el criterio de distinción, por lo tanto se puede decir que el perjuicio material, es el perjuicio patrimonial, y que se traduce en una pérdida estimada pecuniariamente; y por su lado el perjuicio moral, es el perjuicio extrapatrimonial, no económico.

(8) *Mazeaud, Henri; Léon. Compendio del Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, Tomo I, traducción directa de la última Edición Francesa por Carlos Valencia Estrada. Editorial Colmex. México, 1943. p.p. 147 y 148.

El autor LALOU, citado por los tratadistas franceses, Henri y León Mazeaud, afirma que "La distinción entre el perjuicio material y el perjuicio moral corresponde a la división general de los derechos . . ." (9), por lo cual, la división de derechos a que hace referencia el autor en comento, es aquella en la cual dentro de los derechos patrimoniales, se incluyen a los derechos reales y personales; y dentro de los derechos extrapatrimoniales se incluyen a los derechos de la personalidad y a los derechos de familia.

Se puede observar que con mucha frecuencia van unidos los perjuicios material y moral. No en raras casos, un mismo hecho puede implicar tanto una pérdida pecuniaria como un perjuicio moral, al respecto los tratadistas Henri y León Mazeaud dicen que:

" . . . las heridas que disminuyen la capacidad de la víctima y al mismo tiempo le ocasionan sufrimientos. Con frecuencia también el perjuicio que hiera los derechos extrapatrimoniales implica de rechazo una pérdida pecuniaria, como los atentados al honor de un comerciante provenientes del hecho de poner en duda su probidad: son susceptibles de arruinar su negocio." (10)

Así y si bien es cierto que por regla general, tanto el perjuicio material como el perjuicio moral normalmente van unidos, también es cierto que esto no implica que necesariamente el perjuicio moral en ciertas ocasiones aparezca total y completamente desligado del perjuicio material, dado que el surgimiento de uno como del otro puede ser al unísono, pero también puede darse de forma autónoma e independiente.

Desde el punto de vista de los autores franceses, Henri y León Mazeaud, existen dos categorías de perjuicios morales:

"Por una parte, los que afectan lo que se ha denominado la parte social del patrimonio moral: hieren a un individuo en su honor, su reputación, su prestigio. Por otra parte, los que afectan la parte afectiva del patrimonio moral, hieren a un individuo en sus afectos: por ejemplo, el dolor que se experimenta por la muerte de una persona querida y los primeros están siempre o casi siempre vinculados a un perjuicio pecuniario: el descrédito arrojado contra una persona amenaza casi siempre con afectarla pecuniariamente, ora obligándola a abandonar la situación que ocupa, ora comprometiendo su porvenir o el de sus hijos, ora haciendo peligrar su comercio o industria." (11)

Así y resumiendo el pensar de los tratadistas en cita se puede afirmar que el perjuicio moral es " . . . aquél que no se traduce en una pérdida de dinero, porque atenta contra un derecho extrapatrimonial." (12)

(9) Mazeaud, Henri; Leon. Op. Cit. p. 148.

(10) *Idem.* p. 148.

(11) *Idem.* p. 148.

(12) Mazeaud, Henri; León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil, parte 2ª*, Vol. II, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1969. p.68.

Los tratadistas G. Ripert y J. Boulanger, dan una definición negativa respecto al daño moral, manifestando que es aquél que no atenta en ninguna forma contra los elementos del patrimonio; y que los daños y perjuicios acordados, en caso de daño moral, no reemplazarán a un elemento desaparecido en el patrimonio de la víctima, sino que engrosarán ese patrimonio, por tanto, la indemnización tendrá el carácter de una pena privada y no de una reparación.

Para A. Colin y H. Capitant, al hablar del daño material dicen que la naturaleza del daño importa poco, y éste, en la mayoría de los casos, afecta el patrimonio de la víctima, el que se traduce en última instancia en dinero. Pero el daño puede ser también del orden moral, por ejemplo, un ataque a la reputación, a la consideración de una persona procedente de conversaciones injuriosas o palabras o escritos calumniosos; lo es la ruptura de una promesa de matrimonio, lo es el hecho de una seducción dolosa o el perjuicio causado a un cónyuge por el adulterio del otro; en todos estos supuestos, la doctrina está de acuerdo con la indemnización de daños y perjuicios que se hayan causado. (13)

Para el autor J. Carbonier, la indemnización que por causa de un daño moral se otorgue a una víctima que lo haya sufrido, constituye un enriquecimiento gratuito en su patrimonio, configurándose con esto una pena privada, que en lugar de beneficiar al Estado, como en el caso de una multa de carácter penal, aprovecha a la víctima.

2.3 Derecho Italiano.

En materia legislativa en el derecho Italiano se encuentra lo siguiente:

En cuanto a la jurisprudencia Italiana, ésta se limitó a seguir la opinión francesa dominante. Así, con este criterio se otorgan indemnizaciones por la muerte de una persona amada o por la falta de la tutela marital y paternal.

Fue durante la vigencia del Código Civil Italiano de 1895, que se dio una ardua discusión, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, respecto a que si el artículo 1151 del citado código y el que era una reproducción exacta del artículo 1382 del Código Francés, contenía en sí mismo y con base en otras leyes complementarias el principio de la reparación de los daños morales.

(13) Colin, Ambrosio; Capitant, Henri. *Curso Elemental de Derecho Civil*. Torno II, traducción de la última edición francesa por la redacción de la Revista General de legislación y Jurisprudencia. Editorial Reus. Madrid, 1924. p. 742.

La legislación que vino a consagrar el derecho de resarcimiento en casos de delitos penales contra el honor de las personas o de la familia, fue el artículo 38 del Código Penal; pero en el ámbito de la doctrina, fue ampliamente discutido si la reparación que este artículo prescribía englobaba o no el daño moral.

Fue con el Código Penal de 1931 cuando se aclaró y confirmó el principio de la reparación de los agravios morales, ya que este Código en su artículo 18 establecía que: todo delito que ha ocasionado un daño patrimonial o extrapatrimonial obliga al resarcimiento.

Con base en lo anterior se puede afirmar que el principio de los daños morales se limitaba sólo a los casos de delitos penales.

El Código Civil Italiano de 1942, sigue una tendencia restrictiva en cuanto a la indemnización o reparación de los daños morales. En relación a la materia de los daños morales encontramos como preceptos básicos los artículos 1174, incluido en el título I del libro 4º, de las obligaciones en general, así como el 2059 ubicado en el último lugar del título IX, del mismo libro de los actos ilícitos. El primero de los artículos mencionados y poniendo de relieve el carácter patrimonial de la prestación dice así: La prestación objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés, aunque no sea patrimonial, del acreedor.

Por su parte el artículo 2059 establecía que: El daño no patrimonial, sólo será resarcido en los casos determinados por la ley.

Con esta regulación tan amplia, de someter el resarcimiento del daño moral a los casos determinados por la ley, implícito lleva, que cualquier regla normativa de esta naturaleza puede estipular el resarcimiento del daño no patrimonial. En conclusión, sólo se reconoce el principio de indemnización de daños inmateriales en caso de actos ilícitos cuando la ley expresamente lo autoriza.

En cuanto a la doctrina en el derecho Italiano encontramos lo siguiente:

El autor italiano Roberto de Ruggiero respecto al daño moral manifiesta que: ". . . es el daño que no produce directa o indirectamente una alteración patrimonial, sino que ocasiona perturbación injusta en el estado anímico de una persona (dolor moral, pasión de ánimo)". (14)

(14) Ruggiero, Roberto de. *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. I. Traducción de la 4ª ed. Italiana. Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones S.A., Madrid 1977. p. 65.

Por su parte el tratadista Biagio Brugi dice que, el daño no patrimonial consiste en la afectación de otros bienes distintos a los patrimoniales, y que este daño no difiere en sí, del daño patrimonial, ya que representa una injuria en el patrimonio de la víctima, o sea es un dolor sufrido injustamente que afecta directamente el ánimo, los sentimientos, ocasionando sufrimientos y aflicciones a la persona que sufrió el daño.

Alberto Trabucchi expresa que se debe reservar el término de daños morales, aunque el Código Civil en su artículo 2059 los señala y reconoce como daños no patrimoniales, para indicar la pasión de ánimo, el dolor y aquellos sacrificios de afectos o mortificaciones ideales que no reflejan una disminución en el patrimonio, pero que en el derecho Italiano asumen solamente un relieve excepcional cuando expresamente la ley así lo establezca. (15)

El tratadista Messineo dice, que el daño inmaterial es todo perjuicio originado directamente a la persona; y que el daño moral puro y que no afecta ni inmediata ni mediatamente el patrimonio de la persona o a ella misma en su capacidad productiva, es el que se produce a la personalidad moral o espiritual tal como la libertad, la dignidad, la respetabilidad, el decoro, el honor, las alteraciones psíquicas etc.

Adriano de Cupis define al daño moral en contraposición al daño patrimonial, por lo tanto para este autor el daño moral "... es todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial, por tener por objeto un *interés no patrimonial*, o sea, que guarda relación a un *bien no patrimonial*." (16); pero este criterio según de Cupis, no ha sido siempre debidamente observado, ya que entre los daños no patrimoniales se ha concedido especial relevancia a los efectos anímicos o sufrimientos morales, tales como las aflicciones, el resentimiento, la amargura, el deseo, la preocupación; y asimismo se le ha concedido especial relevancia a los dolores físicos. Según este criterio, se le ha dado especial importancia únicamente al perjuicio ocasionado al sentimiento de bienestar físico o psíquico, o sea, sobre el daño que se resuelve en un dolor corporal o espiritual.

Adriano de Cupis afirma que si del daño moral se quiere dar un concepto más lógico y completo, hay que tomar en cuenta que junto a un concepto estricto del daño no patrimonial o moral existe otro más amplio, del que no se puede prescindir, y así:

(15) Trabucchi, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Traducción de la 15ª Edición, con notas y concordancias de Luis Martínez-Calarzada. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1967. p. 226.

(16) De Cupis, Adriano. *El Daño*. Traducción de la 2ª Edición Italiana y estudio Preliminar por Angel Martínez-Sarrión. Bouch, Casa Editorial S.A.. Barcelona 1975. p. 122.

"... no puede limitarse al campo de los sufrimientos físicos o morales, sin concebirllos de forma que puedan integrarse todos los daños que no se comprenden en el otro grupo, en el de los daños patrimoniales, con otras palabras, que su noción no puede ser en el momento actual más que meramente negativa." (17)

Para el civilista Chironi, se debe limitar el resarcimiento de los daños morales, ya que según él, el dolor no puede valorarse en dinero y que a la víctima le basta como "*risarcimento morale*", la sentencia condenatoria del juez penal.

Así, el autor Parmartello dice, que son daños morales los consistentes en la privación o disminución de bienes que tienen valor principalísimo en la vida del hombre, tales como la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos.

Los tratadistas italianos Rovelli y Maudrioli definen el daño moral, como el dolor o padecimiento de ánimo ocasionado por el acto ilícito.

2.4 Derecho Español.

En cuanto a la legislación, en el derecho español encontramos los siguientes antecedentes:

Los juristas Gayoso y Puig Peña, se pronunciaron en el sentido de que el Código Civil no contenía precepto alguno que autorizara la reparación pecuniaria de los daños morales, situación ésta, que se desprende claramente por lo dispuesto por el artículo 1902 del Código Civil, el cual establecía lo siguiente: el que por acción u omisión cause un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño. El problema con esta disposición, es que no se indica qué clase de daño es al que se refiere la misma, ya que pueda tratarse de daño material o daño inmaterial, y tampoco se establece la indemnización pecuniaria que debiese corresponder al daño que se llegase a ocasionar.

(17) De Cupis, Adriano. Op. Cit. p. 123.

En el año de 1912 se emitió jurisprudencia por parte del Tribunal Supremo, la que dejó establecido que el honor, la honra y la fama, constituyen bienes sociales, y cualquier menoscabo sufrido por estos, debía dar lugar a la responsabilidad civil, la que debía ser regulada, apreciada y determinada por el sano arbitrio del Tribunal. Posteriormente otros fallos emitidos por el Tribunal Supremo fueron efectuados en el mismo sentido, con lo que se enriqueció la jurisprudencia española de aquella época.

En cuanto a la doctrina, se han encontrado las siguientes opiniones:

Los tratadistas en este país han discutido sobre la cuestión del daño moral, la discusión se constriñe a saber si los daños morales, es decir, los daños que afectan a los bienes inmateriales de la personalidad como la libertad, el honor, la reputación, etc. y que no tienen relación alguna con el ámbito patrimonial y que no repercuten de un modo inmediato sobre el patrimonio de las personas, deben ser ubicados dentro del ámbito del resarcimiento de daños y perjuicios, a diferencia de los daños patrimoniales.

Asimismo la discusión también se enfoca a si el daño moral y el daño material constituyen un solo concepto o son conceptos diferentes.

Así y con base en lo anterior, diversos tratadistas españoles han emitido su opinión respecto de los daños morales o daños inmateriales.

Roces dice que no existe una verdadera indemnización en materia de daños morales, pero que al ocasionarse un daño inmaterial, el mismo puede ser objeto de legítimas reparaciones.

En el derecho español el tratadista Jaime Santos Briz, es uno de los autores que más atención ha merecido en relación a los daños morales, este autor dice que "... son en principio, aquéllos cuya valoración en dinero no tiene la base equivalencial que caracteriza a los patrimoniales, por afectar precisamente a elementos o intereses de difícil valoración pecuniaria." (18)

Según el autor Ortiz Ricol, los daños morales o no patrimoniales, son cualquier lesión que pueda ser causada en los sentimientos del hombre, y dada su espiritualidad, no son susceptibles de una valorización económica.

(18) Santos Briz, Jaime. *Derecho de Daños*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1963. p. 120.

Díaz Dario se constringe a señalar que el daño debe ser únicamente patrimonial.

Para José Castán Tobeñas, los daños morales son aquellos que afectan a los bienes inmateriales de la personalidad, tales como la libertad, la salud, el honor, y que no tienen nexo alguno con el patrimonio del ser y que no repercuten de modo alguno sobre el patrimonio.

Antonio Borrel Macia nos dice que, el daño moral es aquél que no afecta necesariamente al patrimonio de una persona determinada, el que no queda completamente compensado entregando una cantidad más o menos elevada de dinero. De aquí que no puedan considerarse exclusivamente morales, aquellos daños que repercuten al patrimonio del perjudicado. (19)

En este orden de ideas se puede decir que los daños morales pueden afectar, tanto la personalidad física como la personalidad moral del hombre, y lo que es más, ambas pueden concurrir y verse afectadas a la vez.

A manera de conclusión y tomando en cuenta las anteriores opiniones, se puede decir que en el derecho español y en materia de daños morales es de justicia la reparación o la compensación de los mismos. Esta reparación o compensación de los daños morales tendrá que hacerse con base en las normas legales de la indemnización de daños y perjuicios, pero dado el caso y cuando no sean aplicables las normas legales previamente establecidas, entonces será procedente aplicar los principios generales del derecho. Parece indubitable, que la reparación de los daños morales que no tienen una repercusión material inmediata, sino que únicamente se daña la esfera inmaterial, deben ser sometidos a un régimen jurídico distinto al aplicable a los daños materiales propiamente dichos, debiéndose conceder un sano y amplio arbitrio a los Tribunales para que estos puedan efectuar una libre apreciación.

2.5 Derecho Alemán.

En el derecho Alemán y en cuanto a su legislación encontramos lo siguiente:

(19) Borrel Macia, Antonio. *Responsabilidades Derivadas de Culpa Extracontractual Civil*. Editorial Bosch, 2ª ed. Barcelona, 1958, p.p. 210 y 211.

En la legislación alemana el concepto de daño tenía una esfera muy amplia, ya que el daño tenía injerencia tanto en la materia civil como en la penal; además de que tenía un contenido no sólo patrimonial, sino también tenía un contenido que abarcaba el agravio extrapatrimonial o moral.

En el Código Civil Alemán de 1900, se encuentra una reparación efectiva de los daños no patrimoniales, situación que se desprende de su artículo 823 el que establece lo siguiente: todo el que con dolo o culpa infiera a otra persona un daño contrario a derecho en su vida, en su persona, salud o libertad o en la propiedad de sus cosas u otro derecho cualquiera, queda obligado a repararle el daño producido; debe considerarse cubierto por la obligación de reparar prescrito también el daño moral.

A este respecto existen quienes opinan que la reparación del agravio moral sólo es aplicada en caso de excepción, pero Roberto H. Brebbia opina, que dentro del régimen de la ley civil Germana los conceptos reparar e indemnizar aparecen plenamente diferenciados, el primer deber del obligado es reparar el daño ocasionado, restableciendo el estado de las cosas al momento anterior al hecho que originó la obligación y que cuando la reparación efectiva es imposible, entonces el obligado debe indemnizar a la víctima entregándole una suma de dinero como reparación.

En el derecho Alemán, la ley siempre que trata de daños, abarca en este concepto, tanto los daños materiales como los daños inmateriales, asimismo el derecho alemán no considera a los daños morales como secundarios. El concepto de daños, para la legislación alemana, abarca los perjuicios más heterogéneos que puedan ocasionarse a una persona.

La legislación alemana, aplica, en materia de derecho indemnizatorio, los principios de restitución natural y de compensación. La restitución natural, es el principio que se utiliza en primer término. En caso de que no sea posible aplicar la restitución natural, entonces se trata de compensar los daños ocasionados aplicando el principio de la compensación, lo que se hace mediante una prestación que se sustituye en dinero; todo esto realizando una separación entre los daños patrimoniales y los daños no patrimoniales.

Resumiendo, encontramos que en la legislación civil alemana la forma de llevar a cabo la reparación de un daño, se sustenta primeramente en el principio del restablecimiento a la situación anterior, o sea, la restitución natural, y en segundo término, la compensación, la que se traduce en una

indemnización en dinero. Tratándose de los daños patrimoniales cabe la posibilidad de utilizar tanto el principio de la restitución como el principio de la indemnización en dinero.

Por su lado, tratándose de daños inmateriales, el artículo 253 del Código Civil Alemán dispone que por razón de un daño de carácter no patrimonial sólo puede exigirse una indemnización en dinero en los casos determinados por la ley. En esta disposición se aprecia una aplicación demasiado estricta, y no se contempla la hipótesis de incumplimiento contractual; misma situación que se desprende de los artículos 847 y 1300 del Código Civil Alemán; en el primero de ellos su esfera de aplicación se restringe prácticamente a la retención y pretensión del dinero del dolor, ya que esta disposición establece que en caso de una lesión corporal o de salud o en los supuestos de privación de la libertad o en ocasión de ciertos delitos contra la moral, el lesionado puede exigir con motivo de los daños que se le hayan ocasionado y que sean de índole no patrimonial, un resarcimiento pecuniario equitativo. Por su parte en el artículo 1300 se hace referencia a la prometeda intachable que ha permitido a su prometido la cohabitación. Así en los artículos 847 y 1300 ante citados del Código Civil Alemán, se ha contemplado detalladamente el campo de los daños inmateriales.

Para los daños morales, y cuando es posible, se dispone la restitución "*in natura*", es decir, se condena a la reconstitución del anterior estado de hecho; pero según la doctrina, esto no es muy frecuente. Una vez establecido que por regla general y tratándose de agravios de carácter moral, estos no pueden repararse fácilmente, por lo cual se recurre al pago de una indemnización la cual se traduce en dinero que se entrega a la víctima por concepto del daño causado. Para hacer valer el derecho emanado del daño causado y obtener la indemnización correspondiente, la víctima puede ejercitar la acción *shomerzen s-gel* (dinero a precio del dolor). El ejercicio de este derecho no es transmisible a los herederos de la víctima, y la única excepción es que se haya reconocido contractualmente o se haya deducido en juicio el derecho antes indicado.

Otra opción y diversa acción a la que tenían derecho las víctimas, era recurrir a la *busse*, la que se ejercitaba y se hacía valer en la vía penal y ya no en la vía civil. La *busse* era personalísima, no transferible a terceros, era utilizada en casos de injurias o de lesiones y su finalidad era obtener una pena privada aplicable al ofensor.

En el derecho alemán y en materia doctrinaria encontramos lo siguiente:

Para J.W. Hedemann, resulta erróneo que nazca la obligación de indemnizar cualquier daño ocasionado en cualquier tipo de circunstancia. Independientemente de lo anterior, este mismo autor afirma que en un sentido muy general, todo bien jurídico es susceptible de sufrir un daño, y partiendo de esta afirmación, se puede configurar la base para sentar la pretensión jurídica de indemnización por los daños que se hubiesen ocasionado, dándose con esto el reconocimiento de los daños inmateriales.

Hans Fisher comenta que por su extensión, los daños morales se clasifican en pasajeros, que son aquellos dolores o molestias susceptibles de curación; y en permanentes, que son aquellos que implican la pérdida de un miembro o de un sentido. En materia de indemnización, este autor afirma que no solamente en la legislación se deberían de incluir, como susceptibles de indemnización, los daños morales que afecten a la integridad corporal, a la salud o a la libertad, sino que también se deberían de incluir y ser susceptibles de indemnización, los daños causados al honor y en general los dolores y quebrantos morales.

CAPITULO SEGUNDO

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL DAÑO MORAL EN MEXICO.

1.- Antecedentes Legislativos del daño moral en México en materia Penal.

1.1 Código Penal de 1871.

En este código en cuanto al daño moral encontramos los siguientes antecedentes:

En su artículo 317 reprodujo lo previsto en el dispositivo 1587 del Código Civil de 1870, estableciendo lo siguiente: El caso en que se prueba que el responsable se propuso destruir o deteriorar la cosa, precisamente por ofender al dueño de ella en esa afección, entonces se valorará la cosa atendiendo al precio estimativo que tenía atendida esa afección, sin que pueda exceder de una tercia parte más del común.

En su artículo 323 decía lo siguiente: Si los golpes o heridas causaren la pérdida de algún miembro no indispensable para el trabajo o el herido o golpeado quedare de otro modo baldado, lisiado o deforme, por esa circunstancia tendrá derecho no sólo a los daños y perjuicios, sino además a la cantidad que como indemnización extraordinaria le señale el juez, atendiendo a la posición social y sexo de la persona, y a la parte del cuerpo en que quedare lisiada, baldada o deforme.

El artículo 344 disponía: Cuando el acusado de oficio, sea absuelto no por falta de pruebas, sino por haber justificado su completa inocencia en el delito que se le acusó, y no haya dado con su anterior conducta motivo para creerlo culpable, se declarará así de oficio en la sentencia definitiva; y si el acusado lo pidiere, se fijará en ella el monto de los daños y perjuicios que se le hayan causado con el proceso, oyendo previamente al representante del ministerio público. En este caso, la responsabilidad

civil se cubrirá del fondo común de indemnizaciones, si con arreglo al artículo 348 no resultaren responsables los jueces, o estos no tuvieren con qué satisfacerla.

En el artículo 345 y en lo relativo al daño moral se agregó que: Igual derecho tendrá el acusado absuelto, contra el quejoso o contra el que lo denunció, pero con sujeción a las reglas siguientes:

III.- De los daños y perjuicios le indemnizarán al quejoso o el denunciante, únicamente en el caso de que la queja o la denuncia sean calumniosas o temerarias.

Este código penal en términos generales, no admitía la reparación del daño moral proveniente de delito. En la exposición de motivos del delito de estupro, se estableció que sería indigno cuantificar en dinero la honra de la estuprada; pero en caso de que se destruyera una cosa con el fin de lastimar el valor de afección o estimativo que tuviera el propietario de ella, se dispuso que el responsable debería pagar, además del valor comercial, hasta una tercera parte por reparación extraordinaria.

Así, de esta manera quedó vinculado el daño moral con el patrimonial, ya que la indemnización correspondiente por el daño no patrimonial giraba en torno al daño material causado

De los artículos anteriores, también se desprende que el código en comento reconoció el daño moral en los casos de lesiones a la integridad física de las personas, aunque sólo afectasen la estética de las mismas.

Asimismo y por lo que respecta a los delitos contra el honor, como son la difamación, la injuria y la calumnia, se reconoció también el daño moral y se reguló su reparación, independientemente de la responsabilidad civil.

Reiterando, se puede establecer que en esta codificación ya podemos encontrar que existe la obligación de reparar los daños y perjuicios incluyendo el daño moral, no solamente en los casos de destrucción o deterioro de una cosa y se prueba que se hizo con la intención de lastimar la afección del dueño, sino también en los casos en que una persona que haya sido acusada de algún delito, sea declarada inocente del delito del cual se le acusó, protegiéndose con esto la honorabilidad y la imagen; idéntica situación sucede cuando el acusado sea absuelto o cuando la queja o la denuncia sean calumniosas o temerarias. Con lo anterior esta codificación contempló dos supuestos más en los que es procedente el reclamo de daños y perjuicios, incluyéndose el daño moral, con lo cual, si bien es cierto la

figura del daño moral todavía no estaba bien definida y determinada, también lo es que se logró un gran avance, ya que se empezaba a comprender que además de los daños y perjuicios materiales que se pudiesen ocasionar a una persona, también existen daños no materiales los que podían ser objeto de reparación.

1.2 Código Penal de 1931.

Este ordenamiento, en relación al daño moral disponía lo siguiente: La reparación del daño comprende: II.- La indemnización del daño material y moral causado a la víctima o a su familia.

El problema con esta disposición, es que en la misma no se establece lo que se debe entender por daño moral, y más aún, no existe orientación alguna sobre la forma o el sistema a seguir para que la víctima pudiese obtener la reparación del daño moral que se le hubiese ocasionado; por consiguiente esta codificación es omisa en los puntos antes señalados.

El Código Penal de 1931 y que está vigente en la actualidad en el Distrito Federal en materia común y en toda la República en materia federal, dispone en relación al daño moral lo siguiente:

El artículo 29 en su parte relativa al daño moral dice: "La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño."

El artículo 30 en lo correspondiente reza: "La reparación del daño comprende:

II. La indemnización del daño material y moral y de los perjuicios causados; y".

El artículo 31 dispone en lo relativo: "La reparación será fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso."

El artículo 34 reza lo siguiente: "La reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público, con el que podrán coadyuvar el ofendido, sus derechohabientes o su representante, en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales.

"Cuando dicha reparación deba exigirse a tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente, en los términos que fije el propio Código de Procedimientos Penales.

"Quien se considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener ante el juez penal, en virtud de no ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente."

De los artículos transcritos se pueden señalar las siguientes deficiencias. El artículo 30 únicamente señala que la reparación del daño comprende la indemnización del daño moral, pero nunca

dice qué es el daño moral, ni cómo se causa, ni cuáles son los derechos que se tienen que vulnerar para que alguien sufra un daño moral.

El artículo 31 refiere la forma en como el juez fijará el monto de la indemnización correspondiente. Creemos que a los juzgadores los están dejando sin elementos para fijar el monto de la indemnización ya que la legislación no les proporciona los parámetros que deben seguir a fin de cuantificar la indemnización por concepto de reparación del daño ya sea material o moral.

El artículo 34 establece que la reparación del daño cuando deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público. Consideramos que darle el carácter de pena pública a la reparación del daño cuando deba ser hecha por el delincuente es contraria a la naturaleza de la reparación, ya que el delito que comete el delincuente lo tiene que purgar mediante una pena que puede ser con multa y/o privación de la libertad y esta pena si tiene el carácter de pena pública; pero la obligación de reparar el daño ocasionado no tiene por qué ser pena pública, ya que la reparación del daño es un término civilista y el delincuente está obligado únicamente con la víctima en forma personal, pero no está obligado con la sociedad a reparar el daño, por lo cual consideramos que la reparación del daño no debe ser considerada como pena pública, sino únicamente el delito cometido. También consideramos que el Ministerio Público no tiene por qué exigir de oficio la reparación del daño ya que la única persona que puede y debe exigirla es la víctima o sus representantes y no el Ministerio Público.

Por otro lado el mismo artículo 34 fija que cuando la reparación del daño deba exigirse a terceros, tendrá el carácter de responsabilidad civil, entonces nos preguntamos, ¿Por qué se hace la distinción de la reparación del daño, y por un lado se le da el carácter de pena pública cuando se exige al delincuente y por otro lado se le da el carácter de responsabilidad civil cuando se exige a terceros?, la única respuesta que podemos dar es que existe desconocimiento de lo que es la reparación del daño y que éste es un término notadamente civilista y por lo tanto el único carácter que se le puede dar es el de responsabilidad civil y no el carácter de pena pública aun y cuando la reparación del daño se exija al delincuente.

Procesalmente la reparación del daño cuando proviene de delito, debe ser exigida ante el juez penal que conozca de la causa; en esto estamos totalmente de acuerdo, ya que aunque la reparación del daño, que incluye la reparación del daño material y moral, es un término civilista, debe ser exigida ante el juez penal de la causa, pero aun y cuando sabemos que esto es tema de otro trabajo, proponemos que tanto la legislación penal como la legislación civil unifiquen criterios en relación a la reparación del daño, ya que en materia civil está mejor estructurada la reparación del daño tanto material como moral, y en materia penal, únicamente se mencionan ambos daños, pero no existe una estructura bien cimentada para la reparación del daño material y moral. Nuestra propuesta de unificar criterios es con el fin de que no se cometan injusticias, ya que en un mismo supuesto el juez penal podría fijar una cantidad inferior a la que el juez civil pudiera fijar, porque éste último normalmente tiene más experiencia en la fijación de indemnizaciones de reparación de daño ya que la legislación civil da más bases y fundamentos para esto y el juez penal tendrá más experiencia en la fijación de penas, pero en la fijación de indemnizaciones por reparación del daño la legislación penal es deficiente.

2.- Antecedentes legislativos del daño moral en México en materia civil.

2.1 Código Civil de 1870.

En esta codificación se cita lo relativo al daño patrimonial en los artículos 1580 y 1581, los que establecían lo siguiente:

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.

Se reputaba perjuicio: Art. 1581. Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido por el cumplimiento de una obligación.

Por lo que hace al daño moral, éste se empezó a tratar en el artículo 1587 el que disponía lo siguiente: 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.

Este ordenamiento ya trata en forma somera el daño moral, pero no se adentró en la naturaleza del daño moral, por lo que se puede afirmar que aquellos fueron los primeros vestigios legislativos en nuestro país relacionados con el daño moral, pero no llegaron a constituir bases fuertes por medio de las cuales se pudiese intentar alguna acción dirigida a redimir o reparar el daño moral, pues con los citados antecedentes prácticamente era imposible demostrar que a través de una conducta se pudiese ocasionar un daño moral.

2.2 Código Civil de 1884.

Este código, en los artículos 1464, 1465 y 1471, trató el daño moral con los mismos lineamientos explorados en el Código Civil de 1870; por tal razón se omite comentario alguno para evitar repeticiones.

2.3 Código Civil de 1928.

El Código Civil de 1928, en relación a la materia del daño moral, se divide en dos épocas.

a).- Primera Epoca.

La Primera Epoca comprende la vigencia de esta codificación en relación a la materia del daño moral hasta la reforma de los artículos 1916 y 2116 de fecha 28 de diciembre de 1982.

En esta codificación se recogieron los avances que sobre daño moral se habían recopilado en los ordenamientos antes comentados, pero además estableció casos concretos en donde específicamente ya se utiliza el término "daño moral", apareciendo un artículo genérico que regula la

reparación del daño causado a bienes de naturaleza extrapatrimonial, constituyéndose como consecuencia, obligaciones con objeto no pecuniario.

Así surgió el artículo 1916, el cual hasta 1982 rezaba lo siguiente: "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 aquélla muere, una indemnización equitativa a título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho. Esta indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el Art. 1928."

Es importante resaltar que en esta primera época, por lo que hace a la materia del daño moral, específicamente en el artículo 1916, por primera vez se admite la reparación moral, aun cuando esa reparación se admite de manera genérica y condicionada.

Según el artículo antes citado, esta reparación a título de indemnización moral no es autónoma, sino que está sujeta a la existencia de un daño de naturaleza patrimonial; es decir, si no existe un daño material no podrá existir un daño moral, por tanto no se podía condenar a nadie a pagar una suma de dinero a título de reparación moral si antes no se comprobaba la existencia del daño material y su consecuente condena; situación esta del todo absurda, ya que se privaba al daño moral de su autonomía, condicionando su existencia a la comprobación de un daño material; es decir, se consideraba al daño no patrimonial únicamente como consecuencia del daño material y no se le daba la importancia debida, tan cierto es que supeditaba su existencia a la previa comprobación de un daño patrimonial, restándole con esto la verdadera naturaleza y esencia del daño moral, el cual puede existir y existe con total independencia de un daño material, y muchas veces el daño no patrimonial trae consecuencias más severas para el individuo que lo sufre, que el daño material que se le hubiera causado.

Igualmente absurdo resultaba el hecho de que el citado artículo, limitaba el monto de la indemnización que fijaría el juez en las dos terceras partes de lo que se condena por daño material como máximo, es decir, que a partir de la cantidad que se hubiese condenado como consecuencia de un daño material, entonces el daño moral sería indemnizado, desde cero por ciento y hasta las dos terceras partes de lo que impone el daño patrimonial y jamás podría exceder la indemnización de dicho porcentaje; lográndose únicamente con todo lo anterior, que no se le concediera al daño moral, la importancia que en realidad debe tener, ya que un daño material ataca directamente a nuestro patrimonio pero de una u otra

forma puede ser reparado; el daño moral afecta directamente a los derechos de la personalidad, o sea, a aquellos derechos y bienes que constituyen la esencia misma del ser humano, la razón de ser del hombre mismo, y en muchas ocasiones la lesión que sufren esos derechos de la personalidad, de ninguna forma pueden ser reparados íntegramente, lesión que acompañará al individuo durante toda su vida; por tanto es absurdo considerar que de un daño material tenga que depender la existencia de un daño moral y que éste tenga que ser limitado en cuanto a la indemnización, a una cantidad menor que el daño material que se hubiese ocasionado; ya que el daño no patrimonial es autónomo e independiente de la existencia de un daño material, pudiéndose ocasionar el daño moral sin la existencia de un daño de tipo patrimonial.

Por lo que hace al artículo 2116 hasta 1982, en el mismo se reproducía la hipótesis prevista por el artículo 1587 del Código Civil de 1870, y en él se sancionaba la conducta ilícita de destruir un cosa ajena con la sola intención de lastimar en sus afectos al propietario.

Otro precepto relativo al daño moral es el artículo 143 del Código Civil el cual establece lo siguiente: "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 hubiere hecho con motivo del matrimonio proyectado.

"En la misma responsabilidad incurrirá el prometido que diere motivo grave para el rompimiento de los esponsales. También pagará el prometido que sin causa grave 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."

Si bien es cierto que este artículo trata únicamente de un daño moral específico, también lo es que existe un avance importante en materia de daño moral, ya que es la primera ocasión en que se toma en cuenta la autonomía del daño no patrimonial, y se le considera a éste autónomo del daño material, además, de este precepto se infiere la afectación que sufre una persona en sus sentimientos, honor, decoro y reputación por el rompimiento de los esponsales sin su responsabilidad, afectaciones que el legislador trató de proteger mediante la emisión del artículo en comento.

En este precepto encontramos que para poder determinar el monto de la indemnización, el juzgador tiene que tomar en cuenta todas las características que señala el mismo artículo, como son la duración del noviazgo, proximidad del matrimonio, intimidad establecida y las demás. Pero aun en este

artículo subsiste el problema del monto de la reparación moral y la discrecionalidad del órgano jurisdiccional para establecer prudentemente la cantidad que se entregará al afectado, para resarcirle el daño no patrimonial causado; ya que dentro de la discrecionalidad a que hace mención el artículo 143, no se establecen, por parte de los legisladores, los parámetros sobre los cuales el órgano jurisdiccional deberá emitir su decisión respecto a la indemnización que se le otorgará al afectado.

b).- Segunda Epoca.

La Segunda Epoca del Código Civil de 1928 es a partir de las reformas de 1982, vigente en la actualidad.

El artículo 1916 hasta antes de la reforma sufrida por éste rezaba lo siguiente: "Independientemente de los daños y perjuicios, el Juez puede acordar, en favor de la víctima de un hecho ilícito o de su familia, si aquella muere, una indemnización equitativa, a título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho. Esa indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al estado en el caso previsto en el artículo 1928."

En el periodo constitucional de los Estados Unidos Mexicanos comprendido del primero de diciembre de 1982 al primero de diciembre de 1988, el titular del Ejecutivo Federal, al día siguiente de haber asumido el cargo, envió al Poder Legislativo iniciativas y reformas de leyes; únicamente comentaré la "iniciativa de reformas a los artículos 1916 y 2116 del Código Civil para el Distrito Federal", cuyo tenor es el siguiente:

"CC. SECRETARIOS DE LA CAMARA DE DIPUTADOS
"DEL H. CONGRESO DE LA UNION.
"PRESENTE.

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

"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.

"Bajo la denominación de derechos de la personalidad se viene designando en la doctrina civilista contemporánea y en algunas leyes modernas, una amplia gama de prerrogativas y poderes que garantizan a la persona el goce de sus facultades y el respeto al desenvolvimiento de su personalidad física y moral. La persona posee atributos inherentes a su condición que son cualidades o bienes de la personalidad y que el derecho positivo debe reconocer y tutelar adecuadamente mediante la concesión de un ámbito de poder y el deber general de respeto que se impone a los terceros, el cual, dentro del derecho civil, deberá traducirse en la concesión de un derecho subjetivo para obtener la reparación en caso de transgresión.

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

"Nuestro Código Civil vigente, al señalar que la reparación del daño moral sólo puede intentarse en aquellos casos en los que coexiste con un daño patrimonial y al limitar el monto de la indemnización a la tercera parte del daño pecuniario, traza márgenes que en la actualidad resultan muy estrechos y que las más de las veces impiden una compensación equitativa para los daños extrapatrimoniales.

"El ejecutivo a mi cargo considera que no hay responsabilidad efectiva cuando el afectado no puede exigir fácil, práctica y eficazmente su cumplimiento, que la responsabilidad no se da en la realidad cuando las obligaciones son meramente declarativas, cuando no son exigibles, cuando hay impunidad o inadecuación en las sanciones frente a su incumplimiento. Por congruencia con lo anterior, en materia de responsabilidad por daño moral es necesario ampliar las hipótesis para la procedencia de la reparación. Lo anterior es particularmente importante en los casos en que a través de cualquier medio, incluyendo los de difusión, se ataca a una persona atribuyéndole supuestos, actos, conductas o preferencias, consideradas como ilegales o violatorias de los valores morales de la sociedad.

"Por lo anterior, en ejercicio de la facultad que me confiere la Fracción I del Artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, me permito someter a ese Honorable Congreso, por el digno conducto de ustedes, la presente

"INICIATIVA DE REFORMAS A LOS ARTICULOS 1916 Y 2116 DEL CODIGO CIVIL, PARA EL DISTRITO FEDERAL.

"ARTICULO UNICO.- Se reforman los artículos 1916 y 2116 del Código Civil para el Distrito Federal, para quedar como sigue:

"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 repararlo 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 la afección 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.

"Reitero a ustedes las seguridades de mi atenta y distinguida consideración.

"Palacio Nacional a 2 de diciembre de 1982.

"SUFRAGIO EFECTIVO. NO REELECCION.

"EL PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LOS

"ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

"MIGUEL DE LA MADRID H.

Rúbrica."

La iniciativa de reformas de los artículos 1916 y 2116 del Código Civil para el Distrito Federal propuestas por el Ejecutivo Federal amerita el siguiente comentario:

Cabe señalar que la iniciativa se hizo con gran precipitación, sin estudio cuidadoso de la materia de los derechos de la personalidad, del daño moral, su procedencia e improcedencia y forma de regularlo y exigirlo. Los asesores del Ejecutivo, encargados de elaborar esa iniciativa, no lo hicieron con criterio científico jurídico, la realizaron con un criterio puramente político, que necesariamente condujo al fracaso la reforma intentada, sin embargo hubo notorios avances.

La exposición de motivos de las propuestas en la iniciativa de reforma eran buenas, proponían el respeto a los derechos de la personalidad, con el propósito de que no se abusara ni se atentara contra las legítimas afecciones y creencias de los individuos ni contra su honor o reputación, resaltaba la importancia de los derechos de la personalidad, indicándose que los mismos constituyen una amplia gama de prerrogativas y poderes que garantizan a la persona el goce de sus facultades y el respeto al desenvolvimiento de su personalidad física y moral.

Asimismo se reconoce que una persona posee atributos inherentes a su condición que son cualidades o bienes de la personalidad, los que deben ser tutelados y reconocidos adecuadamente mediante el derecho positivo, traduciéndose todo esto en la concesión de un derecho subjetivo para obtener la reparación en caso de transgresión.

Otro acierto, es la conclusión que tanto el daño material, como el daño moral, coexisten uno independiente del otro, es decir, se rebasa la incongruencia de la anterior legislación, en cuanto a que limitaba la existencia del daño moral a la preexistencia del daño patrimonial, pero además no limitó el monto de la indemnización a la tercera parte del daño patrimonial que en su caso se hubiese causado. Facilitó la reparación del daño moral, tornándola fácil, práctica y eficaz.

Una de las irregularidades por demás absurda de la exposición de motivos fue el constriñirse a ejemplificar diciendo que: en materia de responsabilidad por daño moral es necesario ampliar las hipótesis para la procedencia de la reparación, siendo esto particularmente importante en aquellos casos en que a través de cualquier medio, incluyendo los de difusión, se ataque a una persona atribuyéndole supuestos actos, conductas o preferencias, consideradas como ilegales o violatorias de los valores morales de la sociedad. Situación que no debió incluirse en la exposición de motivos de la propuesta de reforma de los artículos 1916 y 2116 del Código Civil para el Distrito Federal, pues tal ejemplificación se refiere específicamente a los medios de difusión, con lo cual ya no se estaría cumpliendo con dos de las características de la ley, como son la generalidad y la abstracción. La generalidad, es la característica que debe asistir a toda norma jurídica destinando su aplicación para todas las personas en general, que puedan quedar comprendidas dentro de la hipótesis contenida en la norma jurídica en particular, por tanto una de las causales que motivó la reforma de los artículos 1916 y 2116 del Código Civil para el Distrito Federal, son aquellos casos en que a través de los medios, incluyendo los de difusión, se ataque a una persona atribuyéndole supuestos actos, conductas o preferencias, consideradas como ilegales o violatorias de los valores morales de la sociedad, pretendiendo con ello reformar un artículo por demás trascendente, partiendo de un supuesto particular, como es el caso de los medios de difusión, para llegar a un supuesto general, supuesto previsto en el artículo 1916 vigente, resultando que este precepto no puede ni debe tener como base fundamental de su reforma, el supuesto de los medios de difusión, sino que debe ser una regla general que se aplique a todas las personas en general, y por ende se aplique a los medios de difusión, los cuales, si atacan a los derechos de la personalidad deben responder por ello. La abstracción es otra característica que toda ley debe contener; precisa que la ley debe expresarse en términos abstractos para ser aplicada a todos los

casos concretos que se presenten en la realidad. Y si bien es cierto que la exposición de motivos no es en sí ley o norma jurídica, también es verdad que en ninguna exposición de motivos de reforma de ley se debe olvidar la generalidad y la abstracción de la cual debe gozar la ley, porque en caso contrario llegaríamos al punto de legislar casuísticamente perdiéndose con ello la esencia y naturaleza del derecho.

El proyecto de iniciativa de reforma fue estudiado por diversas comisiones designadas en el Congreso de la Unión, turnándolo posteriormente para discutirlo en el pleno de la Cámara de Diputados, el que fue aprobado con ciertas modificaciones, atendiendo a las abundantes críticas de diputados y periodistas. Los legisladores carecieron del conocimiento de la figura de los derechos de la personalidad y el daño moral que los mismos pueden sufrir, para evidenciar o ilustrar tal desconocimiento, basta la transcripción de una parte de la sesión de la Cámara de Diputados del 14 de diciembre de 1982, según consta en el "Diario de los Debates":

"Las medidas propuestas en el sentido de que se reformen los arts. 1916 y 2116 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, tratan de objetivizar lo subjetivo, valorar con un criterio al arbitrio individual la apreciación superlativa reflexiva que, sin lugar a dudas cada individuo tenemos, de nosotros mismos, porque quién va a medir la dimensión del afecto, quién va a cuantificar o tasar en dinero las creencias, el decoro, el honor que cada quien tenemos, mientras el Congreso o el Banco de México le estará fijando precio o valor a nuestro peso o a nuestra moneda, miles de jueces, cada quien con su muy particular criterio, afecto, sentimiento, decoro, reputación, etc., etc. a miles de mexicanos. Y esto sucedería a efecto de que sea liquidado dicho valor o precio por quienes hayan tenido, para que se pague ese precio, las personas que hayan tenido la osadía de expresar algunas cosas negativas de las respectivas presuntas víctimas.

"En consecuencia, las reformas propuestas a los ya citados Artículos del Código Civil adolecen de dos tipos de deficiencias: Por un lado, desde el punto de vista legal, dichas medidas son antijurídicas, son violatorias de los artículos 5, 6, 7, 16 y 21 de la Constitución General de la República, así como también se violan los Artículos 85 y 91 de la Ley de Responsabilidades de Funcionarios y empleados de la Federación, del Distrito Federal y de los altos funcionarios de los Estados.

"Por otro lado, desde el punto de vista político y social, el dictamen que se comenta constituye un absurdo y adolece de incongruencias entre lo que se pretende y se dice con lo que se propone que hagamos en este dictamen.

"En el primero de los casos, a mi juicio, viola las disposiciones citadas en cuanto a que respecto del artículo 5º. Constitucional, entre otras cosas dice que a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, comercio o trabajo que le acomode siendo lícitos. Consecuentemente el dictamen que se combate estaría atentando y además limitando la actividad de los encargados de la información y difusión de esas personas que tienen el noble oficio y encargo de publicar y denunciar ante la opinión pública, de todo aquello que se considere a su juicio y conocimiento indebido y con lo cual, sin lugar a dudas afectaría a la susceptibilidad de los presuntos servidores públicos o aspirantes políticos a servidores públicos que con toda seguridad resultarían los ofendidos.

"Viola el artículo sexto Constitucional, porque en su texto dice que la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de terceros, provoque algún delito o perturbe el orden público.

"El derecho de información será garantizado por el estado, y en el caso presente la manifestación de las ideas que para algunos nos parezcan justas y además lícitas, para cierto sector con mucha susceptibilidad en sus sentimientos, esto podrá constituir una afección a sus sentimientos, decoro, afecto, etc. etc.

"Viola el artículo 16 Constitucional, porque entre otras cosas dice que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sino en virtud de mandato escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

"Es muy importante hacer notar que este artículo, si bien es cierto que si no existía el fundamento, se pretende ahora en esta aprobación a este dictamen si así resultara, dar pues el fundamento legal para, en un momento dado dictar una resolución en contra de tal o cual ciudadano. Sin embargo, en ningún momento esos artículos están dando los elementos al juzgador para que en su oportunidad pudiese motivar dicha resolución, y una resolución que carezca de razonamiento, que carezca de motivación, desde luego que será anticonstitucional y violará flagrantemente el artículo 16 Constitucional.

"Es preciso hacer notar que la proposición que se propone, exclusivamente cita elementos subjetivos que quedan exclusivamente al arbitrio del modo de pensar del juzgador y de la voluntad, del grado de voluntad, sea negativa o positiva, de la presunta víctima, a efecto de cuantificar un pago que en ningún momento podría justificarse, porque ni siquiera está previendo los casos en que deba auxiliarse de peritaje, o los casos en que tratándose de personas que trabajan o prestan servicios públicos, quedarán sin efecto la aplicación de esta propuesta que se comenta . . . " etc.

"El Código Civil de ser aprobadas las propuestas hechas por la Comisión, sólo estaría dejando al arbitrio del juzgador y a las circunstancias del ofendido y del presunto responsable, para cuantificar en dinero el presunto daño moral que se pretende instaurar, separadamente del daño material.

"Por otra parte, se viola también el Artículo 21 Constitucional recientemente reformado, con el espíritu de no castigarse la pobreza sino la falta o el ilícito que se comenta, y en el caso que nos ocupa se dará sin lugar a dudas las muy repetidas situaciones en que la mayoría de nuestros conciudadanos, por ignorancia de la ley, que desde luego a nadie beneficia, principio general del derecho, y además a su criterio, la exposición de sus ideas, la manifestación respecto a otra persona, sea del sector público o privado, no constituya a su criterio una afectación a su honor, a su decoro y demás circunstancias que señalan las propuestas que se impugnan. Y que en consecuencia, para la presunta víctima si constituya una afección y un acto ilícito que debe ser castigado con el ordenamiento del pago al daño moral, esta persona que puede ser un jornalero o un trabajador, por regla general, se tenga que ver en la circunstancia de verse condenado, no solamente al pago de la cuantificación de un daño moral existente exclusivamente en la mentalidad del presunto ofendido y en la mentalidad y juicio del juzgador, sino que además del dinero que se cuantifique para concepto de reparación del daño moral, tendría que verse obligado a la publicación en los diarios o en el diario de su lugar el extracto de la sentencia que se haya dictado, una media o una plana en un periódico, que no puede ser su costo menos en la actualidad de 40 o 50 mil pesos, con lo que un jornalero, un obrero o un desempleado, automáticamente se vería condenado al destierro, pues no podría cumplir con dicha condena, no podría cumplir con dicho mandato . . . " etc.

"En cuanto a lo político y social, sabemos perfectamente bien que a más leyes, menos libertad para la sociedad. No se requieren más leyes o normas de motivación dudosa para el pueblo. No se requieren más leyes de compleja, caprichosa y subjetiva interpretación para el pueblo. El pueblo necesita que seamos realistas y objetivos. Y si se trata de sustituir la reglamentación a la información

que tanto se ha rechazado, hablemos pues con la verdad; seamos concretos y específicos, pues curiosamente se habla de daño moral y de su reparación de el daño material; se habla de daño moral con independencia de los casos en que se cause el daño material, lo cual implica que se pretende tipificar como conducta ilícita exclusivamente toda expresión por cualquier medio que afecte a un ciudadano y que sin lugar a dudas, repito, podría ser este del sector público; que simplemente no guste o complazca a la presunta víctima que sería desde luego funcionario en su generalidad para que este presunto ofendido ya pueda considerarse titular de una acción judicial por sentirse agredido en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, etc. etc. . . . "

"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 construir 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.

"Consecuentemente ciudadanos diputados, nosotros consideramos que dichas reformas al Código Civil no se han justificado ni se han motivado y al contrario, constituyen una amenaza bastante grave a la libertad de todos los ciudadanos, no solamente a los medios de difusión. Por lo tanto nuestra proposición es muy concreta, pedimos a la Soberanía de esta Cámara de Diputados que se sirva, al votarla, declararla, dicho dictamen presentado por la Comisión, negativa, declararla que debe ser regresada para, en su caso, su estudio, o en su interés de la ciudadanía."

Los legisladores, como se desprende de las líneas que anteceden, afirmaron tajantemente, que a través de las reformas propuestas se trataba de objetivizar lo subjetivo, con esto refiriéndose a que no es posible valorar la apreciación superlativa reflexiva que cada individuo tenemos de nosotros mismos, ya que según ellos, no es posible medir la dimensión del afecto, ni cuantificar o tasar en dinero las creencias, el decoro, el honor que cada quien tiene. Pero parece ser que a nuestros legisladores se les olvidó que existen los llamados derechos de la personalidad, los cuales según el decir del maestro Ernesto Gutiérrez y González:

"SON LOS BIENES CONSTITUIDOS POR DETERMINADAS PROYECCIONES, FÍSICAS O PSÍQUICAS DEL SER HUMANO, RELATIVAS A SU INTEGRIDAD FÍSICA Y MENTAL, QUE LAS ATRIBUYE PARA SÍ O PARA ALGUNOS SUJETOS DE DERECHO, Y QUE SON INDIVIDUALIZADAS POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO." (20)

Nuestros legisladores de esa época, pretendían desconocer la existencia de los derechos de la personalidad, mediante la simple manifestación de decir que a través de las reformas propuestas al artículo 1916, se trataba de objetivizar lo subjetivo, sin detenerse a pensar que los derechos de la personalidad no son una invención ni existen únicamente en la imaginación de unos cuantos, ya que los

(20) Gutiérrez y González, Ernesto. *El Patrimonio*. 4ª ed. Editorial Porrúa, S.A., México, 1993. p. 839

derechos de la personalidad son innatos a la persona, son intransmisibles, irrenunciables, imprescriptibles, son originarios y vitalicios. Los derechos de la personalidad existen y encuentran su razón de ser tal y como lo dicen María Teresa Bergoglio de Brouwer de Koning y María Virginia Bertoldi de Fourcade en el concepto de que:

"La persona individual es el sujeto primario e indefectible del derecho; éste existe precisamente por causa del hombre. El hombre, unidad superior, para el pleno desarrollo de su personalidad, se sirve del mundo que lo rodea, con el fin de lograr las finalidades que, mediante todas sus potencias y facultades, lo convertirán en un ser pleno." (21)

De lo anterior se desprende que los derechos de la personalidad son una realidad, y como señala Nerson Roger, es conveniente:

"... clasificar para exponer, a condición siempre de no atribuir a la clasificación una excesiva importancia, ya que su valor es sólo relativo y las diversas situaciones jurídicas cuyo examen vamos a abordar no son compartimientos estancos. Hecha esta salvedad, ensayaremos una clasificación centrada en dos ideas: una, la de que el hombre tiene un cuerpo y desea, salvaguardar su integridad física; otra, la de que el hombre desea, en el plano afectivo y moral, conocer la felicidad o, al menos, vivir en paz y no sufrir atentados a su libertad, a su honor, o a la intimidad de su vida privada." (22)

Y tan es así que los derechos de la personalidad son una realidad, y en base a la clasificación vertida en líneas que anteceden, que en nuestra Carta Magna encontramos que tales derechos se encuentran apuntados, además de que la infracción del deber de respeto a los derechos de la personalidad se tipifica en numerosas ocasiones como conducta sancionada por el Código Penal.

Con fundamento en las manifestaciones antes vertidas, nos preguntamos, ¿cómo es posible, afirmar por parte de los legisladores de esa época, que se trataba de objetivizar lo subjetivo?, tal parece que se olvidaron de que existe un derecho objetivo, que es el conjunto de normas imperativo-atributivas, que además de imponer deberes conceden facultades, y que también existe un derecho subjetivo que es la autorización derivada de la norma; y negar que existe un derecho subjetivo derivado de una norma, por el simple hecho de ser, como su nombre lo indica, subjetivo, sería tan absurdo como lo afirmado por dichos legisladores, quienes además se cuestionaron diciendo que quien va a medir la

(21) Bergoglio de Brouwer de Koning, María Teresa. Op. Cit. p. 3.

(22) Nerson Roger. *La protección de la personalidad en el Derecho privado francés*. Traducción de J. M. Castán Vázquez. Instituto Editorial Reus, S.A. Madrid, 1961. pp. 7 y 8.

dimensión del afecto, y quien va a cuantificar o tasar en dinero las creencias, el decoro, el honor que cada quien tiene; sin reflexionar que la intención de la reforma del artículo 1916, no era fijar un precio al dolor, al honor, al decoro, al afecto, a la vida etc., sino hacer ver que existen derechos tan y más importantes que los derechos patrimoniales, y que los llamados derechos de la personalidad o extrapatrimoniales que son innatos al ser humano, y que son aquéllos que lo conforman y le dan la calidad de tal, también pueden ser dañados, y que al daño sufrido efectivamente no es posible fijarle un precio, pero no por esto resulta imposible fijar una indemnización resarcitoria; es decir, si bien es cierto que los llamados derechos de la personalidad, son los derechos más importantes que el ser humano puede ostentar, ya que ellos le dan la calidad de tal, y que a los mismos no puede fijárseles un precio, también es verdad que esta situación no es restrictiva para afirmar que no puede fijarse una indemnización resarcitoria, ya que si se diera este supuesto, se dejaría con esto impune el daño ocasionado a tan importantes derechos. Por lo cual la reforma propuesta al artículo 1916 del Código Civil, por ningún motivo creemos que su intención haya sido fijar un precio a los derechos de la personalidad, sino prever que el daño que se ocasione a los derechos antes citados no quede impune, además de que se reconozca su importancia.

Por otro lado, según los legisladores de esa época, desde el punto de vista político y social, se viola lo dispuesto en el artículo 5º Constitucional, respecto a que a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, comercio o trabajo que le acomode siendo lícitos. Y que consecuentemente el dictamen estaría atentando y además limitando la actividad de los encargados de la información y difusión, de esas personas que tienen el oficio y encargo de publicar y denunciar ante la opinión pública, de todo aquello que se considere a su juicio y conocimiento indebido y con lo cual, sin lugar a dudas afectaría a la susceptibilidad de los presuntos servidores públicos o aspirantes políticos a servidores públicos, que con toda seguridad resultarían los ofendidos. Siendo esta la crítica y comentario de los legisladores respecto a la supuesta violación del artículo 5º Constitucional, a lo que opinamos que tal y como se indicó en párrafos que anteceden y que criticamos de forma negativa que en la exposición de motivos se mencionara específica y particularmente a los medios de difusión como los causantes principales que dieron pie a la iniciativa de reforma; también opinamos que el artículo 1916 del Código

Civil ya reformado, no contiene de manera alguna violación al artículo 5º Constitucional respecto al impedimento para dedicarse a la profesión, comercio o trabajo que le acomode a cada individuo, siempre que sea lícito, tal y como lo afirmaron los legisladores de esa época, máxime que de la redacción del artículo 1916 del Código Civil, de ninguna de sus líneas se desprende que se restrinja la libertad de opinión o difusión de los medios de información.

Respecto a la manifestación vertida por los legisladores en el sentido de que el dictamen viola el artículo 6º Constitucional, porque en su texto dice que la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de terceros, provoque algún delito o perturbe el orden público; y que según ellos, en el caso presente la manifestación de las ideas que para algunos les parezcan justas y además lícitas, para cierto sector con mucha susceptibilidad en sus sentimientos, esto podrá constituir una afeción a sus sentimientos, decoro, afecto, etc. etc. Esto es criticable en el sentido de que al parecer, los legisladores de esa época, no se percataron de que el artículo 6º Constitucional CLARAMENTE establece que:

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

El artículo 6º Constitucional, protege la manifestación de las ideas, pero siempre y cuando no ataquen a la moral, los derechos de tercero, provoquen algún delito o perturben el orden público. Por lo antes dicho absurdo sería manifestar, tal y como lo hicieron los legisladores de esa época, que las reformas propuestas al artículo 1916 del Código Civil, violan las garantías establecidas por el artículo 6º Constitucional, ya que la manifestación de las ideas no es ni debe ser sinónimo de impunidad, porque si a través de algún medio de difusión se ataca a la moral, a derechos de tercero, se provoca algún delito, o se perturba el orden público, entonces la infracción cometida se debe castigar conforme a la ley; y si como consecuencia de que la manifestación de alguna idea hecha a través de alguno de los medios de difusión con infracción a lo dispuesto por el artículo 6º Constitucional ocasione algún daño moral a determinada persona, entonces es completamente procedente que el afectado pueda hacer valer su derecho y exigir del agresor, que se le repare el daño moral que se le hubiese ocasionado, ya que como se

vuelve a repetir, la manifestación de las ideas a través de los medios de difusión no deben ser sinónimo de impunidad, y si se ocasiona un daño moral, éste debe ser reparado.

Por lo que hace a la manifestación vertida en cuanto a que la propuesta de reforma del artículo 1916 del Código Civil, viola el artículo 16 Constitucional porque entre otras cosas dice que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sino en virtud de mandato escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento; estos razonamientos son incongruentes, en el sentido de que si a alguien, con motivo de un daño moral, se le molestara por parte de la autoridad competente en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, esto sería en virtud de un mandato escrito, el cual podría ser, en el presente caso, una sentencia, un auto de ejecución etc., y que sería fundado y motivado; en el caso en comento la fundamentación y motivación sería emanada del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, motivo por el cual no existía razón de ser de parte de los legisladores de esa época para afirmar que la propuesta de reforma era violatoria del artículo 16 Constitucional.

Comentando la parte en que los legisladores manifiestan que de ser aprobadas las propuestas hechas por la Comisión, sólo estaría dejando al arbitrio del juzgador y a las circunstancias del ofendido y del presunto responsable, para cuantificar en dinero el presunto daño moral que se pretende instaurar, separadamente del daño material. En relación a estas manifestaciones, es prudente comentar de nuestra parte, que una vez más nuestros legisladores olvidaron la naturaleza del daño moral, y además olvidaron que el daño moral es autónomo e independiente, es decir, el daño moral puede y existe autónoma e independientemente del daño material ocasionado, pudiendo o no concurrir el daño moral con el daño material, más esto no implica que como consecuencia de uno exista el otro.

Por otro lado también se comentó, por parte de los legisladores de esa época, que se viola también el artículo 21 Constitucional, con el espíritu de no castigarse la pobreza sino la falta o el ilícito que se comenta, manifestando de igual manera que en el caso que nos ocupa se dará sin lugar a dudas las muy repetidas situaciones en que la mayoría de nuestros conciudadanos, por ignorancia de la ley, que desde luego a nadie beneficia, principio general del derecho, y además a su criterio, la exposición de sus ideas, la manifestación respecto a otra persona, sea del sector público o privado, no constituya a su

criterio una afectación a su honor, a su decoro y demás circunstancias que señalan las propuestas que se impugnan. Y que en consecuencia, para la presunta víctima si constituya una afección y un acto ilícito que debe ser castigado con el ordenamiento del pago al daño moral. Esta persona que puede ser un jornalero o un trabajador, por regla general, se tenga que ver en la circunstancia de ser condenado al pago de la cuantificación de un daño moral existente exclusivamente en la mentalidad del presunto ofendido y en la mentalidad y juicio del juzgador.

Lo anterior pone de manifiesto que los legisladores desconocían en su totalidad la naturaleza de los derechos de la personalidad y el daño moral que se puede ocasionar a los mismos cuando son afectados, ya que al parecer, para ellos el daño moral únicamente se puede causar a través de la manifestación de las ideas, porque sus comentarios básicamente se restringen a la manifestación de las ideas; por otro lado querían o pretendían hacer creer que la exigibilidad del daño moral es optativo para la víctima, es decir, ellos manifiestan que para la presunta víctima podía constituir una afección y un acto ilícito que debe ser castigado con el ordenamiento del pago al daño moral, y que para el presunto agresor, la misma situación no constituya una afectación al honor, al decoro de la víctima y que no constituya un acto ilícito; situación que a nuestro parecer es por demás absurda, ya que la ley es general y abstracta y no puede dejarse al criterio de los gobernados; con esto queremos dar a entender que en materia de daño moral el mismo es procedente única y exclusivamente cuando exista un hecho ilícito ya sea en responsabilidad contractual o responsabilidad extracontractual, así como cuando exista un hecho ilícito proveniente de responsabilidad objetiva. En el primero de los casos, y siendo éste al cual se refieren los legisladores y al caso particular que señalan en cuanto a la manifestación de las ideas, si se exige la reparación del daño moral fundamentándose en un hecho ilícito, éste debe ser plenamente probado por parte de quién exija la reparación del daño moral; por lo tanto si existe un hecho ilícito y que el mismo cause un daño moral, ya no es potestad de la persona que exige la reparación del daño darle al hecho el calificativo de ilícito, ya que quién determina si fue o no un hecho ilícito, es la ley, y no la parte que exige la reparación, tal y como lo pretendían hacer valer los legisladores de aquella época.

En el segundo de los casos, es decir la responsabilidad objetiva, en ésta existe la obligación de reparar un daño moral aun y cuando el actuar sea lícito, no encuadrándose en este supuesto

el caso concreto tratado por los legisladores, ya que el actuar lícito, en el caso de la responsabilidad objetiva, se deriva única y exclusivamente tal y como lo establece el artículo 1913 del Código Civil para el Distrito Federal, por las siguientes causales, el cual para mayor claridad se transcribe a la letra:

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

También se comenta, por parte de esos legisladores, que el espíritu del artículo 21 Constitucional, es el de no castigarse la pobreza sino la falta o el ilícito que se cometa; respecto a estas manifestaciones es prudente comentar que el artículo 21 Constitucional establece que:

"Art. 21.- La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

"Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día.

"Tratándose de trabajadores no asalariados la multa no excederá del equivalente a un día de su ingreso."

El artículo en comento, en ninguna de sus partes hace mención a que por el hecho de ser jornalero, obrero o trabajador, esto implique una eximente de responsabilidad; el citado artículo se refiere al supuesto en que el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, y que no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día, pero la multa a que se refiere, es únicamente a una multa derivada de una sanción administrativa por haberse infringido los reglamentos gubernativos y de policía, mas no se refiere de manera alguna a otro tipo de responsabilidad o delito el cual se tramitaría ante la autoridad judicial competente y no ante la autoridad administrativa, como es el caso a que se refiere el artículo 21 Constitucional, en lo referente a las multas.

Así como los legisladores manifestaron su opinión, respecto a la iniciativa de reforma de los artículos 1916 y 2116 del Código Civil, de igual manera muchos periodistas se concretaron a comentar en los periódicos, las reformas desde el ángulo político de una supuesta represión en contra de

ellos, ya que sintieron que las citadas reformas, sólo iban encaminadas a reprimirlos a ellos, y así por ejemplo, en el periódico *Unomásuno*, se dijo en un artículo intitulado "Riesgos del daño moral", que:

"El verdadero sentido de la reforma, sin embargo, concierne a los medios de difusión, expresamente mencionados en la exposición de motivos de la reforma que comentamos. Un efecto seguramente no deseado por el Poder Ejecutivo, autor del proyecto, será la intimidación de los profesionales de la información, que inhibirán sus capacidades críticas por el riesgo de incurrir en el daño moral... Nadie quiere fuero para la prensa, pero tampoco es deseable el cercamiento de su actividad con ordenamientos hostigantes." (15 de diciembre de 1982).

Es importante hacer notar y que sea tomado en cuenta que la ley es general y que no existe motivo alguno para hacer distinción de ninguna clase en relación al daño moral y mucho menos por lo que respecta a los medios de comunicación, máxime que nuestra Carta Magna establece las garantías individuales de los gobernados, mas no establece que esas garantías individuales puedan ser motivo de excepción en la posible infracción de algún derecho en el cual incurriesen los medios de comunicación; esto es, si algún periodista, en el desempeño de su profesión causa un daño moral, tal y como está previsto en el artículo 1916 del Código Civil, procedente es que responda por su falta sin escudarse y tratando de liberarse de su responsabilidad alegando que él únicamente estaba desempeñando su función, ya que el ser periodista o difusor de la información, no implica que se pueda atacar a las personas ensañándose con ellas, ofendiéndolas, hiriéndolas en su honor, en su dignidad, ni debe implicar impunidad.

Con base en la exposición de motivos de la iniciativa de reforma del artículo 1916 del Código Civil, propuestas por el Ejecutivo Federal, y tomándose en cuenta las críticas tanto de periodistas como de legisladores, finalmente el artículo 1916 quedó en los siguientes términos:

"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 aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

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

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

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

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

El artículo 1916 vigente en la actualidad, reza lo siguiente:

"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. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

"Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.

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

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

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

Del artículo 1916 posterior a la reforma de 1982, y del actual artículo 1916 del Código Civil, se pueden destacar las siguientes ideas: El artículo 1916 posterior a la reforma de 1982 y el actual artículo vigente 1916 presentan importantes diferencias con el texto derogado anterior a 1982. Precisa el concepto de daño moral, incluyéndose las dos categorías del mismo, es decir, el daño moral causado a la parte social y el daño moral causado a la parte afectiva. Establece la obligación de reparar el daño moral mediante una indemnización en dinero, y en determinadas circunstancias se ordena la publicación y con cargo al responsable, de un extracto de la sentencia que se dicte. Cuando el daño derive de un acto que

haya tenido difusión en los medios de información, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original. Al respecto Borja Soriano citando a Thur hace el siguiente comentario al Código Suizo de las Obligaciones:

"Si una pérdida material puede repararse, por poner la cosa dañada en el estado en que se encontraba o por el pago de una suma de dinero, de manera tan completa que el patrimonio se encuentre tal como hubiese estado sin acaecer el daño, el perjuicio moral no podría suprimirse por una vía de derecho; en cierta medida, sin embargo, puede ser compensado o más bien contrabalanceado, cuando la Ley establece a cargo del culpable una prestación pecuniaria en favor de la víctima. Frecuentemente. . . la Ley lo hace a título de reparación moral. Esta prestación procura a la víctima un aumento en su patrimonio, aumento que puede aplicar a goces cualesquiera, materiales o ideales. La satisfacción que de él resulta, y el hecho de saber que esta suma de dinero se ha tomado al culpable, deben mitigar la amargura de la ofensa y calmar en cierta medida el deseo de venganza que no ha desaparecido en el hombre moderno a pesar del cristianismo y de la civilización. La reparación moral no es una pena infligida al culpable, aunque tenga por resultado, como la multa, una disminución del patrimonio. En efecto, el fin de la reparación moral no es infligir una pérdida al ofensor, sino procurar al ofendido un aumento de su patrimonio. . . La reparación moral consiste generalmente en una suma de dinero cuya cifra fija el juez según las circunstancias; pero para fijarla, posee menos elementos de apreciación que en materia de indemnización de daños y perjuicios, ya que los dolores físicos o morales escapan, por su naturaleza, a una estimación. Basta algunas veces pagar una suma mínima cuando las consideraciones de la sentencia contienen una reprobación judicial de la actitud del culpable, reprobación que quizá importe sólo a la víctima". (23)

Existe la obligación de reparar el daño moral, tanto en responsabilidad contractual, extracontractual y responsabilidad objetiva, pudiendo incurrir en ellas el Estado y sus funcionarios.

El monto de la indemnización la determinará el juez siguiendo los parámetros establecidos por el artículo comentado.

Se impide la transmisión de la acción de reparación por acto entre vivos y limita su ejercicio por parte de los herederos de la víctima a los casos en los que la acción haya sido intentada por ésta.

En conclusión se pueden señalar las anteriores características de la siguiente manera:

- Se define el daño moral.
- Se dispone su reparación forzosa y no a potestad del Juez de la causa.
- Se prescribe su cuantificación con independencia del daño económico.
- Se determina la estimación del daño por el Juez en base a las circunstancias del caso.

(23) Borja Soriano, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*. 12ª ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1991. p.p. 375 y 376.

- Se declara intranmisible por acto *inter vivos* el crédito por la indemnización.
- Se declara resarcible todo daño moral, con abstracción de su fuente o causa.
- Impone también al Estado el deber de reparar el daño moral.

Con motivo de las críticas que se hicieron, sólo desde el ángulo periodístico y político, cuando la reforma del artículo 1916 del Código Civil del Distrito Federal, se encontraba en vías de aprobación legislativa, los medios de comunicación social nacionales, con absoluto desconocimiento de la ciencia técnica del Derecho, manifestaron su inconformidad con las reformas propuestas al artículo 1916, manifestando que en base al mismo, cualquier publicación periodística que se hiciera, podría configurar un daño moral y que el artículo en cuestión constituía un ataque a la garantía constitucional consagrada como libertad de expresión.

Fue tal la presión periodística y política más por desconocimiento de la figura del daño moral y de su reparación, que por los verdaderos alcances jurídicos de la reforma, que los miembros del órgano legislativo, decidieron incluir un artículo 1916 Bis, con dedicatoria especial para los periodistas, el cual reza lo siguiente:

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

"En todo caso, quien 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."

De la redacción del artículo anterior, se desprende que el mismo constituye un precepto legal repetitivo de lo consagrado en los artículos 6º y 7º Constitucionales; demostrándose con esto que el artículo 1916 bis no tiene razón de ser alguna, ya que con o sin la existencia del mismo, quien ejerza su libertad de expresión en los términos de los artículos 6º y 7º de nuestra Carta Magna, no incurre en ninguna responsabilidad civil o penal, ya que si el artículo 1916 Bis, dice que no podrá ser condenado por daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión o información, tal y como lo establecen los artículos 6º y 7º de la Constitución, entonces a *contrario sensu* se puede afirmar que estarán obligados a reparar el daño moral que ocasionen, quienes manifiesten su opinión, crítica, expresión o información realizándola al margen de los artículos constitucionales antes mencionados.

Concluyendo, se afirma que el artículo 1916 Bis, no tiene razón de ser, por resultar repetitivo de lo consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución General de la República y la inclusión de este artículo fue únicamente con el propósito de calmar el ambiente político reinante en la época de su reforma, aunado al desconocimiento de la figura del daño moral y su reparación, por parte de los legisladores y de la opinión pública entendiéndose por estos últimos los medios de comunicación o cuarto poder, quienes presionaron a fin de que se anexara el artículo 1916 Bis en comento.

Finalmente tomado en cuenta que la ley es general, no existe motivo alguno para hacer distinción de ninguna clase en relación al daño moral y mucho menos por lo que respecta a los medios de comunicación, máxime que nuestra Carta Magna establece las garantías individuales de los gobernados, mas no establece que esas garantías individuales puedan ser motivo de excepción en la infracción de algún derecho en que incurriesen los medios de comunicación.

CAPITULO TERCERO

LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y EL MARCO CONCEPTUAL Y DOCTRINAL DEL DAÑO

1.- Aspectos Generales de los Derechos de la Personalidad.

Entre todos los seres creados en este mundo, es el hombre el único a quien propiamente se le puede llamar sujeto de derechos. Los animales irracionales, jurídicamente hablando, no pueden ser considerados como tales, a pesar de las leyes dictadas que tienden a su protección, como las vedas de caza y pesca en ciertas épocas y regiones; o las leyes dictadas que prohíben infligir malos tratos a los animales domésticos.

Todas las cosas creadas, están sujetas a la voluntad del hombre, sobre las que ejerce un verdadero señorío. Pero cuando el hombre convive y concurre en el mismo tiempo y espacio, con otros hombres, surge la obligación de que cada ser humano respete los derechos de los demás. Así surgen las relaciones entre los hombres, que se traducen en la prestación de servicios, en actividades desarrolladas por unas personas en interés y provecho de otras.

La persona individual es el sujeto primario e indefectible del derecho; éste existe precisamente por causa del hombre. El hombre para el desarrollo de su personalidad, se sirve del mundo que lo rodea, con el propósito de lograr las finalidades que lo convertirán en un ser pleno. Con base en este concepto, se puede afirmar que personalidad es el sujeto de derechos o la capacidad jurídica.

Antes de nacer un ser humano, la ley vela por sus futuros intereses, protegiendo, en la medida de sus posibilidades, su vida intrauterina. En el Derecho Romano, se nombraba un curador, que velaba por los bienes del no nato.

Al nacer el ser humano, le acompañan durante toda su vida un conjunto de derechos innatos, originarios, que le corresponden tan sólo por el hecho de tener la calidad de ser humano, a estos derechos se les conoce como derechos de la personalidad. Estos derechos, deben ser reconocidos a todos y cada uno de los seres humanos, ya que los mismos son precisos para conseguir las finalidades inherentes a la naturaleza del hombre.

Los bienes mediante los cuales el hombre desarrolla todas sus potencias y facultades son de distinta naturaleza, existen los personales, que son la vida, la integridad física, el honor, los patrimoniales que son, aquellos que envuelven la esfera de carácter económico que rodea a la persona; los bienes familiares y los sociales, que van a representar su poder dentro de las organizaciones en que se desenvuelve.

El ser humano tiene derecho a la vida, a su conservación, a impedir que contra ésta atenten los demás hombres. Como ser racional, tiene perfecto derecho al mejor desarrollo de sus facultades anímicas; como persona también en su parte corporal, al desarrollo de su organismo, de sus facultades físicas; y no puede prohibírsele ni dañársele para impedirle el caminar hacia ello y alcanzar en lo posible tales perfecciones.

Como ser racional, como ser humano, el hombre, tiene derecho al honor que esto representa, a que le sea reconocida tal dignidad, la cual no puede ni debe ser desconocida por otros. Como persona independiente, como individuo social, pero distinto de los demás hombres, tiene derecho a esta vida individual, al ejercicio de la libertad en sus distintas manifestaciones, mientras no invada el terreno ajeno, mientras no abuse de la misma en perjuicio de los otros seres humanos que con él conviven en un mismo tiempo; también tiene, como exteriorización de esta individualidad, derecho a un nombre.

Como individuo social, a la vez que el ser humano tiene deberes hacia sus semejantes, tiene también el derecho de servirse de la sociedad, de la familia, del Estado.

Antonio Borrel Macia citando a Ihering dice que la persona puede ser violada en lo que ella es, o en lo que ella tiene. En lo que ella es: en su cuerpo, en su libertad, o en sus relaciones con el mundo exterior. (24)

La protección de los bienes de la persona individual, se traduce en los llamados "derechos de la personalidad", que desde el nacimiento son inherentes al nuevo ser, pues son derechos innatos, originarios y vitalicios que le corresponden al ser humano por el simple hecho de ser tal.

2.- Naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad.

Respecto a la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad se ha suscitado polémica. Se ha negado que sean derechos en sentido propio. En relación a lo anterior se han vertido los siguientes argumentos:

Primero: Para que exista un derecho subjetivo es indispensable la existencia de un deber correlativo; frente al acreedor, existe siempre un deudor, de quien se puede exigir el cumplimiento de una obligación; en cambio frente a los llamados derechos de la personalidad, no existe ningún sujeto pasivo.

Segundo: Todo derecho requiere un objeto sobre el cual recaer, pero, en nuestro caso, el objeto del derecho vendría a ser el propio sujeto, ya que el honor, la vida, no pueden separarse de la persona humana, porque forman parte integrante de ella; la personalidad es el presupuesto de todo derecho y, por consiguiente, no puede ser un derecho en sí misma.

Tercero: Estos pretendidos derechos no tienen modos de adquisición, transferencia o extinción.

Las anteriores objeciones no son determinantes en base a los siguientes razonamientos: En lo que atañe al deber correlativo a los derechos de la personalidad, consiste en la obligación que pesa sobre todos los integrantes de la sociedad, de respetar ese derecho; el sujeto pasivo no está determinado como en los derechos patrimoniales personales, pero no por eso deja de existir, en iguales condiciones se halla la propiedad, que es el derecho subjetivo por antonomasia.

(24) Borrel Macia, Antonio. *La Persona Humana*. Editorial Bosch. Barcelona, 1954, p. 14.

Tampoco es valedero el argumento derivado de la llamada falta de objeto de estos derechos. Si bien es cierto que idealmente, el honor, la libertad, la integridad física, deben integrar la personalidad humana, en la práctica puede darse perfectamente el caso de que una persona se vea afectada o privada de ellos. Son, por consiguiente, separables del sujeto. Y ése es precisamente el objeto sobre el que recaen estos derechos.

Tampoco es admisible el argumento derivado de que la legislación no dispone los modos de adquisición, transferencia, extinción, etc. de estos derechos. Eso no demuestra sino que se trata de derechos *sui generis*. Nacen y se extinguen con la persona, a semejanza de lo que suele ocurrir con algunos derechos de familia.

Asimismo se ha discutido si los derechos de la personalidad pueden ser considerados y reconocidos como verdaderos derechos subjetivos. Esta cuestión se plantea en dos aspectos distintos, siendo el de la estructura y el de la protección.

Desde el punto de vista de la estructura, aparece el problema de determinar el posible objeto de este derecho, con lo cual han surgido las siguientes teorías al respecto:

a).- La teoría del *ius in se ipsum*, teoría defendida por Gómez de Amezcuza en el siglo XVII. Esta teoría habla de un derecho único de la persona sobre su propio cuerpo. El hombre, como sujeto, como persona, tiene un derecho sobre sí mismo, sobre su cuerpo considerado como cosa. Existiría por lo tanto un único derecho de goce del propio cuerpo, integrado tal derecho por diversas relaciones de utilidad, que no podrían considerarse constitutivos de otros tantos derechos de la personalidad. Dentro de esta teoría también se sostiene que estos derechos deben ser concebidos como un poder que el hombre ejerce sobre su propia persona. En este sentido, se ha dicho que es imposible admitir la existencia de un derecho sobre la propia persona sin confundir por completo en el mismo individuo las cualidades contradictorias e inconfundibles de sujeto y objeto.

Contraria a esta postura, se ha manifestado que tal confusión no existe en realidad; es decir, el sujeto del *ius in se ipsum* es todo el hombre considerado como unidad física y moral, mientras que el objeto de cada uno de los derechos sobre la persona propia consiste en una manifestación determinada de la personalidad humana, ya sea física o moral. Como sujeto el hombre obra con todas

sus facultades; como objeto funciona el hombre mismo pero limitándose a una manifestación especial de su personalidad.

Con base en la anterior discusión, se ha llegado a la conclusión de encuadrar, a los derechos de la personalidad, como derechos que recaen sobre los modos de ser físicos o morales de la persona, dejando de lado la concepción de enmarcarlos como derechos sobre la propia persona. En tal concepción se afirma, que los derechos subjetivos de la personalidad, son los que protegen la personalidad como tal, en sus atributos esenciales y en sus manifestaciones inmediatas, que sirven para integrar la personalidad misma. La personalidad es una cualidad jurídica, pero de ella emanan poderes que son verdaderos y propios derechos subjetivos. La separación entre personalidad y derechos de la personalidad se da objetivando algunos atributos de aquella y haciéndolos aparecer como bienes jurídicos.

Buteler afirma que la persona mirada en sí misma es un presupuesto indispensable de todos los derechos y no puede ser por ende objeto de derecho. Sin embargo, es correcto considerar que los atributos o cualidades constitutivas e integrantes de la persona constituyen el objeto de estos derechos.

Díez Díaz utiliza la expresión "proyecciones", ya que según él, esta expresión comprende tanto las concreciones materiales como las aspiraciones espirituales. El afirma, que allí donde haya una plasmación personal definida, ya física, ya moral y lo suficientemente relevante como para constituir un específico derecho subjetivo, allí surgirá el derecho de la personalidad correspondiente.

b) Teoría negativa, esta teoría sostiene que en los derechos de la personalidad falta un "deber jurídico", correlativo de la facultad o prerrogativa del titular. Esta objeción es infundada, ya que el deber correlativo a los derechos de la personalidad consiste en la obligación que pesa sobre todos los integrantes de la sociedad de respetar ese derecho. Así como sucede en la propiedad, aquí tampoco el sujeto pasivo está individualizado, pero no por ello deja de existir. En el caso concreto, nos encontramos frente a derechos absolutos, y tienen tal característica porque se dan, a imagen y semejanza de los derechos reales, contra todos. Así se tiene que el elemento "deber", término correspondiente al elemento "derecho", no falta en esta clase de derechos.

e) Teoría pluralista de los derechos de la personalidad. Esta teoría está representada por Adriano de Cupis. Para este jurista, el objeto de los derechos de la personalidad, lo constituyen los modos de ser físicos o morales de la persona. Su característica principal es que se encuentra con la persona en una conexión estrechísima. No es exterior al sujeto. Pero la no exterioridad no significa identidad. A esta concepción pluralista de los derechos de la personalidad se le atribuye por De Cupis importancia práctica, en cuanto lleva al intérprete a mantener la tutela jurídica del individuo humano en términos más razonables y ajustados al Derecho positivo que mediante la figura del unitario *ius in se ipsum*. La tutela se centra sólo en aquellos específicos bienes personales a los que la prudente interpretación del Derecho positivo autoriza a atribuir valor jurídico.

Para De Castro esta teoría juega con la pluralidad de sentidos de las palabras. El todo (la persona) no tiene por objeto a una de sus partes o cualidades, sino que está formado de tales partes y con tales propiedades.

También para De Castro, se debe entender que la protección de la esfera de la personalidad debe utilizar, como figura central, la del bien jurídico en lugar de la del derecho subjetivo. Para ello hay que aceptar un significado amplio de bien común como un tipo de bienes inmateriales. Sobre los bienes de la personalidad se ejercen simples facultades que derivan de la misma idea o concepto de personalidad jurídica. Cuando estos bienes son los menos esenciales de la persona, las correspondientes facultades pueden alcanzar una cierta independencia, hasta tener algunos caracteres propios de los derechos subjetivos.

Las anteriores teorías se refieren al punto de vista de la estructura.

Por lo que hace al punto de vista de la protección, encontramos lo siguiente:

Las dificultades dogmáticas en orden a los derechos de la personalidad afectan principalmente al carácter y a la función de su tutela jurídica, ya que son raras las normas de Derecho Privado que los amparan. Por regla general, son las normas penales las que sancionan los delitos contra los bienes configurados como objeto de los derechos de la personalidad. Se plantea, entonces, si de tales normas penales pueden derivar derechos subjetivos privados. Desde luego, aunque el interés público constituya la razón y el objeto de la tutela penal, es evidente que el interés privado resulta también

protegido por las normas penales, al menos como reflejo. En definitiva, la protección sobre los bienes de la personalidad se manifiesta, por un lado, en las facultades personales, en el actuar libre; por otro, en el resarcimiento de daños por su violación. La protección centra, por tanto, en el resarcimiento de daños.

Con base en lo anterior, podemos decir que los derechos de la personalidad son *svi generis*, son bienes jurídicos constituidos por determinadas proyecciones físicas o psíquicas del ser humano; esas proyecciones son individualizadas por el ordenamiento jurídico; existe la obligación de los integrantes de la sociedad de respetar esos derechos; los daños ocasionados a esos derechos de la personalidad deben ser reparados.

En conclusión y en cuanto a la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad, debe considerarse superada la discusión acerca de si existen o no tales derechos. Los diversos tratadistas podrán sostener sobre este punto cualquier teoría; pero nadie, por ese hecho, dejará de hablar de su derecho a la vida, a la libertad, al honor, y lo que es más, ya no puede darse marcha atrás, ya que los derechos de la personalidad, son aquellos derechos que son parte integrante del ser humano como tal y negar su existencia o negar la importancia que ellos merecen, es tanto como negar la existencia del ser humano, ya que éste, sin esos derechos, perdería toda identidad y razón de ser.

3.- Definición de los derechos de la personalidad.

Se les ha definido como aquellos derechos que tienen por objeto los modos de ser físicos o morales de la persona, o como aquellas facultades que corresponden al hombre en cuanto es persona y que no podrían desconocerle sin negar esa cualidad.

El tratar de definir a los Derechos de la Personalidad resulta por demás difícil. No obstante esto, se han elaborado múltiples definiciones por diversos tratadistas las cuales postulan lo siguiente:

Ferrara define los Derechos de la Personalidad como los derechos que garantizan el goce de nosotros mismos, aseguran al individuo el señorío de su persona, la actuación de las propias fuerzas físicas y espirituales.

Desde el punto de vista de Castán Tobeñas y Díez Díaz, la definición anterior es criticable, ya que al referirse Ferrara "al goce de nosotros mismos", responde a la antigua tesis del *tus in se ipsum*, sistema caduco y que se presta a serias objeciones, por la confusión que surge entre el sujeto y el objeto de esa clase de derechos.

El autor Degni, define los derechos de la personalidad como aquellos derechos subjetivos particulares que encuentran también su fundamento en la personalidad, que se dirigen a garantizar a la persona el goce de las facultades del cuerpo y del espíritu, atributos esenciales de la misma naturaleza humana, condiciones fundamentales de su existencia y de su actividad.

En relación a esta definición, el maestro Ernesto Gutiérrez y González dice que la misma es inaceptable, pues al hablar de que "encuentran también su fundamento en la personalidad", ese "también" determina que considera la existencia de otros derechos subjetivos que tienen base en la personalidad, pero no dice cuáles son, ni el por qué son diferentes.

Además nos dice que al afirmarse que esos derechos se dirigen a garantizar a la persona el goce de las facultades del cuerpo y del espíritu, facultades que son calificadas de "atributos esenciales de la misma naturaleza humana y condiciones fundamentales de su existencia y actividad", que esto es ya escapar del campo jurídico de la definición, para irse al ámbito de la filosofía o de la política, pues en efecto es tema de filosofía o de política el determinar si esas facultades son o no, "atributos esenciales" y "condiciones fundamentales".

Finaliza el maestro Gutiérrez y González, diciendo que en esta definición se emplean términos jurídicos de connotación exacta, en un sentido meramente gramatical, cosa reprochable en un jurista. Así, se habla de "condición", en sentido gramatical, y que hacer esto es un equívoco, pues tal vocablo en lo jurídico tiene un contenido exacto que de dársele, desvirtuaría totalmente lo que se trata de definir.

Mario Rotondi, considera los Derechos de la Personalidad, como aquellos Derechos subjetivos eminentemente absolutos que miran a tutelar la integridad física y moral del individuo, imponiendo a la universalidad de los asociados la obligación negativa de una abstención que se traduce en el respeto de todas las legítimas manifestaciones de la personalidad ajena.

En relación a esta definición dice Gutiérrez y González, que es criticable la misma en el sentido de que se emplean vocablos que en lo jurídico son muy ambiguos como es la "universalidad de los asociados", pues a más de que no se puede pretender que estos "derechos" se impongan a todos los habitantes del globo terráqueo, no puede calificarse a tales habitantes como asociados, ya que aquí el término se entiende que se utiliza en un sentido psicológico y no jurídico, lo cual es impropio.

Para Joaquín Díez Díaz, son aquellos derechos cuyo contenido especial consiste en regular las distintas proyecciones psíquicas o físicas de la persona misma.

Respecto de esta definición manifiesta Gutiérrez y González que la misma resulta gramaticalmente corta, y que por lo mismo es jurídicamente demasiado amplia.

Sigue diciendo, que es muy reducida en su expresión, pero es tan breve en lo gramatical que deja entrar ahí todo lo que pueda ser proyección psíquica o física de la persona, pues no hace discriminación alguna, ni pone límite de ningún tipo a cuáles son esas proyecciones. Y que hablar así de amplio de "proyecciones psíquicas o físicas" permite considerar como Derechos de la personalidad hasta situaciones que en un momento dado pueden ser ilícitas por atentar contra los intereses de los demás miembros de la sociedad.

José Castán Tobeñas dice que los derechos de la personalidad, son bienes constituidos por determinados atributos o cualidades, físicas o morales, del hombre, individualizados por el ordenamiento jurídico.

En relación a esta definición el maestro Ernesto Gutiérrez y González dice que lo único criticable, es el hecho de que Castán Tobeñas se equivoca al estimar que los derechos de la personalidad, 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.

Independientemente de los diversos conceptos, respecto de los derechos de la personalidad, la tendencia es comprender, distinguir y resaltar los valores del hombre como persona, en busca de una adecuada protección de los mismos.

Bergoglio citando a Degni dice que en una concepción más abierta de los derechos de personalidad es necesario entender a aquellos derechos subjetivos particulares que encuentran también su fundamento en la personalidad, que se dirigen a garantizar a la persona el goce de las facultades del cuerpo y del espíritu, atributos esenciales de la misma naturaleza humana, condiciones fundamentales de su existencia y de su actividad. (25)

En base a las críticas de las diversas definiciones antes transcritas, el maestro Ernesto Gutiérrez y González, propone una definición, la cual consideramos es la más apegada a nuestra realidad jurídica, y estamos de acuerdo en adoptarla como definición de lo que son los Derechos de la Personalidad, misma que se transcribe a la letra:

Los Derechos de la Personalidad "SON LOS BIENES CONSTITUIDOS POR DETERMINADAS PROYECCIONES, FÍSICAS O PSÍQUICAS DEL SER HUMANO, RELATIVAS A SU INTEGRIDAD FÍSICA Y MENTAL, QUE LAS ATRIBUYE PARA SÍ O PARA ALGUNOS SUJETOS DE DERECHO, Y QUE SON INDIVIDUALIZADAS POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO. (26)

Y creemos que esta definición es la más apegada a nuestra realidad y estamos de acuerdo en adoptarla como definición de los derechos de la personalidad con base en lo siguiente.

Los derechos de la personalidad si son bienes constituidos por proyecciones físicas o psíquicas del individuo; proyecciones que son lanzadas o dirigidas al exterior en la forma de diversas situaciones físicas o psíquicas y que deben ser respetadas por la colectividad.

Esas proyecciones físicas o psíquicas, corresponden al ser humano, pues por él y sólo para él, se crea el derecho. Con esto no queremos decir que las personas morales, en lo que sea compatible con su naturaleza jurídica, no puedan gozar de ciertos derechos de la personalidad, pero la noción de persona moral corresponde a una verdadera ficción; es el ser humano, tras la máscara de la personalidad jurídica, quien trabaja, quien lucha y quien sufre, es decir, quien experimenta las proyecciones físicas o psíquicas.

Las proyecciones físicas o psíquicas del ser humano, las refiere a su deseo de que no se le afecte en su integridad física, o en su integridad mental.

(25) Bergoglio de Brouwer de Koning, María Teresa. Op. Cit. p. 4.

(26) Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit. p. 839.

Los bienes constituidos por determinadas proyecciones físicas o psíquicas relativas a su integridad física y mental, el ser humano las atribuye para sí, o para otros sujetos de derecho. Cuando las proyecciones son atribuidas al ser humano para sí, se están manifestando a través de esas proyecciones los derechos de la personalidad que le corresponden al ser humano por el simple hecho de tener tal calidad. Cuando las proyecciones se atribuyen a otros sujetos de derecho, como sería el caso de las personas morales, el ser humano le está atribuyendo determinados derechos de la personalidad a las personas morales, derechos de la personalidad que pueden ser el derecho al nombre, el derecho al secreto, derecho a la reputación, pero estos sujetos de derecho no pueden gozar de todos los derechos de la personalidad de los que gozaría una persona física, ya que sería absurdo; por lo tanto el hombre al atribuirle ciertas proyecciones a las personas morales, está cumpliendo con la finalidad de no dejar desprotegidos a estos sujetos jurídicos ficticios. Lo anterior, es una razón más por la cual consideramos que la definición dada por el maestro Ernesto Gutiérrez y González, es la más apegada a nuestra realidad ya que contempla a todos los sujetos jurídicos que pudieran gozar de los derechos de la personalidad.

Por último, no todas las proyecciones físicas o psíquicas del ser humano tienen relevancia para el Derecho, corresponde al legislador en forma clara y definitiva decir cuáles son los derechos de la personalidad que pueden ser protegidos por el derecho, por lo tanto sólo será derecho subjetivo de la personalidad aquél que tiene el reconocimiento y sanción del ordenamiento jurídico.

4.- Caracteres de los derechos de la personalidad.

En cuanto a los caracteres de los derechos de la personalidad, encontramos que los mismos son derechos originarios o innatos, en cuanto a que surgen y nacen al unísono con la persona, sin necesidad de intervención de algún medio legal de adquisición; es decir, estos derechos existen con anterioridad a su reconocimiento jurídico.

Asimismo, estos derechos de la personalidad, son *ad vitam*, ya que no pueden faltar en ningún instante de la vida, y son derechos inseparables de la persona.

Son derechos necesarios, ya que se tienen fatalmente, porque nacen con la persona y de por vida la acompañan.

Son inalienables, porque no están en el comercio jurídico y no pueden ser objeto de renta, cesión o transferencia.

Son intransmisibles, porque no se pueden transmitir de un individuo a otro, ya que estos derechos son personalísimos.

Son irrenunciables, porque son innatos, surgen con el hombre mismo, y por lo tal no se puede renunciar a ellos, ya que forman parte del hombre mismo.

Son inembargables, ya que los mismos no pueden ser sujetos de embargo, dada la característica de inalienables.

Son imprescriptibles, porque no se adquieren ni se pierden por el transcurso del tiempo o el abandono que de ellos se haga.

Tienen el carácter extrapatrimonial, ya que la no patrimonialidad de los derechos de la personalidad humana indica que los mismos no se traducen en valores pecuniarios y que no integran la noción de patrimonio, esto sin perjuicio de que su violación dé lugar a consecuencias o indemnizaciones económicas.

Son derechos absolutos que se dan *erga omnes*, ya que se tienen contra todos y los demás están obligados a respetarlos, imponiéndose un deber general de abstención.

5.- Clasificación de los Derechos de la Personalidad.

Los derechos de la personalidad y de acuerdo a nuestro sistema jurídico mexicano, se clasifican en tres grandes grupos, que son Parte Social Pública, Parte Afectiva y Parte Físico Somática; a su vez estos se subdividen en diversos derechos, dándonos la siguiente clasificación.

5.1 Parte Social Pública.

- a).- Derecho al honor o reputación.
- b).- Derecho al Título profesional.

c).- Derecho al secreto o a la reserva.

Este a su vez se subdivide en:

c.1).- Epistolar.

c.2).- Domiciliario.

c.3).- Telefónico.

c.4).- Profesional.

c.5).- Imagen.

c.6).- Testamentario.

d).- Derecho al nombre.

e).- Derecho a la presencia estética.

f).- Derecho de convivencia.

5.2 Parte Afectiva.

a).- Derecho de afeción.

Este a su vez se subdivide en:

a.1).- Familiares.

a.2).- De amistad.

5.3 Parte Físico Somática.

a).- Derecho a la vida.

b).- Derecho a la libertad.

c).- Derecho a la integridad física.

d).- Derechos relacionados con el cuerpo humano.

Este a su vez se subdivide en:

d.1).- Disposición total del cuerpo.

d.2).- Disposición de partes del cuerpo.

d.3).- Disposición de accesiones del cuerpo.

e).- Derechos sobre el cadáver.

Este a su vez se subdivide en:

e.1).- El cadáver en sí.

e.2).- Partes separadas del cadáver.

La anterior clasificación, propuesta por el maestro Ernesto Gutiérrez y González, es un buen punto de partida para poder entender cuáles son aquellos derechos de la personalidad de los que goza el ser humano, y la perturbación que los mismos en dado caso pudieran sufrir.

Cuando por culpa o negligencia se infracciona un derecho de la personalidad, se causa un daño el cual puede ser material o moral. El siguiente apartado versará sobre ese concepto.

6.- Concepto de daño.

La vida diaria ofrece toda una serie múltiple y heterogénea de daños. En relación al daño Adriano de Cupis dice que: "Daño no significa más que *noctmientio o perjuicio*, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable.". (27)

Las fuerzas de la naturaleza, así como el actuar del hombre, pueden crear o incrementar una situación favorable, pero de igual manera pueden destruirla o limitarla. El concepto de daño, en este sentido, se presenta sumamente amplio, ya que ninguna limitación ofrece el lenguaje ordinario en cuanto al número de lesiones o perjuicios a las que pueda aplicarse la denominación de "daños".

Implícita en la significación de la expresión daño, está la idea de detrimento, menoscabo, lesión, perjuicio, etc. En tal sentido, daño es la expresión que, como ya se dijo, alude al detrimento, menoscabo, lesión o perjuicio que de cualquier manera se provoca, aun y cuando el acto sea dirigido por la persona contra sí misma, como sería el caso del suicidio o la automutilación; y también aquél que ocasiona una persona a otra en forma tal que no implica en su conducta, culpa o dolo.

Anibal Alterini Atilo manifiesta en relación al daño lo siguiente: "Es que detrás de cada imputación de responsabilidad está el hombre, sujeto de Derecho. En definitiva, el daño se refleja sobre un hombre; en definitiva, hay un hombre detrás de cada daño causado. Yo creo que la fascinante solución que propugna la defensa absoluta de los derechos del hombre-victima, atractiva como el canto de sirena de Lorelei, no se sustenta en razón alguna valedera y convincente que respete, pues termina con conculcarlos, los derechos del hombre-victimario. Que debe, claro está, responder por los perjuicios injustos que genere; pero sólo cuando un acto suyo sea causa del daño en sentido admisible en Derecho, y jamás desmedidamente". (28)

(27) De Cupis, Adriano. Op. Cit. p. 81.

(28) Alterini Atilo Anibal. *La responsabilidad civil*. 3ª ed. Editorial Perrot. Buenos Aires 1987. p. 336.

7.- El daño jurídico.

Dentro de la técnica jurídica, el daño tampoco alcanza una significación unívoca, ya que se puede distinguir una acepción lata y otra restringida o estricta.

7.1 Acepción lata.

Ninguna persona está autorizada a desbordar su órbita de facultades e invadir la ajena; cuando esto ocurre se configura el daño en sentido lato. Así y en cuanto a esta acepción, cabe decir que toda invasión prohibida en la esfera de libertad de una persona tipifica un acto ilícito, ya sea por acción o por omisión, y que además provoque o no detrimento, alteración, menoscabo, lesión, en su patrimonio, afecciones íntimas, reputación, honor, etc.

Esta acepción jurídica y lata del daño, se distingue de la acepción vulgar, en cuanto a que en la primera se tipifica la acepción con un claro deslinde de su juridicidad.

Así, la acepción lata de daño sólo puede referirse a aquél que causa una persona con respecto a otra al invadir su esfera de libertad, aun cuando no medie concreta lesión a su patrimonio en su aspecto económico, afectivo o moral. Por su parte nuestro ordenamiento jurídico positivo señala que habrá daño siempre que se causare a otro, quedando excluido, pues, el que la persona se cause a sí misma.

La invasión en la esfera de libertad de otro sujeto implica ya el daño en su acepción lata. Este puede ser experimentado sin lesión o menoscabo patrimonial económico o moral, pero ello no obstante esa invasión prohibida que tipifica el acto ilícito, aun cuando no denote la necesidad de una reparación, puede implicar sin menoscabo o lesión, la actualización del derecho y la consiguiente acción para que el acto ilícito cese.

En conclusión, la concepción lata de daño se puede caracterizar de la siguiente forma:

- Debe existir invasión en la esfera de libertad de otro sujeto.

- Si no se afecta la esfera de otro sujeto, queda relegado del ámbito jurídico y, por ende, el acto podrá considerarse desde el punto de vista moral.

- La sola invasión de dicha esfera, aunque no medie perjuicio o lesión patrimonial, en su aspecto económico, moral o afectivo, implica daño.

7.2 Aceptación estricta de daño.

Todos los bienes y cosas que al hombre corresponde, con los que coexiste haciendo su vida, pueden ser objeto de lesión, menoscabo, detrimento, tales como su vida, su honor, su propiedad, su libertad; conforme a la caracterización de lo ilícito en general, del delito y cuasi delito no puede circunscribirse sin su significación concreta y restringida la expresión daño a sólo daño patrimonial-económico. El derecho toma en consideración que la responsabilidad civil emerge cuando media menoscabo, lesión o detrimento de valores económicos, la responsabilidad surge cuando los daños ocasionados afectan al honor y las afecciones legítimas, es decir, el daño moral, cuya reparación es inexcusable como el inferido a los valores netamente económicos.

Cuando la lesión recaer en los bienes que constituyen el patrimonio de una persona, se configura la significación del daño en el sentido estricto.

Junto con las cosas materiales y bienes convertibles a valores monetarios con los cuales el hombre hace su vida coexistiendo según su situación y circunstancias, existen otros bienes que se encuentran en el patrimonio del sujeto y que son más importantes en el orden jerárquico a pesar de que no son convertibles en dinero, tienen no obstante extraordinario e irremplazable valor.

La significación restringida del daño, exige la existencia del mismo como condición *sine qua non* del acto ilícito, anteponiéndolo al dolo, culpa o negligencia de su autor, esto es, que para la aceptación restringida del daño se requiere la efectividad del mismo en el aspecto material o moral del patrimonio de la persona.

Comparando el significado de la aceptación lata, con el de la aceptación restringida, encontramos que en la primera lo objetivamente ilícito faculta a la víctima, cuya esfera de libertad ha

sido invadida a exigir el restablecimiento de la situación, haciendo cesar los efectos del acto ilícito, aun cuando no haya daño resarcible en dinero. La acepción restringida del daño, existe cuando la ilicitud provoca detrimento, lesión o menoscabo reparable mediante una cantidad de dinero.

Por lo que hace a la responsabilidad civil, la expresión daño ha de usarse en sentido o acepción restringida o estricta, esto es, aquella lesión, detrimento o menoscabo que ha de repararse mediante el pago de la correspondiente indemnización.

Al causarse un daño no justificado a un tercero, menoscabando su patrimonio, de acuerdo al principio de justicia, el autor del daño debe responder, resarciendo el patrimonio a su estado anterior.

Así tenemos que Orgaz define el daño como: El daño resarcible es ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera.

Para Enneceruslehman, el daño es toda desventaja que experimentamos en nuestros bienes jurídicos, como el patrimonio, el cuerpo, la vida, la salud, el honor, el crédito, el bienestar, la capacidad de adquisición.

Carneluti dice que el daño es toda lesión a un interés.

Aguar manifiesta que el daño es la destrucción o detrimento experimentado por alguna persona en sus bienes.

Para Santos Briz, el daño es "todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y del cual haya de responder otra". (29)

8.- Clasificación del daño.

8.1 Daño actual y daño futuro.

(29) Santos Briz, Jaime. Op. Cit. p. 106.

a).- Daño actual: Es aquél que se da en el momento en que surge la controversia, y cuya existencia, magnitud y gravedad se asimilan al hecho ilícito que lo produce. Este daño ya se ha producido, y por lo tanto existe en el acto, en el instante en que se considera el nacimiento de la responsabilidad.

b).- Daño futuro: Es aquél que aún no se ha llegado a producir, y que además nunca presenta en el momento de la controversia las tres características del daño actual, es decir existencia, magnitud y gravedad, sino que al producirse el hecho ilícito, éste será consecuencia directa del evento dañoso, que se actualiza con posterioridad.

8.2 Daño eventual y daño cierto.

a).- Daño eventual: Es el daño que se refiere al conjunto de consecuencias y circunstancias que, de presentarse, darán origen a un daño, y que, hasta ese momento es posible precisar con certeza; es decir, este concepto se refiere a que no existe la certeza de que el daño vaya a existir, pues sólo aparece como una posibilidad que depende de hechos contingentes.

b).- Daño cierto: Es aquél en que su existencia, magnitud y gravedad son perfectamente determinados en el momento del acontecimiento dañoso.

Asimismo y en relación a este daño, se dice que es aquél sobre cuya existencia misma, presente o futura, hay certidumbre, pues el perjuicio es efectivo y no depende de otros hechos que pueden en el futuro producirse o no.

En relación a las dos clasificaciones anteriores, ha surgido cierta confusión, identificándose daño futuro con daño eventual, y daño cierto con daño actual, al respecto Roberto H. Brebia dice:

"Es cosa corriente la confusión entre daño futuro y daño eventual, y daño cierto con daño actual, siendo dichos términos de ninguna forma sinónimos. Daño eventual es aquel cuya existencia depende de la realización de otros acontecimientos extraños al hecho ilícito en cuestión, que concurren con éste a la formación del perjuicio. A diferencia del eventual, tanto el daño actual como el daño futuro deben ser ciertos, entendiéndose por ello que la existencia de los mismos debe constar de una manera indubitable, mediante la comprobación de la vulneración de un derecho subjetivo del demandado, y no

depender de esa vulneración de otros acontecimientos que puedan o no producirse con posterioridad³⁰.
(30)

8.3 Daño directo y daño indirecto o reflejo.

a).- Daño directo: Es aquél que soporta el agraviado, cuando la lesión se ocasiona o recaiga en las cosas de su dominio o posesión, es decir, directamente en el patrimonio de la víctima.

b).- Daño indirecto o reflejo: Es aquel daño que indirectamente se refleja en el mismo, y que lo sufre una persona distinta del agraviado inmediato, por el mal hecho a su persona, o a sus derechos o facultades.

8.4 Daño emergente y daño lucro cesante.

a).- Daño emergente: es el daño efectivamente sufrido por el acreedor con motivo del incumplimiento, es decir, es el perjuicio efectivamente sufrido.

El daño emergente va a provocar un empobrecimiento del patrimonio en sus valores actuales. El empobrecimiento de ese patrimonio, va a tener lugar ya sea por la ejecución del acto ilícito o por la inejecución de la obligación a debido tiempo.

b).- Daño lucro cesante: Es la ganancia de la cual fue privado el damnificado.

En el daño lucro cesante, va a existir la frustración de una ganancia o de la utilidad que se haya dejado de percibir, ya sea por parte de la víctima del acto ilícito, o ya sea por parte del acreedor de la obligación por la falta del oportuno cumplimiento.

8.5 Daño común y daño propio o particular.

(30) Brebía, Roberto II. *El daño moral*. Orbi. Buenos Aires, 1967. p. 52.

a).- El daño común es aquél que normalmente puede producirse, motivado por un hecho o causa determinante, y por tal razón es previsible. Este daño es el que habría experimentado cualquier persona con motivo del incumplimiento de la obligación.

b).- El daño propio o particular, es aquél que resulta de la situación personal del damnificado y por lo tanto no puede preverse, es decir, es aquel daño que sufre una persona determinada por circunstancias que le son particulares.

8.6 Daño intrínseco y daño extrínseco.

a).- El daño intrínseco es aquél que se deriva naturalmente de la virtualidad misma del hecho dañoso, es decir, es el daño que se produce en relación al objeto mismo de la prestación.

b).- El daño extrínseco es aquél que resulta por la vinculación causal de ese hecho con otro distinto, es decir, es el que eventualmente sufre el acreedor en otros bienes distintos del objeto de la prestación.

8.7 Daño compensatorio y moratorio.

a).- Daño compensatorio: Es aquel daño que se origina cuando el incumplimiento del contrato es definitivo, ya que se involucra todo el menoscabo patrimonial que se produce. En este caso, la indemnización entra a sustituir a la prestación originaria.

b).- Daño moratorio: Es aquel daño que se da si el incumplimiento es relativo y se opera un retardo en la ejecución, en este caso se comprende el perjuicio que cause al acreedor la demora en el cumplimiento de la obligación. Dándose este supuesto, la indemnización se acumula al objeto de la prestación y constituye un accesorio de la obligación primitiva.

8.8 Daño inmediato y daño mediato.

a).- Daño inmediato, es aquél en el cual las consecuencias (o daños) inmediatas de un hecho, y que acostumbran suceder, resultan según el curso natural y ordinario de las cosas.

b).- Daño mediato, es aquél en el cual las consecuencias (o daños), resultan de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto.

8.9 Daño previsto y daño imprevisto.

a).- Daño previsto, es aquél en el que ha podido preverse en iguales circunstancias, es decir, son los daños que el deudor o el autor del acto, ha considerado posibles al contraer la obligación o ejecutar el acto.

b).- Daño imprevisto, es aquél que no ha podido preverse, es decir, son los daños que el deudor o el autor del acto, en el momento de contraer la obligación o ejecutar el acto, no consideró posible su actualización o realización.

A la clasificación anterior es aplicable la siguiente anotación. La previsibilidad o imprevisibilidad de un daño, debe ser considerada desde la perspectiva de una persona de previsibilidad media que actúe con la debida atención y conocimiento de la cosa.

8.10 Daño patrimonial y daño moral.

La distinción entre los daños materiales o patrimoniales y los daños morales o extrapatrimoniales, ha originado una gran controversia en la doctrina, la cual aún se mantiene en pie.

Alguna teoría, ya abandonada por cierto, sostiene que el daño material es el que se percibe por los sentidos y daña las cosas o la parte corporal de las personas; y por otro lado manifiesta que el daño moral es el que no se percibe por los sentidos; el que afecta al honor, la libertad, la salud, etcétera.

Otra teoría se fundamenta en las consecuencias de la acción antijurídica; en base a esto señala: que si se ocasiona un desmedro en el patrimonio, sea como daño actual o como daño futuro,

cualquiera que sea la naturaleza del derecho lesionado, el daño es material; si ningún efecto tiene el hecho ilícito sobre el patrimonio, pero ocasiona un sufrimiento a la persona en sus afecciones o derechos inherentes a la personalidad, hay daño moral y no material.

Una más expresa que la distinción entre daño material y daño moral depende de la naturaleza de los derechos lesionados. Si afecta a un derecho patrimonial, el daño es material; si se lesiona a un derecho no patrimonial, el daño es moral.

Así y con base en lo anterior se puede hacer la definición del daño patrimonial y del daño moral.

a).- Daño patrimonial: Los daños patrimoniales y según el decir de Jaime Santos Briz son aquéllos que "... producen un menoscabo valorable en dinero sobre intereses patrimoniales del perjudicado." (31)

De acuerdo a lo anterior, el daño material o patrimonial, es el perjuicio que constituye un atentado contra los derechos pecuniarios de una persona.

Para dar lugar a la reparación, el perjuicio ocasionado debe ser cierto; no debe haber sido indemnizado ya; debe infringir un ataque a un interés legítimo jurídicamente protegido; debe ser directo; en principio, debe ser previsible cuando la responsabilidad sea contractual.

Para Jorge Bustamante Alsina el daño patrimonial "... recae sobre un bien jurídico material destruyendo o deteriorando una cosa que es objeto de un derecho patrimonial y afecta al mismo tiempo un interés legítimo de carácter económico porque altera la integridad del patrimonio disminuyéndolo...". (32)

En síntesis, se puede decir que el daño patrimonial es todo menoscabo sufrido en el patrimonio por virtud de un hecho ilícito, así como la privación de cualquiera ganancia que legítimamente la víctima debió haber obtenido y no obtuvo como consecuencia de ese hecho.

b).- Daño moral: Por daño moral, se entiende en principio, aquél cuya valoración en dinero no tiene la base equivalencial que caracteriza a los daños patrimoniales, por afectar precisamente a elementos o intereses de difícil valoración pecuniaria; es decir, es el perjuicio que constituye un atentado contra un derecho extrapatrimonial, o sea, no pecuniario.

(31) Santos Briz, Jaime. *Cp. Cív.* p. 120.

(32) Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil. 8ª ed. ampliada y actualizada.* Buenos Aires, 1993. p. 233.

Bustamante Alsina nos dice en relación al daño moral, que es aquél que "... recae sobre un bien jurídico inmaterial atacando la vida, el cuerpo, la salud, el honor o la libertad de una persona y afecta al mismo tiempo un interés jurídico no patrimonial. . . " (33), constituyendo un ataque que lesiona los derechos de la personalidad, es decir un atentado a la integridad de la persona humana, a su patrimonio moral o extrapatrimonial.

Por último, en el decir de Eduardo A. Zannoni al daño moral se le tiene como "... al menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocado por el evento dañoso, es decir, por el hecho o acto antijurídico." (34).

(33) *Ibid.* p. 235

(34) Zannoni, Eduardo A. *El Daño en la Responsabilidad Civil*. 2ª ed. Actualizada y ampliada. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma. Buenos Aires, 1987. p. 287.

CAPITULO CUARTO

EL DAÑO MORAL: GENERALIDADES, CARACTERISTICAS, NATURALEZA JURÍDICA, CONCEPTOS Y ESPECIES.

1.- Introducción al tema.

El tema del daño moral es muy importante, dada su conveniencia e interés para el hombre actual. El daño moral es un tema real, que está presente en la realidad de la vida diaria.

El dolor y las alteraciones disvaliosas en los estados de espíritu no se comprenden sino a partir del porqué de su ocurrencia; de la consideración de sus causas. La meta primordial del hombre actual, es alcanzar el bienestar y la felicidad, y por tal motivo no goza con verse maltratado o humillado; no obstante esto, el mismo ser humano se da cuenta que el mundo donde vivimos está colmado de sufrimientos rechazándolos como un mal.

Es cierto que las causas del dolor y del sufrimiento son muy variadas y de naturaleza diferente. También es cierto que las alteraciones en los estados de espíritu pueden provenir de circunstancias personalísimas, interiores, ajenas a toda intervención o actuación desde afuera, de terceras personas.

Así tenemos que el hombre puede sufrir por la contemplación de su propia miseria espiritual; puede sentir la frustración de su pereza o falta de voluntad; también puede sentir la tristeza que le ocasiona su propia fealdad, o los fracasos que sólo a él son imputables. Estos estados del espíritu son totalmente ajenos al Derecho.

En otras ocasiones el dolor y las alteraciones disvaliosas del espíritu le son infringidos al ser humano desde afuera, esto, como resultado del comportamiento de sus semejantes, de aquellas

personas que están a su lado, que comparten su vivienda o su trabajo, que transitan juntos, que se relacionan comercialmente o bien que lo hacen víctima de su despreocupación o de su enemistad, odio o rechazos violentos. A este tipo de sufrimientos es a los cuales el derecho debe dar una respuesta adecuada; por tal motivo se debe rechazar que esos sufrimientos quedan encerrados dentro de la persona humana, y que son ajenos a la exterioridad que al Derecho compete. También se debe rechazar que se les ignore por falta de una legislación adecuada, la cual no tipifica claramente los dolores y las alteraciones disvaliosas del espíritu que merecen reparación.

Muchos de los sufrimientos, dolores y males que padece el ser humano, y a los cuales nos hemos referido con anterioridad, son consecuencia del obrar ajeno; obrar ajeno que se exterioriza en las relaciones de vecindad; en el avance en la intimidad; en las relaciones de trabajo; en el tránsito o en la circulación; en la vida de los negocios; en la adquisición de bienes o servicios de uso indispensable. Y cuando el obrar ajeno produce un dolor, un mal o una alteración disvaliosa del espíritu, va a existir un victimario y una víctima, un actor que los produce y un receptor que los soporta.

Por los motivos anteriores, el derecho en la actualidad no puede dejar de lado los daños en el espíritu, cuando su origen es externo a quien los sufre, es decir, cuando el dolor, el mal o la alteración disvaliosa del espíritu son ocasionadas por una persona ajena a la persona que las sufre directamente.

Así tenemos que los males de la vida, y entre ellos las alteraciones disvaliosas del espíritu, encuentran algún remedio en los "bienes" que la propia vida brinda, pero esos bienes, tienen por lo general, un precio en dinero.

2.- Competencia del daño moral.

Entendido lo anterior, es importante delimitar la competencia del daño moral, es decir, a qué área va a pertenecer la respuesta en relación a lo que el daño moral como tal implica; a la moral, a la religión o al Derecho.

La cuestión se plantea de la siguiente manera:

2.1 Moral.

En relación a la moral, se puede afirmar que el daño moral no es de la competencia de la moral, ya que ésta busca el perfeccionamiento personal.

En cuanto a este tema, Pieper señala que el moralismo "falsa la conducta ética del hombre viendo en ella una suma incoherente de prácticas de virtud y de obligaciones positivas y negativas aisladas; con lo cual se despoja a la acción moral de sus raíces en su suelo nutritivo del conocimiento de la realidad y de la existencia misma del hombre vivo". Y agrega Pieper: "Semejante moralismo no sabe o no quiere saber que sólo es bueno lo que se adecua a la esencia del hombre y a la realidad . . . y que, por consiguiente, la realización del bien es algo completamente diverso del cumplimiento meramente fáctico de un precepto que se impone desde la oscuridad de un arbitrio poderoso" (35)

Así se afirma, que el daño moral no puede ser una cuestión de competencia moral, ya que su finalidad y esencia, es lograr una reparación o compensación, dentro de lo posible, del daño ocasionado; y el reclamo del sufriente o de la víctima no tiene cabida dentro de la moral.

En este orden, la moral únicamente se ocuparía sobre el dolor y sus provechosas consecuencias respecto del perfeccionamiento personal; pero a la moral no le interesa ni le atañe, el lograr una reparación o compensación del daño moral.

Por otra parte, desde la moral cristiana, no pueden quedar dudas sobre la licitud moral de mitigar el sufrimiento proporcionando bienes idóneos para ello.

2.2 Religión.

En relación a la religión, no puede ni siquiera insinuarse que el tema del daño moral sea de su incumbencia.

(35) Pieper, J. *Las virtudes fundamentales*. Editorial Rialp. Madrid 1976. p. 17 y ss.

En cuanto a la anterior Santo Tomás ". . . en los principios del siglo XIII, puso fin a la controversia, que había durado cientos de años, sobre la posibilidad de que un cristiano aprendiera y enseñara -mas aún cumpliera- el Derecho Romano. Su posición es conocida . . . al Derecho lo que es propio de él y a la Religión lo que le pertenece." (36)

El daño moral no puede ser competencia de la religión, ya que ésta, en términos generales profesa y promete el reino de los cielos para aquellos creyentes; por lo cual el dolor y el sufrimientos son pruebas que Dios interpone en sus caminos, siendo que la paz y el bienestar lo encontrarán en el reino de los cielos.

A contrario sensu de lo expuesto por la religión, encontramos el ejemplo Bíblico de Job, en el que Dios, para mitigar los sufrimientos de Job y premiar su fe, no esperó la llegada de Job al Cielo. Lo premió en este mundo y lo hizo con bienes materiales, ya que le dio catorce mil ovejas, y seis mil camellos, y mil yuntas de bueyes, y mil asnas. "Y mudó Jehová la aflicción de Job, orando él por sus amigos: y aumentó al doble todas las cosas que habían sido de Job." (37)

Del ejemplo anterior, claramente se advierte que si se puede intentar atenuar el dolor con una justa indemnización.

2.3 Derecho.

En relación al Derecho, se dice que si la víctima ha sido privada de lo que era suyo, como la paz espiritual, la tranquilidad, la serenidad de ánimo, y es llevada a un estado de espíritu distinto, disvalioso, dañado, esto como consecuencia del obrar activo o pasivo ajeno, necesariamente surge un conflicto que tiene que ver con la justicia, y por lo tanto se afirma que tal cuestión es competencia o incumbencia del Derecho.

Contrario a estas afirmaciones, se ha argumentado que el orden jurídico forma parte del orden moral; y que si la cuestión, planteada con anterioridad, es contraria a ese orden moral, si no es moralmente valiosa y que por el contrario es plenamente inmoral, entonces, tal cuestión sale también de lo jurídico.

(36) Mosseri Iltunape, *Jurys*. Op. Cit. p. 23.

(37) La Santa Biblia, Antiguo y Nuevo Testamento. Antigua versión de Casiodoro de Reina (1569), revisada por Cipriano de Valera (1602), otras revisiones: 1862 y 1909. Sociedades Bíblicas Unidas. Spanish Bible. Estados Unidos de Norteamérica. Job 49. p. 576.

Por nuestra parte no dudamos en afirmar que el tema del daño moral sea competencia jurídica.

De igual manera afirmamos que el tema del llamado daño moral, pertenece a la responsabilidad civil o al derecho de daños, y que esa responsabilidad es civil y no es responsabilidad penal. Así tenemos que por un lado, la sanción no apunta a la conciencia del causante del daño, y por otro lado, la sanción no se orienta a castigar al victimario sino a indemnizar a la víctima.

3.- Naturaleza jurídica del daño moral.

Una vez ubicado el daño como competencia del derecho, es procedente analizar la naturaleza jurídica del daño moral, lo cual se hace en los siguientes términos.

La naturaleza jurídica del daño moral se puede tratar desde el punto de vista de su reparación o de su ubicación en la responsabilidad civil.

3.1 Desde el punto de vista de la reparación del daño moral hemos encontrado lo siguiente:

Si bien es cierto que la generalidad de los autores reconocen la existencia del daño moral y lo ubican dentro de la competencia del derecho, también es cierto que no todos están acordes en la posibilidad de repararlo, por tal motivo han surgido determinadas tendencias. Una niega la posibilidad de repararlo. Otra afirma que sólo se puede reparar si hay daño económico, concomitante al moral. Otras sostienen la reparación del daño moral en forma autónoma.

a).- Teoría que niega la reparación del daño moral.

Esta teoría afirma que no es posible reparar el daño moral, pues se repara lo que se ve y en la especie, este daño no es apreciable por los sentidos.

Reparar significa borrar, desaparecer el daño, por lo tanto sostiene esta teoría, que no sería posible, por parte del auto de un daño moral, repararlo.

Y que suponiendo que se llegara ante la autoridad judicial y ésta condenara al pago de la obligación que surge por haber producido el daño moral, y que la misma obligación se traduzca en el pago de una suma de dinero, la cuestión es si ese pago haría desaparecer o no el daño moral sufrido.

La respuesta a la cuestión anterior, y según esta teoría, es que el dinero de ninguna forma puede reparar o hacer desaparecer el daño moral sufrido, ya que precisamente ese daño no es de orden pecuniario; el dinero no puede repararlo porque no es pecuniario.

Y aunado a lo anterior, sería inconveniente e inmoral, apreciar en dinero el descrédito arrojado sobre una persona mediante una difamación; o cuantificar la deshonra de un marido engañado por su esposa. Y así, la suma que se pagara, acrecentaría el patrimonio en su parte pecuniaria, pero no podría resarcir el daño moral, ya que no se podría reparar el patrimonio moral en lo que perdió.

Se critica esta teoría, en el sentido de que el error de la misma, es identificar la palabra "reparar" con el vocablo "borrar", siendo que "reparar" tiene un significado más extenso, tal y como se planteará en la teoría positiva que se tratará con posterioridad.

b).- Teoría mixta de la reparación del daño moral.

En relación a esa doctrina existen dos variantes; la primera no es sino una forma disimulada de la teoría negativa antes expuesta, siendo defendida por Meynal y A. Esmeln.

Meynal y A. Esmeln, afirman que no es posible reparar un daño moral, sino únicamente en aquellos casos en que como consecuencia del daño moral, exista una repercusión de carácter pecuniario.

Lo criticable de la propuesta de estos autores, es el hecho de que tal afirmación equivale a decir llanamente que el perjuicio moral no puede repararse, y que lo único reparable es el daño material.

La segunda variante de esta teoría, es sustentada por los autores Aubry y Rau; en esta variante ellos aceptan que si puede repararse el daño moral que provenga de un hecho ilícito penal, pero no el que proviene de un hecho ilícito civil.

Lo criticable en esta variante, es que esos autores no establecen el porqué de esa distinción.

Asimismo, dentro de esta segunda variante existe otro criterio mixto más serio. Este criterio no se basa en la distinción de la culpa, ya sea ésta penal o civil, sino que atiende a la naturaleza del perjuicio, y afirma que los daños son reparables si afectan o lesionan la parte social, pero no lo son, si lesionan la parte afectiva del patrimonio moral.

El criterio antes comentado, funda su razón de ser, en que únicamente pueden ser valuados los daños que afectan la parte social, tales como el honor, la reputación, etc., y que no pueden valorarse aquellos que integran la parte afectiva del ser humano, tales como los sentimientos familiares, etc.

Lo erróneo de este criterio, es que su fundamento es la dificultad en la imposibilidad de valorar el daño; es decir, según este criterio los únicos daños que pueden valorarse son los que afectan la parte social, mas no dice cuáles son las bases y parámetros sobre los cuales se valorarán; y asimismo afirma que no es posible valorar los daños que integran la parte afectiva; manifestaciones de las cuales se desprende una clara contradicción, ya que tanto los daños que afectan a la parte social, como los daños que afectan a la parte afectiva, son daños morales, y por lo tanto habría que prohibir en todos los casos la reparación del perjuicio moral, sin hacer la distinción a que se refiere tal criterio, porque precisamente la característica básica del daño moral, es no ser de orden pecuniario.

c).- Tesis positiva que admite la reparación del daño moral.

Esta teoría sostiene que si es posible reparar el daño moral, ya sea reponiendo las cosas al estado que guardaban, esto en ciertos casos, o ya sea entregando a la víctima del hecho ilícito o del hecho dañoso sin culpa, una suma de dinero.

En determinados supuestos, el daño moral se puede indemnizar y borrar plenamente entregando un bien moral a cambio, pero si esto no fuese posible, entonces la solución conducente, es la entrega de una suma de dinero y borrar, ya sea en parte, ya sea en todo, el daño moral ocasionado, aunque éste no tenga un carácter pecuniario.

Así tenemos el caso de una persona a la cual una lesión le desfigura el rostro; en este supuesto, una importante suma de dinero le permitiría utilizar los servicios de un cirujano plástico para que le reconstruya la cara. La misma situación se daría en el caso de una persona a quien se difamó; en este caso, mediante la entrega de una buena cantidad de dinero se podría insertar en los periódicos, los resultados de una sentencia judicial en donde se le absuelve de las imputaciones difamatorias que se le hicieron, y se condena a quien lo difamó; en muchas ocasiones a través de estas publicaciones, es posible atenuar el daño moral que se hubiese ocasionado.

Contrario a esta teoría, se ha argumentado que por poderoso que sea el dinero, en muchas ocasiones no es posible reparar en todos los casos el daño moral; pero no creemos que esta sea razón suficiente para negar a todas las víctimas una indemnización, ya que si se aplicara tal criterio, se cometería una injusticia, y además, es necesario determinar cuál es el sentido real y el alcance del término reparar.

Si por reparar se entiende única y exclusivamente volver las cosas al estado que guardaban, entonces sí sería conducente afirmar que no es posible reparar la mayor parte de los perjuicios morales.

No creemos que este vocablo tenga que restringirse al significado de volver las cosas al estado que guardaban, sino que se le debe dar una mayor amplitud, debiéndose entender que reparar un daño, no es sólo rehacer lo que se ha destruido, sino también proporcionar a la víctima la posibilidad de procurarse satisfactores equivalentes a los que ha perdido, siendo libre de buscarlos en donde mejor le convenga. El verdadero papel de la indemnización en materia de daño moral es un papel satisfactorio.

Con base en este criterio, se afirma que se puede reparar aunque no se borre. Se puede reparar suministrando a la víctima los medios necesarios para que ésta se procure los satisfactores que

suplan a aquellos de los cuales se vio privada, y esto puede hacerse en cualquier tipo de daño moral sin hacer ningún tipo de distinción como lo propone la teoría mixta tratada con anterioridad.

3.2 Naturaleza jurídica del daño moral con base en su ubicación en la responsabilidad civil.

En relación a la misma naturaleza del daño moral, encontramos que como daño jurídico, se ubica en el campo de la responsabilidad civil.

a).- Antecedentes de la responsabilidad civil.

La responsabilidad civil y la responsabilidad penal, originalmente se encontraban unidas, no existía distinción entre una y otra, tal y como lo expresa Manuel Bejarano Sanchez al citar a Kelsen y dice que originalmente, sólo había una especie de sanción: la penal, esto es, el castigo -en el sentido estricto de la palabra- en relación con la vida, la salud, la libertad o la propiedad. También afirma que el derecho más antiguo era exclusivamente derecho penal y que más tarde se hizo un distinguo por lo que toca a la sanción y que además del castigo apareció una sanción civil específica, la ejecución forzada o privación coactiva de la propiedad con el propósito de establecer una reparación, es decir, una compensación por los daños causados ilegalmente, y que como consecuencia de lo anterior se desarrolló el derecho civil al lado del penal. (38)

De lo anterior se desprende que históricamente la responsabilidad civil y la responsabilidad penal han evolucionado. Encontramos que en el derecho antiguo había confusión entre las responsabilidades penal y civil. La distinción entre responsabilidad civil y responsabilidad penal se dio paulatinamente y a través del tiempo, señalando la doctrina jurídica varias etapas:

a.1).- Autodefensa y venganza de la víctima.

En los inicios de la civilización, la única sanción de un hecho lesivo o dañoso era la venganza de la víctima, es decir, la venganza privada. El perjudicado era quien tenía la facultad de cobrar la afrenta ejerciendo la ley del talión, ojo por ojo y diente por diente.

(38) Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones Civiles*. 3ª ed. Editorial Haria, S.A. de C.V. México, 1984. p. 228.

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

En relación a esto Gaudemet expresa que: "La represión de los delitos por medio de la venganza privada, confunde la reparación del perjuicio con la pena. La primera queda absorbida por la segunda que por otra parte, sigue siendo simple *poena privata*, impuesta por la parte perjudicada, sin intervención de la autoridad pública". (39)

a.2).- Composición voluntaria.

Posteriormente surgió la composición voluntaria, la que consistía en un arreglo o convenio entre el autor del hecho dañoso y la víctima, esta última renunciaba a vengarse a cambio de una suma pecuniaria. La afrenta quedaba de esta forma reparada con dinero. En esta etapa todavía subsiste la confusión entre pena y reparación.

a.3).- Composición forzosa.

Posteriormente, el Estado y dadas las necesidades, impuso como indispensable un arreglo, surgiendo la composición forzosa. En la composición forzosa, la víctima de un delito no tiene ya la facultad entre vengarse o aceptar la reparación económica del daño; el Estado impone necesariamente la aceptación de una reparación económica que se gela en manos del particular, y todavía se confunde entre la acción que tiende a la represión penal y la que persigue la reparación civil.

a.4).- Separación.

La separación de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil se da cuando el Estado toma a su cargo la represión de las conductas particularmente contrarias a la armonía social, con independencia de los intereses particulares involucrados en cada caso.

b).- Definición de la responsabilidad civil.

(39) Gaudemet, Eugene. *Teoría General de las Obligaciones*. Traducción y notas de Derecho Mexicano por Pablo Macedo. Editorial Porrúa, S.A. México, 1974. p. 322.

Para el autor Joaquín Martínez Alfaro, la responsabilidad civil "... es la obligación de carácter civil de reparar el daño pecuniario causado directamente, ya sea por hechos propios del obligado a la reparación o por hechos ajenos de personas que dependen de él, o por el funcionamiento de cosas cuya vigilancia está encomendada al deudor de la reparación." (40)

Autores como Colin y Capitant, y René Savatier han definido la responsabilidad civil de la siguiente manera:

Colin y Capitant dicen que: "La palabra responsabilidad designa la obligación de reparar el daño que se ha causado a otro ya sea por hecho personal o por la culpa de determinadas personas o por el hecho de una cosa de la que se es propietario o guardián." (41)

Y René Savatier dice que: "La responsabilidad civil es la obligación que puede incumbir a una persona de reparar el daño causado a otro por su hecho o por el hecho de personas o cosas que dependen de ella." (42)

Los tratadistas, Henri, León y Jean Mazeaud, dicen en relación a la responsabilidad civil que: "Una persona es responsable civilmente cuando queda obligada a reparar un daño sufrido por otro." (43)

Como claramente se desprende de las definiciones anteriores, en ellas no se incluye como requisito necesario, que el hecho que cause un daño tenga que ser necesariamente ilícito; es decir, con esto se concluye que el hecho que cause un daño puede ser ilícito, o bien puede ser lícito, en este último caso sería el proveniente de la responsabilidad objetiva.

Así tenemos que la responsabilidad civil es el nombre que toma la obligación generada por el hecho ilícito, o por el hecho lícito, proveniente este último de la responsabilidad objetiva, la cual se traduce en la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otros.

Hemos encontrado que algunos autores definen la responsabilidad civil como aquella obligación generada por un hecho ilícito, quedando civilmente obligado el autor del daño a repararlo. Es decir, la definición dada por algunos autores, se limita a tratar a la responsabilidad civil como aquella que emana de un hecho ilícito, habiendo olvidado que existe también la responsabilidad civil objetiva, la cual surge aun y cuando no exista un hecho ilícito; siendo que en la definición de responsabilidad civil que proporcionan, dejan de lado a la responsabilidad civil objetiva, y tratan a esta última, como si fuese

(40) Martínez Alfaro, Joaquín. *Teoría de las Obligaciones*. 2ª ed. Editorial Porrúa, S.A., México, 1991, p. 146

(41) Martínez Alfaro, Joaquín. Op. Cit. p. 147.

(42) *Idem*.

(43) Mazeaud, Henri, León y Jean. *Lecciones* ..., p.7.

otro tipo de responsabilidad, y no una responsabilidad civil. Situación la anterior que nos parece incongruente, ya que los autores que definen a la responsabilidad civil como quedó plasmado en líneas que anteceden, proporcionan una clasificación de la responsabilidad civil, diciendo que la misma se divide en contractual y extracontractual, así como en subjetiva y objetiva, por lo cual, si por un lado definen a la responsabilidad civil únicamente como la proveniente de un hecho ilícito, entonces porqué dentro de las divisiones que proporcionan respecto a la responsabilidad civil, incluyen a la responsabilidad objetiva, siendo que ésta es aquella que surge, incluso cuando se actúa lícitamente.

Por otro lado, esos autores, al clasificar la responsabilidad civil en contractual y extracontractual, definen a ésta última como aquella proveniente de un hecho ilícito no originado en un contrato. Si bien es cierto y tal y como el mismo nombre lo dice, la responsabilidad extracontractual es aquella proveniente de la infracción de la ley y no del incumplimiento de una obligación previamente contraída, como en el caso del contrato; también es cierto que no nos explicamos porqué al definir la responsabilidad extracontractual, se restringe a aquella que surge como consecuencia de un hecho ilícito, siendo que la responsabilidad objetiva surge como consecuencia de un hecho lícito, y además nace sin que exista una obligación previamente establecida, es decir, no existía un contrato, por lo cual, debe considerarse a la responsabilidad objetiva como extracontractual, y no definir a la responsabilidad extracontractual únicamente como aquella proveniente de un hecho ilícito y por infracción de la ley; sino como aquella proveniente de un hecho ilícito o lícito y por infracción de la ley.

El anterior razonamiento, tiene su fundamento doctrinario en el libro "Teoría de las Obligaciones" del autor Joaquín Martínez Alfaro, autor que según nuestro criterio, trata adecuadamente la responsabilidad civil, ya que la trata como una unidad, haciendo su estudio en conjunto, y no efectuando distingos entre la responsabilidad civil contractual, extracontractual y subjetiva, y la responsabilidad objetiva; sin que este autor trate a la responsabilidad objetiva como si se tratase de un tipo diferente de responsabilidad, es decir, como si no formara parte de la responsabilidad civil; sino que el autor en comento y con quien estamos de acuerdo, hace un estudio conjunto de la responsabilidad civil.

Asimismo nuestro razonamiento encuentra su fundamento legal en la jurisprudencia firme, la cual se transcribe a la letra:

RESPONSABILIDAD OBJETIVA.- Cuando una de las partes contratantes incurre en una responsabilidad extracontractual, que es además objetiva, por haber empleado instrumentos peligrosos por sí mismos, resulta más claro que el fundamento de esa responsabilidad no es el contrato sino la ley. El artículo 1913 del Código Civil dispone que quien haga uso de instrumentos peligrosos por sí mismos está obligado a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que el daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima. En estos casos no es necesario recurrir a la ilicitud del acto, al dolo o la culpa grave, para establecer que la persona que cause el daño con tales instrumentos debe repararlo independientemente de que esté vinculado o no con la víctima en forma contractual. El acto dañoso no queda ya comprendido dentro de los límites del contrato y cualquiera convenio relativo al mismo no deroga las disposiciones que lo rigen. Jurisprudencia, Sexta Época. Tercera Sala. Volumen LX, Cuarta Parte. Pág. 292.

Nuestro razonamiento, también encuentra su fundamento legal en la ejecutoria que a continuación se transcribe:

RESPONSABILIDAD OBJETIVA.- Un mismo hecho, puede dar lugar a dos responsabilidades objetivas, de naturaleza diversa y a cargo de personas distintas: a) La responsabilidad objetiva por riesgo profesional, regida por la Ley Federal del Trabajo y a cargo de la persona o empresa a cuyo servicio estaba la víctima, y b) La responsabilidad civil, por causa extracontractual, a cargo del propietario del mecanismo peligroso por sí mismo, por la velocidad que desarrolla, o por causa análoga, que haya originado el daño. Amparo directo 3979/1963. Antonio Luna Méndez.- Septiembre 6 de 1965.- Unanimidad de 5 votos. Ponente: Mtro. Mariano Ramírez.- 3ª Sala.- Informe 1965. Pág. 27.

De ambas transcripciones se desprende que efectivamente nuestras máximas autoridades en materia judicial identifican a la responsabilidad objetiva como responsabilidad civil extracontractual.

Así las cosas, y ya que el tema del presente trabajo no es entrar en discusión y desvirtuar las diferentes clasificaciones y definiciones dadas en torno a la responsabilidad civil, por este motivo no se estudian ni analizan las diversas corrientes relativas a la misma, ya que esto sería tema de otro trabajo. Limitándonos, de nuestra parte, a justificar el porqué adoptar la clasificación y definición proporcionadas por el autor Joaquín Martínez Alfaro, apoyado esto, claro está, en otros diversos autores. Por tanto, es procedente entrar a la exposición de las diversas clasificaciones en torno a la responsabilidad civil y en los siguientes términos:

c).- Responsabilidad civil contractual y extracontractual.

La responsabilidad civil tradicionalmente se clasifica en contractual y extracontractual.

c.1).- Responsabilidad civil contractual.

La responsabilidad civil contractual es la obligación de reparar el daño pecuniario que se causa por el incumplimiento de una obligación previamente contratada; se traduce en el deber de pagar la indemnización moratoria o la indemnización compensatoria, por violarse un derecho relativo, derecho que es correlativo de una obligación que puede ser de dar, hacer o no hacer, y cuyo deudor está individualmente determinado.

Así tenemos que la responsabilidad contractual es aquella proveniente de la transgresión de una cláusula particular, de una norma jurídica de observancia individual, de un contrato u otro acto jurídico de Derecho Privado.

Para los hermanos Mazeaud, "La responsabilidad contractual es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Cuando un contratante no cumple la obligación puesta a su cargo por el contrato, puede causar un perjuicio al otro contratante, acreedor de la obligación. En ciertas condiciones, está obligado a reparar ese perjuicio; su responsabilidad es una responsabilidad contractual." (44)

c.2).- Responsabilidad civil extracontractual.

El tratadista Joaquín Martínez Alfaro, manifiesta respecto a la responsabilidad civil extracontractual lo siguiente: "Esta responsabilidad puede definirse por exclusión, diciendo que es la que no es contractual, por tanto, no se deriva del incumplimiento de una obligación previamente contratada, sino de la realización de un hecho que menciona la norma jurídica, hecho que causa un daño pecuniario y al que la norma le atribuye la consecuencia de generar la obligación de repararlo, por violarse un derecho absoluto, derecho que es correlativo de un deber de abstención a cargo de un sujeto pasivo universal e indeterminado."

"La responsabilidad extracontractual es de dos especies, subjetiva y objetiva." (45)

(44) *Ibid.* p. 10.

(45) Martínez Alfaro, Joaquín. *Cp. Cit.* p. 152.

También existe responsabilidad extracontractual, cuando el carácter de la norma transgredida es una norma de observancia general. Si se viola la ley y se causa un daño, se incurre en responsabilidad extracontractual, surgiendo de esta manera la obligación de reparar los daños y perjuicios; siendo el origen de esta obligación, la violación de una Ley y no de un contrato, por eso se dice que este tipo de responsabilidad es fuera de contrato, es decir, responsabilidad extracontractual.

La responsabilidad delictual o cuasidelictual, también llamada responsabilidad extracontractual subjetiva, no nace del incumplimiento de un contrato; esta responsabilidad nace de un delito o de un cuasidelito.

Respecto de esta responsabilidad opinan los hermanos Mazeaud que: "En ciertas condiciones, el autor del daño está obligado a repararlo; su responsabilidad es una responsabilidad delictual cuando ha causado intencionalmente el daño (delito) (dolo); cuasidelictual cuando no ha querido el daño (cuasidelito). El término de delito posee aquí un sentido muy distinto del que reviste en derecho penal, donde designa una categoría de infracciones". (46)

d).- Responsabilidad extracontractual subjetiva y objetiva.

Como se anotó con anterioridad, la responsabilidad extracontractual tiene dos especies, siendo la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva. Esta división en especies, obedece al elemento o dato en que se finca la necesidad de resarcir los daños.

d.1).- La responsabilidad subjetiva.

La responsabilidad subjetiva es aquella en la cual los daños han sido causados por una conducta culpable, antijurídica y dañosa, que tiene por fuente el hecho ilícito y por soporte la noción subjetiva de la culpa.

(46) Mazeaud, Henri, *Levy y Jean Lecciones* . . . , p. 10.

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

d.2).- La responsabilidad objetiva.

En lo tocante a la responsabilidad objetiva y en cuanto a su evolución, encontramos lo siguiente:

La responsabilidad objetiva surge a fines del siglo pasado, fue postulada dentro del campo del derecho privado por autores como Saleilles y Louis Josserand, esto a raíz de los problemas prácticos que provocó el maquinismo. La razón de ser de la denominación de responsabilidad objetiva por riesgo creado, es en base a la afirmación de que todo aquél que haga uso de un aparato peligroso que aumente los riesgos de provocar daños a los demás, debe responder de la reparación de los daños 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.

Anteriormente al surgimiento de la responsabilidad objetiva por riesgo creado, se exigía necesariamente la culpa del causante del daño, como requisito indispensable de la obligación de indemnizar, esto produjo consecuencias injustas cuando las nuevas herramientas y maquinaria, introducidas en las fábricas, causaron múltiples accidentes entre los obreros, en razón de la complejidad y de la inexperiencia en manejar tanto las nuevas herramientas como la maquinaria introducidas recientemente en aquella época. Los accidentes que se ocasionaban, como producto de la inexperiencia y de la complejidad de los nuevos artefactos, produjo graves daños a los trabajadores por mutilaciones, lesiones, pérdidas de facultades o aun de la vida misma; estos accidentes no comprometían la responsabilidad del patrón, a quien no podía demostrarse culpa alguna en su realización, y los perjuicios resentidos por las víctimas no eran indemnizados de manera alguna.

La concepción de la responsabilidad civil subjetiva por culpa, y única existente en aquel momento, producía resultados injustos, pues mientras el patrón se veía favorecido al incrementar sus productos y ganancias por el aprovechamiento de la maquinaria peligrosa que causaba nuevos daños, el trabajador, que sufría las pérdidas derivadas del uso de esos aparatos, era el único afectado desfavorablemente. Tales situaciones movieron a los juristas a buscar y proponer otro apoyo a la responsabilidad civil, que no fuera únicamente la culpa, encontrándolo en el concepto de riesgo, surgiendo así, la responsabilidad civil objetiva por riesgo creado.

Junto a la responsabilidad civil fundamentada en la noción de culpa, y denominada por tal motivo responsabilidad subjetiva, ya que impone un análisis del matiz de la conducta del sujeto, surge la llamada responsabilidad objetiva la cual se apoya en un elemento ajeno a la calificación de la conducta, en un dato aparente, objetivo, como es el hecho de causar un daño por la utilización de un objeto peligroso que crea un estado de riesgo para los demás. Se trata de una responsabilidad objetiva, que se apoyó en ese hecho del riesgo que crea, del riesgo creado; por ejemplo, si el patrón o dueño de la fábrica había introducido una nueva situación de riesgo de que se produjeran daños, al utilizar maquinaria nueva peligrosa, por la complejidad de su funcionamiento o por los elementos materiales que utilizaba, debía responder de los daños que causare con ella, aun sin haber incurrido en culpa alguna y sólo por el hecho de haber provocado esa situación peligrosa.

Autores como Rafael Rojina Villegas, definen a la responsabilidad objetiva en los siguientes términos:

"La responsabilidad objetiva o teoría del riesgo creado, es una fuente de obligaciones reconocida en algunos códigos de este siglo, por virtud de la cual, aquel que hace uso de cosas peligrosas, debe reparar los daños que cause, *aun cuando haya procedido licitamente*". (47)

El maestro Ernesto Gutiérrez y González, define la responsabilidad objetiva de la siguiente manera:

(47) Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. Tomo V, Obligaciones, Vol II. 5ª ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1985. p. 67.

"ES LA NECESIDAD JURIDICA QUE TIENE UNA PERSONA LLAMADA OBLIGADO-DEUDOR, DE CUMPLIR VOLUNTARIAMENTE A FAVOR DE OTRA PERSONA, LLAMADA ACREEDOR, QUE LE PUEDE EXIGIR, LA RESTITUCION DE UNA SITUACION JURIDICA AL ESTADO QUE TENIA, Y QUE LE CAUSA UN DAÑO, ORIGINADO POR A).- UNA CONDUCTA O UN HECHO PREVISTO POR LA LEY COMO OBJETIVAMENTE DAÑOSO, B).- EL EMPLEO DE UN OBJETO QUE LA LEY CONSIDERA EN SI MISMO PELIGROSO, O C).- POR LA REALIZACION DE UNA CONDUCTA ERRONEA, DE BUENA FE." (48)

Por tanto, la responsabilidad objetiva es aquella en la cual los daños provienen de una conducta lícita, jurídica, inculpable, consistente en aprovechar un objeto peligroso que crea riesgo de daños, esta responsabilidad está fincada en dicho riesgo y que por consiguiente se llama responsabilidad objetiva, por tener su apoyo en un elemento externo como es el riesgo creado.

En nuestro derecho, la responsabilidad civil objetiva se encuentra ubicada en el artículo 1913 del Código Civil, el cual a la letra dice:

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

Del anterior artículo se desprenden los siguientes elementos de la responsabilidad objetiva:

- Que se use un mecanismo peligroso.
- Que se cause un daño.
- Que haya una relación de causa a efecto entre el hecho y el daño.
- Que no exista culpa inexcusable de la víctima.

En relación al anterior artículo, el maestro Ernesto Gutiérrez y González, proporciona la siguiente definición de responsabilidad objetiva por riesgo creado.

"RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR RIESGO CREADO: ES LA CONDUCTA QUE IMPONE EL DERECHO DE REPARAR EL DAÑO Y EL PERJUICIO CAUSADO POR OBJETOS O MECANISMOS PELIGROSOS EN SI MISMOS, AL POSEEDOR LEGAL DE ESTOS, AUNQUE NO HAYA OBRADO ILICITAMENTE." (49)

(48) Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*. 9ª ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1993. pp. 783 y 784.

(49) Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho* . . . , p. 783.

Asimismo y en relación a la responsabilidad objetiva, encontramos los siguientes artículos del Código Civil vigente.

"ART. 1918.- Las personas morales son responsables de los daños y perjuicios que causen sus representantes legales en el ejercicio de sus funciones."

"ART. 1919.- Los que ejerzan la patria potestad tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos."

"ART. 1920.- 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, de talleres, etc., pues entonces esas personas asumirán la responsabilidad de que se trata."

"ART. 1921.- Lo dispuesto en los dos artículos anteriores es aplicable a los tutores, respecto de los incapacitados que tienen bajo su cuidado."

"ART. 1923.- 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. 1925.- 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. 1928.- 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 sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado."

"ART. 1932.- Igualmente responderán los propietarios de los daños causados:

- 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 los árboles, cuando no sea ocasionada por 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 éste;
- VI. Por el peso o movimiento de las máquinas, por las aglomeraciones de materias o animales nocivos a la salud o por cualquiera causa que sin derecho origine algún daño."

e).- Similitudes y diferencias entre la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual.

e.1).- Similitudes.

Tanto la responsabilidad civil contractual como la extracontractual, tienen idéntica fuente, naturaleza y contenido, están sometidas a los mismos principios rectores y producen los mismos efectos, por lo cual se impone su estudio conjunto, tal y como lo afirman y proponen los hermanos Mazeaud, diciendo que:

"En la actualidad, todo el mundo admite que el ámbito de la responsabilidad civil engloba la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual y cuasidelictual. Cabe afirmar, incluso, que resulta imposible estudiar la segunda separándola de la primera". (50)

La propuesta a seguir y con base en lo anterior, es elaborar las reglas generales de la responsabilidad civil en un solo apartado.

Así, si alguien viola la Ley culpablemente y causa daño a otro, deberá por ese hecho ilícito reparar el daño causado. En relación a esto Hernández Gil propone que:

"El concepto de la responsabilidad civil autónoma es unitario, es decir, comprende tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual, con lo cual quiere decir que la voluntaria transgresión de las obligaciones insertas en un contrato constituyen un acto ilícito de donde nace la responsabilidad civil". (51)

En efecto, si alguien quebranta un contrato u otro acto jurídico por él concertado y causa daños a su co-contratante, quedará también obligado a resarcirlos. El término responsabilidad contractual es mal empleado, porque toda responsabilidad civil es extracontractual en el sentido de que no nace del contrato. Así, la responsabilidad civil contractual proviene de la violación del contrato u otra norma jurídica particular, violación que constituye una acción antijurídica, culpable y dañosa, esto es un hecho ilícito; una razón más por la cual, el término responsabilidad civil contractual es mal empleado.

e.2).- Diferencias.

(50) Bejarano Sánchez, Manuel. Op. Cit. p. 232.

(51) *Ibid.* p. 231.

Aunque no existen diferencias en cuanto a sus efectos, tanto la responsabilidad civil contractual como la extracontractual tienen algunas diferencias de detalle, en razón de que son generadas por la violación de un distinto tipo de norma jurídica. Esto es, en la responsabilidad extracontractual no existe previamente una relación entre las partes, no existe relación entre el acreedor con el deudor, las partes no están ligadas de antemano, no existe previamente ningún vínculo obligatorio antes de ocurrir el daño. Sin embargo, tratándose de responsabilidad contractual, existía ya entre las partes una relación, eran co-contratantes.

Respecto a lo anterior Gaudemet dice que: "El autor del daño y su víctima estaban previamente unidos por un vínculo obligatorio; el daño consiste en el incumplimiento de esa obligación (por ejemplo, el vendedor que deteriora la cosa antes de la entrega)". (52)

En la responsabilidad extracontractual, cualquier persona puede incurrir en agravio nuestro; y a diferencia de lo anterior, en la responsabilidad contractual sólo nuestro co-contratante, o aquél que ha emitido una obligación generada por acto jurídico, puede incurrir en agravio nuestro.

En cuanto a lo anterior se puede destacar lo siguiente: La responsabilidad extracontractual se sustenta en el hecho de que cualquiera puede violar la Ley, pues todos estamos obligados a respetarla. La responsabilidad contractual se sustenta en el hecho de que no cualquiera puede violar un acto jurídico, sino solamente el único comprometido a observarlo, siendo el creador del mismo.

4.- Denominación y concepto del daño moral.

4.1 Introducción al tema.

El daño moral es una realidad, desgraciadamente esta realidad, para la persona humana, es cruel y mortificante.

(52) *Ibid.* p. 233.

La realidad de los sufrimientos de toda clase se nos impone como un signo de los tiempos, siendo esto una respuesta irónica a la búsqueda afanosa de la felicidad terrenal.

Al ordenamiento jurídico, es decir, al derecho le corresponde no guardar silencio ni empequeñecer su respuesta, la cual deberá llegar, a quien la requiera, plena y generosa.

Así, al derecho, que está en constante evolución, le corresponde, dar su respuesta, en este mundo sufriendo y masificado. El daño moral, como tal, está integrado por la siguiente trilogía: el reconocimiento del valor de la vida humana, de la intimidad y del daño al espíritu.

4.2 La denominación del daño moral.

La denominación de "daño moral", es la que se ha impuesto en la doctrina y en la legislación, pero según el decir de Jorge Mosset Iturraspe, es necesario señalar su impropiedad. "No se trata en rigor de un perjuicio que afecte o menoscabe la moral de una persona, tampoco de una lesión a los principios morales o a la conciencia. Si así fuera se trataría de un daño extraño al derecho, metajurídico o ubicado fuera del mismo.". (53)

Se afirma, que el denominado "daño moral" es un daño jurídico, que afecta bienes que son propios del Derecho y no de la Moral.

La denominación de "daño moral", se origina en los tiempos modernos y no en el derecho romano e intermedio, aunque encontramos que en esos derechos, también se sancionaba el daño no patrimonial.

Se dice que el derecho civil moderno ha sido refundado como una prolongación de la moral. El sistema jusnaturalista parte de preceptos de moralidad.

El concepto de "daño moral", en la época moderna, se presentó por primera vez como una ofensa a la fama de la persona o al honor de su mujer; a partir de entonces se vincula con la falta, con la culpa como base de la imputación subjetiva o reproche de conciencia, y, muy en especial, con la responsabilidad penal, la cual era vista como auxiliar de las normas de conducta y como la sanción de las normas morales ubicadas en la cúspide del Derecho.

(53) Mosset Iturraspe, Jorge. Op. Cit. pp. 26 y 27.

Así, el daño moral se ha ubicado tanto en la imputación subjetiva como en el derecho penal, siendo que su exacta ubicación, debería de ser y es la responsabilidad civil.

En relación al daño moral, la doctrina ha propuesto diferentes denominaciones en sustitución a ésta. Así tenemos que se le ha llamado "dolor moral", "perjuicio moral", "agravio moral" que, en rigor, no hacen sino incorporar sinónimos, ya que "perjuicio" y "agravio" son sinónimos de daño; el mismo supuesto se da con el sentido lato de "dolor". Otras denominaciones que se han utilizado, pero que se han hecho en sentido negativo son: "daño no patrimonial", "daño extrapatrimonial", "daño no económico", "daño inmaterial". Todas las anteriores denominaciones, si bien es cierto que logran su objetivo en relación a que destacan la diferencia entre el daño moral y el daño material, patrimonial o económico, también es cierto que no se refieren específicamente a lo que es propio del daño moral, es decir, a la índole de los bienes afectados. Por otro lado, tales denominaciones parecen negar la traducción económica o dineraria del daño moral; la posibilidad que le es propia de ser compensado con una reparación en dinero.

Las anteriores manifestaciones, como ya se dijo, son propuestas por el autor Jorge Mosset Iturraspe; pero desde nuestro punto de vista consideramos correcta la denominación de "daño moral", ya que a nuestro parecer, esta denominación involucra en sí, la noción de los derechos de la personalidad y el daño que se puede ocasionar a ellos; siendo además, que en casi todas las legislaciones como en la doctrina se usa y se identifica a los daños que sufren los derechos de la personalidad como "daño moral". De tal forma, al existir aceptación y relación directa entre los daños que se ocasionan a los derechos de la personalidad y la denominación de "daño moral", consideramos que no es necesario proponer nuevas denominaciones, sobre todo si el "daño moral" ya tiene nombre y el mismo es plenamente identificado tanto en la legislación como en la doctrina, sin que exista duda o confusión o contradicción en la denominación, los alcances y significado del "daño moral".

A mayor razón, consideramos que la denominación de daño moral, engloba a todos los sinónimos que se han propuesto, tal y como lo afirma Llambías, quien dice que:

"el daño moral es el *género* que comprende a toda lesión en los sentimientos por el sufrimiento o dolor que alguien padece. El agravio moral es una especie de ese género, consistente en la lesión *intencionada*". (54)

4.3 Concepto del daño moral.

El debate sobre el concepto de daño moral, ha ocurrido en virtud de una subestimación de la cuestión; ya que se afirmaba que el concepto de daño moral, únicamente podía tener alcances doctrinarios, sin consecuencias relevantes en orden a los principales aspectos; la índole de la sanción, la determinación de su cuantía, los caracteres, los legitimados activos y pasivos, etc.

Siendo además de que el concepto, doctrinariamente tenga cierta relevancia, también es importante que la noción sea ajustada y precisa y tenga injerencia sobre la índole de la sanción, la determinación de su cuantía, los caracteres, los legitimados activos y pasivos, etc.

Así tenemos que el concepto del daño moral se puede dar desde cuatro puntos de vista:

a).- La noción por exclusión.

Desde este punto de vista, son daños morales aquellos que no pueden ser considerados daños patrimoniales.

Para Fueyo Laneri "el denominado daño moral es aquél que consiste en la agresión a algunos de los derechos extrapatrimoniales o de familia propiamente tal y que autoriza para demandar una indemnización satisfactiva que el Juez fijará conforme a equidad". (55)

Siguiendo la misma pauta, Buenaes define al daño moral como "menoscabo o pérdida de un bien, en sentido amplio, que irroga una lesión a un interés amparado por el derecho de naturaleza extrapatrimonial". (56)

Para Lloveras de Resk, dentro de esta misma tendencia, "El daño moral es una lesión de carácter no patrimonial, consecuencia de un acto contrario a derecho". (57)

(54) Zannoni, Eduardo A. Op. Cit. p. 317.

(55) Momet Inurrupe, Jorge. Op. Cit. p. 84.

(56) *Idem*.

(57) *Idem*.

Ruth Inés Díaz, lo define diciendo que: "Habrá daño moral cuando la lesión no signifique detrimento patrimonial, afectándose al sujeto de derecho en su honor, seguridad, valores afectivos o en el goce de sus bienes". (58)

Finalmente el autor Lalou, afirma, en relación al daño moral que: "La distinción entre el perjuicio material y el perjuicio moral corresponde a la división general de los derechos, en derechos patrimoniales -derechos reales y personales- y derechos extrapatrimoniales -derechos de la personalidad, derechos de familia-". (59)

La corriente en comento, se ha inspirado en las enseñanzas de Jossierand y los hermanos Mazeaud.

Esta corriente ha sido criticada, afirmándose por parte de Scognamiglio que: "de una contraposición más simplista que simplificadora, que no resiste un examen atento . . . y se presenta como demasiado vaga y genérica"; y que "desde un punto de vista científico y dentro de un estudio más detenido, la tal distinción no persuade en lo más mínimo. Es evidente que una definición negativa, por cuanto constituye siempre un repliegue poco seguro, puede admitirse solamente cuando opera dentro de fenómenos homogéneos: aquí podría pensarse que en todo caso el tema es siempre el daño. Pero la realidad es otra y el planteamiento se conforma en la disciplina normativa: los daños patrimoniales y los no patrimoniales, en concreto daños morales propiamente dichos, constituyen fenómenos totalmente diversos . . . ". Y más adelante: "El propósito aparece claro entonces: reunir, por afanes de totalización, en una sola categoría todos aquellos daños que no sean patrimoniales, siguiendo un criterio que es posible tildar de arbitrario; como apriorística y no menos arbitraria es la construcción del daño patrimonial que se empeña en amalgamar fenómenos eventualmente diferentes . . . " (60)

En conclusión y en relación a esta doctrina, se puede decir que las nociones negativas dicen sobre lo que no es la figura del daño moral, pero nada se aporta acerca de lo que lo caracteriza. Y si bien es cierto que el daño moral comprende supuestos diferentes, no parece adecuado englobarlos bajo un rótulo que nada positivo señala.

b).- Noción que atiende al interés comprometido.

Esta tendencia, al igual que la anteriormente señalada, mantiene la posición en relación a la no patrimonialidad del daño moral, pero resalta el hecho de que se trata de lesión a intereses.

(58) *Ibid.* pp. 84 y 85.

(59) Mazeaud, Henri; *Leon Compendio . . .*, p. 148.

(60) Moeset Iturraspe, Jorge. *Op. Cit.* pp. 85 y 86.

Esta corriente se inspira en las enseñanzas de Adriano De Cupis, quien al respecto manifiesta: "El interés privado se distingue según el punto de referencia objetivo, en que puede producirse respecto a 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.". (61)

El mismo autor citando a Fischer afirma que: "... si se quiere dar de los daños no patrimoniales una noción lógica y completa, no puede limitarse al campo de los sufrimientos físicos o morales, sin concebirlos de forma que puedan integrarse todos los daños que no se comprenden en el otro grupo, en el de los daños patrimoniales, con otras palabras, que su noción no puede ser en el momento actual más que meramente negativa.". (62)

Por último y en cuanto a esta corriente, el autor Eduardo A. Zannoni, expresa: "Denominase daño moral -o agravio moral- al menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocado por el evento dañoso, es decir, por el hecho o acto antijurídico". (63)

c).- Noción que atiende a la naturaleza de los derechos lesionados.

Esta noción parte desde el punto de vista de la índole de los derechos afectados, dejando de lado la mera referencia a lo no patrimonial. Por lo tanto tenemos que, para los seguidores de esta corriente, el daño moral consiste en el desmedro sufrido en los bienes extrapatrimoniales, que cuentan con protección jurídica.

La noción anterior de daño moral, implica que el ataque a los bienes del patrimonio configura daño material o patrimonial. En cambio, el ataque a un derecho no patrimonial, ataque a la integridad corporal, al honor, la reputación incluida la de la familia, a la libertad, violación de un secreto concerniente a la parte lesionada, etc., produce daño moral.

Esta corriente no desconoce que las lesiones a los derechos no patrimoniales, trasciende, en muchas ocasiones, al patrimonio de la víctima. En tal caso se habla de daño moral con repercusión patrimonial. El concepto de daño moral propuesto por esta corriente, corresponde a la noción de daño moral puro.

(61) De Cupis, Adriano. Op. Cit. pp. 120 y 121.

(62) Ibid. p. 123

(63) Zannoni, Eduardo A. Op. Cit. p. 287.

En relación a esta postura, el autor Coviello alude a los bienes no materiales, diciendo que son aquéllos como la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor, etc., bienes que probablemente tengan un mayor valor para el bienestar y la felicidad del hombre.

Dalmartello, sobre esas pautas define al daño moral como la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos.

Para el autor Trigo Represas, y dentro de esta misma corriente, define al daño moral de la siguiente manera: Daño moral es el que se infiere al violarse alguno de los derechos personalísimos o de la personalidad, que protegen como bien jurídico los atributos o presupuestos de la personalidad del hombre, como la paz, la vida íntima, la libertad individual, la integridad física, o sea todo lo que puede resumirse en el concepto de seguridad personal.

Roberto H. Brebia define a los daños morales, como aquellos daños producidos a raíz de la violación de alguno de los derechos inherentes a la personalidad.

La crítica que se ha hecho a esta corriente, parte de señalar que si el daño es la consecuencia perjudicial que se sigue de un ataque o agresión, no debe atenderse a la índole del derecho agredido sino a las consecuencias o efectos de esta lesión.

Asimismo se resalta que los autores que siguen esta orientación, hablan de daño en el sentido amplio de *iniuria* y atienden, por tanto, a la lesión misma del derecho, antes que a las consecuencias o efectos de esta lesión.

d).- Noción que atiende a los resultados o consecuencias de la acción antijurídica.

Para los seguidores de esta corriente, el daño moral, es el daño no patrimonial que se infringe a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley.

Ortiz ha sostenido la postura de atender a los resultados, definiendo al daño moral como el acto ilícito que hace sufrir a las personas molestándolas en su seguridad personal o en el goce de sus bienes o hiriendo sus afecciones legítimas.

Esta corriente, principalmente toma en cuenta, los efectos o resultados y no a la naturaleza de los derechos subjetivos lesionados.

Concretizando, desde el punto de vista de esta postura se propone como definición de daño moral la siguiente:

Daño moral es una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y que se traduce en un modo de estar de la persona, diferente de aquél que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial.

Los autores que apoyan esta definición, manifiestan que la misma tiene las siguientes características:

- Atiende al daño en sí mismo, como lo quería Orgaz, y no a la índole de los derechos lesionados.
- Pone el acento en el daño al espíritu, expresión amplia que, a la vez que destaca que la persona humana es cuerpo y espíritu, supera las referencias parciales a la seguridad, los afectos, el goce, etc.
- Alude a una modificación disvaliosa, en consideración a que la persona pasa por distintos estados o situaciones en su vida espiritual.
- Señala cuidadosamente que la modificación debe guardar relación de causalidad con el hecho antijurídico o productor, no ser extraña o ajena a él.
- Que debe ser, además anímicamente perjudicial, puesto que una modificación no lo es necesaria y fatalmente.
- Que atiende al espíritu humano no en cualquier aspecto o faceta, sino en su capacidad de entender, querer o sentir; a las cuales no puede ser indiferente el ordenamiento jurídico.

Independientemente de cualquiera de las corrientes doctrinarias que se han dado en relación al daño moral, diversos autores han propuesto otras denominaciones, como las siguientes:

Para los autores franceses, Henri y León Mazeaud, conviene precisar con exactitud lo que se entiende por perjuicio moral. Ellos afirman que:

"Conviene no dejarse engañar por las palabras, muy mal escogidas por los demás, de moral y de material. A primera vista, pudiera creerse que el perjuicio material es el que cae bajo el dominio de los sentidos, el que podemos ver, el que podemos tocar, en una palabra el perjuicio corporal, en el sentido jurídico más amplio de este término, en tanto que el perjuicio moral es el que no afecta sino el dominio inmaterial, invisibles de los pensamientos y de los sentimientos: el perjuicio incorporeal. Pero no es este el verdadero sentido al que debemos atenernos. Numerosos son en efecto los perjuicios corporales respecto de los cuales se discute el problema de saber si dan lugar a reparación: tales los sufrimientos físicos consecutivos a un accidente, una herida que desfigura." (64)

Así, para estos tratadistas, el perjuicio moral es "... aquel que no se traduce en una pérdida de dinero, porque atenta contra un derecho extrapatrimonial." (65)

Los autores G. Ripert y J. Boulanger, dan una definición negativa respecto al daño moral, manifestando que es aquel que no atenta en ninguna forma contra los elementos del patrimonio; y que los daños y perjuicios acordados, en caso de daño moral, no reemplazarán a un elemento desaparecido en el patrimonio de la víctima, sino que engrosarán ese patrimonio, por lo tanto la indemnización tendrá el carácter de una pena privada y no de una reparación.

Para A. Colin y H. Capitant, el daño puede ser también del orden moral, por ejemplo, un ataque a la reputación, a la consideración de una persona procedente de conversaciones injuriosas o palabras o escritos calumniosos; lo es la ruptura de una promesa de matrimonio, lo es el hecho de una seducción dolosa o el perjuicio causado a un cónyuge por el adulterio del otro; en todos estos supuestos, la doctrina está de acuerdo con la indemnización de daños y perjuicios que se hayan causado. (66)

El autor italiano Roberto de Ruggiero respecto al daño moral manifiesta que, "... es el daño que no produce directa o indirectamente una alteración patrimonial, sino que ocasiona perturbación injusta en el estado anímico de una persona (dolor moral, pasión de ánimo)". (67)

Por su parte el tratadista Biagio Brugi manifiesta que, el daño no patrimonial consiste en la afectación de otros bienes distintos a los patrimoniales, y que este daño no difiere en sí, del daño patrimonial, ya que representa una injuria en el patrimonio de la víctima, o sea, es un dolor sufrido injustamente que afecta directamente el ánimo, los sentimientos, ocasionando sufrimientos y aflicciones a la persona que sufrió el daño.

(64) Mazeaud, Henri; *León. Compendio* . . . , pp. 147 y 148.

(65) *Ibid.* p. 148.

(66) Colin, Ambrosio; Capitant, Henri. *Op. Cit.* p. 742.

(67) Ruggiero, Roberto de. *Op. Cit.* p. 65.

Alberto Trabucchi manifiesta que se debe reservar el término de daños morales, para indicar la pasión de ánimo, el dolor y aquellos sacrificios de afectos o mortificaciones ideales que no reflejan una disminución en el patrimonio, pero que en el derecho Italiano asumen solamente un relieve excepcional cuando expresamente la ley así lo establezca. (68)

El tratadista Messineo dice, que el daño inmaterial es todo perjuicio originado directamente a la persona; y que el daño moral puro y que no afecta ni inmediata ni mediatamente el patrimonio de la persona o a ella misma en su capacidad productiva, es el que se produce a la personalidad moral o espiritual tal como la libertad, la dignidad, la respetabilidad, el decoro, el honor, las alteraciones psíquicas etc.

Así, el autor Parmartello dice, que son daños morales los consistentes en la privación o disminución de bienes que tienen valor principalísimo en la vida del hombre, tales como la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos.

Los tratadistas italianos Rovelli y Mandrioli definen el daño moral, como el dolor o padecimiento de ánimo ocasionado por el acto ilícito.

El autor Jaime Santos Briz, manifiesta en relación a los daños morales que "... son en principio, aquellos cuya valoración en dinero no tiene la base equivalencial que caracteriza a los patrimoniales, por afectar precisamente a elementos o intereses de difícil valoración pecuniaria". (69)

Según el autor Ortiz Ricol, los daños morales o no patrimoniales, son cualquier lesión que pueda ser causada en los sentimientos del hombre, y dada su espiritualidad, no son susceptibles de una valorización económica.

Para José Castán Tobeñas, los daños morales son aquellos que afectan a los bienes inmateriales de la personalidad, tales como la libertad, la salud, el honor, y que no tienen nexo alguno con el patrimonio del ser y que no repercuten de modo alguno sobre el patrimonio.

Antonio Borrel Macia nos dice que, el daño moral es aquel que no afecta necesariamente al patrimonio de una persona determinada, el que no queda completamente compensado entregando una cantidad más o menos elevada de dinero. De aquí que no puedan considerarse exclusivamente morales, aquellos daños que repercuten al patrimonio del perjudicado. (70)

(68) Trabucchi, Alberto. Op. Cit. p. 226.

(69) Santos Briz, Jaime. Op. Cit. p. 120.

(70) Borrel Macia, Antonio. Op. Cit. pp. 210 y 211.

Para Bustamante Alsina, el daño moral es aquél que "... recae sobre un bien jurídico inmaterial atacando la vida, el cuerpo, la salud, el honor o la libertad de una persona y afecta al mismo tiempo un interés jurídico no patrimonial. . ." (71), constituyendo un ataque que lesiona los derechos de la personalidad, es decir un atentado a la integridad de la persona humana, a su patrimonio moral o extrapatrimonial.

Este mismo autor define el daño moral de la siguiente manera: "Podemos definir entonces el daño moral como la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físicos, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas y en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria.". (72)

Para Acuña Azorena, el daño moral "Constituye un ataque que lesiona los derechos de la personalidad, es decir un atentado a la integridad de la persona humana, a su patrimonio moral o extrapatrimonial.". (73)

Pachioni entiende por daño moral aquél que se opera exclusivamente sobre nuestra personalidad moral, constituye ya sea un sufrimiento sin repercusión sobre la entidad de nuestro patrimonio, presente o futuro.

René Savatier arguye que se entiende por daño moral todo sufrimiento humano que no es causado por una pérdida pecuniaria. Puede ser un sufrimiento físico, la indemnización que lo compensa toma el nombre de *pretium doloris*. Es más frecuentemente un sufrimiento moral de origen diverso; la víctima ha podido sufrir principalmente en su reputación, en su autoridad legítima, en su pudor, en su seguridad y tranquilidad, en su amor propio estético, en su integridad intelectual, afecciones, etc.

Para Manuel Bejarano Sánchez, el daño moral "... es la lesión que una persona sufre en sus sentimientos, afecciones, creencias, honor o reputación, o bien en la propia consideración de sí mismas como consecuencia de un hecho de tercero, antijurídico y culpable, o por un riesgo creado.". (74)

Por último tenemos que el maestro Ernesto Gutiérrez y González, define al daño moral de la siguiente manera:

"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 LÍCITO Y QUE LA LEY CONSIDERE PARA RESPONSABILIZAR A SU AUTOR". (75)

(71) Bustamante Alsina, Jorge. Op. Cit. p. 235.

(72) *Ibid.* p. 234.

(73) Gasperi, Luis de. *Tratado de Derecho Civil*. Torno IV, Responsabilidad Extracontractual. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1964. p. 89.

(74) Bejarano Sánchez, Manuel. Op. Cit. p. 246.

(75) Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho* . . . , p. 797.

A nuestro parecer, esta última definición de lo que el daño moral es, contiene en sí todos los elementos del daño moral y es la que más se adecua a nuestra realidad jurídica.

Efectivamente el daño moral es un dolor cierto y actual, que debe ser sufrido necesariamente por una persona física, y en relación a sus derechos de la personalidad; siendo que ese dolor cierto y actual, tuvo que ser provocado, con motivo de un hecho ilícito, o un hecho lícito, y que además la ley considere para responsabilizar a su autor.

Además el daño moral también puede ser el desprestigio que sufra una persona, física o social colectiva, en sus derechos de la personalidad, con motivo de un hecho ilícito, o un hecho lícito, y que además la ley considere para responsabilizar a su autor.

Consideramos que la anterior definición del maes. o Ernesto Gutiérrez y González, es la más adecuada a nuestra realidad jurídica ya que contiene en sí todos los elementos del daño moral, pero desde nuestro punto de vista hacemos las siguientes anotaciones a la definición de daño moral propuesta por el autor citado.

El maestro Ernesto Gutiérrez y González, inicia diciendo que el daño moral es el dolor cierto y actual sufrido por una persona física en sus derechos de la personalidad. A este respecto manifestamos que el dolor para que pueda ser considerado como daño moral, necesariamente tiene que ser un dolor anímico, ya que no todo dolor en nuestros derechos de la personalidad es daño moral, por ejemplo, la cara de una persona es considerada como un derecho de la personalidad, suponiendo que una persona fuera dañada en el rostro y que ese daño únicamente fuera interno o muscular, este dolor no puede ser daño moral, ya que únicamente es un dolor físico, por lo anterior proponemos que el dolor sufrido por una persona y que se pueda considerar daño moral, debe ser necesariamente un dolor anímico.

Además de lo anterior, consideramos que el dolor anímico que provoca un daño moral, debe producir en la persona que lo sufre, una modificación disvaliosa del espíritu, si se entiende como espíritu el ánimo de una persona.

También agregaríamos que el dolor anímico o el desprestigio deben ser ocasionados cuando los derechos de la personalidad son vulnerados por la comisión de un hecho ilícito o lícito,

porque si esos derechos de la personalidad no son previamente vulnerados, entonces aunque haya dolor, no existirá daño moral.

Por último, el autor aquí comentado señala que el dolor en los derechos de la personalidad debe ser con motivo de un hecho ilícito o lícito, a lo cual agregaríamos que efectivamente el dolor debe ser con motivo de un hecho ilícito o lícito, pero especificando que éste último sólo se da en la responsabilidad objetiva, ya que no todo actuar lícito, aunque provoque daño, se puede considerar como motivante del daño moral, porque el único actuar lícito que puede provocar daño moral es la responsabilidad objetiva.

Con base en las anotaciones antes plasmadas, proponemos la siguiente definición de daño moral. Daño moral es el dolor anímico cierto y actual sufrido por una persona física que le produce una modificación disvaliosa del espíritu, o el desprestigio de una persona física o moral; dolor anímico o desprestigio ocasionado cuando los derechos de la personalidad son vulnerados por la comisión de un hecho ilícito o lícito, proveniente este último de responsabilidad objetiva, y que la ley considere para responsabilizar a su autor.

En nuestra legislación actual y vigente, el daño moral se encuentra definido en el artículo 1916, el cual al respecto reza lo siguiente:

"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 aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas."

5.- Autonomía del daño moral y el daño moral directo e indirecto.

5.1 Autonomía del daño moral.

El problema de la autonomía del daño moral radica principalmente en dejar plenamente determinada la cuestión de que si el daño moral y el daño material, son dos especies de daños absolutamente diferentes, en cuanto el obrar antijurídico incide, como efecto o resultado, en los estados

de espíritu, en un caso, y en los estados económicos, en el otro, entonces porqué se ha de renegar de la autonomía de las especies y concluir en una supuesta dependencia del daño moral sobre el patrimonial.

El problema de la autonomía del daño moral, inicia principalmente y según el decir de Jorge Mosset Iturraspe, cuando "... se comienza por descreer del daño moral, de su realidad y demostración, se busca hacerlo un apéndice de daños materiales, exteriores y fácilmente verificables." (76). Así se afirma que en la medida en que los daños materiales existan, podrán invocarse los daños morales; en la medida en que aquéllos no existan, éstos serán sólo producto del capricho o la imaginación.

Contribuye a la no resolución del problema de la autonomía del daño moral, el hecho de que se afirme que los desequilibrios de espíritu son recogidos por el ordenamiento cuando van acompañados de desequilibrios patrimoniales, que les sirven de base y explicación; si no existe un daño material, es decir, si no existe un dolor en el bolsillo, no se justifica la existencia de otros dolores, como los morales.

Contrario a lo anterior, afirmamos que el daño moral es autónomo e independiente del daño material que se hubiese causado; es decir, la reparación del daño moral no tiene por que guardar relación con la cuantía del daño patrimonial. El daño moral existe por sí mismo, y no debe estar supeditado de manera alguna al daño material, ya que puede existir un daño moral sin que exista un daño material, pudiendo eso sí, provocarse al unísono los dos tipos de daños.

En relación a la autonomía del daño moral, existen diversos sistemas.

a).- El sistema del derecho alemán.

Este sistema tiene como característica en materia de daños extrapatrimoniales, tipificar en qué casos expresamente existe un agravio moral. La hipótesis normativa describe perfectamente la conducta que, de actualizarse, producirá un daño moral.

(76) Mosset Iturraspe, Jorge. Op. Cit. p. 71.

En este sistema, fuera de los casos expresamente legislados, no puede existir ningún daño moral. Dicho sistema tiene mucha semejanza con los principios de nuestro derecho penal. Se dice que consigna de manera específica los casos en que existe un daño inmaterial, donde no cabe la analogía, y en el propio artículo consigna si tiene relación o dependencia respecto de otra figura del campo civil o penal.

En este sistema, si no se realiza la hipótesis prevista por la ley, no existe agravio extrapatrimonial, y el mismo precepto legal determina también la sanción en el caso de su realización. La función del juez se limita a establecer si la conducta prevista en la norma se realizó y, como consecuencia, imponer la reparación que el mismo precepto legal ordena.

Al respecto, el Código Civil alemán expresa lo siguiente:

"Si una mujer sin tacha se entrega a su prometido concurriendo los requisitos del Art. 1298 y subsiguientes, puede exigir que se indemnice en dinero, en lo que sea justo, el daño no patrimonial sufrido por consecuencia de aquella acción. Este derecho es personalísimo y no se transmite a los herederos, a menos que se halle reconocido contractualmente o deducido en juicio".

b).- Sistema del derecho anglosajón.

Este sistema es seguido por países como Inglaterra y Estados Unidos de Norteamérica.

Dentro de esta corriente, el criterio del juzgador será determinante a fin de resolver en cada caso concreto si hubo una lesión en los derechos de la personalidad, para luego resolver también sobre la condena y reparación moral.

En los países que siguen esta corriente, a la reparación moral se le da el nombre de *exemplary damages*. Esta institución tiene su origen en la facultad acordada a los jueces para guiar sus decisiones por los antecedentes judiciales; es decir, siguiendo el régimen del *common law*.

Dentro de este sistema, cada resolución es particular y concreta, respecto a la determinación judicial en el sentido de que ha existido una conculcación en la esfera de los derechos de la intimidad, de las afecciones legítimas, del honor. La controversia se inicia con los hechos

manifestados por el agraviado y las pruebas que ofrece con el fin de demostrar que existe un agravio de naturaleza extrapatrimonial, además de acreditar su relación jurídica con el sujeto activo y por último la indemnización que pretende a título de reparación moral. En este sistema no existe una regulación específica de los agravios morales. La protección jurídica otorgada a los derechos de la personalidad es general, y se decide, como ya se apuntó, en cada caso de manera particular y concreta, indicándose expresamente si existió o no lesión a los derechos de la personalidad. El mismo procedimiento sigue el poder judicial para determinar las bases sobre las que opere la reparación, así como para fijar el monto de la indemnización.

c).- Sistema Mixto.

Este sistema, se denomina mixto, ya que se rige por una combinación de los principios generales de los dos sistemas expuestos con anterioridad.

Nuestro Código Civil se ajusta a esta corriente, dado que por una parte establece lo que debe entenderse por daño moral de manera genérica, y también existe regulación de daños morales específicos, como el caso de los esponsales previsto en el artículo 143 del citado código; y por otra parte, reserva la discrecionalidad del juzgador para establecer con arreglo a los preceptos legales si se puede condenar a una persona a que pague una suma de dinero a título de reparación moral, y no determina ni mínimos ni máximos para regular la suma que se entregará al agraviado; queda a criterio del juzgador, atendiendo sobre las particularidades de la controversia, resolver qué cantidad de dinero será entregada por concepto de indemnización extrapatrimonial.

5.2 Daño moral directo e indirecto.

En cuanto a la naturaleza de los intereses jurídicos afectados, puede decirse que el daño moral es directo o indirecto.

a).- Daño moral directo.

Eduardo A. Zannoni define el daño moral directo de la siguiente manera: "... el daño moral es directo, si lesiona un interés tendiente a la satisfacción o goce de un bien jurídico no patrimonial..." (77)

Se denomina daño moral directo, según Salvador Ochoa Olvera, de la siguiente forma: "Se denomina daño moral directo aquel que lesiona o afecta bienes de naturaleza extrapatrimonial o inmateriales..." (78)

Así tenemos que son daños morales directos cuando la lesión afecta un bien jurídico contenido en cualquiera de los derechos de la personalidad, como la vida, la integridad corporal, la intimidad, el honor, la propia imagen. También es directo el daño moral que se inflige por un ataque, menoscabo o desconocimiento a cualquiera de los atributos de la persona, como el nombre, la capacidad, el estado de familia.

En el caso de los derechos de la personalidad, el menoscabo afecta poderes de actuación en la esfera subjetiva para la preservación de ciertos bienes jurídicos existenciales que exigen respeto. En el caso de los atributos de la persona, el menoscabo afecta a cualquiera de los presupuestos de la categoría jurídica de persona.

b).- Daño moral indirecto.

Para Eduardo A. Zannoni, el daño moral es indirecto "... si la lesión a un interés tendiente a la satisfacción o goce de bienes jurídicos patrimoniales, produce, además, el menoscabo a un bien no patrimonial." (79)

Para Salvador Ochoa Olvera, "... el daño moral indirecto se da cuando por la afectación de un bien de naturaleza extrapatrimonial se causa un menoscabo de naturaleza material, o cuando de la afectación de un bien de naturaleza patrimonial se lesionan bienes del patrimonio inmaterial o moral de la persona." (80)

El daño moral indirecto es la derivación del hecho lesivo a un interés patrimonial.

Así se tiene que el daño moral indirecto, es aquél que provoca la lesión a cualquier interés no patrimonial, como consecuencia de un ataque a un bien patrimonial del afectado.

(77) Zannoni, Eduardo A. Op. Cit. p. 300.

(78) Ochoa Olvera, Salvador. *La Demanda por Daño Moral*. Salvador Ochoa Olvera y Grupo Editorial Monte Alto. México, 1993. p. 96.

(79) Zannoni, Eduardo A. Op. Cit. p. 300.

(80) Ochoa Olvera, Salvador. Op. Cit. pp. 96 y 97.

6.- Especies y bienes que tutela el daño moral.

6.1 Especies de daño moral.

Existen tres especies de daño moral.

a).- Daños que afectan la parte social pública.

Estos por lo general se ligan a un daño pecuniario, y se relacionan con el honor o reputación, el derecho al título profesional, derecho al secreto o a la reserva, derecho al nombre, derecho a la presencia estética, derechos de convivencia.

b).- Daños que lesionan a la parte afectiva.

Estos lastiman a una persona en sus sentimientos familiares o de amistad y son los más difíciles de reparar. En este tipo de daños, cuando se ocasiona el mismo, se afectan derechos familiares y de amistad.

c).- Daños que lesionan la parte físico somática.

Estos, en ciertos casos producen sufrimientos, cicatrices y heridas que perjudican la presencia física ante la sociedad. Estos daños cuando se ocasionan, afectan el derecho a la vida, a la libertad, a la integridad física, los derechos relacionados con el cuerpo humano y los derechos sobre el cadáver.

6.2 Bienes que tutela el daño moral y su concepto.

Los bienes que tutela el daño moral, se derivan de las tres especies de daño moral planteadas con anterioridad y que se clasifican en tres grandes grupos, que son: Parte Social Pública,

Parte Afectiva y Parte Físico Somática; a su vez estos se subdividen en diversos derechos, dándonos la siguiente clasificación.

a).- Parte Social Pública.

- a.1).- Derecho al honor o reputación.
- a.2).- Derecho al Título profesional.
- a.3).- Derecho al secreto o a la reserva.

Este a su vez se subdivide en:

- a.3.1).- Epistolar.
 - a.3.2).- Domiciliario.
 - a.3.3).- Telefónico.
 - a.3.4).- Profesional.
 - a.3.5).- Imagen.
 - a.3.6).- Testamentario.
- a.4).- Derecho al nombre.
 - a.5).- Derecho a la presencia estética.
 - a.6).- Derecho de convivencia.

b).- Parte Afectiva.

- b.1).- Derecho de afección.

Este a su vez se subdivide en:

- b.1.1).- Familiares.
- b.1.2).- De amistad.

c).- Parte Físico Somática.

- c.1).- Derecho a la vida.
- c.2).- Derecho a la libertad.
- c.3).- Derecho a la integridad física.
- c.4).- Derechos relacionados con el cuerpo humano.

Este a su vez se subdivide en:

c.4.1).- Disposición total del cuerpo.

c.4.2).- Disposición de partes del cuerpo.

c.4.3).- Disposición de accesorios del cuerpo.

c.5).- Derechos sobre el cadáver.

Este a su vez se subdivide en:

c.5.1).- El cadáver en sí.

c.5.2).- Partes separadas del cadáver.

La anterior clasificación es propuesta por el maestro Ernesto Gutiérrez y González, tal y como él lo expone, la misma está sujeta a rectificación y ratificación.

Concepto de los bienes que tutela el daño moral.

a).- Parte Social Pública.

En relación a los bienes comprendidos en la Parte Social Pública, están el derecho al honor o reputación, derecho al Título profesional, derecho al secreto o a la reserva, derecho al nombre, derecho a la presencia estética y derecho de convivencia.

a.1).- Derecho al honor o reputación.

Para el maestro Ernesto Gutiérrez y González el "HONOR O REPUTACION ES EL BIEN JURIDICO CONSTITUIDO POR LA PROYECCION PSQUICA DEL SENTIMIENTO DE ESTIMACION QUE LA PERSONA TIENE DE SI MISMA, O LA QUE ATRIBUYE A OTROS SUJETOS DE DERECHO, CUANDO COINCIDE CON EL QUE CONSIDERA EL ORDENAMIENTO JURIDICO DE CADA EPOCA O REGION GEOGRAFICA, ATENDIENDO A LO QUE LA COLECTIVIDAD EN QUE ACTUA, CONSIDERA COMO SENTIMIENTO ESTIMABLE." (81)

(81) Gutiérrez y González, Ernesto. *El Patrimonio*. p. 849.

a.2).- Derecho al título profesional.

El derecho al título, se debe entender en derecho mexicano, como el derecho a usar el título profesional que se haya adquirido, lo cual le confiere a la persona que lo ostenta, desde el punto de vista subjetivo, una mayor estimación de sí misma y desde el punto de vista objetivo, una reputación especial que le reconoce la colectividad en que se mueve, a través del ordenamiento jurídico del momento.

a.3).- Derecho al secreto o a la reserva.

El derecho al secreto o a la reserva, es aquel derecho que se da con base en la necesidad del ser humano, de tener momentos de descanso, de ocupar su tiempo en lo que le venga en gana, sin ser objeto de intromisiones o indiscreciones de otras personas. El hombre tiene el deseo de gozar la intimidad familiar, o la intimidad de la amistad, o inclusive estar solo para gozar de ciertos instantes de intimidad que le permitirán recuperar fuerzas físicas o psíquicas para seguir proyectándose en el ámbito de la colectividad en que se mueve.

El ser humano debe tener la certeza de que el tiempo por él destinado, le debe ser respetado por los demás miembros de la colectividad, y entonces exige de ésta ese respeto, de donde resulta que esa proyección psíquica de vivir libre de intromisiones o indiscreciones, afecta sensiblemente a su aspecto social-público.

Definiendo el derecho al secreto o a la reserva, y en palabras del maestro Ernesto Gutiérrez y González, tenemos que:

"ES EL BIEN JURIDICO CONSTITUIDO POR LA PROYECCION PSIQUICA DEL SER HUMANO, DE SU DESEO DE VIVIR CUANDO Y COMO LO DESEE, LIBRE DE INTROMISIONES O INDISCRECIONES AJENAS, Y QUE INDIVIDUALIZA EL ORDEN JURIDICO DE CADA EPOCA Y CADA PAIS." (82)

(82) *Ibid.* p. 892.

El derecho al secreto o a la reserva a su vez se subdivide en:

a.3.1).- Derecho al secreto epistolar.

Este derecho se encuentra consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 16, párrafo tercero, y el cual en lo relativo a la letra dice:

"ART. 16.- La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley."

El tercer párrafo del artículo Constitucional en cita, se refiere a una garantía Constitucional, de la cual se desprende que para que la correspondencia de una persona esté exenta de todo registro o censura de parte de las autoridades, se requiere que circule por las estafetas, es decir, por el correo ordinario, o sea, a virtud del servicio público de correo. Al respecto el maestro Ignacio Burgoa dice que: "De conformidad con esta garantía individual, toda autoridad tiene la obligación negativa de no registrar, esto es, de no inspeccionar la correspondencia de cualquier individuo y, por mayoría de razón, de no censurar o prohibir su circulación." (83)

Si bien es cierto que originalmente este derecho está consagrado como garantía individual, imponiendo la obligación negativa a toda autoridad de no registrar la correspondencia de cualquier individuo y de no censurar o prohibir su circulación; también es cierto que ese criterio además de aplicarse a la propia autoridad, y toda vez que se trata de un derecho de la personalidad, se aplica a cualquier persona; es decir, nadie, ya sea autoridad o un particular, puede violar el derecho al secreto epistolar de otro; debiendo, cualquier persona, respetar el derecho al secreto epistolar de los demás miembros de la colectividad, garantizando así, una vida libre de intromisiones o indiscreciones.

Así, el derecho al secreto epistolar, es el deseo íntimo del sujeto de vivir libre y tranquilo de que el contenido de su correspondencia, de sus cartas, no será conocido, sin su voluntad o sin mandato de ley, por intrusos o indiscretos.

a.3.2).- Derecho a la inviolabilidad del domicilio.

El domicilio es uno de los bienes que en las diversas instituciones jurídicas de distintos pueblos históricamente dados, ha merecido la mayor protección. El maestro Ignacio Burgoa dice que "... en el derecho anglosajón, el 'home' del inglés se consideraba desde tiempos remotos con un 'tabú' frente a las autoridades del Estado, a tal punto que el mismo rey estaba impedido para afectarlo de cualquier manera, si el acto correspondiente no se ceñía a las exigencias de la ley de la tierra, es decir, el *common law*. En este sentido está concebido el artículo XLVI de la Carta Magna inglesa, que proscribía todo acto que lesionara los bienes del *freeman* sin ajustarse a lo previsto por la *lex terrae*." (84)

(83) Burgoa, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 10ª ed. Editorial Porrúa, S.A., México, 1977. p. 427.

(84) *Ibid.* p. 594.

Como domicilio de una persona física se considera el sitio o lugar en que la persona tenga establecido su hogar, esto es, su casa-habitación donde conviva con sus familiares, comprendiéndose en él todos los bienes que se encuentren dentro de ella. Tratándose de personas morales, es el sitio o lugar donde se halle establecida su administración.

El derecho a la inviolabilidad del domicilio implica que, lo que una persona haga en su hogar, no debe, sin su autorización o sin mandato del Estado apoyado en la ley, ser objeto de intromisiones o indiscreciones. Este derecho protege la intimidad de la persona dentro de los muros de su casa.

a.3.3).- Derecho al secreto telefónico.

Constitucionalmente queda amparado el derecho al secreto telefónico a la luz de los artículos 14 y 16 Constitucionales. El Código Penal y la Ley de Vías Generales de Comunicación establecen las sanciones a los que violen este secreto, pero nada se establece en el Código Civil, que es donde debería estar el reconocimiento expreso de este derecho.

Este derecho protege la libertad de las personas para expresarse a través de la vía telefónica de forma libre y sin restricciones, manifestando sus ideas o sentimientos a un tercero de su conocimiento, teniendo la seguridad de que las conversaciones telefónicas no serán interferidas.

a.3.4).- Derecho al secreto profesional.

Encuentra su fundamento en los artículos 14 y 16 Constitucionales, pero especialmente en la Ley Reglamentaria del artículo 5° de la Constitución en materia de profesiones.

En el Código Civil, no se establece este derecho como un derecho, sino indirectamente como una obligación, y así en el artículo 2590 que se refiere al mandato judicial se dice que:

"El procurador o abogado que revele a la parte contraria los secretos de su poderdante o cliente, o le suministre documentos o datos que lo perjudiquen, será responsable de todos los daños y perjuicios, quedando, además, sujeto a lo que para estos casos dispone el Código Penal."

A contrario sensu de lo que dispone esta norma, se puede entender en el Código Civil el reconocimiento de este Derecho, pues si se está obligado a no revelar los secretos, es porque se tiene el derecho a no revelarlos.

El derecho al secreto profesional no únicamente es aplicable a los abogados, sino también se aplica a todas y cada una de las profesiones que de alguna manera, en el desempeño de ellas, el profesionista debe y tiene el derecho de guardar secreto profesional sobre la materia respectiva sobre la cual se haya desempeñado, como es el caso de los médicos, psicólogos, psiquiatras etc.

Lo anterior es con base a que el derecho al secreto profesional, implica el conocimiento de hechos por lo general verdaderamente íntimos que los clientes revelan a los profesionales que consultan para resolver sus problemas legales, médicos, financieros, familiares, escolares, etc.

a.3.5).- Derecho al secreto o a la reserva de la imagen.

Este derecho encuentra su base en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero de igual manera nada hay en el Código Civil, sino que indebidamente, se ha llevado a la Ley Federal sobre el derecho de autor, y ahí en su artículo 16 se establece la prohibición de que se publique la efigie o imagen de una persona, sin el consentimiento expreso de ésta, ya que sólo debe aparecer su retrato en medios de difusión de imágenes, cuando y como el interesado determine.

Este derecho en términos generales es sin duda un derecho a permanecer en el incógnito, en el anonimato, sin intrusiones o indiscreciones ajenas.

a.3.6).- Derecho al secreto testamentario o de disposición de bienes por última voluntad.

Nuestro sistema legislativo civil se refiere a la libre testamentación, lo que implica que la persona que va a disponer de sus bienes para después de su muerte, si lo desea, no se sepa por persona alguna precisamente antes de que el testador fallezca, a favor de quién testó.

Se le respeta que designe los herederos o legatarios que desee, pero además, se le respeta su deseo de que se sepa o no, a quién o a quiénes designa para que lo sucedan como titulares de todo o parte del patrimonio que dejará al morir.

Este derecho es en favor de la persona que va a testar, a fin de protegerlo para que decida de forma libre y sin intromisión de personas ajenas, para que el futuro autor de una sucesión mortis causa desee establecer sobre el destino de sus bienes terrenos. El autor de un testamento ológrafo o público cerrado, proyecta su pique, en el deseo de mantener su libertad de disponer de sus bienes, sin intromisiones o indiscreciones ajenas.

a.4).- Derecho al nombre.

Ernesto Gutiérrez y González, define el derecho al nombre como: ". . . EL BIEN JURIDICO CONSTITUIDO POR LA PROYECCION PSIQUICA DEL SER HUMANO, DE TENER PARA SI, UNA DENOMINACION PROPIA, Y LOS APELLIDOS O PATRONIMICOS DE SUS ASCENDIENTES, CON LOS QUE SE LE DESIGNA E INDIVIDUALIZA EN TODAS LAS MANIFESTACIONES DE SU VIDA SOCIAL.". (85)

a.5).- Derecho a la presencia estética.

Así el mismo autor, define el derecho a la presencia estética como "EL DERECHO A LA PRESENCIA ESTETICA ES EL BIEN JURIDICO CONSTITUIDO POR LA PROYECCION PSIQUICA DEL SENTIDO DE LA ESTETICA QUE LA PERSONA TIENE RESPECTO DE SI MISMA, Y QUE COINCIDIENDO O NO CON LA APRECIACION ESTETICA MEDIA COLECTIVA DE UN LUGAR Y MOMENTO DETERMINADO, NO PUGNA CON EL ORDENAMIENTO JURIDICO O LA MORAL MEDIA.". (86)

a.6).- Derecho de convivencia.

También el maestro citado dice respecto del derecho de convivencia que "SON EL BIEN JURIDICO CONSTITUIDO POR LAS PROYECCIONES FISICAS Y PSIQUICAS DEL SER HUMANO, DE SU DESEO DE VIVIR SIN OBSTACULOS, QUE SIN SER DEFINITIVOS, SI PUEDEN ALTERAR SU EXISTENCIA PERSONAL Y SU CONVIVENCIA DIARIA, Y QUE INDIVIDUALIZA EL ORDEN JURIDICO DE CADA EPOCA Y CADA REGION.". (87)

(85) Gutiérrez y González, Ernesto. *El Patrimonio*, p. 901.

(86) *Ibid.* p. 916.

(87) *Ibid.* p. 949.

b).- Parte afectiva.

En relación a los bienes comprendidos en la Parte Afectiva, encontramos el derecho de afección.

b.1).- Derecho de afección.

La afección se ha definido, como la inclinación a alguna persona o cosa, pasión de ánimo. La tutela jurídica sobre este bien recaerá en la conducta ilícita de una persona que tiene como fin afectar o dañar ese ánimo particular sobre determinada persona o cosa, y que al verse lesionado tal bien, sufrirá una afectación, la cual constituye un agravio de naturaleza extrapatrimonial, que deba ser reparado.

El derecho de afección a su vez se subdivide en:

b.1.1).- Sentimientos o afectos familiares.

La familia es la expresión de una necesidad biológica y de un sentimiento afectivo muy complejo: el instinto de reproducción necesario para la conservación de la especie, y un conjunto de afectos nacidos y desarrollados por una prolongada convivencia, desarrollan naturalmente un sentimiento de solidaridad afectivo, que crece paralelamente a su duración. Todos los miembros de la familia experimentan en común un gran número de emociones, sentimientos, deseos, simpatías y repulsiones. La familia une estrechamente a sus integrantes en una obra común creadora de una solidaridad afectiva formada por la comunidad de tendencias, de afectos, de necesidades y de medios materiales para satisfacerlas.

Es por ello que este sentimiento, este afecto de índole familiar que en última instancia no es sino una proyección psíquica del individuo, debe ser respetada y tutelada por el Derecho como un verdadero bien jurídico.

b.1.2).- Afecto de amistad.

También como vínculo de cohesión social se tiene la amistad, la cual se define como el afecto personal, puro y desinteresado.

Este sentimiento es a tal grado fuerte, que muchas veces se dice "Más vale amigo, que pariente ni primo", de lo cual se desprende que en muchas ocasiones vale más un amigo que un pariente, pues aquí lo elige uno, y éste se lo impone la filiación.

c).- Parte físico somática.

En relación a la parte físico somática encontramos el derecho a la vida, el derecho a la libertad, el derecho a la integridad física, los derechos relacionados con el cuerpo humano, derechos sobre el cadáver.

En cuanto a la justificación de la denominación de la parte Físico-somática, existe lo siguiente:

En cuanto a la denominación de "físico", esto se refiere a lo perteneciente a la constitución y naturaleza corpórea; y en este sentido se contraponen a moral; asimismo significa el exterior de una persona; lo que forma su constitución y naturaleza.

En cuanto al soma, esto se refiere al cuerpo animal o vegetal con exclusión de las células sexuales.

Entonces, si sólo se hablara de la parte "somática" de los Derechos de la personalidad, se dejaría fuera el aspecto relativo al ámbito de células sexuales, las que están relacionadas con temas como la inseminación artificial, la inseminación in vitro y los descendientes clónicos en seres humanos. Y por lo tanto si únicamente se denominara a esta parte Derecho Somático, quedaría incompleta la materia.

Por otro lado, es cierto que lo físico comprende a lo somático, y bastaría quizá hablar sólo de parte física; pero ello también se prestaría a confusiones, pues lo físico, y de acuerdo a la definición, es un concepto muy amplio, ya que involucra todo lo corpóreo, incluyendo el exterior de una persona; lo que forma su constitución y naturaleza, y ésta se puede modificar conforme al "Derecho a la presencia estética", y se produciría por ello una confusión de los ámbitos de las partes.

c.1).- Derecho a la vida.

El derecho a la vida es en el decir de Ernesto Gutiérrez y González "EL BIEN JURIDICO CONSTITUIDO POR LA PROYECCION PSIQUICA DEL SER HUMANO, DE DESEAR EN TODOS LOS DEMAS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD, UNA CONDUCTA DE RESPETO A SU SUBSISTENCIA, PROYECCION QUE ES SANCIONADA POR EL ORDENAMIENTO JURIDICO.". (88)

c.2).- Derecho a la libertad.

El autor citado dice respecto al derecho a la libertad que "EL DERECHO A LA LIBERTAD ES EL BIEN JURIDICO CONSTITUIDO POR LAS PROYECCIONES FISICAS DEL SER HUMANO DE EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD POSITIVA O NEGATIVA (ACCION U OMISION), INDIVIDUALIZADA POR EL ORDENAMIENTO JURIDICO DE CADA EPOCA Y REGION.". (89)

c.3).- Derecho a la integridad fisica.

Comenta Ernesto Gutiérrez y González que el derecho a la integridad fisica "ES LA PROYECCION PSIQUICA DEL SER HUMANO, CONSTITUIDA POR LA EXIGENCIA A LOS DEMAS MIEMBROS DE LA COLECTIVIDAD, DE RESPETO A SU CUERPO, Y QUE REGULA Y SANCIONA EL ORDENAMIENTO JURIDICO DE CADA EPOCA.". (90)

c.4) Derechos relacionados con el cuerpo humano.

Se entiende por derecho relacionado con la disposición del cuerpo humano, el bien jurídico constituido por la capacidad de disposición por la persona natural, físico o humana, del propio cuerpo, en todo o en parte, en modo adecuado al objeto sobre el que recae, dentro de los límites impuestos por la Ley.

Los derechos relacionados con el cuerpo humano a su vez se subdividen en:

c.4.1) Disposición total del cuerpo.

(88) *Ibid.* p. 985.

(89) *Ibid.* p. 1000.

(90) *Ibid.* p. 1019.

El ser humano puede disponer íntegramente de su cuerpo, por acto unilateral o por contrato, si esa disposición no es contraria a la ley o a las buenas costumbres de la época, como por ejemplo, la disposición que se haga, unilateralmente del cuerpo para una conducta socialmente moral y útil, como el acto heroico, ya sea en favor de una persona en especial, ya de toda la colectividad. También se puede disponer del cuerpo a través de un contrato, para ofrecerlo a fines de investigación científica, que sea socialmente moral y útil a la colectividad.

Dentro de este derecho, también se puede incluir la disposición que se hace del cuerpo, por contrato, si esa disposición se estima lícita y no es contraria por lo mismo, a la ley o a las buenas costumbres de la época. Así tenemos por ejemplo el caso de un contrato regulado en derecho civil mexicano que implica entre dos personas del sexo opuesto, la entrega absoluta y recíproca de todas las proyecciones espirituales y emanadas físicas, y del cuerpo mismo: el contrato de matrimonio.

No es aceptable dentro de este derecho, el disponer del cuerpo para destruirlo sin beneficio colectivo, como es el caso del suicidio que no se admite en nuestra legislación.

c.4.2).- Disposición de partes del cuerpo.

El ser humano tiene derecho a disponer gratuitamente de partes de su cuerpo, en beneficio terapéutico de otra u otras personas, siempre que tal disposición para implantes, no ponga en peligro su vida, o le ocasione disminución permanente de su integridad corporal, que le impida llevar una vida autónoma y normal, o lo convierta en una carga para su familia, o para la sociedad.

Dentro de estos derechos encontramos el derecho a la disposición sobre fluidos corporales esenciales del cuerpo, como sería el caso de la sangre; existiendo como única limitante a la disposición sobre fluidos corporales, aquella que nunca deberá superar el límite científicamente previsto como mínimo para el normal e ininterrumpido funcionamiento orgánico.

Asimismo el ser humano tiene derecho a disponer de partes no esenciales y las ya inútiles del cuerpo; como sería el caso de la donación o enajenación de corneas que hiciera un ciego, o en el caso del cabello o los dientes; así tenemos que el ser humano puede disponer de partes no esenciales del cuerpo o partes inútiles para él, siempre y cuando esa disposición no suponga peligro o riesgo para él,

para la actividad orgánica o funcional del resto del organismo, ni la operación que se requiera para la separación de esas partes, suponga un peligro para la vida.

Por otro lado, el ser humano tiene derecho a disponer de los fluidos de su cuerpo, no esenciales para su vida, como el caso de la leche materna o en el caso de el semen, si bien esa disposición deberá ser de un volumen tal, que no se ponga en peligro su capacidad generativa de tales fluidos, o que con una disposición excesiva produzca daños irreversibles a su salud.

c.4.3).- Disposición de accesiones del cuerpo.

El ser humano tiene derecho de disposición de las incorporaciones o accesiones o prótesis que tenga en su cuerpo, pero ese derecho está limitado a que tal disposición no le genere una disminución de tal grado, que imposibilite la función del órgano o parte de él en que estuviere inserta la prótesis.

c.5).- Derechos sobre el cadáver.

El ser humano tiene derecho a determinar el empleo o uso que se le debe dar a lo que en ese momento es su cuerpo y que al morir se convierte en cadáver. De igual derecho gozarán las personas que con arreglo a la ley hubieren ejercido potestad o tutoría de una persona cuando ésta fuere incapaz.

CAPITULO QUINTO

LA REPARACION DEL DAÑO MORAL.

1.- Introducción al tema.

Por reparación, según el Diccionario de la Real Academia Española, debe entenderse el acto de componer, aderezar, enmendar un menoscabo, remediar, también se usa como desagraviar, satisfacer al ofendido.

La mayoría de los doctrinarios afirman que la reparación del daño moral no difiere de la reparación del daño material; que tanto el daño moral como el daño material no son sino especies del daño y que por consiguiente, la reparación en ambos casos cumple una función resarcitoria.

En este sentido Jorge Bustamante Alsina opina que: "Reparar un daño no es siempre rehacer lo que se ha destruido, lo cual es casi imposible, es también dar a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a las que ella ha perdido. El dinero no representa en la reparación de los daños morales la misma función de equivalencia entre el daño y la reparación; en aquéllos, en cambio, la función no es de equivalencia sino de compensación o satisfacción a quien ha sido injustamente herido en sus sentimientos o afecciones." (91)

Como se ve, para los seguidores de esta corriente; y con los cuales compartimos su punto de vista, el dinero es la mejor vía para satisfacer los legítimos intereses de quien ha sido dañado, porque la indemnización tiene carácter resarcitorio.

En apoyo de nuestro pensamiento citamos a Ihering quien opina que, "... el dinero tiene un valor compensatorio, permite a la víctima algunas satisfacciones que son un equivalente o sucedáneo del daño sufrido." (92)

(91) Bustamante Alsina, Jorge. Op. Cit. p. 240.

(92) Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones* L. 7ª ed. actualizada. Editorial Perrot. Argentina, 1994. p. 192.

Dentro de esta corriente, también se dice que no se debe desconocer que el daño moral constituye lesión o menoscabo a intereses jurídicos, a facultades de actuar en la esfera personal propia del afectado. El que sea difícil demostrar la realidad del dolor, del pensar, de las aflicciones, y que el dolor que se provoca a los mismos, no tenga precio, esto no significa que no sean susceptibles de una apreciación pecuniaria.

Eduardo A. Zannoni, seguidor de esta corriente dice que "Es claro que la apreciación pecuniaria no se hace con fines de *compensación* propiamente dicha, es decir, para reemplazar mediante equivalente en dinero un bien o valor patrimonial destruido, dañado, sustraído, etcétera." (93).

De lo anterior se puede desprender que la apreciación pecuniaria cumple un rol satisfactivo, en el sentido de que se va a reparar el mal causado aunque no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso, cuando se acuerda al ofendido el medio de procurarse satisfacciones equivalentes a las que le fueron afectadas.

La anterior postura se ha criticado diciendo que la reparación del daño moral, y la entrega de la indemnización cumplirían una función punitiva; y además la entrega de dinero por concepto de indemnización al damnificado en concepto del agravio moral sufrido constituiría una inmoralidad.

También se ha criticado la anterior postura desde otro punto de vista y al efecto el autor Llanblás dice que:

"no es posible degradar los sentimientos humanos más excelsos mediante una suerte de subrogación real, por la cual los sufrimientos padecidos quedarían cubiertos o enjugados mediante una equivalencia de goces". (94)

Así como la mayoría de la doctrina opina como ha quedado asentando en líneas que anteceden, también otra parte de la doctrina rechaza categóricamente la tesis del resarcimiento y se pronuncia por la sanción ejemplar.

El autor Guillermo A. Borda al respecto señala: "... la reparación del daño moral, no tiene carácter resarcitorio, sino que es una sanción aplicada al autor de un hecho ilícito y que tiene, por lo tanto, un carácter *ejemplar* o ejemplificador. Se parte de la base de que el daño moral no es mensurable y que, por lo tanto, no puede hablarse de resarcimiento." (95)

(93) Zannoni, Eduardo A. Op. Cit. p. 305.

(94) *Ibid.* p. 306.

(95) Borda, Guillermo A. Op. Cit. p. 192

Dentro de esta corriente los seguidores de la misma son Demogue, Ripert, Savatier, Legón y Llamblas; éste último opina que la reparación del daño moral encuentra su justificación no por el lado de la víctima de la lesión, sino por el lado del ofensor. La reparación del daño moral no constituye un resarcimiento sino una pena civil mediante la cual se reprueba ejemplarmente la falta cometida por el ofensor. Dicho autor llama a la ofensa "agravio moral", el cual es cometido dolosamente, es decir, con intención de dañar y sería así una especie del denominado daño moral que sufre la víctima el que no da lugar a reparación. En cambio, según este autor, el agravio desde el punto de vista del ofensor, merece una pena civil ejemplar o represiva. Dice que el daño moral no es susceptible de apreciación pecuniaria y que no habría equivalencia posible en dinero.

En este sentido Llamblas expresa que poner precio al dolor o a los sentimientos íntimos, constituye una inmoralidad, una degradación de los valores que se quiere salvaguardar y, finalmente, porque resultaría siempre arbitraria la estimación en dinero, de ese resarcimiento, pues no puede saberse cuanto vale un dolor, un padecimiento en los distintos supuestos. Dice que el dolor no constituye un fin en sí mismo, sino que es un medio que el hombre puede emplear para acceder a su efectiva felicidad, desde que es un maravilloso instrumento de perfección moral. Viene a ser la "*bonne souffrance*" que arranca al hombre de las cosas de la tierra y le permite volver la mirada al cielo.

Esta corriente, sustenta su razón de ser, en el hecho de que, según sus seguidores, los derechos de la personalidad que son lesionados tienen una naturaleza ideal, insusceptible de valoración pecuniaria y, por ello no son resarcibles.

Al efecto Ripert manifiesta que: "lo que mira en realidad la condena, no es la satisfacción de la víctima, sino el castigo del autor. Los daños e intereses no tienen aquí carácter resarcitorio sino carácter ejemplar". (96)

A estos argumentos se han sumado otros, algunos fundándose en la inmoralidad de un reclamo resarcitorio basado en el dolor o la aflicción.

Otros como Gabba dicen que es escandaloso investigar cómo resarcir en dinero los sufrimientos de una madre cuyo hijo ha muerto.

(96) Zannoni, Eduardo A. Op. Cit. pp. 303 y 304.

Por su lado Legón expresa que la reparación del daño se manifiesta desde la doble perspectiva penal y civil y que la pena a favor del ofendido o de su familia, es lo que se transforma en la obligación jurídica de reparar todo el mal causado por la infracción como complemento intrínseco de la pena.

Contrario a las manifestaciones anteriores, se ha refutado tales pensamientos diciendo que los mismos resuelven el problema por una prohibición genérica de gozo, y que atribuir a todo dolor la naturaleza de "*bonne souffrance*", la impone como padecimiento grato. Tal razonamiento parece que establece que el gozo y la alegría son expresiones del pecado, el cual se redimirá con el constante sufrimiento para la salvación del alma.

Si se aplicase el razonamiento en comento, la justicia como realización del derecho y en aplicación al daño moral, quedaría fuera de toda regulación normativa y por tanto, de toda valoración jurídica. No cabría un resarcimiento donde no hubiera daño, ni siquiera un daño moral, ni cabría una sanción ejemplar a quien ha proporcionado a la víctima "un maravilloso instrumento de perfección moral", y suponer tal situación equivale a admitir que quien reclama una indemnización por ello se constituye en sujeto activo de la prostitución del dolor.

Contrario a lo anterior, podemos afirmar que quien padece un dolor merece un consuelo y por ello el resarcimiento no repone las cosas al estado que tenían antes de sufrir el daño; la finalidad del resarcimiento es compensar el padecimiento con goces que no necesariamente han de ser materiales. Si el resarcimiento se comprende en dinero, éste no es ni bueno ni malo en sí mismo, sino que es un instrumento cuyo valor positivo o negativo depende del uso que se haga de él. Por eso se dice que el dinero es casi el único medio idóneo de dar a la víctima de un daño moral, aquellas satisfacciones que, si no harán desaparecer los sufrimientos padecidos, por lo menos han de disminuir sus efectos.

En cuanto al argumento de la arbitrariedad de la estimación en dinero, se puede decir, que a falta de otro medio idóneo de resarcir el daño sufrido no parece razonable desestimarla; quedará al arbitrio del juez la fijación del monto debiendo atender a las circunstancias del caso y cuidando no desvirtuar su finalidad mediante un resarcimiento exagerado.

Como se vio en las corrientes antes expuestas, el tema de la reparación, en la legislación y doctrina extranjera, no es tan sencillo de delimitar, a lo cual el tratadista Rafael García López, dice que:

"La terminología empleada por los autores al tratar el tema de la entrega de una suma de dinero al perjudicado por un daño moral dista mucho de ser coincidente. Así, se habla de *reparación, resarcimiento e indemnización* de los daños morales. Algunos expresan dichos términos como sinónimos sin pretender dar ningún contenido diferenciador a los mismos. Otros, sin embargo, intentan encontrar matices de carácter técnico que identifiquen el contenido y el significado de los términos expresados. Pero ni siquiera respecto de estos últimos existe una absoluta coincidencia." (97)

Al respecto encontramos que un sector doctrinal se manifiesta en este extremo con ciertas vaguedades. Así tenemos que Acuña Anzorena utiliza discrecionalmente los términos reparación, resarcimiento e indemnización.

Ortiz Ricol se refiere a la reparación, aplicada tanto al daño patrimonial como al daño moral.

Lafaille engloba toda forma de reparación bajo el término de resarcimiento.

Pueyo Laneri descarta que sea una reparación compensatoria de la manera como la entiende el derecho patrimonial, ya que según él, resultaría absurdo compensar, poner una medida igual o equivalente, cuando el daño que ha de indemnizarse no es susceptible de medición exacta, por lo tanto afirma que se trata de una simple indemnización satisfactiva.

Carnelutti, se refiere a la expresión genérica de restitución, distinguiendo en la misma los conceptos de restitución directa, resarcimiento del daño y reparación. En relación a la restitución directa, dice que el interés afectado coincide con el lesionado por el acto ilícito. Por lo que hace al resarcimiento del daño, manifiesta que existe una equivalencia entre el interés directamente dañado y el interés en que se resuelve la restitución. En cuanto a la reparación expresa que la relación de ambos intereses es de compensación.

(97) García López, Rafael. *Responsabilidad civil por daño moral*. Bosch. Madrid, 1990. p. 100.

Existe equivalencia de intereses, cuando la satisfacción de uno sirve para satisfacer el otro; cuando una cosa es destruida, el resarcimiento del daño consiste en la entrega de una suma de dinero que puede servir para restituir o comprar otra, la compensación de intereses procedería cuando mediante la satisfacción de uno de ellos se atenúa o disminuye el sufrimiento ocasionado por la insatisfacción del otro; se da por ejemplo el caso de la muerte de un ser querido, en el cual, la suma de dinero no lo hará revivir, pero con ella de cierta forma se puede dar alivio y distracción en su pena a la persona allegada y quien resintió la muerte del ser querido.

Con base en lo anterior, afirma Carnelutti que es una hipótesis de reparación y no de verdadero resarcimiento de daños el llamado resarcimiento del daño moral, porque el interés moral ofendido no encuentra su equivalente en el interés pecuniario; esa lesión sólo puede ser compensada de algún modo mediante las posibilidades que ofrece el dinero.

Otros autores hablan de resarcimiento refiriéndose de modo exclusivo a los daños patrimoniales, acudiendo para tal efecto a la equivalencia económica, englobando, según esos autores, el daño moral dentro de la reparación, pero atribuyen a ésta la significación y función de pena privada.

Otros opinan que en un principio el resarcimiento quedaba limitado, conceptualmente, a los daños patrimoniales, pero que la aparición de los daños morales en el ámbito jurídico, ha hecho que el concepto de resarcimiento tenga un significado más amplio, con el fin de involucrar en el mismo a los daños morales. Así, el resarcimiento económico en el caso de los daños morales, es otra forma de función resarcitoria junto con la equivalente aplicable a los daños patrimoniales.

Sustentándose en lo anterior y criticando la teoría que negaba la resarcibilidad de los daños morales, Rovelli manifiesta que el error de dicha corriente de pensamiento, consiste en sostener que el concepto mismo de resarcimiento conlleva necesariamente la equivalencia entre daño y dinero, ya que la equivalencia en dinero se postulará del carácter patrimonial del daño a resarcir, pero no de la naturaleza del resarcimiento.

Desde nuestro punto de vista, no creemos que el vocablo "reparar" en materia de daños morales, tenga que restringirse al significado de volver las cosas al estado que guardaban, sino que se le debe dar una mayor amplitud, debiéndose entender que reparar un daño no es sólo rehacer lo que se ha

destruido, sino también proporcionar a la víctima la posibilidad de procurarse satisfactores equivalentes a los que ha perdido, siendo libre de buscarlos en donde mejor le convenga. El verdadero papel de la indemnización en materia de daños morales es un papel satisfactorio.

2.- Reparación de los daños morales.

Con base en lo anterior así como en la doctrina, se pueden fijar varios puntos de partida en relación a la problemática de la reparación de los daños morales. Los puntos a seguir son: 2.1 Si estos daños pueden ser objeto de reparación. 2.2 Si en caso afirmativo esta reparación es verdadera indemnización o es más bien una satisfacción al ofendido sin carácter equivalencial. 2.3 Si la satisfacción al ofendido ha de determinarse atendiendo a criterios de expiación y pena para el agente, además de procurar aquella satisfacción. 2.4 Cuál es el fundamento de la reparación de los daños morales. 2.5 Si es posible atender a diversos criterios para la debida reparación de los mismos, atendiendo al mismo tiempo el concepto de indemnización, al de satisfacción y al de pena o expiación.

2.1 Los daños morales pueden ser o no objeto de reparación.

Desde este punto de vista, no se discute si los daños morales que originan directa o indirectamente consecuencias patrimoniales son indemnizables o no, lo cual no significa que se sostenga la indemnización de los daños morales, sino de sus consecuencias de orden patrimonial. El problema surge cuando se trata de daños puramente morales, es decir, que no tienen consecuencias de orden patrimonial. Los argumentos vertidos en contra de la indemnización de este tipo de daños son los siguientes:

Como punto número uno, se dice que hay imposibilidad de valorar en dinero entidades puramente ideales alejadas de toda consideración económica, como los disgustos, los dolores físicos, el resentimiento, las preocupaciones, etc., de tal manera que dada su diversidad de manifestaciones e

intensidad con que afectan a cada individuo en particular, no es posible reducir a dinero, en cuanto a la medida de valor que desempeña éste, aquellos elementos psíquicos.

Como punto número dos, se arguye que la imposibilidad expuesta en el punto número uno que antecede, permitiría la elaboración de demandas injustas en el aspecto civil, y en el penal podría provocar al delito por parte de la víctima para obtener beneficios económicos inmorales.

Como punto número tres, se establece que admitir la indemnización de perjuicios puramente morales produciría una gran confusión en el ámbito del derecho, ya que como se ve, en todo caso de transgresión de la ley, existe en mayor o menor medida lesión de intereses o sentimientos particulares, cuya estimación sólo puede hacer el afectado y que no repercuten en el aspecto exterior ni llegan a aquel mínimo ético que el derecho está llamado a proteger.

Como punto número cuatro, se expresa que la reparación de los daños no patrimoniales produciría confusión entre pena e indemnización, ya que la dificultad para determinar la base del perjuicio induce a los tribunales a utilizar conceptos, como la gravedad del hecho y la intensidad de la culpa, que sirve a su vez de base a la determinación de la pena.

No obstante los argumentos antes vertidos, afirmamos y así se demuestra, que en los tiempos modernos el principio de reparación del perjuicio moral ha sido aceptado de modo definitivo. A esto se aúna la opinión del autor Jaime Santos Briz, que al respecto dice:

"... no se trata de valor en dinero lo que no es susceptible de esa valoración, pues también en la reparación de los daños patrimoniales hay factores de difícil tasación en dinero, como en muchos casos de determinación de lucros frustrados, y por eso no se postula una reparación exclusivamente objetiva que elimine toda consideración de otro tipo. Excluida la valuación pecuniaria de los valores psíquicos, nada impide que el dolor o sensación producida por la infracción de aquéllos se repare debidamente, ya en dinero o ya en otra forma, siempre que concurren ciertos requisitos que evidencien la necesidad de la reparación." (98)

2.2 En caso de que los daños morales sean objeto de reparación, ésta es verdadera indemnización o es más bien una satisfacción al ofendido sin carácter equivalencial.

(98) Santos Briz, Jaime. Op. Cit. p. 137.

Si se atribuye a la palabra "indemnización" una acepción puramente económica, entendiendo por ella la función equivalencial o de medida de valor del dinero, la misma no es utilizable cuando se trata de reparación de los daños morales. En nuestro idioma, lo anterior no es aceptable, ya que la palabra "indemnización" es sinónimo de "resarcimiento", y asimismo es equivalente de "reparar" o "compensar", esto refiriéndose a reparar o compensar un daño, agravio o perjuicio.

Concretizando, se puede decir que este concepto, es decir la indemnización, puede ser utilizado dándole el mismo sentido que corrientemente se atribuye al de "satisfacción" del ofendido como preferentemente aplicable a la reparación de los daños morales.

Establecido lo anterior, es importante resaltar que no se debe confundir la indemnización o satisfacción al ofendido con los conceptos de pena y expiación, proporcionando la doctrina las siguientes diferencias:

- La pena es una sanción impuesta a la persona del culpable como consecuencia a la gravedad del acto ilícito y a la culpabilidad. La indemnización por su lado, recae sobre el patrimonio del agente y es proporcionada al daño producido, ya que pretende su reparación sin tener en cuenta la gravedad de la culpa.

- La pena es personalísima del agente, es decir, únicamente se puede aplicar al sujeto transgresor directo de la ley y nunca es transmisible a sus herederos. Por su parte la sanción reparadora es transmisible, tanto desde el punto de vista del agente como de la víctima.

- La pena castiga el acto ilícito delictivo, aun y cuando se trate de grato de tentativa o de frustración. La indemnización no se concibe sin un daño producido, ya que se mide por la extensión de éste.

- La pena queda sin efecto cuando el agente pierde su capacidad delictiva, esto, dado su carácter personalísimo. En la indemnización, no ocurre lo anteriormente señalado, ya que ésta subsiste aunque no sea exigible, dada la insolvencia del responsable.

- La pena es impuesta como consecuencia de la comisión de un delito de interés público o social. Por su lado el resarcimiento mira a la tutela de un interés de carácter privado. Así se tiene que sólo el Estado puede perseguir el hecho punible; mientras el resarcimiento es objeto de un derecho

privado que puede iniciarse mediante el ejercicio de una acción privada ante Tribunales civiles. La pena se debe al Estado, y la indemnización al particular.

2.3 Si la satisfacción del resarcimiento del daño moral al ofendido, ha de determinarse atendiendo a criterios de expiación y pena para el agente, además de procurar aquella satisfacción.

En relación a esta posición, los autores se dividen en dos grupos.

Para unos la reparación del daño moral no difiere esencialmente de toda otra reparación, encontrando su fundamento en la necesidad de reparar en la persona de la víctima las consecuencias dañosas de una falta.

Para otros, esa reparación no es más que la aplicación de la idea de pena privada, explicándose por el sentimiento de venganza de la víctima y por la necesidad de sancionar todo acto culposo.

Desde nuestro punto de vista, creemos que es más acertada la primera posición, ya que tanto se trate de daño patrimonial como de daño moral hay siempre una reparación satisfactoria, que proporciona a la víctima sensaciones agradables que vendrán a contrarrestar las dolorosas o desagradables. En el daño moral no se trata de utilizar la indemnización con un criterio resarcitorio en el sentido de restituir las cosas al estado en que se encontraban antes del evento dañoso, ya que esto no es posible dada la diferente naturaleza entre la indemnización, que se refiere a un aspecto pecuniario y el daño moral, que se refiere a la psique dañada de una persona; sino el objetivo que se busca con la entrega de una indemnización en un daño moral, es reparar sencillamente el daño en la forma adecuada a las circunstancias. También apoyamos el criterio de la primera posición, ya que al daño moral no se le puede dar el carácter de pena personal impuesta al agente, sino que la reparación del daño moral, debe cumplir una función satisfactoria.

2.4 Fundamento de la reparación de los daños morales.

Uno de los fundamentos de la reparación de los daños morales, son las consecuencias que traen consigo aquellos daños causados a las personas por infracción de los derechos de la personalidad como son la salud, la libertad, el honor, entrando en primer plano los perjuicios patrimoniales que de la infracción derivan; consecuencias que se traducen en gastos de medicinas, honorarios médicos, reducción en las ganancias o las dejadas de obtener por el perjudicado por causa de inhabilitación temporal o permanente.

Otro de los fundamentos de la reparación de los daños morales, es el llamado interés de afección sobre bienes de valoración pecuniaria. Este interés de afección forma parte del daño moral y se superpone al valor pecuniario normal de una cosa, pudiéndose elevar el valor moral que representa el precio de afección de una cosa por encima de su valor normal. En estos casos, la indemnización comprenderá el valor normal de una cosa, es decir, su precio oficial o el precio del mercado, mas el valor moral que representa el precio de afección, el cual sólo puede ser fijado por el perjudicado y en último caso por los tribunales.

2.5 Diversos criterios que atienden a la debida reparación de los daños morales, tomando en cuenta al mismo tiempo el concepto de indemnización, de satisfacción y el de pena o expiación.

En caso de daños puramente morales, la determinación del "*pecunia doloris*", o "*Schmerzengeld*" según la técnica alemana, no puede hacerse siguiendo el criterio general utilizado para los daños patrimoniales, atendiendo en primer lugar a la restitución "*in natura*", y en defecto de ésta, a la indemnización en dinero, situación la primera, que sería muy difícil de realizar, tratándose de daños no patrimoniales.

Tres posiciones se han mantenido al respecto.

La primera sostiene que la indemnización consiste en la suma de dinero que es necesaria para proporcionar una compensación al lesionado por los disgustos sufridos y la pérdida de la satisfacción de vivir, devolviendo en la forma posible el optimismo a su existencia.

Se ha criticado esta posición diciéndose que el problema con este criterio consiste en que el perjudicado de muy alto nivel de vida, habituado por su situación patrimonial y sus ingresos a satisfacer necesidades caras, podría reclamar una indemnización mayor que una persona de nivel medio; situación que no sería en nada justa; por lo que al respecto se dice, que los valores abstractos e imponderables, como el dolor, la pena, los disgustos, no son susceptibles de ser tasados en dinero, y que por ello en estos supuestos la indemnización no tiene carácter equivalencial, sino más bien de justa compensación.

La segunda posición sostiene que la reparación del daño moral tiene carácter puramente indemnizatorio, desprovisto de todo carácter penal. La situación patrimonial del agente, así como el grado de culpa carecen de importancia para determinar la cuantía del dolor moral; pero dentro de un marco de equidad y de justicia han de ser tenidos en cuenta esos factores para determinar la indemnización procedente, aunque es exacto que la pretensión al dinero del dolor no tiene carácter exclusivamente penal en cuanto se comprenda por pena la expiación impuesta por la comunidad, representada por el Estado, al que ha quebrantado el orden jurídico.

La tercera posición, pretende proporcionar al lesionado o perjudicado una satisfacción por la aflicción y la ofensa que se le causó, que se le otorgue, no exactamente una indemnización propiamente dicha o un equivalente mensurable por la pérdida de su tranquilidad y placer de vivir, pero sí una cierta compensación por la ofensa sufrida y por la injusticia contra él personalmente cometida. Desde este punto de vista, el dinero del dolor no sólo hace referencia al menoscabo sufrido por el agraviado, sino también a la actitud del agresor, esto es, al mayor o menor carácter ofensivo, agresivo y reprochable de su proceder. Esta postura sostiene que el dinero del dolor tiene una doble función, por un lado persigue compensar al perjudicado por el menoscabo sufrido en su vida, y por otro, cuando no sea posible una compensación, se le otorga una compensación por el daño que el agresor le haya causado al agredido.

Se puede concluir diciendo que para determinar la cuantía de la indemnización por daño puramente moral, se debe tener en cuenta todas las circunstancias que contribuyan a caracterizar especialmente el hecho dañoso en concreto; esto es, se debe tomar en cuenta el volumen del menoscabo o

perjuicio sufrido. Se debe abandonar el criterio de que se tiene que proporcionar al perjudicado el placer de vivir en igual medida en que se haya visto privado por la infracción lesiva, ya que dada la naturaleza de los daños morales esto casi en todos los casos sería imposible, pero si se puede ubicar al agraviado en una situación parecida a la que tenía.

3.- La reparación del daño moral en nuestro derecho.

En nuestro derecho se entiende por reparación, el pago de la suma de dinero que se entrega a la víctima que soportó un daño moral.

El artículo 1915 del Código Civil vigente, en lo conducente y en relación a la reparación establece lo siguiente:

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

El párrafo anterior del artículo en comento, contempla tanto la reparación natural como la reparación por equivalente.

De tal manera se puede decir que existen diversos tipos de reparación, según sean los bienes conculcados. Algunos tratadistas identifican la reparación como borrar, hacer que el daño desaparezca: No toda reparación puede borrar el daño causado, ya que existen reparaciones que nunca borran el daño que se causó, esto va a depender del bien jurídico que se lesionó por el hecho lícito o ilícito.

Al respecto los juristas franceses Henri y León Mazeaud, expresan que el perjuicio moral no es de orden pecuniario; ahí el dinero carece de eficacia. Aunque reciban muchos millones el padre que haya perdido a su hijo o la persona desfigurada por una herida, el monto de la cantidad no les restituirá a su hijo o la integridad del cuerpo desfigurado por una herida.

Reiteramos que reparar, no debe restringirse a borrar o devolver las cosas al estado en que se encontraban antes del hecho que las transformó, sino reparar también debe implicar la entrega de

satisfactores a la víctima, para que ésta, a través de los mismos pueda mitigar y satisfacer de cierta forma el dolor que se le ocasionó, como consecuencia de habersele infligido un daño moral.

Así tenemos que los dos tipos de reparación a que hace mención el artículo 1915 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, son las siguientes:

La reparación natural.

La reparación natural, es aquella que hace posible que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de producirse el evento dañoso, es decir, mediante el desagravio existe una igualdad de condiciones, antes y después del hecho ilícito. Se puede señalar como ejemplo la entrega del bien robado o la entrega de la suma de dinero debido, con los intereses normales que dicha cantidad hubiese producido en manos del acreedor.

La reparación por equivalencia.

La reparación por equivalencia, es aquella que se da cuando no es posible la reparación perfecta del desagravio, ya que las cosas no pueden estar en una situación idéntica a la que tenían antes del daño, se buscará un equivalente, que va a tener una función ya sea compensatoria, que trate de poner en una situación no idéntica, pero sí lo más igual posible, a la que tenía antes del acontecimiento dañoso y el medio que mejor cumple esa función es el dinero.

Se puede poner como ejemplo aquel caso en que una persona destruye un cuadro de determinado artista, al momento de que se le condene a la reparación del daño causado, evidentemente no podrá devolver el mismo cuadro, por lo que la reparación deberá consistir en la entrega de una suma de dinero que fijarán los peritos atendiendo al valor real del cuadro en el momento del pago. Pero esa suma no devolverá el cuadro, tan sólo será un equivalente cuya función será compensatoria. Por otro lado, existe una reparación por equivalencia que tiene un papel eminentemente satisfactorio, en la que se entrega también una suma de dinero en vía de resarcimiento del daño causado, pero no a título de compensación, sino de satisfacción, porque dichos bienes conculcados no pueden ser valuados en dinero, caso típico de los daños morales.

Apoyamos que en nuestro derecho la reparación más adecuada para los daños morales sea por equivalencia con función eminentemente satisfactoria y no compensatoria.

En relación a los daños morales, los mismos no admiten una valuación pecuniaria en atención a los bienes lesionados, así tenemos que la entrega de dinero, no implica que se valore o ponga precio a bienes de naturaleza inmaterial como son el honor, los sentimientos, la reputación, etc. Con base en esto, se puede decir que el fin de la reparación moral, es considerarse equivalente al sufrimiento experimentado.

En este orden de ideas, se puede afirmar que la reparación contemplada por nuestro derecho en materia de daño moral, es una reparación por equivalencia, la cual se cumple entregando una suma de dinero a título de indemnización, con un fin satisfactorio, por el agravio inmaterial sufrido.

De todo lo anteriormente expuesto, así como del texto legal, se pueden plasmar las siguientes conclusiones:

- En nuestro derecho, la reparación moral casi siempre se resarcirá con la entrega de una suma de dinero, siendo una de las excepciones a la anterior regla, el caso del daño moral agravado o calificado, que se refiere a que con independencia de la indemnización que se pague al agraviado, si éste quiere, puede demandar que la sentencia que contiene la retracción de lo hecho o dicho en los casos del honor, reputación, decoro o consideración, se le dé publicidad en los mismos medios que utilizó el sujeto para cometer su acto ilícito; pudiendo ser otra de las excepciones, el caso de daño corporal en la cara, que causa daño en la presencia estética, lo cual no tiene por qué indemnizarse con dinero, y menos aún si en el caso, fuere un médico cirujano especialista en cirugía estética y reconstructiva el responsable; en ese caso, podría reparar el daño, operando a la víctima, y volviéndole su cara al estado que tenía antes del daño.

- Por ningún motivo, la entrega de una suma de dinero al agraviado implica que se valore o ponga precio a bienes de naturaleza extrapatrimonial, los que no pueden ser objeto de apreciación pecuniaria, como son los derechos de la personalidad tutelados por la figura del daño moral.

- En materia de agravio moral, se puede decir que por regla general, la reparación no puede borrar el daño causado, con ciertas excepciones, ya que no sería posible, tal es el caso del ataque

al honor que sufre una persona, el cual no será reparado con el pago de una suma de dinero, ya que dicho perjuicio permanecerá ante su familia y ante la sociedad, y el hecho de que se entregue la indemnización no implica que desapareció el agravio ni que vuelvan las cosas al estado que guardaban antes del evento dañoso.

Concluyendo, se puede decir que en nuestro derecho, la reparación moral es:

Equivalente: La cual se da cuando las cosas no pueden volver al estado en que se encontraban antes del daño, pero se tratará de ubicar al agraviado en una situación parecida a la que vivía. La compensación opera normalmente entregando una suma de dinero, que es el medio más aceptado para reparar un daño, por ser el más idóneo.

Satisfactoria: Es satisfactoria, en razón de que la reparación moral no admite una evaluación en dinero de los bienes que tutela por ser estos de naturaleza extrapatrimonial. Por tal motivo, en nuestro derecho, el pago de una suma de dinero al agraviado, cumple una función de satisfacción por el agravio sufrido; sin que esto implique que se esté comerciando con los bienes morales dañados, ya que ni con la entrega de dinero desaparece la aflicción o dolor moral sufrido, siendo que el fin de la reparación moral es otorgar a la indemnización pecuniaria, un fin de satisfacción por la lesión que sufrió un individuo en sus derechos de la personalidad.

4.- A quién compete la acción de reparación y quienes son los titulares.

4.1 A quién compete la acción de reparación.

Tanto la persona física como la persona moral pueden ser sujetos activos y pasivos del daño moral.

Los sujetos que integran la relación jurídica que nace del daño moral son los siguientes:

a).- Agraviado o sujeto pasivo.

El agraviado o sujeto pasivo, es toda persona que soporta el daño cierto y actual sobre un bien de naturaleza extrapatrimonial y por lo cual tendrá la acción de reparación moral en contra del sujeto activo de la misma.

b).- Sujeto activo o agente dañoso.

El sujeto activo o agente dañoso, es aquél quien a través de un hecho u omisión ilícito o lícito, afecta a una persona en sus derechos de la personalidad, lesionando uno o varios bienes que tutela el daño moral, y quien será responsable ante el ofendido del daño moral causado.

En cuanto a las anteriores definiciones, surge un problema cuando se trata de establecer quién es el que tiene directamente la acción de reparación y quién puede tenerla de manera indirecta, ya que es muy difícil la determinación de las repercusiones del evento dañoso en la sensibilidad moral o en los estados de espíritu de las personas que, de algún modo, pueden haberla padecido. Asimismo surge la interrogante de quién es el sujeto responsable de causar un daño moral de manera directa, y quién lo es indirectamente.

La anterior problemática se ha pretendido resolver de la siguiente manera:

4.2 Titulares de la acción de reparación moral.

a).- Directos.

Cualquier persona física o moral, puede ser el titular en la acción de reparación moral, siempre y cuando esté en pleno goce y disfrute de sus derechos. Por lo tanto se puede decir que toda persona física o moral puede sufrir un agravio extrapatrimonial y ser titular directo de la acción de reclamación.

En relación a las personas morales, éstas pueden ejercer la acción de reparación por el daño moral sufrido; las agrupaciones dotadas de personalidad pueden demandar la reparación del perjuicio que se les haya ocasionado.

Al respecto los hermanos Mazeaud dicen que: "El perjuicio moral causado a los miembros de la agrupación, de modo especial a los miembros de una asociación, dentro del carácter con que se hayan asociado, constituye un atentado contra el patrimonio moral de la asociación, y concede a ésta una acción de reparación . . .". (99)

Con base en lo antes expuesto, se puede establecer que la legitimación de la víctima directa no presenta mayores dificultades.

El dañado directo, y que es víctima del agravio moral, debe ser una persona ya sea física o jurídica; la cuestión a saber es si todas las personas pueden sufrir el daño moral y por ende ser titulares de la acción de reparación, o sólo ciertas personas, por la madurez de su discernimiento, la plenitud de su conciencia, el pleno goce de sus facultades de entender, querer o sentir.

b).- Indirectos.

Son titulares indirectos, aquellos sujetos que ejercen la acción de reparación en nombre y representación de un menor, de un incapaz, o de una persona fallecida, cuando estos últimos hayan sufrido un daño cierto y actual sobre un bien de naturaleza extrapatrimonial, y que dadas las circunstancias de hecho o de derecho, no pueden por si mismos ejercer la acción de reparación. Son titulares indirectos los padres que tienen la patria potestad sobre los menores; los tutores; los herederos de la víctima, siempre y cuando éste haya intentado la acción en vida.

b.1).- Los padres que tienen la patria potestad sobre los menores.

En relación a los padres que tienen la patria potestad sobre los menores, se dice que son sujetos pasivos o agraviados indirectos, ya que son éstos quienes ejercen la patria potestad sobre los menores, y que en todo caso ejercerán la acción de reparación, lo anterior, ya que el menor no cuenta con capacidad de ejercicio para ello. Se les llama titulares indirectos, porque el menor, sobre el cual ejercen la patria potestad, es quien soporta el daño, pero quien ejerce la acción de reparación será el padre o quien ejerza en el momento del acontecimiento dañoso la patria potestad.

(99) Mazeaud, Henri; León y Jean. *Lecciones . . .*, pp. 357 y 358.

Absurdamente se pretendía afirmar, que los menores o incapaces no pueden sufrir un daño moral, ya sea por razones de orden cronológico o por inhabilitación declarada y también porque no pueden exigir de manera directa la reparación.

Dentro de los doctrinarios que sostienen la anterior afirmación está Orgaz, quien "... juzga el daño moral por el resultado que produce en el espíritu o en los sentimientos, y observa que, ordinariamente, faltará en esas personas capacidad para experimentar esas sensaciones ...". (100)

Como ya se dijo, es por demás absurda y débil la anterior afirmación, ya que un menor de edad o un incapaz, es un ser humano, y por el simple hecho de serlo, es titular de los derechos de la personalidad que le son inherentes, que le son innatos; así por el simple hecho de ser un ser humano, un menor de edad o un incapaz tienen sentimientos, honor, aspecto y configuración física; y por lo tanto sería injusto y escaparía a toda lógica jurídica y común, el afirmar que alguien por el hecho de ser menor de edad o incapaz, la ley no pudiese protegerlo en aquellos derechos de la personalidad que le hubiesen sido dañados.

El sufrimiento físico y síquico acompaña a todas las personas, aún a los niños de corta edad, a los incapacitados y a los ancianos que padecen de debilidad cerebral, lo anterior, claro está que en mayor o menor medida, con más o menos lucidez. Las anteriores personas aún los privados de razón, de manera permanente o transitoria, efectúan hechos que son propios y reflejan de algún modo su personalidad, por lo cual debe admitirse la posibilidad, de que tales personas puedan y padezcan manifestaciones disvaliosas en sus estados de espíritu, aunque estén confundidos, aturdidos o debilitados.

Reafirmando lo anterior el autor Eduardo A. Zannoni, dice que: "La reparación del daño moral es satisfactiva de un interés extrapatrimonial que ha sufrido afrenta, agravio, y lo sufre el menor de escasa edad y el demente en igual medida que un mayor de edad, o un cuerdo. El resarcimiento, en estos casos, no debe considerarse como la reparación de un modo de sentir el agravio, sino como resarcimiento objetivo de un bien jurídico que también se atribuye a los incapaces.". (101)

(100) Mosset Iturrarpe, Jorge. Op. Cit. pp. 217 y 218.

(101) Zannoni, Eduardo A. Op. Cit. p. 366.

Si bien es cierto que un menor o un incapaz no pueden directamente, ejercer la acción de reparación moral, también es cierto que el derecho tutela a estas personas en sus bienes morales, como sujetos que directamente han sufrido un agravio moral y que pueden obtener su reparación de manera indirecta a través de sus padres, representantes o tutores.

b.2).- Tutores.

En relación a los tutores, es aplicable el criterio plasmado en líneas que anteceden, ya que el incapaz natural o legal que sufre un daño moral, tendrá acción de reparación de manera indirecta a través de su tutor, quien se encuentra obligado a reclamar el resarcimiento del agravio extrapatrimonial causado.

b.3).- Los herederos del agraviado directo, siempre y cuando éste haya intentado la acción en vida.

Una de las características de la acción de reparación es que además de ser personalísima del dañado, no puede ser transmitida; es intransferible e incedible. En nuestra legislación existe una excepción contemplada por el artículo 1916 del Código Civil, que establece que se deben cumplir necesariamente dos presupuestos, para que tenga vida la acción indirecta de reclamación, siendo el primero que los titulares sean herederos del agraviado y el segundo, que el agraviado, quien soportó el perjuicio moral anterior a su muerte, haya intentado la acción de reclamación en vida.

5.- Personas obligadas a reparar moralmente.

5.1 Directas.

Es el sujeto activo o agente dañoso quien a través de un hecho ilícito o lícito, afecta a una persona en sus derechos de la personalidad, pudiendo ser toda persona física o moral causante del daño; es decir, será la persona a quien directamente se le reclama por haber cometido un agravio extrapatrimonial y que por consecuencia deberá de indemnizar al sujeto pasivo.

En relación a las personas jurídicas o morales, no se discute su responsabilidad, a este respecto los autores Jesús María Arteaga y Jaime Arteaga Carvajal manifiestan lo siguiente: "La actividad de ellas puede ser ilícita. El daño que causan debe ser reparado. Como la reparación consiste únicamente en el pago de una indemnización, es fácil percibirla del patrimonio de la persona moral.

"La verdadera dificultad reside en determinar si la responsabilidad de la persona jurídica es responsabilidad personal o por el hecho de otro. Lo más frecuente es que se considera que la persona moral está obligada por el hecho de sus órganos o de sus representantes, como lo estaría por el hecho de sus dependientes." (102)

5.2 Indirectas.

Son aquellas personas que quedan obligadas a reparar el daño; la responsabilidad es indirecta, ya que no son ellos quienes cometen el daño. Son sujetos activos o agentes dañosos indirectos: Los padres de los menores en términos de los artículos 1919 y 1922 del Código Civil; los tutores, en los términos de los artículos 1911, 1919, 1921 y 1922 del Código Civil; el Estado en los casos de responsabilidad subsidiaria, por daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de su cargo, en los términos de los artículos 1927 y 1928; las personas que incurran en responsabilidad objetiva en los términos de artículo 1913 del Código Civil; y el dueño de animales que causen un daño en los términos de los artículos 1929 y 1930 del Código Civil.

a).- Los padres de los menores.

Como quedó señalado, dicha responsabilidad es indirecta, ya que no son los padres del menor quienes cometen el daño, pero sí quienes se encuentran obligados a repararlo.

En nuestro país la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años. Si un menor de edad infiere a una persona una lesión en el rostro con arma punzocortante, que deje una cicatriz perpetua, no existe delito alguno, ya que el sujeto activo es inimputable dada su edad. Independientemente de la ausencia de responsabilidad penal, en el campo del derecho civil el dolor moral que le causa tener un rostro desfigurado al agraviado, será el fundamento para reclamar y obtener la condena del sujeto activo por daño moral.

(102) Arteaga, Jesús María y Arteaga Carvajal, Jaime. *Curso de Obligaciones*. Editorial Temis Librería. Bogotá, Colombia 1979. p. 162.

Lo anterior se desprende de lo preceptuado en los artículos 1919 y 1922 del Código Civil que a la letra se transcriben:

"ART. 1919.- Los que ejerzan la patria potestad tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos."

"ART. 1922.- 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."

b).- El Estado.

El Estado es responsable por causar un agravio moral, y también asume la responsabilidad subsidiaria cuando sus funcionarios, en el ejercicio de su encargo, causen un daño y no puedan repararlo.

Así los artículos 1927 y 1928 del Código Civil, establecen que:

"ART. 1927.- El Estado tiene obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos, en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos."

"ART. 1928.- El que paga los daños y perjuicios causados por sus sirvientes, empleados, funcionarios y operarios, puede repetir de ellos los que hubiere pagado."

c).- Las personas que incurren en responsabilidad objetiva.

Una persona incurre en responsabilidad objetiva por riesgo creado, cuando es poseedor legal de objetos o mecanismos peligrosos en sí mismos, y estos causan un daño o perjuicio, aunque no se haya obrado ilícitamente.

Al respecto encontramos el artículo 1913 del Código Civil, el cual reza lo siguiente:

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

Del anterior artículo se desprenden elementos como la existencia de un mecanismo peligroso, que se cause un daño, que haya una relación de causa a efecto entre el hecho y el daño, que no exista culpa inexcusable de la víctima.

d).- Casos de los artículos 1929 y 1930.

También incurren en daño moral el dueño del animal que causa un daño, a menos que acredite que el animal fue excitado o provocado por la víctima o por un tercero y que por su culpa sufrió el daño.

Lo anterior se desprende de los artículos 1929 y 1930 que a la letra se transcriben:

"ART. 1929.- 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 de fuerza mayor."

"ART. 1930.- Si el animal que hubiere causado el daño fuere excitado por un tercero, la responsabilidad es de éste y no del dueño del animal."

CAPITULO SEXTO

PROBLEMATICA EN TORNO A LOS ARTICULOS

1910, 1913, 1915, 1916 Y 1916 BIS.

DEL CODIGO CIVIL VIGENTE

PARA EL DISTRITO FEDERAL.

1.- Introducción.

Si bien es cierto que los artículos 1910, 1913 y 1915, no se refieren específicamente al daño moral en sí, sino que estos artículos regulan lo referente al daño material y no tratan lo relacionado al daño moral, también es cierto que dada la naturaleza del daño moral, en varias ocasiones éste va unido al daño material, y ambos se tienen que exigir mediante una misma demanda, tal y como lo dispone el artículo 31 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual a la letra dice:

"ART. 31.- Cuando haya varias acciones contra una misma persona, respecto de una misma cosa y provengan de una misma causa, deben intentarse en una sola demanda; por el ejercicio de una o más, quedan extinguidas las otras.

"No pueden acumularse en la misma demanda las acciones contrarias o contradictorias; ni las posesorias con las petitorias, ni cuando una dependa del resultado de la otra. Tampoco son acumulables acciones que por su cuantía o naturaleza, corresponden a jurisdicciones diferentes.

"Queda abolida la práctica de deducir subsidiariamente acciones contrarias, o contradictorias."

Además de lo establecido por el artículo 31 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, consideramos que los artículos 1910, 1913, 1915, 1916 y 1916 Bis, del Código Civil, deben ser tratados en conjunto en el presente capítulo, ya que tanto la responsabilidad objetiva, caso del artículo 1913, la reparación del daño material, caso de los artículos 1910 y 1915, y el daño moral y su forma de repararlo, caso de los artículos 1916 y 1916 Bis, son consecuencias directas de una

responsabilidad civil, es decir, tanto la responsabilidad objetiva, como la reparación del daño material, así como el daño moral únicamente pueden darse en el supuesto de que se acredite una responsabilidad civil.

2.- Problemática en torno al artículo 1910 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

2.1 Problemática.

En relación a este artículo cabe señalar que al respecto ya se indicó por nuestra parte en el capítulo segundo de este trabajo (103), que la reparación del daño en materia civil y en materia penal, procesalmente serán tramitadas ante el juez civil y ante el juez penal; se tramitarán ante el primero de los nombrados, cuando la responsabilidad de reparación del daño surja como consecuencia de un hecho ilícito o lícito civil, proveniente este último de responsabilidad objetiva; se tramitarán ante el segundo de los nombrados, cuando la responsabilidad de reparación del daño surja como consecuencia de un delito. En la práctica hemos descubierto que los jueces en materia civil desconocen muchas veces que el Código Penal sujeta a las personas que se crean con derecho a reclamar la reparación del daño, a que esa reparación necesariamente se tramite ante los jueces penales.

Este desconocimiento, por parte de los jueces civiles, provoca en algunas ocasiones que se admitan demandas de reparación del daño cuando éste proviene de delito, ya que para el juez civil es suficiente con que se exhiban las copias certificadas de la averiguación previa y/o del proceso ante el juez penal; proceso que muchas veces no ha concluido, y al momento de presentar la demanda ante el juez civil, el proceso penal no ha llegado a su fin mediante sentencia firme que declare responsable o no al presunto delincuente.

Si bien es cierto que la responsabilidad por daño es un término netamente civilista (104), también es cierto que cuando esa responsabilidad por daño surja como consecuencia de un delito, se

(103) Vid. *supra.*, cap II, pp. 23 a 25.

(104) Vid. *supra.*, cap II, pp. 24 y 25.

debe tramitar su reparación ante el juez penal, ya que si no fuera de esta manera y se tramitara ante el juez civil, se prestaría a confusiones, injusticias y sentencias contradictorias; esto es, el espíritu del Código Penal al determinar que la responsabilidad por daño cuando surja como consecuencia de un delito se debe tramitar ante el juez penal correspondiente, es para que al momento de dictarse la sentencia y ésta quede firme, se declare la responsabilidad o no del presunto delincuente y también con base en la declaración de responsabilidad o no responsabilidad, se declare si es procedente o no la reparación del daño. En el supuesto de que un juez civil admitiera una demanda por reparación del daño proveniente de delito, en el cual el proceso penal no hubiera concluido, y que esa demanda civil fuera procedente, según el criterio del juez civil, y suponiendo que el proceso penal al llegar a su término declarara no responsable al presunto delincuente, entonces se cometería una injusticia, ya que por un lado el juez penal estaría declarando no responsable a la persona acusada, y por otro lado el juez civil lo estaría condenando al pago de un daño del cual no tiene responsabilidad. Con esto no queremos decir que siempre será el juez penal el que resuelva de una responsabilidad por daño, cuando inicialmente él conozca del proceso penal, ya que existen supuestos previstos por el artículo 34 del Código Penal; para mayor claridad se transcribe el citado artículo como sigue:

"La reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público, con el que podrán coadyuvar el ofendido, sus derechohabientes o su representante, en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales.

"Cuando dicha reparación deba exigirse a tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente, en los términos que fije el propio Código de Procedimientos Penales.

"Quien se considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener ante el juez penal, en virtud de no ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente."

Si los supuestos previstos en el párrafo tercero del artículo 34 del Código Penal se actualizan, sólo entonces, podrá conocer de la responsabilidad por daño, el juez civil. El planteamiento al cual nos referimos es que mientras no se den los supuestos previstos por el artículo 34 del Código Penal, necesariamente el juez penal debe resolver en relación a la responsabilidad por daño; y no como sucede muchas veces en la práctica, cuando el proceso está vigente y se interpone una demanda ante el juez civil y éste la admite sin importarle el estado del proceso penal.

2.2 Propuesta de reforma del artículo 1910 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Con base en lo expuesto en el punto anterior, proponemos que el artículo 1910 del Código Civil vigente para el Distrito Federal se reforme en los siguientes términos.

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

Si de las constancias exhibidas ante el juez se desprende que el daño se causó como consecuencia de un delito, el juzgador acordará lo conducente con base en las leyes penales.

3.- Problemática en torno al artículo 1913 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Con el fin de demostrar la problemática en torno al artículo 1913 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, el mismo se transcribe a la letra: "ART. 1913.- Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima."

3.1 Noción de Responsabilidad Objetiva en el artículo 1913.

El artículo antes transcrito se refiere a la responsabilidad objetiva. Recordemos al efecto lo que es la llamada responsabilidad objetiva; ésta responsabilidad se apoya en un elemento ajeno a la calificación de la conducta, en un dato aparente, objetivo, como es el hecho de causar un daño por la utilización de un objeto peligroso que crea un estado de riesgo para los demás. Se trata de una responsabilidad objetiva, cuyo apoyo se da en el hecho del riesgo que crea, del riesgo creado.

Por lo tanto, la responsabilidad objetiva es aquella en la cual los daños provienen de una conducta lícita, jurídica, inculpable, consistente en aprovechar un objeto peligroso que crea riesgo de

daños; esta responsabilidad está fundada en dicho riesgo y por consiguiente se llama responsabilidad objetiva, por tener su apoyo en un elemento externo como es el riesgo creado.

Con lo anterior tenemos que la responsabilidad objetiva según el decir del tratadista Joaquín Martínez Alfaro, "... se funda en el razonamiento según el cual es justo que se repare el daño causado por la actividad que produce ventajas y daños, pues sería injusto que los terceros, sin obtener ventajas, sufran daños por las cosas que no utilizan; por tanto es el dueño de las cosas quien debe reparar el daño y así como la cosa padece para su dueño, también la cosa perjudica o beneficia al mismo, por lo que la responsabilidad objetiva viene a ser el precio que se paga por el beneficio que se obtiene al emplear cosas peligrosas." (105); entendiéndose por usar cosas peligrosas, el solo hecho de poseerlas independientemente del motivo por el cual se usaron, o de que el causante del daño sea persona distinta al dueño.

A esta conclusión no han llegado únicamente los tratadistas, sino también nuestra Suprema Corte de Justicia lo ha plasmado en diversas ejecutorias, tal y como se puede apreciar de la siguiente que a continuación se transcribe:

"RESPONSABILIDAD OBJETIVA.- El dueño de un camión es responsable por los daños que cause dicho vehículo, aunque haya sido manejado indebidamente por un empleado suyo, fuera de sus funciones y de sus horas de trabajo. El caso queda comprendido en lo previsto por la fracción VI del artículo 1932 del Código Civil del Distrito Federal y Territorios Federales la cual previene que los propietarios respondan de los daños causados "por el peso o movimiento de las máquinas, por las aglomeraciones de materiales o animales nocivos a la salud o por cualquier causa que sin derecho origine algún daño". En efecto, Elías Alvarado Carmona era empleado de la empresa demandada, por descuido del chofer encargado de llevar a cargar y recoger los camiones, y de el despachador de la fábrica de Hielo, el mencionado machetero pudo llevarse el camión de referencia, fuera de sus funciones y de sus horas de trabajo. También es aplicable el caso del artículo 1913 del referido Código Civil, porque el vehículo citado es un mecanismo peligroso por la velocidad que puede desarrollar y se encontraba en uso de la demandada cuando uno de sus empleados lo sacó de la fábrica de hielo propiedad de la misma. Los citados artículos 1932 fracción VI y 1913 impone a los propietarios y a quienes hacen uso de cosas peligrosas, la obligación de responder del daño que causen, por el riesgo objetivo que se crea con la posesión y uso de tales cosas. La citada fracción VI habla del "movimiento de las máquinas" y de "cualquier causa que sin derecho origine algún daño"; y el artículo 1913 se refiere al daño que se cause aunque no se obre ilícitamente, a no ser que se demuestre que "ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima". La responsabilidad objetiva prevista en el artículo 1932 fracción VI fue reconocida por esta Suprema Corte en la ejecutoria del amparo Directo 4607/1959 promovido por Manuela García, que en lo conducente dice: "La responsabilidad objetiva establecida por el precitado artículo 1932 en la última parte de su fracción VI; no se apoya en la culpa de la propietaria o encargada de guardar el edificio, sino en la obligación legal de ésta de garantizar a todos los que hacen uso de él su seguridad personal, de manera que no sufran daño alguno, pues debe partirse del principio jurídico de que todos los hombres tienen derecho a la seguridad de su persona y de sus bienes, y por tanto todo daño no autorizado por la ley constituye una violación de ese derecho". Los Códigos Civiles de 1870 y 1884

(105) Martínez Alfaro, Joaquín. Op. Cit. p. 163.

en sus respectivos artículos 1594 y 1478 imponían a los propietarios la obligación de reparar el daño que causarían y que fueran "resultado de cualquier acto ilícito en sí mismo, pero en cuya ejecución haya habido culpa o negligencia". Es decir, dichos Códigos establecían como base de la responsabilidad el principio de culpa. La doctrina solía equiparar el daño causado por animales al producido por cosas; y hacía responsables de ese daño a quienes tenían la guarda de ellos, siguiendo el principio de la culpa; pero en el Código de 84, el daño de animales se regía por el artículo 1480 que remitía al Código Penal vigente entonces, cuyo artículo 343 declaraba responsable de los daños y perjuicios causados por un animal o cosa, a la persona que se estuviera sirviendo de ellos al causarse el daño, a no ser que acreditara que no tuvo culpa. En este último precepto se establecía ya la presunción de culpa del usuario, y se le imponía la obligación de probar que no la hubo de su parte. En el derecho francés, inspirado aún en los principios de guarda de la cosa (artículo 1384 del Código Civil), el caso de un empleado comisionado infiel que usa un vehículo sin consentimiento de su dueño, se resuelve a cargo de éste, según opinión sustentada por Henri Mazeaud en la página 439 del tomo I de su tratado de Responsabilidad Civil: "En resumen, el hecho de que una persona se apodere indebidamente de una cosa, o en términos más generales, de que se sirva de la cosa sin consentimiento o contra la voluntad del dueño, no arrebata a este último el carácter de guardián ni lo exonera de la responsabilidad que al guardián atribuye el inciso 1º del artículo 1384". En cambio, según el Código Civil en vigor, no es necesario invocar el principio de culpa, para que el propietario de un vehículo sea responsable del uso indebido que haya hecho de él un empleado suyo, porque los mencionados artículos 1932 fracción IV y 1913 establecen el daño objetivo a cargo de quienes son propietarios o usan mecanismos peligrosos. En la especie, quedó probado el riesgo objetivo con el reconocimiento que hizo la demandada de ser propietaria del camión de referencia, y con la testimonial que ella misma rindió en la que aparece que tenía en uso el vehículo y que por descuido de sus empleados, otro de ellos, Elías Alvarado Carmona, se apoderó de él y causó la muerte del menor hijo de la hoy quejosa. Estos datos son bastantes para estimar que la demandada es responsable del daño que causó el camión de su propiedad manejado por uno de sus empleados: y que la actora y ahora quejosa probó la acción que ejerció en su demanda. No es óbice a lo anterior lo previsto por el artículo 1924 del Código Civil, porque no se trata de daños causados por los obreros dependientes del patrón en el ejercicio de sus funciones, caso en que rige el principio de culpa, sino del daño causado por una máquina o aparato peligroso; y porque aun en el supuesto de que fuera aplicable ese precepto, la propia empresa demostró que hubo culpa de su parte, por el descuido de los encargados de vigilar el camión. Amparo Directo 4475/60.- Quejoso: Gabina Córdoba.- Fallado el 12 de febrero de 1962.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Ministro Gabriel García Rojas.- 3ª Sala.- Informe 1962, Pág. 76.

Tal y como se desprende de la noción dada en párrafos que anteceden de responsabilidad objetiva, así como de la ejecutoria transcrita, se puede resaltar lo siguiente: cuando una persona sufra un daño causado por el empleo de una cosa peligrosa, el dueño de ésta debe reparar el daño causado ya que la responsabilidad objetiva viene a ser el precio que se paga por el beneficio que se obtiene al emplear una cosa peligrosa, entendiéndose por emplear, el solo hecho de poseerla independientemente del motivo por el cual se usó, o de que el causante del daño sea persona distinta al dueño

3.2 Problemática del artículo 1913 en hacer responsable a cualquier persona que haga uso de una cosa o mecanismo peligroso por sí mismo.

El artículo 1913 del Código Civil vigente para el Distrito Federal en su parte inicial reza: "Cuando una persona hace uso de mecanismos, . . . ", con esta redacción y desde nuestro punto de vista, creemos que se presta a confusión hacer responsable, de responsabilidad objetiva, a toda persona que hace uso de un mecanismo peligroso, ya que el que puede hacer uso de un mecanismo peligroso no necesariamente es el dueño o la persona que se beneficia de un mecanismo peligroso, sino en su caso, puede hacer uso del mecanismo peligroso un empleado o subordinado del dueño o beneficiario del mecanismo peligroso; entonces, si se responsabiliza a cualquier persona por el simple hecho de que haga uso de un mecanismo peligroso y con él cause daño, ya no se estaría cumpliendo con el supuesto de la responsabilidad objetiva.

Lo anterior lo afirmamos partiendo de la siguiente definición de responsabilidad objetiva por riesgo creado propuesta por el maestro Ernesto Gutiérrez y González: "ES LA CONDUCTA QUE IMPONE EL DERECHO DE REPARAR EL DAÑO Y EL PERJUICIO CAUSADO POR OBJETOS O MECANISMOS PELIGROSOS EN SI MISMOS, AL POSEEDOR LEGAL DE ESTOS, AUNQUE NO HAYA OBRADO ILICITAMENTE." (106)

Según esta definición, el *poseedor legal* de un mecanismo u objeto peligroso, debe reparar el daño causado aunque no haya obrado ilícitamente, es decir, según esta definición el poseedor legal es quien debe reparar el daño causado, por lo tanto a fin de cumplir con el supuesto de la responsabilidad objetiva, no se debe responsabilizar simple y llanamente a quien haga uso de un objeto o mecanismo peligroso por sí mismo, sino a quien sea poseedor legal del mismo y lo utilice en su provecho y beneficio. Así y desde nuestro punto de vista, consideramos que los poseedores legales a que debería hacer referencia el artículo 1913 y quienes deberían ser responsables de la responsabilidad objetiva son el poseedor civil y el precario; siendo el poseedor civil aquél que posee un bien a título de dueño; y el poseedor precario será aquella persona a quien por virtud de un acto jurídico, el poseedor a título de dueño entrega un bien, concediéndole el derecho de retenerlo temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, comodatario, depositario u otro título análogo.

(106) Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho* . . . , p. 785.

3.3 El caso fortuito o fuerza mayor y la problemática que surge al no estar contemplado por el artículo 1913.

Retomando de nueva cuenta que la responsabilidad objetiva, y a la cual hace alusión el artículo 1913 en comento, es aquella en la cual los daños provienen de una conducta lícita, jurídica, inculpable, consistente en aprovechar un objeto peligroso que crea riesgo de daños; es prudente concluir que, cuando mediante el uso de un mecanismo peligroso se cause un daño, el poseedor civil o precario del mismo, debe reparar el daño causado, aun y cuando el daño causado mediante la utilización del mecanismo peligroso se haya ocasionado por caso fortuito o fuerza mayor.

A fin de comprender la anterior afirmación, analizaremos brevemente el caso fortuito o fuerza mayor.

a).- Breve noción general de caso fortuito o fuerza mayor.

En la doctrina de diferentes países se sostiene que el caso fortuito y la fuerza mayor son conceptos diferentes. Hay autores que sostienen que el caso fortuito se refiere a los acontecimientos de la naturaleza, en tanto que la fuerza mayor, son hechos del hombre; otros autores afirman que el caso fortuito se debe considerar cuando se quiere designar el origen externo del obstáculo, y lo de fuerza mayor para denotar la naturaleza insuperable del propio obstáculo.

b).- Noción de caso fortuito o fuerza mayor en el Derecho Mexicano.

En nuestro Derecho Mexicano, se puede afirmar que caso fortuito y fuerza mayor son palabras sinónimas, y tan es así que el Código Civil emplea indistintamente una u otra, y en cuanto a los efectos, se puede afirmar que son iguales.

El tratadista Ernesto Gutiérrez y González, ha definido el caso fortuito o fuerza mayor en los siguientes términos: "ES UN FENOMENO DE LA NATURALEZA, O UN HECHO DE PERSONA CON AUTORIDAD PUBLICA, TEMPORAL O DEFINITIVO, GENERAL -SALVO CASO EXCEPCIONAL,- INSUPERABLE, IMPREVISIBLE, O QUE PREVINIENDOSE NO SE PUEDE EVITAR, Y QUE ORIGINA QUE UNA PERSONA REALICE UNA CONDUCTA QUE PRODUCE UN DETRIMENTO PATRIMONIAL A OTRA PERSONA, CONTRARIA A UN DEBER JURIDICO STRICTO SENSU O A UNA OBLIGACION LATO SENSU." (107)

De la anterior definición se puede resaltar que el caso fortuito o fuerza mayor origina que una persona realice una conducta que produce un detrimento patrimonial a otra persona, impidiendo a la primera cumplir con la conducta que debió observar conforme a la ley, o a una obligación lato sensu.

Expuesto lo anterior, se puede afirmar que el supuesto del caso fortuito o fuerza mayor se adecua al espíritu de la responsabilidad objetiva.

c).- Problemática del caso fortuito o fuerza mayor.

En la actualidad en nuestra legislación, y conforme lo determina nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal, no hay responsabilidad objetiva por riesgo creado aunque se produzca daño en los siguientes casos: Si no hay relación de causalidad entre el daño y el objeto peligroso. Si hay culpa de la víctima. En caso fortuito. Prescripción.

De los cuatro casos anteriores consideramos que si debería existir responsabilidad objetiva por riesgo creado cuando por un caso fortuito se produzca daño mediante la utilización de un objeto o mecanismo peligroso; esto porque el espíritu de la responsabilidad objetiva es reparar el daño ocasionado cuando se realiza mediante una conducta en que no hay culpa pero objetivamente las consecuencias, en este caso el daño, son iguales a otras producidas por un hecho ilícito.

La anterior afirmación de nuestra parte en relación a que debe existir responsabilidad objetiva aun existiendo caso fortuito o fuerza mayor, ha sido considerada por el maestro Ernesto Gutiérrez y González, quien expresa que: ". . . no obstante que se produce un daño que debiera en un principio indemnizarse conforme a la idea de la responsabilidad objetiva, la ley civil determina que no debe surgir esa responsabilidad por el empleo de mecanismos: . . . c).- *En caso fortuito.*" (108)

(107) *Ibid.* p. 600.

(108) *Ibid.* p. 793.

Si se atiende bien a lo transcrito en líneas que anteceden, podemos resaltar que el maestro Ernesto Gutiérrez y González, al igual que nosotros, considera que en caso fortuito (o fuerza mayor), debería existir la indemnización conforme a la idea de la responsabilidad objetiva, pero que en nuestro derecho no se da ese supuesto ya que la ley civil determina que no debe surgir esa responsabilidad.

Asimismo hemos encontrado que en otras legislaciones estatales el capítulo de la responsabilidad civil está mejor estructurado y como ejemplo señalamos el Código Civil del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala. Este Código, en su Libro Cuarto, Título Quinto, trata lo relativo a la Responsabilidad Civil; en su Sección Primera, trata lo relativo a las Reglas Generales; en su Sección Segunda, trata lo relativo a las Personas Obligadas a la Responsabilidad Civil; en su Sección Tercera, trata lo relativo a la reparación del Daño y de los Perjuicios; y por último en su Sección Cuarta, trata lo relativo a la Responsabilidad Objetiva.

En el Código Civil del Distrito Federal, existe un único capítulo relativo a la responsabilidad civil y el cual se ubica en el Libro cuarto, Título Primero, Capítulo V, De las Obligaciones que nacen de los actos ilícitos. Es criticable el hecho de que bajo el nombre "De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos" se encuentre incluido un artículo, que es el artículo 1913, ahora en comento, el que se refiere a la responsabilidad objetiva, es decir, este artículo se refiere a la responsabilidad que surge únicamente por el daño causado, y aunque no se obre ilícitamente, esto es, para el supuesto de la norma no interesa la idea de la culpa, y sin embargo se incluyó precisamente en el capítulo en donde se regula la fuente de obligaciones que se funda sobre una culpa; por lo cual se debería aislar el artículo 1913 del Capítulo de los hechos ilícitos, ya que como se dijo, en la responsabilidad objetiva no interesa la idea de culpa, debiéndose crear un capítulo destinado a la Responsabilidad Objetiva, pudiéndose seguir como modelo el capitulado del Código Civil del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala.

El anterior señalamiento, no se hace con el fin de efectuar un estudio comparativo de legislaciones, sino que el único propósito, además de señalar la incongruencia de ubicar un artículo relativo a la responsabilidad civil sin culpa, dentro del capítulo de los hechos ilícitos, es el de apoyar nuestra afirmación en relación a que debe existir responsabilidad objetiva aun cuando el daño se haya

dado por caso fortuito o fuerza mayor, y decimos que nos apoyamos en la legislación civil del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala, porque además de estar claramente dividido el tema de la Responsabilidad Civil, en su artículo 1420 relativo a la Responsabilidad Objetiva en su parte conducente establece que: "ARTICULO 1420.- La responsabilidad establecida en este artículo existirá aun cuando el daño se haya causado por caso fortuito o fuerza mayor."; así podemos expresar que compartimos el criterio de los legisladores y doctrinarios que elaboraron el Código Civil del Estado de Tlaxcala, en cuanto a la Responsabilidad Objetiva y su relación con el caso fortuito o fuerza mayor.

Una vez planteado el caso fortuito o fuerza mayor, afirmamos que en la responsabilidad objetiva, a la cual hace alusión el artículo 1913 del Código Civil para el Distrito Federal, no se debería poder alegar como excepción, por parte del causante del daño, que éste se dio por un caso fortuito o por fuerza mayor, ya que la responsabilidad objetiva, como se dijo, se da incluso existiendo una conducta lícita, jurídica e inculpable, y el caso fortuito y la fuerza mayor son riesgos que deben perjudicar a aquel que aprovecha en su favor un mecanismo peligroso que crea riesgos de daño. Así, expresamente podemos afirmar que en un caso concreto, el poseedor de un mecanismo peligroso que cause un daño, no debería poder invocar como excepción el artículo 2111 del Código Civil para el Distrito Federal, el que establece lo siguiente: "ART. 2111.- Nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa o contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad o cuando la ley se la impone."; y afirmamos que no podrá invocarlo porque la responsabilidad objetiva surge aun existiendo una conducta lícita, jurídica e inculpable, decir lo contrario sería dejar casi sin efectos la figura de la responsabilidad objetiva, porque en la mayoría de las situaciones, en donde se utiliza una cosa o mecanismo peligroso y que se ocasiona un daño, existe una conducta lícita, jurídica e inculpable, y el único factor que ocasiona que se cause un daño, es el caso fortuito o la fuerza mayor. Tampoco se podría excepcionar, el causante de un daño, ya que como proponemos más adelante, se debe incluir en el artículo 1913 este supuesto (el caso fortuito o fuerza mayor) de la existencia de la responsabilidad objetiva; situación que si el mismo artículo 1913 la contemplara, se cumpliría la parte final del artículo 2111. "ART. 2111.- Nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa o contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad o cuando la ley se la impone.", es decir, que no se podría invocar este último

artículo como excepción, ya que la misma ley, en este caso el artículo 1913, estaría imponiendo al poseedor de una cosa peligrosa que ocasionara un daño que lo reparara, incluso en caso de fuerza mayor o caso fortuito.

En relación a lo anterior, el tratadista Rafael Rojina Villegas, en su obra *Derecho Civil Mexicano*, realiza un estudio pormenorizado del artículo 1913 del Código Civil, él dice que para la elaboración de este artículo, los legisladores se inspiraron en el artículo 404 del Código Civil de la antes llamada Unión Soviética, sigue refiriendo que en el artículo 404, se habla de la responsabilidad que nace del ejercicio de una actividad que constituya un peligro para los demás con quienes convive el agente. En este artículo se señala como ejemplos de actividades de esta clase, empresas de ferrocarriles y de tranvías, las empresas manufactureras, la exhibición y posesión de animales feroces, el tráfico de cosas inflamables, la construcción de fábricas, etc, y en general, todo aquello que crea un peligro cierto para la comunidad. Nos sigue diciendo este autor, que el artículo 404 de la Legislación Soviética, y que fue inspiración para el artículo 1913 de nuestro Código Civil, reza lo siguiente: Art. 404.- Las personas e instituciones cuyas actividades implican un considerable peligro para los demás, responderán de los perjuicios causados por tal causa, si no probasen que el daño se produjo por fuerza mayor, intención o negligencia inexcusable de la propia víctima.

En relación al artículo 404 de la Legislación Soviética y su influencia en el artículo 1913 del Código Civil para el Distrito Federal, textualmente Rafael Rojina Villegas Dice: "Nuestro artículo 1913 del Código Civil vigente, acepta el principio general del artículo 404 del Código Civil ruso, pero expresamente lo modifica al suprimir la fuerza mayor como una causa de liberación de la responsabilidad motivada por el uso de cosas peligrosas." (109)

Tal y como se puede apreciar de lo anteriormente vertido, nuestro artículo 1913 del Código Civil vigente, acepta el principio general del artículo 404 de la Legislación Soviética, pero nuestro artículo suprime la fuerza mayor como una causa de liberación de la responsabilidad motivada por el uso de cosas peligrosas, es decir, que si el artículo 1913 de nuestra legislación suprime expresamente la fuerza mayor como una causa de liberación de la responsabilidad motivada por el uso

(109) Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit p. 68.

de cosas peligrosas, entonces podemos concluir que el espíritu de éste artículo, es el no poder invocar como causa de liberación de la responsabilidad objetiva la fuerza mayor o caso fortuito, posición ésta en la que estamos totalmente de acuerdo tal y como lo hemos venido manifestando, misma conclusión a la que llega el autor Rafael Rojina Villegas.

Acceptando el supuesto de que el espíritu del artículo 1913 no admita como causa de exoneración la fuerza mayor o caso fortuito, entonces nos preguntamos, ¿por qué en la actualidad en nuestra práctica procesal se sigue invocando como causa de exoneración de la responsabilidad objetiva el caso fortuito o fuerza mayor?, la única respuesta que podemos dar es que existe desconocimiento de parte de los litigantes y de nuestras autoridades judiciales y por lo tanto, y tal y como lo proponemos en el cuerpo de este apartado, se debe incluir textualmente en el artículo 1913 del Código Civil vigente, que la fuerza mayor o caso fortuito no son y ni pueden ser invocados como causa de exoneración de la responsabilidad objetiva.

Además del apoyo doctrinario que hemos invocado en favor de nuestro criterio jurídico, también se ha encontrado apoyo jurídico, como es el caso de la siguiente tesis de jurisprudencia que a la letra dice.

RESPONSABILIDAD OBJETIVA. La legislación, la jurisprudencia y la doctrina, han analizado la responsabilidad en el accidente de automóvil, y, si bien en derecho penal el caso fortuito es una circunstancia que exime de la responsabilidad criminal, y en los casos de accidentes automovilísticos es donde con más frecuencia suele aplicarse esta circunstancia eximente, puesto que el daño se produce por causas normalmente ajenas a la voluntad y previsión del sujeto que, habiendo puesto todo el cuidado que los hombres diligentes emplean en el ejercicio de su actividad para evitar la lesión de los derechos ajenos, el evento se produce. El caso fortuito, en lo penal, concurre en gran parte de los accidentes que no pueden preverse o que previstos, no pueden evitarse. Típico es el ejemplo de la rotura involuntaria de algún elemento esencial de los mecanismos de conducción. Los hechos no son consecuencia de un acto negligente cuando se ha cuidado de los mecanismos, su reparación y normal funcionamiento, de manera que suele absolverse al conductor que no puede dominar el movimiento del vehículo por rotura de los frenos. En resumen, se trata de un acto lícito llevado a cabo con la debida diligencia, no sólo con la ordinariamente exigible, sino con la requerida para el caso particular. Penalmente no puede excusarse al chofer en los casos de imprudencia, diversa del caso fortuito, mas debe demostrarse que no hubo diligencia suficiente en el responsable, faltando el cuidado o la previsión adecuados. Estas consideraciones no son aplicables al supuesto de la responsabilidad objetiva que regula el artículo 1913 del Código Civil al señalar: "Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese

daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima". Este precepto establece el concepto de naturaleza objetiva de que las cosas peligrosas son aquellas que normalmente causan daños, es decir, aquellas que llevan virtualmente o en potencia el daño, de manera que su simple empleo es el supuesto de que parte la ley para atribuir la consecuencia de la responsabilidad de su propietario. La legislación contemporánea consigna la teoría objetiva del riesgo y no la subjetiva de la culpa. El derecho moderno, ha explicado la doctrina, sustituye el concepto de responsabilidad por el de reparación; no se trata ya de atribuir la responsabilidad por la intención o la culpa, sino establecer quién debe reparar el daño. Al producirse el daño por el uso de las cosas peligrosas, es opinión corriente la que atribuye la reparación a quien cause el daño.

Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 1917-1988. Pág. 2658.

Sexta Época, Cuarta Parte: Vol. LVII, Pág. 133. A.D. 669/58. Azucarera Veracruzana, S.A. 5 votos.

Tal y como se puede apreciar de la tesis de jurisprudencia antes transcrita, el caso fortuito si es causa de eximente en materia penal, pero en materia civil, concretamente en el supuesto de la responsabilidad objetiva, no es, ni puede ser causa de eximente el caso fortuito o fuerza mayor, ya que como lo establece esa tesis de jurisprudencia, en el derecho moderno, se sustituye el concepto de responsabilidad por el de reparación, y que no se trata ya de atribuir la responsabilidad por la intención o la culpa, sino establecer quién debe reparar el daño. Y en el supuesto de la responsabilidad objetiva, quien causa un daño aun habiendo mediado caso fortuito o fuerza mayor, debe responder por el daño causado.

3.4 Necesidad de especificar los supuestos de exoneración de una persona que hace uso de mecanismos peligrosos.

El artículo 1913 del Código Civil para el Distrito Federal, estipula únicamente como exoneración de la persona que hace uso de mecanismos peligrosos la culpa o negligencia inexcusable de la víctima, este artículo en lo conducente establece lo siguiente: "ART. 1913.- Cuando una persona hace uso de mecanismos, . . . está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima."; creemos que es injusto establecer únicamente como exoneración de la persona que hace uso de mecanismos peligrosos la culpa o negligencia inexcusable de la víctima, debiéndose incluir como exoneración de la persona que hace uso de mecanismos peligrosos el demostrar la culpa de un tercero.

Lo anterior se puede ilustrar con el siguiente ejemplo: Una persona que va guiando con cuidado su automóvil, se detiene al encenderse la luz roja del semáforo, al mismo tiempo cruza la calle un peatón, y en ese momento el automóvil de un tercero a gran velocidad se precipita contra el automóvil detenido frente al semáforo rojo y por el impacto, hace que éste último se precipite contra el peatón y lo atropelle. En este caso el peatón atropellado, tratará de fincarle responsabilidad al que conducía el vehículo que lo atropelló. Pero pensamos que de acuerdo con el espíritu de la responsabilidad objetiva, al que conducía el vehículo que atropelló al peatón le está permitido demostrar la culpa del tercero y lograr así su justa exoneración. Lo contrario sería una injusticia.

3.5 Propuesta de reforma del artículo 1913 del Código Civil para el Distrito Federal.

Dado lo manifestado con anterioridad, proponemos que el artículo 1913 del Código Civil para el Distrito Federal, quede en los siguientes términos:

ART. 1913.- Cuando una persona utilice como poseedor civil o precario, por sí o por medio de un subordinado, mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, 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.

La responsabilidad establecida en este artículo existirá aun cuando el daño se haya causado por caso fortuito o fuerza mayor. Si el daño se debiera a la culpa de un tercero, de quien no debe responder el poseedor civil o precario, aquél será el responsable.

4.- Problemática en torno al artículo 1915 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

El artículo 1915 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, establece lo siguiente: "ART. 1915.- La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

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

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

"Las anteriores disposiciones se observarán en el caso del artículo 2647 de este código."

A fin de analizar la problemática que representa el artículo 1915 en cuestión, se desglosa por párrafos de la siguiente manera:

4.1 Párrafo primero. Problema conceptual de indemnización.

Párrafo primero del artículo 1915: "ART. 1915.- La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios."

El contenido del párrafo antes transcrito, se refiere en general a la indemnización en caso de daño. La indemnización, según el decir del maestro Ernesto Gutiérrez y González se define como "... la necesidad jurídica que tiene una persona de observar una conducta que restituya al estado que guardaba, un derecho ajeno, antes de la realización de un hecho dañoso, culpable o no, que le es imputable a éste, y de no ser posible ello, debe realizar una prestación equivalente al monto del daño y del perjuicio, si lo hubo." (110)

De acuerdo con la definición de indemnización antes transcrita y confrontándola con el párrafo en comento, encontramos que el error en que incurrieron los legisladores, es el de darle a la indemnización el carácter de optativa, siendo esto contrario a derecho, ya que como lo menciona Ernesto Gutiérrez y González, "La indemnización en derecho, y en ley que esté científicamente elaborada, con respecto de los principios jurídicos, se traduce en la reposición de las cosas al estado que guardaban antes del hecho ilícito o lícito dañoso, y sólo cuando ello no es posible, entonces se traduce en la entrega de una suma de dinero." (111)

Así tenemos que al establecerse en el artículo 1915 primer párrafo, que es optativo para el ofendido escoger entre el restablecimiento de la situación anterior al daño o el pago de daños y perjuicios, los legisladores dan un nuevo aspecto de la indemnización por demás contraria a derecho, siendo que para ellos decir indemnización es sinónimo de restituir las cosas al estado anterior al daño o

(110) Gutiérrez y González, Ernesto. *Deracho* . . . , p. 499.

(111) *Ibid.* pp. 501 y 502.

el pago de daños y perjuicios, indistintamente, lo cual es equívoco, ya que en derecho el fin primero de la indemnización es el restituir las cosas al estado que guardaban antes del daño ocasionado, y en caso de que no fuera posible restituir las cosas al estado que guardaban antes del daño ocasionado, entonces y solamente entonces se procederá al pago de daños y perjuicios.

En relación a esto acertadamente el maestro Ernesto Gutiérrez y González manifiesta que: ". . . indemnizar no es como vulgarmente se supone el entregar una cantidad de dinero. En derecho la indemnización consiste en restituir las cosas al estado que guardaban antes de la conducta dañosa, y sólo cuando ello resulte imposible, se traduce la indemnización en un pago por el daño y el perjuicio . . ." (112)

Los anteriores razonamientos y con los cuales coincidimos, únicamente son aplicables a la indemnización por daño material, porque en relación al daño moral se ha visto que la mejor forma de proporcionar satisfactores es mediante la entrega de dinero, y no devolviendo las cosas al estado en que se encontraban antes del suceso dañoso.

En relación al párrafo en comento y con base en lo antes expuesto, proponemos que el primer párrafo del artículo 1915 quede en los siguientes términos: "La reparación del daño debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él, y cuando ello no sea posible, en el pago de daños y perjuicios."

4.2 Párrafo segundo. Problemática y controversia en relación a quiénes correspondería la indemnización en caso de muerte de la víctima.

El segundo párrafo del artículo 1915 y que procedemos a analizar reza lo siguiente: "Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total o permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima."

El problema del segundo párrafo del artículo 1915 lo encontramos en la parte final que señala lo siguiente: "En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima." Según nuestro criterio, y apoyado en diversos autores, el artículo en comento no tenía porqué sujetar la

(112) *Ibid.* p. 499.

entrega de la indemnización a los herederos de la víctima.

A fin de poder entrar de lleno a la problemática y controversia del segundo párrafo del artículo 1915 del Código Civil primeramente se debe establecer que el destinatario del resarcimiento es la persona del damnificado, y que no siempre quien recibe directamente el daño es la persona del damnificado, ya que uno puede ser quien reciba el daño y otro ser el damnificado y recibir la indemnización correspondiente. Los damnificados y destinatarios del resarcimiento, dependiendo del caso concreto, pueden ser las siguientes personas.

a).- Cuando la persona sobrevive al daño que se le causó y le lesionó un derecho, es decir, que el daño le produzca incapacidad total o permanente, parcial pennante, total temporal o parcial temporal, el damnificado es la persona que sobrevive al daño, y será éste el destinatario del resarcimiento.

Respecto de este supuesto no existe controversia, ya que efectivamente si el titular del derecho lesionado sobrevive al daño ocasionado, él será el destinatario del resarcimiento.

Los autores en este sentido coinciden; así, Rafael Rojina Villegas dice, que cuando la víctima sufre sólo "... determinadas lesiones que no traen consigo la muerte, el problema presenta características distintas, toda vez que es indiscutible que sólo la víctima podrá exigir la reparación del daño, aun cuando éste origine una incapacidad permanente y definitiva para el trabajo." (113)

b).- La problemática y controversia.

La problemática y controversia con el segundo párrafo del artículo en comento surge en el momento en que el citado párrafo en su parte final establece que: "En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima."; esta afirmación, según nuestro criterio, no es cierta, ya que cuando la lesión provoque la pérdida instantánea de la vida, los damnificados deberán ser los familiares de la víctima, y no los herederos.

Así, afirmamos que los familiares de la víctima, cuando ésta muere, deben ser éstos los damnificados, debiéndose entender por familiares al conjunto de ascendientes, descendientes, esposa,

(113) Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. p. 103.

concubina o quienes hacían vida en común con el de cujus y a quienes económicamente sostenía o de quienes económicamente dependía. A la conclusión anterior, de qué es lo que se debe entender por familiares, hemos llegado a partir de las siguientes definiciones de familia.

Para Jorge Sánchez Azcona, considera a la familia como, "... el núcleo primario y fundamental para proveer las necesidades básicas del hombre y sobre todo de los hijos, quienes por su carácter independiente deben encontrar plena respuesta a sus carencias, como requisito para lograr un óptimo resultado en su proceso de crecimiento y desarrollo.

"La familia ha demostrado históricamente ser el núcleo indispensable para el desarrollo del hombre, el cual depende de ella para su supervivencia y crecimiento". (114)

Para Mario Ongay la familia "... consiste en todas las personas que viven o han vivido bajo el mismo techo, al menos por un tiempo significativo en la vida de sus miembros. ...". (115)

Luis Leñero nos dice que, "... la familia es una unidad social que refleja en sí misma los grandes problemas de la sociedad global en la que vivimos. Es, además una unidad de relaciones humanas que dependen de miles de influencias externas y que se relacionan prácticamente con todos los problemas y dimensiones de la vida humana. ...". (116)

Como se puede observar en estas definiciones, son diversos los factores que intervienen para puntualizar el significado de la palabra familia y éstos básicamente son: convivencia, residencia común, procreación de hijos, cooperación económica y moral, etc.

De acuerdo a las definiciones antes transcritas, para nosotros el concepto de familia es aquel grupo de personas que, descendiendo de un mismo tronco común o lazo de sangre, o que teniendo un vínculo por afinidad, o un vínculo de convivencia y residencia común, tienen relaciones de diversos tipos como pueden ser las afectivas, las de dependencia o cooperación económica y moral, convivencia, de ayuda mutua, etc, y cuyo objetivo fundamental es satisfacer las necesidades básicas de todos sus miembros.

Asentado lo anterior, entonces por familiares debemos entender al conjunto de ascendientes, descendientes, esposa, concubina o quienes hacían vida en común con el de cujus y a quienes económicamente sostenía o de quienes económicamente dependía. Por lo tanto la parte final del párrafo aquí cuestionado, es incorrecta, tal y como lo demostraremos a continuación.

(114) Sánchez Azcona, Jorge. *Familia y Sociedad*. Cuadernos de Joaquín Mortiz. México 1974. p. 15.

(115) Ongay, Mario. *La familia de las clases medias en México, Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales. ¿Qué para con la Familia?* Editada por la U.N.A.M. por la Dirección General de Publicaciones. México 1981. p. 5.

(116) Leñero Otero, Luis. *La Familia*. Instituto Mexicano de Estudios Sociales, Asociación Nacional de Universidades e Institutos de Enseñanza Superior, Editorial Edicol S.A. México 1976. p. 11.

b.1).- Problemática.

El problema se plantea de la siguiente manera. La parte final del párrafo segundo del artículo 1915 del Código Civil, establece que: "En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima."; de acuerdo a la ley, "herederos" son aquellas personas que con arreglo a la ley pueden adquirir por herencia los bienes que constituyen el patrimonio del de cujus, entonces, cómo es posible que el artículo 1915 del Código Civil sujete, a que la indemnización que corresponda por causa de un daño que le ocasione la muerte a una persona, tenga que ser entregada a los herederos de ésta. La obligación de pagar la indemnización por causa de un daño, surge por la muerte de la víctima, es decir, el derecho indemnizatorio nunca ingresó al patrimonio del de cujus, entonces, la indemnización de ninguna manera forma o puede formar parte del patrimonio de la herencia; a quien en dado caso les corresponde reclamar la indemnización correspondiente, sería a los familiares de la víctima, quienes harían valer una acción propia, debiendo probar el propio daño, es decir, deben acreditar que efectivamente fueron damnificados por la muerte de la víctima, y quien era su familiar.

Respaldando lo anterior, Domenico Barbero dice que si la lesión consiste en la pérdida de la vida y que dicha pérdida sea un efecto instantáneo del hecho ilícito, entonces "... no hay tiempo para la maduración de un derecho del difunto que pueda transmitirse a los herederos, puesto que la sucesión se verifica en la muerte (infra, n. 1034), y objeto de transmisión puede ser lo que en ese momento haya entrado ya en el patrimonio, pero no la esperanza, ni aun siquiera la probabilidad, de ganancias futuras, razón por la cual, aun queriendo admitir una acción de los herederos *iure hereditario*, no se sabría qué consistencia práctica atribuirle, con qué contenido sustanciar la demanda; podrá haber, en cambio, una acción propia, *iure proprio* de parientes (progenitores, consanguíneos, hijos, etc.), que por la muerte del pariente hayan sido directamente damnificados en sus personas por cuanto el pariente por ejemplo, era su sostén..." (117)

A este efecto podríamos señalar que el artículo 1915 en comento, está creando un derecho inexistente en favor de la víctima que muere como consecuencia de un daño recibido, y con base en esto, ese derecho inexistente se puede transmitir a los herederos de la víctima, situación en la que no estamos de acuerdo, porque según nuestro parecer, es contraria a derecho.

(117) Barbero, Domenico. *Sistema de derecho Privado*, Tomo IV, Contratos. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1967. p. 746.

b.2).- Controversia en relación a la muerte instantánea de la víctima.

Algunos autores apoyan la teoría y sustento del artículo 1915 del Código Civil, en relación a que la indemnización en caso de muerte de la víctima, si es transmisible a los herederos de ella, por lo cual a continuación desvirtuaremos lo dicho por esos autores, apoyándonos en la doctrina, en la misma ley y aportando nuestro criterio jurídico.

El hecho de desvirtuar lo apoyado por esos autores, es con el fin de darle consistencia legal a nuestra afirmación relativa a que la indemnización le debe corresponder a los familiares de la víctima y no a los herederos, en el entendido de que las personas incluidas dentro del concepto "familiares", no necesariamente son los herederos, aunque en dado caso pudiesen concurrir ambas calidades, tanto la de familiares como la de herederos. En este apartado únicamente se tratará lo relativo al caso en que la víctima muera instantáneamente, y por lo que respecta al supuesto en que la víctima sufra un daño y este daño no le cause la muerte instantáneamente sino con posterioridad, esto será tratado en el apartado señalado como inciso "c).-". Con el propósito de no perder la idea de los autores que serán impugnados de nuestra parte, se transcriben literalmente sus argumentos.

El autor Rafael Rojina Villegas, dice que: "El derecho a exigir la reparación del daño, es un derecho personal o de crédito, que tiene como fuente jurídica el hecho ilícito, o bien, en los casos de responsabilidad objetiva, el uso de mecanismos peligrosos que causen daño aun cuando se obre licitamente. Por consiguiente, el citado derecho personal forma parte del patrimonio y por su naturaleza no es de los que se extinguen con la muerte, de tal manera que es susceptible de transmisión hereditaria. En la conclusión anterior no prejuzgamos para el caso especial de muerte de la víctima, y sólo nos referimos en términos generales al derecho de exigir la reparación del daño cuando se causen lesiones que traigan consigo una incapacidad para el trabajo." (118)

En relación a lo anterior, podemos señalar lo siguiente. Efectivamente el derecho a exigir la reparación del daño, es un derecho personal o de crédito, que tiene como fuente jurídica el hecho ilícito, o no ilícito, como es el caso de la responsabilidad objetiva. En esto estamos totalmente de acuerdo con el autor antes señalado.

El autor aquí comentado también señala que el citado derecho personal, forma parte del patrimonio de la víctima y que por su naturaleza es de los que no se extinguen con la muerte, de tal manera que es susceptible de transmisión hereditaria, y que en esta conclusión no se prejuzga para el caso

(118) Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. p. 106.

especial de muerte de la víctima y que sólo se refiere en términos generales al derecho de exigir la reparación del daño cuando se causen lesiones que traigan consigo una incapacidad para el trabajo. En relación a esto, también estamos de acuerdo con Rafael Rojina Villegas, ya que efectivamente el derecho a exigir la reparación del daño es un derecho personal o de crédito y que corresponde solamente a la víctima que sufrió el daño, siempre y cuando ésta no muera como consecuencia del daño causado; entonces, si no muere y únicamente se causan lesiones que originen incapacidad para el trabajo, obvio es que el derecho a exigir la reparación del daño corresponderá exclusivamente a la víctima y este derecho no se extingue con la muerte, sino que puede ser transmitido hereditariamente. Cabe aclarar, que no estamos aceptando que el derecho a exigir la reparación del daño, sea un derecho que le corresponda a la víctima ingresar en su patrimonio, cuando ésta muera instantáneamente como consecuencia del daño sufrido, sino lo que estamos aceptando, es que si le corresponde a la víctima del daño reclamar la reparación del mismo, y por esto, ese derecho entra dentro de su patrimonio, siempre y cuando no muera instantáneamente como consecuencia del daño sufrido; situación anterior que será aclarada y sustentada en el presente trabajo.

De igual manera el autor aquí controvertido dice: "En nuestro concepto, en los casos de muerte instantánea o posterior al hecho, es la víctima la que sufre directamente el daño y tiene derecho a ingresar en su patrimonio la indemnización que conforme a la ley corresponda. Si aceptamos que ese derecho entró al patrimonio de la víctima, lógicamente debemos concluir que es un derecho transmisible por herencia, correspondiendo a la sucesión exclusivamente exigir la reparación del daño."

"En los casos en que la víctima muera instantáneamente, el problema se complica, en virtud de que pudiera estimarse que ese derecho a exigir la reparación del daño, no entró a su patrimonio y, por consiguiente, que no fue transmisible por herencia. Sin embargo, consideramos que basta un instante en el tiempo para solucionar este problema jurídico. El daño se causa a la persona en vida, lo cual es indiscutible, pues el hecho causante del mismo, trae como consecuencia la muerte. En el momento mismo en que se sufre la lesión mortal se infiere el daño a la persona, y es por virtud de este daño como nace su derecho a exigir una determinada indemnización, de tal manera que ese derecho entró a su patrimonio en el instante mismo en que muere. No es un daño que se origine ya muerta la persona, de tal manera que se trate de un derecho que nazca independientemente del patrimonio de la víctima; así supongamos que la muerte fue instantánea, la víctima ha tenido por virtud del daño que se le causa, el derecho de hacer entrar a su patrimonio la acción de responsabilidad civil para transmitirla por herencia." (119)

(119) *Ibid.* pp. 105, 106 y 108.

De igual opinión es el autor Antonio de Ibarrola quien manifiesta que en el caso: "... en que el lesionado fallece instantáneamente como consecuencia de la LESIÓN: de todos modos se considera que hubo un SEGUNDO entre la lesión y la muerte: el derecho entró en el patrimonio [sic.] y se transmite a los herederos." (120)

Al respecto manifestamos e impugnamos de la siguiente manera los párrafos antes transcritos. Uno de los sustentos jurídicos de los autores antes mencionados es el decir que en caso de muerte instantánea o posterior al hecho, la víctima es quien sufre el daño y por tal motivo tiene derecho a ingresar en su patrimonio la indemnización que conforme a la ley corresponda. Aparentemente este sustento es válido, porque se podría decir que efectivamente la víctima es quien sufre el daño; pero tal parece que no se tomó en cuenta, que el daño y sus consecuencias no necesariamente se restringen al daño directo o físico que haya sufrido la víctima, sino que el daño tiene un mayor campo de aplicación, pudiendo lo familiares de la víctima sufrir también un daño como consecuencia de la muerte de un familiar, daño denominado *lucrum cessans*, más claro, no se debe confundir a la víctima del evento lesivo, con el o los damnificados.

Apoyando lo anterior citamos a Eduardo A. Zannoni, quien manifiesta que: "Ya hemos dicho que no debe confundirse víctima del evento dañoso con damnificado, aunque muchas veces ambos coinciden. De tal modo, puede ocurrir que en razón del daño inferido a la víctima, otras personas sufran perjuicios de orden patrimonial o moral. Son damnificados indirectos, que experimentan el daño 'de rebote' ..."

"... el caso de los damnificados por muerte de una persona es el ejemplo más usual y frecuente ... " (121)

Con el fin de hacer más entendible lo expresado en relación al daño lucro cesante que indirectamente sufren los familiares de la víctima, señalamos lo siguiente.

La palabra daño, se puede considerar como un género, el cual a su vez se subdivide en especies llamadas daño emergente y daño lucro cesante.

Dice Jaime Santos Briz, que el daño es "... todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y del cual haya de responder otra" (122). El daño, según Santos Briz, no sólo comprende la disminución de los bienes patrimoniales existentes (*damnum emergens*), sino también las ganancias que se dejan de obtener (*lucrum cessans*).

(120) De Ibarrola, Antonio. *Covax y Sucesiones*. 7ª ed. Editorial Porrúa, S.A. México 1991. p. 665.

(121) Moisset de Espanés, Luis; y otros. *Responsabilidad Civil en Materia de Accidentes de Automotores*. B.C.C. Editores Santa Fe. Argentina, 1985. pp. 273 y 275.

(122) Santos Briz, Jaime. Op. Cit. p. 107.

En relación a esto, Adriano De Cupis dice que: "Si el objeto del daño es un interés actual, o sea, el interés relativo a un bien que ya corresponde a una persona en el instante en que el daño se ha ocasionado, se tiene un daño emergente; pero, si por el contrario, el objeto del daño es un interés futuro, es decir, el interés relativo a un bien que todavía no corresponde a una persona, se tiene un daño lucro cesante." (123)

La misma subdivisión de daño la encontramos en nuestro Código Civil, que dice en su artículo 1915 párrafo primero lo siguiente: "La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios."; como claramente se puede desprender de este artículo la reparación del daño consiste en pago de daños y perjuicios; es decir, el concepto de daño (como género), incluye en sí al pago de daños (como especie) y perjuicios.

El daño emergente va a provocar un empobrecimiento del patrimonio en sus valores actuales. El empobrecimiento de ese patrimonio, va a tener lugar ya sea por la ejecución del acto ilícito o por la inejecución de la obligación a debido tiempo.

Por último podemos señalar que el daño emergente, es el daño efectivamente sufrido por el acreedor con motivo del incumplimiento, es decir, es el perjuicio efectivamente sufrido.

El daño lucro cesante, es la ganancia de la cual fue privado el damnificado.

En el daño lucro cesante, va a existir la frustración de una ganancia o de la utilidad que se haya dejado de percibir, ya sea por parte de la víctima del acto ilícito, o ya sea por parte del acreedor de la obligación por la falta del oportuno cumplimiento.

Además de lo anterior parece ser que no se tomó en cuenta, por parte de Antonio de Ibarrola y de Rafael Rojina Villegas, que las consecuencias del daño que sufre la víctima, no únicamente se restringen al daño directo y físico que ésta haya sufrido, sino que la vida en sí misma, tiene un valor económico, un valor resarcible, siendo los beneficiarios los familiares de la víctima.

Al respecto Guillermo A. Borda expresa que: "El punto de vista económico, la muerte de una persona puede tener incidencias muy diferentes. El fallecimiento del padre de familia, sostén de su mujer e hijos, provoca un daño patrimonial claro, cierto, indiscutible."

"... la jurisprudencia ha mantenido firmemente ... el principio de que la vida humana es un bien indemnizable." (124)

(123) De Cupis, Adriano. Op. Cit. p. 312.

(124) Borda, Guillermo A. Op. Cit. pp. 166 y 167.

Y si aceptamos que la vida humana es un bien indemnizable, entonces, necesariamente los únicos beneficiarios de la indemnización correspondiente por la muerte de una persona tienen que ser sus familiares ya que si bien es cierto, que el daño directo se ocasiona a la víctima quien fallece, también es cierto que los familiares resienten el daño, en su variante de daño lucro cesante, y por tanto tienen el derecho de recibir la cantidad correspondiente a la vida de su familiar, que es un bien resarcible. Los familiares en este caso, no reclaman la reparación del perjuicio sufrido por el difunto, es decir, los daños físicos que éste haya sufrido, sino que reclaman la reparación del perjuicio sufrido y que experimentan personalmente, es decir, reclaman la pérdida de la vida de su pariente, y que es un bien indemnizable.

Establecido lo anterior, podemos ver claramente que no es del todo cierta la afirmación de Rafael Rojina Villegas y de Antonio de Ibarrola al decir, que en el mismo momento en que se ocasiona la lesión mortal se infiere el daño a la persona, que por virtud de ese daño nace su derecho para exigir una determinada indemnización y que de tal manera, ese derecho entró a su patrimonio en el instante mismo en que muere. No es del todo cierta tal afirmación, ya que el daño, aunque se cause directamente a la víctima y ésta muera instantáneamente, no hubo tiempo suficiente para la maduración del supuesto derecho de la víctima a ingresar la reparación del daño ocasionado dentro de su patrimonio, y que ese derecho, a su vez, lo pueda transmitir a sus herederos por herencia, ya que lo único que puede formar parte del patrimonio del de cujus, es lo que hasta el momento de la muerte haya entrado ya en el patrimonio, y no derechos futuros que en el caso de la muerte instantánea, se generan precisamente en ese momento, es decir, en el momento en que ocurre el fallecimiento y no antes o después.

El autor Antonio Hernández Gil es de la anterior idea, él nos dice que cuando: ". . . el daño consista en la muerte instantánea de una persona. En este caso no llega a experimentar propiamente el daño; no sobrevive el perjudicado al daño. El daño es su propia muerte . . . El Código penal -más perfecto que el civil en la regulación de la responsabilidad civil- confiere acción directa a los familiares e incluso a los terceros que resulten perjudicados . . ." (125)

Con base en lo anterior, afirmamos categóricamente que el difunto no tiene ni puede ingresar dentro de su patrimonio un derecho que para él no existía ni podrá existir, ya que él como persona deja de tener capacidad jurídica en el mismo momento de la muerte, tal y como lo establece el artículo 22 del Código Civil y que reza lo siguiente: "La capacidad jurídica de las personas físicas se

(125) Hernández Gil, Antonio. Op. Cit. p. 565.

adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código."

Así podemos definir brevemente la capacidad jurídica, como la aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones, además de poder participar directamente en la vida jurídica, es decir, de hacerlo personalmente. Si se suprime la capacidad jurídica desaparece la personalidad por cuanto que impide al ente la posibilidad jurídica de actuar.

Asimismo Rafael Rojina Villegas invoca el artículo 1281 del Código Civil, el que a la letra dice: "ART. 1281.- Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte."; e invoca este artículo diciendo que el difunto no puede perder el derecho a la indemnización que le corresponda por concepto del daño causado ya que la herencia es la sucesión en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte. Al respecto consideramos que hay, por parte de este autor, una errónea interpretación del artículo 1281, ya que efectivamente, la herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte, pero lo que al parecer, no se tomó en cuenta por parte de este autor, es que todos los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte, son bienes, derechos y obligaciones que debieron necesariamente ingresar al patrimonio del difunto antes de que éste perdiera su capacidad jurídica, es decir, antes de que muriera, ya que extinta la capacidad jurídica de una persona, ésta no puede adquirir derechos ni obligaciones; no debiendo confundir, y lo cual sí es probable y legítimo, que el difunto en vida haya adquirido bienes, derechos o contraído obligaciones, los que no hayan sido resueltos en el momento mismo de su adquisición o celebración, sino que sean de resolución posterior, es decir, el de cujus pudo haber comprado un bien inmueble, el que adquirió a plazos; antes de que terminara de pagarlo, él fallece, pero por este hecho no se libera su sucesión de seguir pagando los plazos en las fechas y términos convenidos. También puede darse el caso de que el difunto en vida haya prestado cierta cantidad en dinero, misma cantidad que debía ser pagada en fecha cierta, siendo que cuando se vence esa fecha la persona ya ha fallecido, y no por este hecho se pierde su derecho a reclamar el pago de la cantidad prestada.

Un supuesto más que consideramos interesante, es aquél en el cual en un accidente fallecen tanto la víctima como el responsable, en este caso, no porque el responsable muera incluso instantáneamente, dejará de responder por los daños causados, ya que la acción que motivó que se causaran daños a la víctima, inició en vida del responsable, y si éste muere en el accidente, esto no lo exime de la responsabilidad de pagar los daños y la indemnización correspondiente; este criterio tiene su sustento en el artículo 91 del Código Penal, el cual dice a la letra lo siguiente: "ART. 91.- La muerte del delincuente extingue la acción penal, así como las sanciones que se le hubieren impuesto, a excepción de la reparación del daño, y la de decomiso de los instrumentos con que se cometió el delito y de las cosas que sean efecto u objeto de él.". En estos supuestos que acabamos de señalar, los mismos tienen resolución con posterioridad a la muerte de la persona, pero no por este hecho se pierden sus derechos u obligaciones contraídas pero son derechos, bienes u obligaciones que se adquirieron en vida, y no bienes, derechos u obligaciones que nazcan con posterioridad a la muerte de la persona, es decir, todos los bienes, derechos u obligaciones de una u otra forma iniciaron en vida del difunto y no con posterioridad a ella.

Los motivos expresados con anterioridad, creemos que son suficientes para desvirtuar que el artículo 1281 del Código Civil, invocado por el autor Rafael Rojina Villegas, sea aplicable y también que sea sustento jurídico para afirmar que el derecho de reparación del daño ocasionado, ingrese al patrimonio de la víctima y ésta lo pueda transmitir por herencia.

En apoyo a nuestro criterio y razonamientos jurídicos antes vertidos, encontramos a los siguientes autores que manifiestan, en relación a este tema, los razonamientos que a continuación se expresan:

Domenico Barbero dice que si la lesión consiste en la pérdida de la vida y que dicha pérdida sea un efecto instantáneo del hecho ilícito, entonces "... no hay tiempo para la maduración de un derecho del difunto que pueda transmitirse a los herederos, puesto que la sucesión se verifica en la muerte (infra, n. 1034), y objeto de transmisión puede ser lo que en ese momento haya entrado ya en el patrimonio, pero no la esperanza, ni aun siquiera la probabilidad, de ganancias futuras, razón por la cual, aun queriendo admitir una acción de los herederos *iure hereditario*, no se sabría que consistencia práctica atribuirle, con qué contenido sustanciar la demanda; podrá haber, en cambio, una acción propia, *iure proprio* de parientes (progenitores, consanguíneos, hijos, etc.), que por la muerte del pariente hayan

sido directamente damnificados en sus personas por cuanto el pariente por ejemplo, era su sostén. . . ". (126)

El autor José Puig Brutau dice que ". . . el derecho del causante a obtener reparación por los daños y perjuicios sufridos durante su vida se transmite a sus herederos, por tratarse de un derecho de crédito perfectamente transmisible. Pero el caso es diferente cuando la obligación de indemnizar surge a consecuencia de la muerte producida al causante, pues en tal supuesto el causante no pudo transmitir un derecho que no tuvo en vida. La cuestión a decidir es si las personas que experimentan un perjuicio por la muerte causada a otra, adquieren un derecho propio a exigir del responsable la indemnización correspondiente al daño material y moral que directamente han experimentado, o si, por el contrario, adquieren el derecho quienes justifiquen ser herederos de la víctima.

"La doctrina del Tribunal Supremo sobre esta cuestión puede resumirse de la siguiente manera: la indemnización debida por un acto o accidente que causa la muerte no es un derecho incorporado al patrimonio de la víctima, por ser simultáneo su origen con la desaparición de la persona que debiera adquirirlo, y por ello la legitimación para el ejercicio de la acción no exige que se demuestre ser heredero del fallecido, sino que ha de probarse el perjuicio directo sufrido por el reclamante." (127)

Como se puede apreciar de las transcripciones de las ideas de estos autores, las que compartimos totalmente, ellos han llegado a la conclusión de que el derecho de reclamación de un daño no está, ni puede estar incorporado al patrimonio de la víctima, por ser simultáneo su origen con la desaparición de la persona que debía adquirirlo, y por tanto, no puede transmitir a través de la sucesión un derecho que no tenía y que ni siquiera había madurado para poderlo atribuir a la víctima.

Además del apoyo doctrinario que hemos transcrito con anterioridad, también encontramos apoyo legal en diversas tesis de jurisprudencia que a continuación se transcriben, y de las cuales se desprende cuál es y debe ser el espíritu del artículo 1915 en relación a quienes deben ser los acreedores de la indemnización.

RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA. QUIENES ESTAN LEGITIMADOS PARA RECLAMARLA. Para exigir la responsabilidad objetiva, no es necesario demostrar el entroncamiento con la víctima que fallece, porque el derecho a la indemnización no corresponde al occiso y, por tanto, ni a sus causahabientes o herederos universales, sino que corresponde a su familia, como ordena el artículo 1916, del Código Civil, o sea el conjunto de ascendientes, descendientes, esposa, concubina o quienes hacen vida en común con el finado y a quienes económicamente sostenía.

Tercera Sala
Apéndice 1985.
Parte: IV

(126) Barbero, Domingo. Op. Cit. p. 746.
(127) Puig Brutau, José. Op. Cit. pp.76 y 77.

Tesis: 263

Página: 752

Quinta Epoca:

Suplemento de 1956, pag. 435. Amparo directo 168/54/2da.Sec. Servicio de Transportes Eléctricos del Distrito Federal. 30 de abril de 1954. 5 votos. La publicación no menciona Ponente.

Suplemento de 1956, pag. 432. Amparo directo 604/54/2da.Sec. Servicio de Transportes Eléctricos del Distrito Federal. 5 de julio de 1954. 5 votos. La publicación no menciona ponente.

Sexta Epoca, Cuarta Parte:

Volumen VIII, pág. 343. Amparo directo 1554/57. Alimentos Nacionales, S.A. 25 de julio de 1958. 5 votos. Ponente: José Castro Estrada.

Volumen XXXI, pág. 99. Amparo directo 910/59. Lorenza Flores. 6 de enero de 1960. 5 votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.

Volumen CXXIX, pág. 74. Amparo directo 6602/65. María Jara Juárez. 11 de marzo de 1968. Mayoría de 4 votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa.

RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA. BASTA ACREDITAR EL PARENTESCO CON EL DE CUJUS PARA ESTAR LEGITIMADO. (LEGISLACION DEL ESTADO DE JALISCO). Es inexacto que el albacea de una sucesión o los herederos legalmente declarados sean los únicos legitimados para reclamar la indemnización proveniente de la responsabilidad civil objetiva, dado que si la obligación proveniente de ese daño específico nace por la muerte, ello implica que los derechos relativos no se crean para el muerto, sino para su familia (parientes); caso en el cual no se trata de la herencia, sino del ejercicio de un derecho propio que consigna la ley cuando ocurre la muerte del ofendido, pero en beneficio de sus parientes, ya que el derecho indemnizatorio nunca ingresa al patrimonio del de cujus; además de que la finalidad objetiva es tutelar el derecho de los familiares de la víctima permitiendo el resarcimiento con facilidad, rapidez y economía. Por tanto, basta acreditar el parentesco con el occiso para estar legitimado a fin de exigir la responsabilidad objetiva, ya que la indemnización no corresponde a aquel sino a sus familiares, según se infiere de una recta interpretación de los artículos 1836 y 1215 del Código Civil jalisciense.

Semanario Judicial de la Federación. Octava Epoca. Tomo IX. Tesis, III. 3º C. 241 C. Página, 520.

Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del Tercer Circuito.

Amparo Directo 903/91. Salvador Rocha Olmos. 23 de enero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: María de los Angeles E. Chavira Martínez. Secretario: Miguel Lobato Martínez.

RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA. LEGITIMACION PARA RECLAMAR LA INDEMNIZACION CUANDO LA VICTIMA FALLECE. La circunstancia de que el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1915 disponga que "En caso de muerte la indemnización corresponde a los herederos de la víctima", no implica que el albacea de la sucesión o sus herederos legalmente declarados sean los únicos legitimados para reclamar la indemnización, pues como la obligación proveniente de este daño específico nace por la muerte de la víctima, y el derecho indemnizatorio nunca ingresó al patrimonio de ésta, basta acreditar el parentesco con el occiso para estar legitimado, ya que la finalidad del precepto citado es tutelar a los familiares de la víctima permitiendo el resarcimiento con facilidad, rapidez y economía.

Octava Epoca. Tomo V, Segunda parte, tesis 260, página 436.

Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Amparo directo 4185/89. Secretario General de Protección y Vialidad del Distrito Federal. 29 de marzo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Refugio Raya Arredondo. Secretario: Daniel Patiño Pereznegri.

c).- Tercer supuesto de quién o quiénes pueden ser los damnificados o destinatarios del resarcimiento.

Si la lesión consiste en la pérdida de la vida pero no instantáneamente, sino como una consecuencia retardada del hecho ocasionante del daño, los damnificados, es decir, la o las personas que sean los destinatarios del resarcimiento pueden, en dado caso, sustentar dos calidades y ejercitar dos acciones; una, la acción propia o *iure proprio* y otra, la acción de los herederos o *iure hereditario*; y en tal supuesto, serían por un lado damnificados por la muerte que se ocasionó a su familiar, y por otro lado serían herederos de la acción de reparación que si haya entrado al patrimonio de la víctima.

Contrario a lo anterior, Rafael Rojina Villegas dice que: "Ahora bien, si tales actos jurídicos son válidos y por lo tanto está en la capacidad de la víctima ejecutarlos, no puede sostenerse que además de esa acción o derecho que la víctima misma puede ceder o renunciar, exista un derecho autónomo en los que dependen económicamente de la misma víctima, para exigir la reparación del daño." (128)

Nosotros opinamos que cuando una persona fallece con posterioridad al acontecimiento lesivo, puede ocurrir que exista conjunción de acciones en una sola persona, esto es, la acción *iure proprio* y la acción *iure hereditario* se ejercitarían por una sola persona, esto sucede cuando la muerte de la víctima no ocurre instantáneamente, sino con posterioridad al hecho lesivo; en este caso, cuando la persona ha sufrido un daño pero no muere instantáneamente, surge para él, el derecho a reclamar personalmente el resarcimiento del daño ocasionado, pudiendo transmitirlo a sus herederos. Así, por un lado ya existiría el derecho personal de la víctima que no muere instantáneamente como consecuencia del hecho lesivo. Después, en el supuesto de que la víctima muera como consecuencia del hecho lesivo, los familiares de ella, a su vez, tienen el derecho propio de reclamar la indemnización correspondiente por la muerte de su familiar, así es como en este caso, si los mismos familiares fueran a la vez herederos de la víctima, por un lado tendrían a su favor la acción *iure proprio* y por otro lado la acción *iure hereditario*, siendo así dobles destinatarios del resarcimiento, por un lado por derecho propio, y por otro, por ser herederos de la víctima; no debiendo confundir, ni equiparar a la acción *iure proprio* con la acción *iure hereditario*, ya que ambas son distintas y en dado caso, implicarían diferentes prestaciones, es decir, si

(128) Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. p. 107.

un familiar a su vez fuera heredero, le corresponderían diversas prestaciones, unas por corresponderle por derecho propio y otras por ser heredero de la víctima, y entonces, en este último caso, le corresponderían las prestaciones debidas al de cujus y que él recibiría no como derecho propio, sino como heredero de la sucesión del de cujus.

En nuestro apoyo invocamos lo dicho por Domenico Barbero, quien dice que: "... puede ocurrir también que las dos acciones, *iure proprio* y *hereditario*, confluyan en las manos del mismo sujeto que, damnificado personalmente, sea también heredero; lo cual puede ocurrir cuando la muerte del afectado siga a distancia de tiempo, como consecuencia retardada del acontecimiento lesivo. En este caso, a la verdad, con anterioridad a la muerte está la acción propia del afectado, para hacer valer el propio daño, acción que ciertamente, dentro del plazo de prescriptibilidad en cuanto al afectado mismo, se trasmite a sus herederos; y para admitir una acción *iure proprio* de los herederos o de otros, cuando se siga la muerte, aunque retardada, como consecuencia del hecho ilícito, yo no vería otra dificultad sino la de oponer que la acción *iure hereditario* comprende todo el daño ocasionado: dificultad, sin embargo, que se supera replicando que ello no tiene relieve frente al daño nuevo y autónomo que la muerte irroga directamente a esas categorías de parientes..." (129)

Por su parte Rafael Rojina Villegas sigue opinando lo siguiente: "Para tal demostración consideramos indiscutible que si la víctima no muere instantáneamente, sólo ella podrá exigir la reparación del daño, de tal manera que está capacitada para ejecutar respecto de sus derechos todos los actos jurídicos de disposición que la ley reconoce. Independientemente de que en ese caso la víctima sería la que personalmente entablara su demanda, reclamando no sólo por la lesión sufrida, sino por las consecuencias necesarias a la misma cuando sea mortal y llegue a sobrevenir la muerte. En esa virtud, cuando la víctima no muere instantáneamente, puede transmitir su derecho por contrato en una cesión onerosa o gratuita, o por testamento. Sería algo indiscutiblemente válido que en ese estado, momentos antes de la muerte, la víctima hiciera su testamento para incluir expresamente entre los bienes objeto de la transmisión hereditaria, el derecho a exigir la reparación por el daño sufrido, comprendiendo la indemnización correspondiente para el caso de muerte, ya que conforme al sistema observado en el derecho civil y reconocido expresamente por nuestro Código, en la reparación se incluyen no sólo los daños y perjuicios causados, sino también aquellos que deben ser consecuencia inmediata y directa del hecho origen de los mismos." (130)

Coincidimos con este autor, en cuanto a que si la víctima no muere instantáneamente, sólo ella podrá exigir la reparación del daño, de tal manera que está capacitada para ejecutar respecto de sus derechos todos los actos jurídicos de disposición que la ley reconoce. Hasta aquí es nuestra coincidencia, ya que según nuestro criterio no es válida la afirmación de este autor, en relación a que momentos antes de la muerte, la víctima hiciera su testamento para incluir dentro de los bienes y

(129) Barbero, Domenico. Op. Cit. pp. 746 y 747.

(130) Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. p. 107.

derechos materia de la sucesión, el derecho a exigir la reparación del daño sufrido, comprendiendo además la indemnización correspondiente para el caso de muerte, ya que en nuestra legislación civil se incluye no sólo los daños y perjuicios causados, sino también aquellos que deben ser consecuencia inmediata y directa del hecho origen de los mismos.

En relación a esto creemos que es cierto que la persona que ha sufrido un daño y no muere instantáneamente como consecuencia del daño, sí puede transmitir por herencia su derecho a reclamar la reparación del daño, pero no creemos que sea procedente que transmita su derecho a reclamar la indemnización correspondiente para el caso de muerte, ya que este derecho no surge para la víctima del daño, porque mientras siga con vida, ese derecho no nace aún, y en el momento en que nace ese derecho, es precisamente cuando la víctima del daño muere, entonces, ese derecho ya no pudo haber nacido para ella, sino para sus familiares, por lo cual no creemos procedente que alguien en su testamento pueda transmitir un derecho que no ha nacido. En relación al fundamento jurídico a que hace mención el autor en cuestión, y que se trata del artículo 2110 del Código Civil, éste establece lo siguiente:

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

Según el autor Rafael Rojina Villegas, éste es el fundamento jurídico por el cual una persona puede transmitir mediante testamento, cesión onerosa o gratuita, su derecho a la indemnización correspondiente en caso de muerte, y que esto es válido, ya que el artículo antes transcrito establece que los daños y perjuicios son consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse; al respecto nos preguntamos ¿Cuándo alguien sufre una lesión, la consecuencia inmediata, directa y necesaria es la muerte?, lo único que podemos responder es que no, que la muerte no es una consecuencia inmediata, directa y necesaria, cuando alguien sufre una lesión, además de que, aun con una lesión grave, la muerte es impredecible, y por tanto, no es, ni puede ser una consecuencia inmediata, directa y necesaria de cualquier lesión.

d).- Soluciones al problema de quién o quiénes deben ser los destinatarios del resarcimiento.

Resumiendo lo anterior respecto de quién o quiénes deben ser los destinatarios del resarcimiento, tenemos lo siguiente: si el daño consiste en la lesión de un derecho a la cual sobreviva la víctima, ésta será la destinataria del resarcimiento; si la lesión consiste en la pérdida de la vida y ésta es de manera instantánea, los destinatarios del resarcimiento serán los familiares de la víctima.

El problema surge cuando la víctima no muere instantáneamente, pero muere como consecuencia directa del hecho lesivo, a tal conflicto proponemos la siguiente respuesta.

La muerte no es una consecuencia inmediata, directa y necesaria de una lesión grave, ya que para que una lesión se pueda considerar mortal y así estar en la posibilidad de afirmar que una persona murió como consecuencia del hecho lesivo, debe transcurrir cierto tiempo de maduración y desenlace de una lesión grave.

Las posibles consecuencias mortales que produce una lesión, no pueden trascender en el tiempo infinitamente, es decir, las posibles consecuencias mortales que una lesión grave implica, deben madurar y resolverse en un tiempo determinado, para así poder afirmar que la lesión inferida a una persona le causó la muerte o no. Esto es importante para saber, en dado caso, cuál es la acción que se puede intentar por parte de los damnificados y qué prestaciones se pudieran exigir, porque no se podría exigir a alguien la reparación del daño como consecuencia de la muerte de una persona, cuando se demuestre, que aunque haya habido una lesión, ésta no fue la causante de la muerte de la víctima.

Sugerimos que para estar en posibilidades de saber el tiempo de maduración de una lesión, se adopte, por parte de la legislación civil, el criterio contenido en el artículo 303 del Código Penal, el cual en lo conducente establece:

"ART. 303.- Para la aplicación de las sanciones que correspondan al que infrinja el artículo anterior, no se tendrá como mortal una lesión, sino cuando se verifiquen las tres circunstancias siguientes:

I.- Que la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada por la misma

lesión y que no pudo combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios;

II.- Que la muerte del ofendido se verifique dentro de sesenta días, contados desde que fue lesionado;"

Nuestra sugerencia de que la legislación civil adopte el anterior criterio, tiene su fundamento en el artículo 303 del Código Penal el que según nuestra opinión, cuenta con los requisitos necesarios, lógicos y de tiempo para considerar una lesión mortal. Si aceptamos que en la legislación civil, concretamente en la responsabilidad civil, se adopte el criterio de que, una lesión sólo puede considerarse mortal si la muerte se debe a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios; y que la muerte del ofendido se verifique dentro de sesenta días, contados desde que fue lesionado, con esta aceptación se podría sistematizar de mejor manera y no se prestaría a confusión de quién o quiénes podrían ser los destinatarios del resarcimiento, y además, qué prestaciones serían las procedentes; tal y como lo explicamos a continuación.

d.1).- Solución al problema cuando la muerte de la víctima no es instantánea.

En este caso se pueden dar dos supuestos.

d.1.1).- Muerte no instantánea de la víctima, pero sí dentro de los sesenta días.

Si la muerte no es instantánea pero sí dentro de los sesenta días y la persona muere como consecuencia del hecho lesivo, surge para él un derecho propio o *iure proprio*, para poder reclamar la reparación del daño, derecho que a su vez puede transmitirlo por herencia a sus herederos; en este caso, consideramos que el único derecho propio que surge para la víctima del hecho lesivo, es la indemnización correspondiente por el tiempo que transcurrió entre el día de la verificación del hecho lesivo y el día en que se verificó la muerte, esto es, en ese lapso pudo haber existido una incapacidad temporal.

El anterior criterio lo fundamentamos en lo expresado por Guillermo A. Borda, quien dice al respecto lo siguiente: "... corresponde admitir el lucro cesante que ha persistido durante el pleito; así ocurre si la incapacidad temporaria se ha prolongado después de la traba de la litis, manteniendo en inactividad al damnificado. La indemnización debe compensar todo el daño, ...". (131)

Y creemos que si surge para la víctima un derecho propio, el cual en el supuesto antes planteado, sería una incapacidad temporal, ya que es obligación del causante del daño resarcir completamente todos los daños sufridos por la víctima como consecuencia del hecho lesivo, y así, la incapacidad temporal cubriría el daño sufrido por la víctima, a partir de que se verificó el daño y mientras no fallezca.

En apoyo a lo anterior, citamos a Guillermo A. Borda, quien dice al respecto: "Según la teoría objetiva de la reparación integral, lo que interesa fundamentalmente es el resarcimiento completo de todos los daños sufridos por una persona como consecuencia del obrar contrario al derecho de otra."

"Los Tribunales admiten la reparación de la incapacidad aunque se pruebe que la víctima no desempeñaba ninguna tarea remunerativa ...". (132)

Ejemplificando lo anterior, supongamos que en un accidente la víctima no muera instantáneamente, pero sí dentro de los sesenta días siguientes a la verificación del accidente, y que permanezca quince días hospitalizada y fallezca; a nuestro parecer, únicamente nacería para él el derecho a la indemnización correspondiente al tiempo que permaneció hospitalizado, es decir, tendría derecho a reclamar el pago de la indemnización por la incapacidad temporal, pero no nacería para él el derecho de reclamar una indemnización por concepto de incapacidad total permanente, o parcial permanente, ya que estas incapacidades serían, en dado caso, definitivas, y como el supuesto planteado implica la muerte de la víctima, entonces serían absorbidas por el daño mayor, es decir, la muerte.

A este respecto Guillermo A. Borda dice: "Si durante el curso del pleito se ha producido una agravación de las lesiones o de otros daños sufridos por la víctima, el juez debe acoger la prueba del mayor daño y reconocerlo en la sentencia.". (133)

En este mismo supuesto que hemos venido manejando, la víctima no fallece instantáneamente, sino dentro de los sesenta días siguientes al hecho dañoso y como consecuencia del mismo; en este caso, respecto de los familiares y herederos se deberán seguir las siguientes reglas.

(131) Borda, Guillermo A. Op. Cit. p. 164.

(132) Ibid. pp. 153 y 160.

(133) Ibid. p. 163.

Los herederos únicamente tendrán derecho a ejercitar la acción correspondiente al pago de la indemnización por concepto de la incapacidad temporal.

Los familiares tendrán derecho a reclamar el pago de la indemnización correspondiente por concepto de la muerte de la víctima.

d.1.2).- En el supuesto en que la víctima fallezca con posterioridad a los sesenta días de que tuvo lugar el hecho lesivo, se debe considerar que no murió como consecuencia de la lesión ocasionada, entonces en este caso, únicamente surgirá en favor de la víctima el derecho propio o *iure proprio*, para reclamar la incapacidad total o permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal.

En este caso concreto, el derecho surgió únicamente para la víctima, ingresando automáticamente dentro de su patrimonio y pudiéndose transmitir a sus herederos a través de la herencia. Aquí el único derecho que surge, es la reclamación de alguna de las incapacidades antes mencionadas, y los únicos beneficiarios de la indemnización serán los herederos, sin que los familiares puedan reclamar derecho alguno.

4.3 Tercer párrafo del artículo 1915 del Código Civil.

En relación al tercer párrafo del artículo 1915 del Código Civil, a nuestro juicio no existe razón jurídica para modificarlo, por lo cual consideramos debe quedar en los mismos términos en que está redactado.

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

4.4 Cuarto párrafo del artículo 1915 del Código Civil.

El cuarto párrafo del artículo 1915 del Código Civil reza lo siguiente: "Las anteriores disposiciones se observarán en el caso del artículo 2647 de este código."

Este párrafo, consideramos debería ser suprimido del citado artículo, y en su defecto, el artículo que debería ser modificado es el 2647, con base en los siguientes razonamientos.

El artículo 2647 del Código Civil, se encuentra contemplado dentro del capítulo de los porteadores y alquiladores, este artículo establece lo siguiente: "Los porteadores responden del daño causado a las personas por defecto de los conductores y medios de transporte que empleen, y este defecto se presume siempre que el empresario no pruebe que el mal aconteció por fuerza mayor o por caso fortuito que no le puede ser imputado."

Tal y como se desprende, el supuesto de este artículo se refiere a una responsabilidad objetiva y como ya lo hemos visto y probado en el cuerpo de este capítulo, la responsabilidad objetiva surge aun y cuando exista una conducta lícita, incluyendo el caso fortuito o fuerza mayor, entonces, lo preceptuado por este artículo sería contrario a la naturaleza de la responsabilidad objetiva y existiría incongruencia entre el artículo 2647 y el artículo 1913, ambos del Código Civil, ya que en caso de accidente los porteadores deben responder del daño ocasionado, incluso si el mismo tuvo lugar como consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, es decir, la base de la obligación del porteador no es el contrato, al que hace referencia el capítulo IV de los porteadores y alquiladores, sino la base de la obligación es la ley, esto es, los artículos comprendidos dentro del capítulo V denominado de las obligaciones que nacen de los actos ilícitos.

Sirve como base de este razonamiento la jurisprudencia número 1651 al Semanario Judicial de la Federación de 1917-1988 visible a fojas 2675 y 2676 y con el rubro siguiente:

RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y CONTRACTUAL CONCURRENTES. TRANSPORTES. La responsabilidad extracontractual, por el uso de instrumentos peligrosos, es independiente de que haya o no contrato. Una empresa de transportes es responsable del daño que cause con los vehículos con que presta el servicio, tanto respecto de los pasajeros como de los simples transeúntes. Sería contrario a la equidad que dicha responsabilidad estuviera sujeta a normas distintas, sólo por el hecho de que en un caso haya contrato y en otro no. En la responsabilidad contractual se atiende a la culpa y al incumplimiento del contrato por parte del porteador, mientras que en la responsabilidad objetiva, basta el uso de instrumentos peligrosos para que deba repararse el daño causado y el obligado sólo puede librarse del pago de la indemnización, si demuestra que el daño se produjo por negligencia inexcusable de la víctima. Hay casos en que concurren los dos tipos de responsabilidades, la derivada del simple incumplimiento del contrato y la proveniente del uso de instrumentos peligrosos; entonces pueden ejercitarse a la vez dos acciones. Pero si se demanda a una empresa de transporte por el daño causado a

uno de sus pasajeros en un accidente, no puede considerarse que existan dos acciones y que puede el interesado optar entre cualquiera de ellas, puesto que la base de la obligación del porteador no es el contrato, sino la ley, y por eso sólo existe la acción extracontractual.

Sexta Epoca, Cuarta Parte:

Vol. LIX, Pág. 225.A.D. 1443/61. Autobuses de Occidente, S.A. de C.V. 5 votos.

Vol. LIX, Pág. 225.A.D. 1445/61. Autobuses de Occidente, S.A. de C.V. 5 votos.

Vol. LIX, Pág. 225.A.D. 1447/61. Autobuses de Occidente, S.A. de C.V. 5 votos.

Vol. LIX, Pág. 225.A.D. 1449/61. Autobuses de Occidente, S.A. de C.V. 5 votos.

Vol. LIX, Pág. 225.A.D. 1451/61. Autobuses de Occidente, S.A. de C.V. 5 votos.

Esta tesis apareció publicada, con el NUMERO 270, en el Apéndice 1917-1985, CUARTA PARTE, Pág. 765.

Como se desprende de la jurisprudencia antes transcrita, en caso de accidente el porteador debe responder con base en la responsabilidad objetiva y no en el contrato derivado del capítulo IV de los porteadores y alquiladores, pudiendo únicamente oponer como excepción eximente de responsabilidad, la culpa inexcusable de la víctima, por tanto, el caso fortuito o la fuerza mayor son irrelevantes para eximirlo de responsabilidad, motivos estos por los que, el artículo 2647 del Código Civil debe modificarse en los siguientes términos: "Los porteadores responden del daño causado a las personas por defecto de los conductores y medios de transporte que empleen, en los términos del Libro Cuarto, Primera Parte, Título Primero, Capítulo V."

Sirve de igual manera como fundamento legislativo el Código Civil del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala, el que en apartado anterior, expusimos los motivos de por qué consideramos que este Código está mejor estructurado que el del Distrito Federal, así en su artículo 2295 en su parte conducente, establece lo siguiente:

" Los porteadores responden:

I.- Del daño causado a las personas por defecto de los conductores y transportes que empleen, en los términos del Título Quinto del Libro Cuarto."

Tal y como se desprende de la parte conducente del artículo 2295 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala, el caso fortuito o fuerza mayor, ha sido eliminado para los porteadores, como causa eximente de responsabilidad, y remiten al Título Quinto del Libro Cuarto; forma parte del Título Quinto, Libro Cuarto, el artículo 1420, relativo a la responsabilidad objetiva, el que en lo conducente dice: "La responsabilidad establecida en este artículo existirá aun cuando el daño

se haya causado por caso fortuito o fuerza mayor. Si el daño se debiera a la culpa de un tercero, éste será el responsable.”.

Por los motivos anteriores, consideramos procedente suprimir el párrafo cuarto del artículo 1915 del Código Civil, y en su caso modificar el artículo 2647 del mismo Código, ya que en la forma en que actualmente está redactado el cuarto párrafo, únicamente obligaría a los porteadores a cumplir con lo establecido por el artículo 1915, y no con los demás artículos, siendo que el Libro Cuarto, Primera Parte, Título Primero, Capítulo V, del Código Civil para el Distrito Federal, es aplicable a los porteadores en cuestión de responsabilidad civil, y no únicamente el artículo 1915.

4.5 Propuesta de reforma del artículo 1915 del Código Civil.

Con base en todo lo manifestado respecto del artículo 1915, proponemos que este artículo quede en los siguientes términos:

ART. 1915.- La reparación del daño debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él, y cuando ello no sea posible, en el pago de daños y perjuicios.

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

En caso de muerte se seguirán las siguientes reglas:

1. La lesión sólo se tendrá como mortal cuando la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios.

II. La lesión sólo se tendrá como mortal, cuando la muerte de la víctima se verifique dentro de sesenta días, contados desde que fue lesionada.

III. Si la muerte es instantánea o no se puede precisar el momento en que suceda, la indemnización corresponderá a los familiares de la víctima, debiéndose entender por familiares al conjunto de ascendientes, descendientes, esposa, concubina o quienes hacían vida en común con la víctima y a quienes económicamente sostenía o de quienes económicamente dependía, y a falta de unos u otros, los herederos de la misma víctima.

IV. Si la muerte no es instantánea, pero sí dentro de los sesenta días contados a partir de que la víctima fue lesionada, además de la indemnización a que hace referencia la fracción anterior y que corresponderá a los familiares, los herederos y no los familiares de la víctima, tendrán derecho a reclamar el pago que corresponda por la incapacidad temporal a que hace referencia la Ley Federal del Trabajo, no pudiendo coexistir, en este supuesto, algún otro tipo de incapacidad. La indemnización se cuantificará con base en lo dispuesto por el párrafo segundo del presente artículo, contándose a partir de que la víctima fue lesionada y hasta el día en que haya ocurrido la muerte.

V. Si la muerte de la víctima ocurre con posterioridad a los sesenta días en que haya ocurrido el hecho lesivo, no se considerará como consecuencia inmediata y necesaria del daño ocasionado. En este supuesto, los herederos de la víctima podrán reclamar la indemnización correspondiente a la incapacidad que quede plenamente comprobada.

Además de la indemnización por causa de muerte o de cualquiera de las incapacidades, si el daño se causa a la persona, deben pagarse los gastos médicos y de medicinas realizados con motivo del daño.

Deben pagarse también, en su caso, los gastos funerarios, los cuales deben estar en relación a las posibilidades que hubiese tenido la víctima.

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

5.- Problemática en torno al artículo 1916.

El artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal reza: "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 aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas."

"Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código."

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

"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 hubiere tenido la difusión original."

A fin de analizar la problemática que representa el artículo 1916 en cuestión, se desglosa por párrafos de la siguiente manera:

5.1 Párrafo primero. Problemática en relación a la no contemplación de aquellos derechos que al ser vulnerados ocasionan un daño moral.

Párrafo primero del artículo 1916: "ART. 1916.- Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas."

Como se puede desprender del primer párrafo del artículo en comento, éste entra de lleno a definir lo que es el daño moral, siendo que para que pueda existir un daño moral, en primer término se tendría que establecer cuál o cuáles son los derechos que podrían ser lastimados, y como consecuencia,

surgir el daño moral. En otras palabras, el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal inicia en su primer párrafo definiendo el daño moral, es decir, inicia dando la consecuencia, sin especificar cuál o cuáles son los antecedentes de esa consecuencia, que en este caso serían los derechos de la personalidad; no se da en este artículo una introducción y ni siquiera una idea de lo que son los derechos de la personalidad, derechos que al ser vulnerados, su consecuencia es ocasionar un daño moral.

La importancia de especificar en el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal qué y cuáles son los derechos de la personalidad, es con el fin de entender cuáles son los derechos que al ser vulnerados ocasionan un daño moral. Independientemente de que en el capítulo tercero del presente trabajo ya se trató ampliamente el tema de los derechos de la personalidad, hacemos una pequeña síntesis de los derechos de la personalidad.

Los derechos de la personalidad, son aquellos derechos de los cuales goza cada individuo, denominados esenciales, los que tienden a garantizar las razones fundamentales de su vida y el desenvolvimiento y desarrollo físico y moral de su existencia, algunos de estos derechos son originarios o innatos, ya que surgen al nacer el sujeto y existen con anterioridad a su reconocimiento jurídico, como es el derecho a la vida, otros se adquieren con posterioridad, como es el derecho al nombre.

Estos derechos son absolutos *erga omnes*, inalienables, intransmisibles, imprescriptibles e irrenunciables.

En el capítulo tercero se expusieron los motivos por los cuales adoptamos la definición propuesta por el maestro Ernesto Gutiérrez y González en relación a los derechos de la personalidad, la cual a continuación transcribimos. (134)

Los Derechos de la Personalidad *SON LOS BIENES CONSTITUIDOS POR DETERMINADAS PROYECCIONES, FÍSICAS O PSÍQUICAS DEL SER HUMANO, RELATIVAS A SU INTEGRIDAD FÍSICA Y MENTAL, QUE LAS ATRIBUYE PARA SÍ O PARA ALGUNOS SUJETOS DE DERECHO, Y QUE SON INDIVIDUALIZADAS POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO. (135)

Una vez establecido que son los derechos de la personalidad, y planteado el problema en relación a incluir dentro del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal una definición de los

(134) Vid. *supra.*, cap III, pp. 56 y 57.

(135) Gutiérrez y González, Ernesto. *El Patrimonio*. p. 839.

derechos de la personalidad así como cuál es su consecuencia cuando esos derechos se violan, entramos de lleno al análisis del primer párrafo del artículo 1916.

El primer párrafo del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, se refiere a la definición legal del daño moral. Esta definición inicia de la siguiente manera: "Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro . . . ", calificar el daño moral como una afectación en los sentimientos, afectos, etc., es erróneo, ya que la palabra afectación significa "acción y efecto de afectar"; y la palabra afectar, significa "hacer impresión una cosa en una persona, causando en ella notable sensación", ésta acepción de la palabra "afectar", por sí misma, no califica que la impresión que se haga en una persona sea positiva o negativa, útil o inútil, provechosa o nociva, de tal manera que la acepción de "afectar", es la impresión que una cosa hace en una persona pudiendo ser esa impresión positiva o negativa.

Entendida la acepción de la palabra "afectación", es visible que esta palabra se puede prestar a confusión, ya que la amistad produce una afectación en los sentimientos de una persona hacia otra, entonces, según el empleo que se pretende dar a la palabra "afectación" en el artículo 1916, la amistad se podría calificar como daño moral, la misma situación se daría con las creencias religiosas; la religión afecta de manera considerable a muchas personas, entonces se podría calificar esa afectación como daño moral.

La misma definición legal califica como daño moral "la afectación que una persona sufre . . . en la consideración que de sí misma tienen los demás", calificar esto de daño moral es equívoco, ya que el cambio o alteración del concepto que una persona merece a los demás no es el daño moral; el cambio de opinión que sobre alguien tengan los demás, no es el daño moral; lo que en su caso constituye un daño moral es la repercusión de ese cambio de opinión que sobre una persona tienen los demás, porque esa repercusión puede operar en alguien ocasionando que pierda su auto-estima, su seguridad, provocando complejos, timidez, cobardía, frustración, sufrimiento o dolor.

Con base en lo anterior proponemos la siguiente definición de daño moral; definición de la cual en el capítulo cuarto dimos la justificación de por qué adoptarla. (136)

(136) Vid. *supra*, cap IV, pp. 100, 101 y 102.

Daño moral es el dolor anímico cierto y actual sufrido por una persona física que le produce una modificación disvaliosa del espíritu, o el desprestigio de una persona física o moral; dolor anímico o desprestigio ocasionado cuando los derechos de la personalidad son vulnerados por la comisión de un hecho ilícito o lícito, proveniente éste último de responsabilidad objetiva, y que la ley considere para responsabilizar a su autor.

El párrafo aquí cuestionado también establece que "Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas."

Al respecto podemos decir que consideramos ocioso, confuso y absurdo, además de que se está demostrando una carencia en el conocimiento de lo que es el daño moral, cuando se señala que hay presunción de daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas. Consideramos que es ocioso, confuso y absurdo el señalamiento de presunción, ya que tal parece que los legisladores se olvidaron que la libertad y la integridad física o psíquica son sólo dos ejemplos de los derechos de la personalidad y a fin de ejemplificar esto se transcribe la clasificación de los derechos de la personalidad.

Los derechos de la personalidad y de acuerdo a nuestro sistema jurídico mexicano, se clasifican en tres grandes grupos, que son: Parte Social Pública, Parte Afectiva y Parte Físico Somática; a su vez éstos se subdividen en diversos derechos, surgiendo la siguiente clasificación.

1.- Parte Social Pública.

- a).- Derecho al honor o reputación.
- b).- Derecho al Título profesional.
- c).- Derecho al secreto o a la reserva.

Este a su vez se subdivide en:

- c.1).- Epistolar.
- c.2).- Domiciliario.
- c.3).- Telefónico.

c.4).- Profesional.

c.5).- Imagen.

c.6).- Testamentario.

d).- Derecho al nombre.

e).- Derecho a la presencia estética.

f).- Derecho de convivencia.

2.- Parte Afectiva.

a).- Derecho de afección.

Este a su vez se subdivide en:

a.1).- Familiares.

a.2).- De amistad.

3.- Parte Físico Somática.

a).- Derecho a la vida.

b).- Derecho a la libertad.

c).- Derecho a la integridad física.

d).- Derechos relacionados con el cuerpo humano.

Este a su vez se subdivide en:

d.1).- Disposición total del cuerpo.

d.2).- Disposición de partes del cuerpo.

d.3).- Disposición de accesiones del cuerpo.

e).- Derechos sobre el cadáver.

Este a su vez se subdivide en:

e.1).- El cadáver en sí.

e.2).- Partes separadas del cadáver.

De acuerdo con la anterior clasificación, la que es enunciativa y no limitativa, la integridad física o psíquica de una persona, así como su libertad no son los únicos derechos de la

personalidad ni los mas importantes, entonces nos preguntamos ¿Por qué legislar y en particular presumir que existe daño moral únicamente cuando se vulnera o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas? la única respuesta que podemos dar es que existe un desconocimiento total de lo que es el daño moral y su forma de probarlo, ya que si como lo creemos, la intención de los legisladores era darle mayor protección a los derechos de la personalidad, es absurdo que únicamente se pretenda presumir la existencia de daño moral cuando se vulnera o menoscabe la libertad o la integridad física o psíquica de las personas, ya que como se dijo, la libertad y la integridad física o psíquica de las personas únicamente son dos de los derechos de la personalidad cuya vulneración puede ocasionar daño moral. Esto es, según el sistema adoptado por los legisladores, y si se pretendía proteger los derechos de la personalidad, no únicamente se tendría que presumir el daño moral cuando se vulnerara la integridad y la libertad de las personas, sino también en los demás derechos de la personalidad, haciéndose con esto una lista interminable que empezaría: Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnera o menoscabe el derecho al honor o reputación, el derecho al Título profesional, el derecho al secreto o a la reserva, el epistolar, el domiciliario, el telefónico, el profesional, la imagen, etc, etc.; además, también es absurdo únicamente presumir la existencia de daño moral cuando se vulnera la integridad y la libertad de las personas, ya que los legisladores no tienen por qué calificar previamente la intensidad del daño moral, es decir, según el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, párrafo primero parte final, únicamente se presume la existencia de daño moral cuando se vulnera o menoscabe la libertad o la integridad física o psíquica de las personas; con esta declaración, por parte de los legisladores, están de antemano calificando la intensidad del dolor, es decir, están calificando y dando previamente por probado el daño moral desde su aspecto subjetivo, y el aspecto subjetivo del daño moral es imposible probarlo; tal parece que los legisladores olvidaron o no conocen las reglas básicas para probar y demostrar el daño moral, el cual desde su aspecto subjetivo es imposible probar, y desde su aspecto objetivo no se puede ni debe presumirse, sino que debe probarse y demostrarse plenamente.

El daño moral desde su aspecto objetivo debe probarse plenamente, y la única persona que puede probarlo es a quien se le causó un daño moral y por tanto no puede ni debe presumirse el daño moral.

La prueba del daño moral cuenta con tres elementos esenciales para la procedencia de la acción relativa al daño moral, siendo estos elementos los siguientes:

a).- Debe probarse la relación de causalidad que vincula al sujeto activo o sujeto dañoso con el sujeto pasivo o agraviado;

b).- Se debe acreditar la existencia del hecho ilícito o lícito derivado éste último de la responsabilidad objetiva que causaron el daño moral lesionando uno o varios de los derechos de la personalidad que tutela esta figura y;

c).- El daño moral desde el aspecto subjetivo no requiere ser demostrado.

A fin de comprender mejor los tres elementos de prueba del daño moral, podemos determinar que el daño moral tiene dos aspectos, el objetivo y el subjetivo.

El aspecto objetivo del daño moral, y que comprende a los dos primeros elementos de prueba, se refiere a que se debe probar ante la autoridad judicial competente que existió un hecho ilícito o no ilícito proveniente este último de responsabilidad objetiva, además del nexo causal existente entre el sujeto activo o dañoso y el sujeto pasivo o receptor del daño, y que ese hecho provocó un daño moral independiente de si existió daño material o no; es decir, el daño moral en su aspecto objetivo, es en juicio, la demostración de la existencia de un hecho ilícito o no ilícito proveniente este último de responsabilidad objetiva, y del nexo causal existente entre el sujeto dañoso y el sujeto dañado, y que ese hecho ilícito, o no ilícito proveniente este último de responsabilidad objetiva, causaron un daño moral al sujeto pasivo; este aspecto objetivo del daño moral no puede de ninguna manera presumirse, sino que debe probarse plenamente ante la autoridad judicial, que efectivamente existió un hecho ilícito o lícito y que ese hecho vincula causalmente al sujeto dañoso con el sujeto dañado, además de que ese hecho causó un daño moral. Si el daño moral en su aspecto objetivo se pudiere presumir, sería una injusticia terrible hacia la persona demandada ya que por el solo dicho del demandante y con base en la presunción

establecida por el artículo 1916, ya no se tendría que probar la existencia del hecho ni el vínculo de causalidad.

En su aspecto subjetivo el daño moral no requiere ser demostrado, ya que esta subjetividad del daño moral se refiere al daño moral en sí, es decir, a la intensidad del dolor causado a la víctima, situación que no es posible demostrar objetivamente, ya que existiría dificultad para demostrar la existencia del dolor, del sentimiento herido por el ataque a las afecciones íntimas, a la honra, o a la reputación así como al sentimiento de inferioridad que provoca una desfiguración o el detrimento del aspecto físico. Pero la dificultad de acreditar el menoscabo de 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 la víctima únicamente debe acreditar la realidad del ataque y el juez no tiene por qué confrontar la intensidad del dolor sufrido. Si el daño moral en su aspecto subjetivo se pudiera presumir, entonces se estaría rompiendo con la regla básica de que el daño moral en su aspecto subjetivo no es posible demostrarlo ante la autoridad judicial sino que lo único que se debe demostrar es la realidad del ataque y no la intensidad del dolor sufrido.

Por todo lo antes expresado, consideramos que es absurdo y falto de técnica y conocimiento de lo que es el daño moral, presumir su existencia cuando se vulnere o menoscabe la integridad o la libertad de las personas, por lo que proponemos que se suprima del artículo 1916 la desvirtuada presunción.

Con base en lo anteriormente expuesto proponemos que el primer párrafo del artículo 1916 del Código Civil quede en los siguientes términos:

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

Enunciativa y no limitativamente se consideran derechos de la personalidad el afecto que una persona tiene por otras, su estimación por determinados bienes, el derecho que tiene al secreto de su

vida privada, así como el honor, el decoro, el prestigio, la libertad, su buena reputación, su cara e integridad física.

Los derechos de la personalidad corresponden a las personas físicas y morales, son inalienables, imprescriptibles, irrenunciables, ingravables. Respecto de las personas morales, éstas gozarán de los derechos de la personalidad en lo que sea compatible con su naturaleza jurídica.

La violación de los derechos de la personalidad puede producir daño moral y daño económico.

La violación a los derechos de la personalidad, es causa de responsabilidad civil tanto por lo que hace al daño moral como al económico, independientemente de cualquiera otra sanción que corresponda al autor de la violación.

Daño moral es el dolor anímico cierto y actual sufrido por una persona física que le produce una modificación disvaliosa del espíritu, o el desprestigio de una persona física o moral; dolor anímico o desprestigio ocasionado cuando los derechos de la personalidad son vulnerados por la comisión de un hecho ilícito o lícito, proveniente este último de responsabilidad objetiva, y que la ley considere para responsabilizar a su autor.

5.2 Párrafo segundo. Problemática en relación a la no especificación y delimitación de la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual.

Párrafo segundo del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal: "Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código."

El segundo párrafo del artículo 1916 inicia diciendo: "Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral . . . ". En relación a esto, consideramos que existe confusión en la figura jurídica denominada hecho ilícito. El hecho ilícito se puede definir como toda conducta humana culpable, por dolo o negligencia, que pugna con un deber jurídico *stricto sensu*, con lo acordado por las partes, o con una manifestación unilateral de voluntad sancionada por la ley.

Cuando alguna persona comete un hecho ilícito, surge a su cargo una responsabilidad por la comisión de ese hecho ilícito. La responsabilidad por la comisión de ese hecho ilícito, es la conducta que impone la ley de reparar los daños y perjuicios causados, a quien por una acción u omisión, los cometió por sí mismo, por medio de cosas que posee, o se cometieron por personas a su cuidado, en vista de la violación de un deber jurídico *stricto sensu* o de una obligación previa.

Con base en lo anteriormente expuesto, afirmamos que existe confusión en el manejo de la parte inicial del segundo párrafo del artículo 1916 del Código Civil al decirse que: "cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral . . . ", y existe confusión porque el hecho ilícito implica necesariamente una conducta; conducta que puede ser una acción o una omisión, y al manejar el artículo citado, el término de que un hecho u omisión ilícitos producen un daño moral, se está cometiendo una redundancia, además de que se presta a confusión, ya que tal parece que el hecho ilícito y la omisión ilícita son figuras diferentes, siendo que el hecho ilícito comprende en sí a la omisión, por lo cual consideramos que se debe suprimir en el segundo párrafo del artículo comentado, el señalamiento en relación a la omisión ilícita, como causante de daño moral.

Por otro lado, la parte inicial del segundo párrafo del artículo 1916 establece que el responsable del hecho ilícito, tendrá la obligación de reparar el daño moral mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual.

La modificación que proponemos a esta parte del segundo párrafo del artículo 1916, es que se especifique claramente que la responsabilidad es una sola, es decir, es responsabilidad civil, la cual puede ser responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual, la primera surge por la comisión de un hecho ilícito, y la segunda por la comisión de un hecho ilícito o lícito, proveniente este último de responsabilidad objetiva.

La responsabilidad civil tradicionalmente se clasifica en contractual y extracontractual.

La responsabilidad civil contractual es la obligación de reparar el daño pecuniario que se causa por el incumplimiento de una obligación previamente contraída; se traduce en el deber de pagar la indemnización moratoria o la indemnización compensatoria, por violarse un derecho relativo, derecho

que es correlativo de una obligación que puede ser de dar, hacer o no hacer, y cuyo deudor está individualmente determinado.

Así tenemos que la responsabilidad contractual es aquella proveniente de la transgresión de una cláusula particular, de una norma jurídica de observancia individual, de un contrato u otro acto jurídico de Derecho Privado.

La responsabilidad civil extracontractual se puede definir por exclusión, diciendo que es la que no es contractual; la responsabilidad civil extracontractual, no surge por el incumplimiento de una obligación previamente contraída, sino por la realización de un hecho que causa un daño pecuniario y al que la ley le atribuye la consecuencia de generar la obligación de repararlo, por violarse un derecho absoluto, derecho que es correlativo de un deber de abstención a cargo del responsable del daño cometido. Es decir, existe responsabilidad extracontractual, cuando el carácter de la norma transgredida es una norma de observancia general. Si se viola la ley y se causa un daño, se incurre en responsabilidad extracontractual, surgiendo de esta manera la obligación de reparar los daños y perjuicios; siendo el origen de esta obligación, la violación de una Ley y no de un contrato, por eso se dice que este tipo de responsabilidad es fuera de contrato, es decir, responsabilidad extracontractual.

La responsabilidad extracontractual es de dos especies, subjetiva y objetiva.

La responsabilidad subjetiva es aquella en la cual los daños han sido causados por una conducta culpable, antijurídica y dañosa, que tiene por fuente el hecho ilícito y por soporte la noción subjetiva de la culpa.

La responsabilidad objetiva tiene su razón de ser en base a la afirmación de que todo aquel que haga uso de un aparato peligroso que aumente los riesgos de provocar daños a los demás, debe responder de la reparación de los daños que se produzcan con dicho objeto por su sólo aprovechamiento, aunque no incurra en culpa o falta de conducta y aunque no viole ninguna disposición normativa.

Existe jurisprudencia firme de la cual se desprende que la responsabilidad objetiva es extracontractual, tal jurisprudencia se transcribe a la letra como sigue:

RESPONSABILIDAD OBJETIVA.- Cuando una de las partes contratantes incurre en una responsabilidad extracontractual, que es además objetiva, por haber empleado instrumentos peligrosos por sí mismos, resulta más claro que el fundamento de esa responsabilidad no es el contrato sino la ley.

El artículo 1913 del Código Civil dispone que quien haga uso de instrumentos peligrosos por sí mismos está obligado a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que el daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima. En estos casos no es necesario recurrir a la ilicitud del acto. Al dolo o la culpa grave, para establecer que la persona que cause el daño con tales instrumentos debe repararlo independientemente de que esté vinculado o no con la víctima en forma contractual. El acto dañoso no queda ya comprendido dentro de los límites del contrato y cualquiera convenio relativa al mismo no deroga las disposiciones que lo rigen. Jurisprudencia, Sexta Época. Tercera Sala. Volumen LX, Cuarta Parte. Pág. 292.

RESPONSABILIDAD OBJETIVA.- Un mismo hecho, puede dar lugar a dos responsabilidades objetivas, de naturaleza diversa y a cargo de personas distintas: a) La responsabilidad objetiva por riesgo profesional, regida por la Ley Federal del Trabajo y a cargo de la persona o empresa a cuyo servicio estaba la víctima, y b) La responsabilidad civil, por causa extracontractual, a cargo del propietario del mecanismo peligroso por sí mismo, por la velocidad que desarrolla, o por causa análoga, que haya originado el daño.

Amparo directo 3979/1963. Antonio Luna Méndez.- Septiembre 6 de 1965.- Unanimidad de 5 votos. Ponente: Mtro. Mariano Ramírez.- 3ª Sala.- Informe 1965. Pág. 27.

De ambas transcripciones se desprende que efectivamente nuestras máximas autoridades en materia judicial identifican a la responsabilidad objetiva como responsabilidad extracontractual.

Así con base en lo anterior, proponemos que el segundo párrafo del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal quede en los siguientes términos:

Cuando mediante la comisión de un hecho ilícito se produzca un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad civil contractual, como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad civil extracontractual objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente código.

La razón de especificar que la responsabilidad civil es contractual y extracontractual, y que dentro de esta última también se encuentra la responsabilidad extracontractual objetiva, es con el fin de evitar confusiones, las que ya han tenido lugar en resoluciones dictadas por las más altas autoridades judiciales, de lo cual veremos un ejemplo al tratar lo relativo al artículo 1916 Bis.

5.3 Párrafo tercero. Problemática existente al no contemplarse a quién correspondería la acción de reparación del daño moral en caso de muerte de la víctima.

Párrafo tercero del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal: "La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida."

Es verdad lo establecido en líneas que anteceden, y estamos totalmente de acuerdo en que la acción de reparación no sea transmisible a terceros por acto entre vivos y que esa acción sólo pase a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida. El problema que encontramos en este párrafo es en relación a que se omite señalar a quién correspondería la acción de reparación por daño moral en caso de que una persona muera como consecuencia de la comisión de un hecho ilícito o lícito, proveniente este último de responsabilidad objetiva; induciéndose con esta omisión a confusión de quién sería el destinatario del resarcimiento por daño moral en caso de que una persona muera como consecuencia de la comisión de un hecho ilícito o lícito, proveniente este último de responsabilidad objetiva.

La determinación de quiénes son las personas legitimadas activamente para reclamar la reparación por daño moral equivale a decir quiénes son sujetos pasivos del perjuicio y, por consiguiente, destinatarios del resarcimiento.

Dada la naturaleza particular del daño moral, se impone la necesidad de regularlo jurídicamente mediante una normativa particular distinta de aquella que es propia del daño patrimonial.

Cuando la persona que sufre directamente el daño sobrevive a él, no hay controversia, ya que solamente la víctima puede reclamar a título personal y como damnificado directo, la acción de reparación por el daño moral ocasionado.

El problema surge cuando la víctima muere y no se establece, por parte de la ley, si son los herederos o los familiares de la víctima, las personas que en dado caso serían los damnificados indirectos y que tendrían el derecho para ejercitar la acción de reparación por el daño moral ocasionado.

Proponemos que sean los familiares de la víctima los damnificados indirectos, ya que los herederos no pueden ser los destinatarios del resarcimiento de reparación moral, porque el daño moral daña intereses y derechos personalísimos y que no necesariamente deban sufrir los herederos.

Los familiares deben ser los destinatarios del resarcimiento de reparación por daño moral, a este respecto Guillermo A. Borda manifiesta que: "... no hace falta ser pariente de la víctima fallecida para tener derecho al resarcimiento del daño moral." (137)

Por su lado Eduardo A. Zannoni confirma lo dicho por nuestra parte, en relación a que los familiares de la víctima deben ser los damnificados indirectos, y a este respecto dice que: "... debe reconocerse legitimación a todo damnificado indirecto, sea que ostente un interés legítimamente protegido, sea que su interés sea simple o de hecho, lícito, en tanto demuestre un daño cierto." (138)

Por familiares se debe entender al conjunto de ascendientes, descendientes, esposa, concubina o quienes hacían vida en común con el de cujus y a quienes económicamente sostenía o de quienes económicamente dependía.

Lo anterior, lo afirmamos, ya que la familia es aquel grupo de personas que, descendiendo de un mismo tronco común o lazo de sangre, o que tienen un vínculo por afinidad, o un vínculo de convivencia y residencia común, tienen relaciones de diversos tipos como pueden ser las afectivas, las de dependencia o cooperación económica y moral, convivencia, de ayuda mutua, etc, y cuyo objetivo fundamental es satisfacer las necesidades básicas de todos sus miembros.

Así podemos decir que cuando una persona muere como consecuencia de un hecho ilícito o lícito, el agravio moral ataca los sentimientos íntimos de la familia, y por lo tanto los vínculos de solidaridad familiar transmiten a los más allegados a ésta y solamente a ellos, un padecimiento moral que el derecho no puede, sin injusticia, dejar de contemplar.

En relación a los damnificados indirectos Eduardo A. Zannoni manifiesta que: "Ya hemos dicho que no debe confundirse víctima del evento dañoso con damnificado, aunque muchas veces ambos coinciden. De tal modo, puede ocurrir que en razón del daño inferido a la víctima, otras personas sufran perjuicios de orden patrimonial o moral. Son damnificados indirectos, que experimentan el daño 'de rebote'..."

"... el caso de los damnificados por muerte de una persona es el ejemplo más usual y frecuente..." (139)

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, proponemos que el tercer párrafo del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, se complemente como sigue:

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

(137) Borda, Guillermo A. Op. Cit. p. 196.

(138) Moisset de Espanés, Luis; y otros. Op. Cit. p. 281.

(139) *Ibid.* pp. 273 y 275.

Cuando un hecho ilícito o lícito, proveniente éste último por responsabilidad objetiva, produzcan un daño moral por motivo de la muerte de la víctima, corresponderá a sus familiares la acción de reparación, debiéndose entender por familiares al conjunto de ascendientes, descendientes, esposa, concubina o quienes hacían vida en común con la víctima y a quienes económicamente sostenía o de quienes económicamente dependía, y a falta de unos u otros, los herederos de la misma víctima.

5.4 Párrafo cuarto. Problemática existente en relación a la forma de determinar el monto de la indemnización por daño moral.

Párrafo cuarto del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal: "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."

El párrafo comentado inicia diciendo que el juez determinará la indemnización tomando en cuenta los derechos lesionados, en lo cual estamos totalmente de acuerdo dada la naturaleza del daño moral, y agregaríamos que al tomar en cuenta los derechos lesionados, el juez debe hacer un análisis de ellos, es decir, debe tomar en cuenta si el agravio moral conculcó el afecto que una persona tiene por otras, su estimación por determinados bienes, el derecho que tiene al secreto de su vida privada, así como el honor, el decoro, el prestigio, la libertad, su buena reputación y su cara e integridad física, además tomará en cuenta la gravedad de los derechos de la personalidad lesionados y si fueron dañados uno o más de ellos; lo anterior lo debe tomar en cuenta el juzgador para así tener un parámetro y poder fijar la gravedad del daño causado en atención a los bienes conculcados, que influirá determinadamente en el incremento o disminución de la suma que se entregará por concepto de reparación moral, suma que no sería posible que la legislación la fijara anticipadamente para cada derecho de la personalidad violado, porque el daño moral que se ocasiona puede afectar de distinta manera a cada persona en particular.

Este mismo párrafo también señala como requisito para que el juez fije el monto de la indemnización, que se tome en cuenta el grado de responsabilidad. En relación a este requisito consideramos incorrecto que el juez tenga que tomar en cuenta para fijar el monto de la indemnización el

grado de responsabilidad, ya que el grado de responsabilidad es una característica particular del derecho penal, y la responsabilidad civil, como su nombre lo dice, pertenece al derecho civil, por lo cual el grado de responsabilidad no debe influir para fijar el monto de la indemnización, porque la finalidad de la responsabilidad civil no es castigar al responsable, sino indemnizar el daño ocasionado sin importar la mayor o menor responsabilidad existente, ya que se pone la mira en la víctima y el daño que se le ha ocasionado, y no en el responsable y el grado de culpabilidad.

A este respecto el tratadista Eugene Gaudernet nos dice que el responsable: "... queda obligado a indemnizar, y a indemnizar íntegramente: no se hará, como en materia penal, distinción alguna según el grado de responsabilidad. La responsabilidad civil es, o no es; no tolera atenuaciones. En materia de daños y perjuicios no hay ni individualización ni circunstancias atenuantes." (140)

Así podemos afirmar que en materia civil la víctima debe tener un resarcimiento pleno del daño que se le causó, sin que se tome en cuenta la mayor o menor culpa del dañador, es decir, que ya sea que exista o no culpa, la indemnización no tiene por qué variar, para la víctima que sufre el perjuicio o daño moral es indiferente la causa que lo ocasiona.

A la conclusión anterior se llegó en las Jornadas Australes de Derecho, en donde fungió como coordinador Luis Moisset de Espanes y donde se dijo que: "... la reparación del daño moral tiene carácter resarcitorio y no represivo. Por lo tanto no hay que atender a la conducta culposa o dolosa del autor del daño, ni tampoco a la causa que lo determina cualquiera que sea ella, siempre que sea fuente de la obligación de resarcir. Si el daño moral existe, la víctima requiere un resarcimiento pues tanto lesiona los sentimientos, produce dolor y afección, un ataque a la persona cuando proviene de un hecho humano, como cuando es causado por una cosa." (141)

Si en materia civil se tomara en cuenta la culpa del causante del daño para fijar la indemnización correspondiente, se correría el riesgo de estar castigando la conducta de la persona causante del daño, siendo que el fin de la reparación del daño en materia civil es reparar el daño ocasionado. Si se tomara en cuenta la culpa y ésta fuera mínima y con base en eso se otorgara un menor resarcimiento, se dejaría subsistente una parte del daño; Si se tomara en cuenta la culpa y esta fuera de mayor gravedad, y con base en eso se otorgara un mayor resarcimiento, se estaría dando al resarcimiento el carácter de pena que solamente se justifica en materia penal.

(140) Gaudernet, Eugene. Op. Cit. p. 331.

(141) Moisset de Espanes, Luis coordinador; colaboraron Borda, Brebbia y otros. *Responsabilidad Civil* (Jornadas Australes de Derecho). Dirección General de Publicaciones U.N.C., distribuye Editorial Zavalla. Córdoba. p. 129.

Es erróneo decir que la medida de la responsabilidad civil está dada por la culpabilidad, si tal fuera el supuesto, la responsabilidad objetiva en donde no existe culpa, quedaría excluida de la responsabilidad civil.

Dado lo anterior, podemos señalar las siguientes diferencias entre la indemnización del daño en la responsabilidad civil y la pena por expiación impuesta en materia penal.

- La pena es sanción impuesta a la persona del culpable principalmente, por lo tanto es proporcionada a la gravedad del acto ilícito y a la culpabilidad. La indemnización recae sobre el patrimonio del agente y es proporcionada al daño producido, ya que pretende su reparación sin tener en cuenta la gravedad de la culpa.

- La pena es personalísima del delincuente e intransmisible a sus herederos. La sanción reparadora es transmisible, tanto desde el punto de vista del agente como de la víctima.

- La pena castiga el acto ilícito delictivo, aun en grado de tentativa. La indemnización no se concibe sin un daño producido, ya que se mide por la extensión de éste.

- La pena queda sin efecto cuando el delincuente pierde su capacidad delictiva, esto se debe al carácter personalísimo de la pena. La indemnización subsiste aunque de momento, por insolvencia del responsable, no sea exigible.

- La pena tutela esencialmente un interés público o social; en cambio el resarcimiento mira a la tutela de un interés privado. Sólo el Estado puede perseguir el hecho punible; mientras el resarcimiento es objeto de un derecho privado que puede instarse mediante el ejercicio de una acción privada ante Tribunales Civiles. La pena se debe al Estado, y la indemnización al particular.

Resumiendo, podemos decir que la responsabilidad penal se traduce en un castigo y la responsabilidad civil comprende una reparación económica. El Derecho Penal busca la pena para reprimir la conducta antisocial. El Derecho Civil, busca borrar la ruptura del equilibrio patrimonial, restaurando el desajuste económico resultante de la conducta antijurídica.

El mismo párrafo cuarto, aquí comentado, del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal dispone que el juez tomará en cuenta la situación económica del responsable y la de la víctima. Al respecto consideramos que tomar en cuenta la situación económica tanto del responsable

como de la víctima es cometer un grave error e injusticia, ya que si el responsable es pobre se fijará una indemnización pequeña que recibirá la víctima independientemente de la gravedad del daño moral ocasionado; si el responsable es una persona económicamente acomodada, el juez influenciado por eso puede fijar una indemnización muy alta siendo que probablemente la gravedad del daño moral ocasionado no sea del monto fijado por el juez. Si se toma en cuenta la situación económica de la víctima también se va a cometer un grave error e injusticia, ya que indudablemente el responsable deberá pagar más cuando se dañe a un sujeto económicamente acomodado, que cuando se dañe a un obrero o a un albañil.

Creemos que a fin de que el juzgador esté en posibilidades de fijar parámetros para poder establecer una indemnización justa y equitativa por causa de daño moral, debe apreciar la hondura y gravedad del daño ocasionado en los sentimientos de la víctima, es decir, en el afecto que una persona tiene por otras, su estimación por determinados bienes, el derecho que tiene al secreto de su vida privada, así como el honor, el decoro, el prestigio, la libertad, su buena reputación y su cara e integridad física.

Cabe señalar que al referirnos a que el juez debe apreciar la gravedad del daño moral ocasionado, no estamos diciendo que ante él se compruebe el aspecto subjetivo del daño moral ya que el aspecto subjetivo del daño moral, como ya se dijo con anterioridad, es imposible probarlo, dada la índole del mismo que reside en lo más íntimo de la personalidad, aunque se manifieste a veces por signos exteriores que pueden no ser su auténtica expresión. El daño moral en su aspecto subjetivo no se puede probar ya que nadie puede indagar el espíritu de otro tan profundamente como para poder afirmar con certeza la existencia y la intensidad del dolor, la verdad de un padecimiento, la realidad de la angustia o de la decepción. A la apreciación de la intensidad a que nos referimos y que debe hacer el juez es aquella apreciación que se debe realizar a fin de poder fijar en dinero la indemnización correspondiente por daño moral, apreciación que debe ser necesariamente objetiva y abstracta. Para ello el juzgador debe tomar en cuenta cuál pudo ser hipotéticamente el estado de ánimo de una persona común, colocada en las mismas condiciones concretas en que se halló la víctima del acto lesivo, llegando así a la determinación equitativa de la cuantía del daño no mensurable, debiendo adoptar los juzgadores en lo posible criterios relativamente moderados y uniformes comprendiéndose que la reparación moral es una reparación por

equivalente (142) y que la suma de dinero entregada cumple únicamente una función satisfactoria ya que no cabe duda que establecer la existencia concreta del daño moral y su reparación consecuente, no equivale a establecer su medida y menos aún a liquidarlo sino a satisfacerlo equitativamente. Así con esos criterios moderados y uniformes se debe evitar que el monto de la indemnización constituya un enriquecimiento sin causa para la víctima que haya sufrido el daño moral, y también se debe evitar que el monto de la indemnización constituya una mera expresión simbólica inadecuada a la entidad del agravio moral padecido, agravio que deberá ser apreciado según la sensibilidad del hombre medio, es decir, de la conciencia social media de un pueblo, ya que el daño moral se infiere o deduce de situaciones determinadas que, para el hombre medio, en una comunidad y en un tiempo, son productoras o causantes de sufrimiento, sin dejar a un lado la indagación acerca de la repercusión subjetiva en cada persona.

El juez debe tratar de lograr una solución justa para ambas partes: víctima y victimario; no sacrificar a uno en aras de otro; no enriquecer con generosidad olvidando al empobrecido; ni dejar las cosas como están para evitar equivocarse.

Lo importante a destacar aquí, es que la apreciación del daño debe realizarse en concreto, no abstractamente; valorando la sensibilidad del hombre medio, además de la mayor o menor sensibilidad de la víctima; adecuándose, en consecuencia, a datos reales e individuales que el juez debe tratar de aprender rechazando los genéricos o ficticios, además de que nuestros jueces, se deben despojar de atavismos y comprender que la responsabilidad por daño moral es una responsabilidad civil, tan importante y grave como las demás responsabilidades civiles y penales.

Nuestros juzgadores deben perder el temor a condenar por cantidades considerables de dinero a los sujetos causantes de daño moral. Ya es hora de que la figura del daño moral deje de ser una figura meramente decorativa, y esta tarea corresponde en primera instancia a los administradores de justicia, es decir, a nuestros órganos judiciales.

Con base en lo anterior, proponemos que el cuarto párrafo del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal quede en los siguientes términos:

(142) Vid. *supra.*, cap V, pp. 133 y 134.

El monto de la indemnización lo determinará el juez siguiendo los siguientes parámetros:

I. Tomará en cuenta los derechos de la personalidad vulnerados haciendo un análisis de ellos.

II. Tomará en cuenta la gravedad de los derechos de la personalidad vulnerados y si fueron dañados uno o más de ellos.

III. Tomará en cuenta cuál pudo ser hipotéticamente el estado de ánimo y la sensibilidad de una persona común, colocada en las mismas condiciones concretas en que se halló la víctima del acto lesivo.

IV. Tomará en cuenta la mayor o menor sensibilidad de la víctima en base a datos reales e individuales.

V. Tomará en cuenta las demás circunstancias del caso.

VI. Declarará que la reparación moral es una reparación por equivalente y que la suma de dinero entregada cumple únicamente una función satisfactoria y que satisface equitativamente el daño moral sufrido.

VII. Declarará las razones por las cuales fijó el monto de la indemnización a fin de evitar que la misma constituya un enriquecimiento sin causa o una mera expresión simbólica inadecuada a la entidad del daño moral padecido.

5.5 Párrafo quinto.

En relación al quinto párrafo del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, a nuestro juicio no existe razón jurídica alguna para modificarlo, por lo cual consideramos debe quedar en los términos en que está redactado, siendo estos los siguientes:

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

tenido difusión en los medios informativos, el Juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.

5.6 Propuesta de reforma del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal.

Con base en todo lo manifestado respecto del artículo 1916, proponemos que se reforme en los siguientes términos:

ART. 1916.- Los derechos de la personalidad son los bienes constituidos por determinadas proyecciones, físicas o psíquicas del ser humano, relativas a su integridad física y mental, que las atribuye para sí o para algunos sujetos de derecho, y que son individualizadas por el ordenamiento jurídico.

Enunciativa y no limitativamente se consideran derechos de la personalidad el afecto que una persona tiene por otras, su estimación por determinados bienes, el derecho que tiene al secreto de su vida privada, así como el honor, el decoro, el prestigio, la libertad, su buena reputación y su cara e integridad física.

Los derechos de la personalidad corresponden a las personas físicas y morales, son inalienables, imprescriptibles, irrenunciables, ingravables. Respecto de las personas morales, éstas gozarán de los derechos de la personalidad en lo que sea compatible con su naturaleza jurídica.

La violación de los derechos de la personalidad puede producir daño moral y daño económico.

La violación a los derechos de la personalidad, es causa de responsabilidad civil tanto por lo que hace al daño moral como al económico, independientemente de cualquiera otra sanción que corresponda al autor de la violación.

Daño moral es el dolor anímico, cierto y actual sufrido por una persona física que le produce una modificación disvaliosa del espíritu, o el desprestigio de una persona física o moral; dolor anímico o desprestigio ocasionado cuando los derechos de la personalidad son vulnerados por la

comisión de un hecho ilícito o lícito, proveniente éste último de responsabilidad objetiva, y que la ley considere para responsabilizar a su autor.

Cuando mediante la comisión de un hecho ilícito se produzca un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad civil contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad civil extracontractual objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente código.

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

Cuando un hecho ilícito o lícito, proveniente este último por responsabilidad objetiva produzcan un daño moral por motivo de la muerte de la víctima, corresponderá a sus familiares la acción de reparación, debiéndose entender por familiares al conjunto de ascendientes, descendientes, esposa, concubina o quienes hacían vida en común con la víctima y a quienes económicamente sostenía o de quienes económicamente dependía, y a falta de unos u otros, los herederos de la misma víctima.

El monto de la indemnización lo determinará el juez siguiendo los siguientes parámetros:

- I. Tomará en cuenta los derechos de la personalidad vulnerados haciendo un análisis de ellos.
- II. Tomará en cuenta la gravedad de los derechos de la personalidad vulnerados y si fueron dañados uno o más de ellos.
- III. Tomará en cuenta cuál pudo ser hipotéticamente el estado de ánimo y la sensibilidad de una persona común, colocada en las mismas condiciones concretas en que se halló la víctima del acto lesivo.
- IV. Tomará en cuenta la mayor o menor sensibilidad de la víctima en base a datos reales e individuales.
- V. Tomará en cuenta las demás circunstancias del caso.

VI. Declarará que la reparación moral es una reparación por equivalente y que la suma de dinero entregada cumple únicamente una función satisfactoria y que satisface equitativamente el daño moral sufrido.

VII. Declarará las razones por las cuales fijó el monto de la indemnización a fin de evitar que la misma constituya un enriquecimiento sin causa o una mera expresión simbólica inadecuada a la entidad del daño moral padecido.

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

6.- Problemática en torno al artículo 1916 Bis del Código Civil para el Distrito Federal.

El artículo 1916 Bis del Código Civil para el Distrito Federal reza lo siguiente "Art. 1916 Bis.- No estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información, en los términos y con las limitaciones de los artículos 6º. y 7º. de la Constitución General de la República.

"En todo caso, quien 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."

A fin de analizar la problemática que representa el artículo 1916 Bis en cuestión, se desglosa por párrafos de la siguiente manera:

6.1 Párrafo primero del artículo 1916 Bis. del Código Civil para el Distrito Federal. Problemática en relación a la no justificación de la existencia del primer párrafo de este artículo.

Párrafo primero del artículo 1916 Bis: "No estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información, en los términos y con las limitaciones de los artículos 6º. y 7º. de la Constitución General de la República."

La única razón de ser del primer párrafo del artículo 1916 Bis del Código Civil para el Distrito Federal es que el mismo tuvo que ser redactado debido a las críticas que se hicieron, sólo desde el ángulo periodístico y político, cuando tuvo lugar la reforma del artículo 1916 del Código Civil del Distrito Federal; éste artículo se encontraba en vías de aprobación legislativa, y los medios de comunicación social nacionales, con absoluto desconocimiento de la ciencia técnica del Derecho, manifestaron su inconformidad con las reformas propuestas al artículo 1916, manifestando que en base al mismo, cualquier publicación periodística que se hiciera, podría configurar un daño moral y que el artículo en cuestión constituiría un ataque a la garantía constitucional consagrada como libertad de expresión.

Fue tal la presión periodística y política, más por desconocimiento de la figura del daño moral y de su reparación, que por los verdaderos alcances jurídicos de la reforma, que los miembros del órgano legislativo, decidieron incluir el artículo 1916 Bis, con dedicatoria especial para los periodistas.

Afirmamos que el artículo 1916 Bis es repetitivo y que no tiene razón de ser alguna ya que constituye un precepto legal repetido de lo consagrado en los artículos 6º y 7º Constitucionales porque con o sin la existencia del mismo, quien ejerza su libertad de expresión en los términos de los artículos 6º y 7º de nuestra Carta Magna, no incurre en ninguna responsabilidad civil o penal, ya que si el artículo 1916 Bis, dice que no podrá ser condenado por daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión o información, tal y como lo establecen los artículos 6º y 7º de la Constitución, entonces a *contrario sensu* se puede afirmar que estarán obligados a reparar el daño moral que ocasionen, quienes manifiesten su opinión, crítica, expresión o información realizándola al margen de los artículos constitucionales antes mencionados.

Los artículos 6º y 7º Constitucionales rezan lo siguiente:

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

"ART. 7º.- Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito.

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

Los artículos 6º y 7º Constitucionales, protegen la manifestación de las ideas, pero siempre y cuando no ataquen a la moral, los derechos de tercero, provoquen algún delito o perturben el orden público. La manifestación de las ideas no es ni debe ser sinónimo de impunidad, porque si a través de algún medio de difusión se ataca a la moral, a derechos de tercero, se provoca algún delito, o se perturba el orden público, entonces la infracción cometida se debe castigar conforme a la ley; y si como consecuencia de que la manifestación de alguna idea hecha a través de alguno de los medios de difusión con infracción a lo dispuesto por los artículos 6º y 7º Constitucionales se ocasiona algún daño moral a determinada persona, entonces es completamente procedente que el afectado pueda hacer valer su derecho y exigir del agresor, que se le repare el daño moral que se le hubiese ocasionado, ya que como se vuelve a repetir, la manifestación de las ideas a través de los medios de difusión no deben ser sinónimo de impunidad, y si se ocasiona un daño moral, éste debe ser reparado.

Concluyendo, afirmamos que el primer párrafo del artículo 1916 Bis, no tiene ninguna razón de ser por resultar repetitivo de lo consagrado en los artículos 6º y 7º de la Constitución General de la República y la inclusión de este artículo fue únicamente con el propósito de calmar el ambiente político reinante en la época de su reforma, aunado al desconocimiento de la figura del daño moral y su reparación, por parte de los legisladores y de la opinión pública, entendiéndose por estos últimos los medios de comunicación o cuarto poder, quienes presionaron a fin de que se anexara el artículo 1916 Bis en comentario. Aunado a lo anterior, se debe tomar en cuenta que la ley es general, y por lo tanto, no existe motivo alguno para hacer distinción de ninguna clase en relación al daño moral y mucho menos por lo que respecta a los medios de comunicación, máxime que nuestra Carta Magna establece las garantías individuales de los gobernados, mas no establece que esas garantías individuales puedan ser motivo de excepción en la infracción de algún derecho en que incurriesen los medios de comunicación.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, proponemos que la fracción primera del artículo 1916 Bis sea derogada.

6.2 Párrafo segundo del artículo 1916 Bis del Código Civil para el Distrito Federal. Problemática existente debido a las contradicciones entre los artículos 1916 y 1916 bis.

Párrafo segundo del artículo 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 hubiere causado tal conducta."

Por lo que respecta a este segundo párrafo del artículo 1916 Bis, hay que tomar en cuenta que el artículo aquí comentado es parte integrante del artículo 1916; y el primero, en su segundo párrafo, impone como obligación para la persona que demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual, el deber de acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiera causado tal conducta. Con el anterior señalamiento de que para poder demandar la reparación del daño moral se debe acreditar la ilicitud de la conducta del demandado ya sea por responsabilidad contractual o extracontractual, se cometió un error por demás absurdo y contradictorio con lo dispuesto por el artículo 1916.

Es el caso que el artículo 1916 en su segundo párrafo establece que: "Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913 . . . "; de acuerdo con el análisis que hicimos al segundo párrafo del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, se plasmó y se demostró de nuestra parte que la responsabilidad objetiva es una responsabilidad civil extracontractual (143), añadiendo únicamente y a fin de respaldar nuestro dicho lo expresado por el autor Joaquín Martínez Alfaro quien en relación a la responsabilidad extracontractual dice lo siguiente:

"Esta responsabilidad puede definirse por exclusión, diciendo que es la que no es contractual, por tanto, no se deriva del incumplimiento de una obligación previamente contratada, sino de la realización de un hecho que menciona la norma jurídica, hecho que causa un daño pecuniario y al que la norma le atribuye la consecuencia de generar la obligación de repararlo, por violarse un derecho absoluto, derecho que es correlativo de un deber de abstención a cargo de un sujeto pasivo universal e indeterminado."

"La responsabilidad extracontractual es de dos especies, subjetiva y objetiva.". (144)

(143) Vid. *Supra.*, cap VI, pp. 192 a 195.

(144) Martínez Alfaro, Joaquín. Op. Cit. p. 152.

Establecido y dado por hecho que la responsabilidad objetiva es una responsabilidad civil extracontractual, corresponde atender la naturaleza de la responsabilidad objetiva, a lo cual encontramos que siempre que surja una responsabilidad objetiva, la persona responsable estará obligada a reparar el daño ocasionado, asimismo encontramos que la responsabilidad objetiva surge aún y cuando no exista un obrar ilícito, es decir, aún y cuando la persona causante del daño obre lícitamente y cause con su obrar un daño, si tal supuesto se da, entonces estará obligado a responder por el daño que hubiese causado.

El artículo 1916 Bis en su segundo párrafo establece el deber imperativo de demostrar la ilicitud de la conducta del demandado tanto en responsabilidad contractual como extracontractual cuando se demande la reparación del daño moral; situación que es totalmente contraria a la naturaleza del daño moral y contradictoria con el artículo 1916, ya que si se siguiera la interpretación genérica del segundo párrafo del artículo 1916 Bis, que exige necesariamente la existencia de una conducta u obrar ilícito, jamás podría demandarse daño moral por responsabilidad objetiva, principio que resultaría absurdo y retrógrado en relación con la estructura general del artículo 1916 de nuestro Código Civil y el cual autoriza expresamente que el daño moral es procedente cuando se incurra en responsabilidad objetiva y ésta surge, incluso, cuando el responsable causante del daño obre lícitamente.

Así tenemos que por un lado el artículo 1916 otorga el derecho de demandar por daño moral cuando exista responsabilidad objetiva, la cual surge incluso sin que exista un obrar ilícito, es decir, aún y cuando exista un obrar lícito, y por otro lado el artículo 1916 Bis, restringe la demanda por daño moral a que se pruebe plenamente la ilicitud de la conducta del demandado incluso en responsabilidad extracontractual, y recordemos que la responsabilidad objetiva es extracontractual, y en el absurdo de todos los casos tal y como lo establece el artículo 1916 Bis, sería improcedente toda demanda por daño moral en el cual el daño hubiese sido ocasionado como consecuencia de una responsabilidad objetiva, ya que ésta surge aún obrando lícitamente el responsable causante del daño, y entonces, como el obrar es lícito, ya no se estaría en el supuesto establecido por el artículo 1916 Bis, pues éste exige la ilicitud de la conducta; siendo que esta restricción, como ya se dijo, es totalmente absurda y contraria a la naturaleza del daño moral y a la finalidad que persigue y protege este derecho.

Además de absurda y contraria a la naturaleza del daño moral, la restricción de demostrar la ilicitud de la conducta impuesta por el artículo 1916 Bis se presta y se ha prestado a confusión, tan es así, que incluso se ha dictado tesis jurisprudencial en la cual erróneamente se indica que el daño moral únicamente es procedente en caso de que exista un hecho ilícito; tesis que a continuación se transcribe para mayor claridad:

DAÑO MORAL, REQUISITOS NECESARIOS PARA QUE PROCEDA SU REPARACIÓN. 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 se produzca la obligación de reparar el daño moral; el primero, consistente 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 resarcitoria. Por tanto, no es exacto que después de la reforma de 1º de enero de 1983, del 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.

Octava Epoca.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

Tomo: 85, Enero de 1995.

Tesis: 1.5º.C.J/39.

Página: 65.

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.

Amparo directo 2515/89. Construcciones Industriales Tek, S.A. de C.V. 13 de julio de 1989.

Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Manuel Islas Domínguez. Secretario: Roberto A. Navarro Suárez.

Amparo directo 4451/91. Magdalena Monroy Centeno. 11 de diciembre de 1991. Unanimidad de votos.

Ponente: Ignacio Patlán Romero. Secretaria: Yolanda Morales Romero.

Amparo directo 5435/94. Víctor Barrera Rojas. 10 de noviembre de 1994. Unanimidad de votos.

Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Máximo Ariel Torres Quevedo.

Amparo directo 5685/94. Humberto López Mejía. 2 de diciembre de 1994. Unanimidad de votos.

Ponente: María Soledad Hernández de Mosqueda. Secretaria: Florida López Hernández.

Tal y como se puede apreciar de la tesis jurisprudencial que ha quedado transcrita, la misma explícitamente declara que el daño moral no es procedente cuando la responsabilidad civil surja como consecuencia de un hecho lícito, situación que es contraria a derecho y está en contraposición con

lo establecido por el artículo 1916 del Código Civil, el que autoriza la procedencia del daño moral en caso de responsabilidad objetiva y ésta surge aún y cuando exista un obrar lícito.

Con base en todo lo antes manifestado proponemos que el segundo párrafo del artículo 1916 Bis sea derogado.

6.3 Propuesta jurídica relativa al artículo 1916 Bis.

Finalmente y como hemos demostrado con base en nuestros razonamientos jurídicos, proponemos que el artículo 1916 Bis, sea en su totalidad derogado, ya que jurídicamente no tiene razón de ser y a mayor razón el citado artículo se presta a confusión provocando que se deje de aplicar correctamente la ley ocasionando injusticias, porque en el supuesto de que alguna persona demande la reparación del daño moral por una conducta lícita que se adecue a la responsabilidad objetiva, se le podría negar la reparación del daño moral con base en la tesis jurisprudencial antes transcrita. Motivos por los que creemos debe ser totalmente derogado el artículo 1916 Bis del Código Civil para el Distrito Federal.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El daño moral es una consecuencia que surge por la vulneración de alguno de los derechos de la personalidad.

SEGUNDA.- Desde los tiempos más antiguos los derechos de la personalidad han sido materia de protección por parte de los distintos pueblos y a través del tiempo se fue perfeccionando y sistematizando lo que hoy se conoce como derechos de la personalidad.

TERCERA.- En México los antecedentes legislativos del daño moral los encontramos en los Códigos Penales de 1871 y 1931, así como en los Códigos Civiles de 1870, 1884 y 1928.

CUARTA.- La naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad se puede determinar de la siguiente forma: Son *sui generis*, son bienes jurídicos constituidos por determinadas proyecciones físicas o psíquicas del ser humano; esas proyecciones son individualizadas por el ordenamiento jurídico; existe la obligación de los integrantes de la sociedad de respetar esos derechos; los daños ocasionados a esos derechos de la personalidad deben ser reparados.

QUINTA.- Uno de los puntos para lograr el objetivo de esta tesis es la definición de los derechos de la personalidad. A tal efecto se definen de la siguiente forma: Los derechos de la personalidad son los bienes constituidos por determinadas proyecciones, físicas o psíquicas del ser humano, relativas a su integridad física y mental, que las atribuye para sí o para algunos sujetos de derecho, y que son individualizadas por el ordenamiento jurídico.

SEXTA.- Los derechos de la personalidad son: originarios o innatos, vitalicio, necesarios, inalienables, intransmisibles, irrenunciables, inembargables, imprescriptibles, absolutos, se dan *erga omnes*.

SEPTIMA.- Al ser humano en muchas ocasiones le son infligidos dolores o menoscabos en el ánimo, provenientes esos menoscabos del obrar de otros individuos. El derecho no debe dejar de lado los daños en el espíritu cuando son ocasionados por una persona ajena a quien las sufre, por lo tanto a la figura del daño moral se le debe dar la importancia que merece.

OCTAVA.- La naturaleza jurídica del daño moral se puede ubicar de la siguiente manera: Perteneció al campo del derecho ya que es consecuencia de la vulneración de los derechos de la personalidad; se puede reparar el daño moral aunque no se borre el daño causado; el daño moral es autónomo del daño material; el daño moral se ubica dentro de la responsabilidad civil, ya que para que jurídicamente se pueda exigir la reparación del daño moral, previamente se debe probar la existencia de una responsabilidad civil.

NOVENA.- El daño moral se define como el dolor anímico, cierto y actual sufrido por una persona física que le produce una modificación disvaliosa del espíritu, o el desprestigio de una persona física o moral; dolor anímico o desprestigio ocasionado cuando los derechos de la personalidad son vulnerados por la comisión de un hecho ilícito o lícito, proveniente éste último de responsabilidad objetiva, y que la ley considere para responsabilizar a su autor.

DECIMA.- En nuestro derecho la reparación del daño moral es equivalente y satisfactoria. Es equivalente porque se da cuando las cosas no pueden volver al estado en que se encontraban antes del daño, pero se tratará de ubicar al agraviado en una situación parecida a la que vivía; esto se hace entregando una suma de dinero, que es el medio más aceptado para reparar un daño moral. Es satisfactoria, en razón de que la reparación moral no admite una evaluación en dinero de los bienes que tutela por ser estos de naturaleza extrapatrimonial; por lo tanto, en nuestro derecho el pago de una suma de dinero al agraviado, cumple una función de satisfacción por el agravio sufrido.

DECIMA PRIMERA.- El daño moral está legislado tanto en materia civil como en materia penal. Proponemos se unifiquen criterios, ya que ambas legislaciones le dan enfoques distintos al daño moral.

Asimismo por parte de los jueces civiles debe existir conocimiento del procedimiento de reparación del daño en materia penal a fin de evitarse contradicciones.

DECIMA SEGUNDA.- Nuestros juzgadores se deben despojar de atavismos y comprender que la responsabilidad por daño moral es una responsabilidad civil, tan importante y grave como las demás responsabilidades civiles y penales. Deben perder el temor a condenar por cantidades considerables de dinero a los sujetos causantes de daño moral. Ya es hora de la que figura del daño moral deje de ser una figura meramente decorativa, y esta tarea corresponde en primera instancia a los administradores de justicia, es decir, a nuestros órganos judiciales.

PROPUESTAS DE REFORMAS

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal en materia de daño moral fue reformado. Las reformas entraron en vigor el primero de enero de 1983. Fueron buenas las intenciones de las reformas pero tienen muchas deficiencias.

El objetivo principal de la presente tesis fue llegar al entendimiento y comprensión de la figura del daño moral y así tener las suficientes bases para poder proponer las siguientes reformas a los artículos 1910, 1913, 1915, 1916 y 1916 Bis. del Código Civil para el Distrito Federal.

DECIMA TERCERA.- Se propone sea reformado el artículo 1910 del Código civil vigente para el Distrito Federal en los siguientes términos:

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

Si de las constancias exhibidas ante el juez se desprende que el daño se causó como consecuencia de un delito, el juzgador acordará lo conducente con base en las leyes penales.

DECIMA CUARTA.- Se propone sea reformado el artículo 1913 del Código Civil vigente para el Distrito Federal en los siguientes términos:

ART. 1913.- Cuando una persona utilice como poseedor civil o precario, por sí o por medio de un subordinado, mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, 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.

La responsabilidad establecida en este artículo existirá aun cuando el daño se haya causado por caso fortuito o fuerza mayor. Si el daño se debiera a la culpa de un tercero, de quien no debe responder el poseedor civil o precario, aquél será el responsable.

DECIMA QUINTA.- Se propone sea reformado el artículo 1915 del Código Civil vigente para el Distrito Federal en los siguientes términos:

ART. 1915.- La reparación del daño debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él, y cuando ello no sea posible, en el pago de daños y perjuicios.

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

En caso de muerte se seguirán las siguientes reglas:

I. La lesión sólo se tendrá como mortal cuando la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios.

II. La lesión sólo se tendrá como mortal, cuando la muerte de la víctima se verifique dentro de sesenta días, contados desde que fue lesionada.

III. Si la muerte es instantánea o no se puede precisar el momento en que suceda, la indemnización corresponderá a los familiares de la víctima, debiéndose entender por familiares al conjunto de ascendientes, descendientes, esposa, concubina o quienes hacían vida en común con la víctima y a quienes económicamente sostenía o de quienes económicamente dependía, y a falta de unos u otros, los herederos de la misma víctima.

IV. Si la muerte no es instantánea, pero sí dentro de los sesenta días contados a partir de que la víctima fue lesionada, además de la indemnización a que hace referencia la fracción anterior y que corresponderá a los familiares, los herederos y no los familiares de la víctima, tendrán derecho a reclamar el pago que corresponda por la incapacidad temporal a que hace referencia la Ley Federal del Trabajo, no pudiendo coexistir, en este supuesto, algún otro tipo de incapacidad. La indemnización se cuantificará con base en lo dispuesto por el párrafo segundo del presente artículo, contándose a partir de que la víctima fue lesionada y hasta el día en que haya ocurrido la muerte.

V. Si la muerte de la víctima ocurre con posterioridad a los sesenta días en que haya ocurrido el hecho lesivo, no se considerará como consecuencia inmediata y necesaria del daño ocasionado. En este supuesto, los herederos de la víctima podrán reclamar la indemnización correspondiente a la incapacidad que quede plenamente comprobada.

Además de la indemnización por causa de muerte o de cualquiera de las incapacidades, si el daño se causa a la persona, deben pagarse los gastos médicos y de medicinas realizados con motivo del daño.

Deben pagarse también, en su caso, los gastos funerarios, los cuales deben estar en relación a las posibilidades que hubiese tenido la víctima.

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

Con base en la propuesta de modificación del artículo 1915, el artículo 2647 del Código Civil debe modificarse en los siguientes términos: Los portadores responden del daño causado a las

personas por defecto de los conductores y medios de transporte que empleen, en los términos del Libro Cuarto, Primera Parte, Título Primero, Capítulo V.

DECIMA SEXTA.- Se propone sea reformado el artículo 1916 del Código Civil vigente para el Distrito Federal en los siguientes términos:

ART. 1916.- Los derechos de la personalidad son los bienes constituidos por determinadas proyecciones, físicas o psíquicas del ser humano, relativas a su integridad física y mental, que las atribuye para sí o para algunos sujetos de derecho, y que son individualizadas por el ordenamiento jurídico.

Enunciativa y no limitativamente se consideran derechos de la personalidad el afecto que una persona tiene por otras, su estimación por determinados bienes, el derecho que tiene al secreto de su vida privada, así como el honor, el decoro, el prestigio, la libertad, su buena reputación y su cara e integridad física.

Los derechos de la personalidad corresponden a las personas físicas y morales, son inalienables, imprescriptibles, irrenunciables, ingravables. Respecto de las personas morales, éstas gozarán de los derechos de la personalidad en lo que sea compatible con su naturaleza jurídica.

La violación de los derechos de la personalidad puede producir daño moral y daño económico.

La violación a los derechos de la personalidad, es causa de responsabilidad civil tanto por lo que hace al daño moral como al económico, independientemente de cualquiera otra sanción que corresponda al autor de la violación.

Daño moral es el dolor anímico, cierto y actual sufrido por una persona física que le produce una modificación disvaliosa del espíritu, o el desprestigio de una persona física o moral; dolor anímico o desprestigio ocasionado cuando los derechos de la personalidad son vulnerados por la comisión de un hecho ilícito o lícito, proveniente éste último de responsabilidad objetiva, y que la ley considere para responsabilizar a su autor.

Cuando mediante la comisión de un hecho ilícito se produzca un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad civil contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad civil extracontractual objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente código.

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

Cuando un hecho ilícito o lícito, proveniente este último por responsabilidad objetiva produzcan un daño moral por motivo de la muerte de la víctima, corresponderá a sus familiares la acción de reparación, debiéndose entender por familiares al conjunto de ascendientes, descendientes, esposa, concubina o quienes hacían vida en común con la víctima y a quienes económicamente sostenía o de quienes económicamente dependía, y a falta de unos u otros, los herederos de la misma víctima.

El monto de la indemnización lo determinará el juez siguiendo los siguientes parámetros:

I. Tomará en cuenta los derechos de la personalidad vulnerados haciendo un análisis de ellos

II. Tomará en cuenta la gravedad de los derechos de la personalidad vulnerados y si fueron dañados uno o más de ellos.

III. Tomará en cuenta cuál pudo ser hipotéticamente el estado de ánimo y la sensibilidad de una persona común, colocada en las mismas condiciones concretas en que se halló la víctima del acto lesivo

IV. Tomará en cuenta la mayor o menor sensibilidad de la víctima en base a datos reales e individuales.

V. Tomará en cuenta las demás circunstancias del caso.

VI. Declarará que la reparación moral es una reparación por equivalente y que la suma de dinero entregada cumple únicamente una función satisfactoria y que satisface equitativamente el daño moral sufrido.

VII. Declarará las razones por las cuales fijó el monto de la indemnización a fin de evitar que la misma constituya un enriquecimiento sin causa o una mera expresión simbólica inadecuada a la entidad del daño moral padecido.

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

DECIMA SEPTIMA.- Se propone sea reformado el artículo 1916 Bis del Código Civil vigente para el Distrito Federal en los siguientes términos:

El artículo 1916 Bis del Código Civil para el Distrito Federal, debe ser derogado en su totalidad.

BIBLIOGRAFIA

- ALTERINI ATILIO, Anibal. *La Responsabilidad Civil*. 3ª ed. Editorial Perrot. Buenos Aires, Argentina 1987.
- ARTEAGA, Jesús María y Arteaga Carvajal, Jaime. *Curso de Obligaciones*. Editorial Temis Librería. Bogotá, Colombia 1979.
- BARBERO, Domenico. *Sistema de derecho Privado*, Tomo IV, Contratos. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1967.
- BEJARANO SANCHEZ, Manuel. *Obligaciones Civiles*. 3ª ed. Editorial Harla, S.A. de C.V. México, 1984
- BERGOGLIO DE BROUWER DE KONING, María Teresa; Bertoldi de Fourcade, María Virginia. *Trasplante de Organos Entre Personas, con Organos de Cadáveres*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 1983
- BLALOSTOSKY, Sara. *Panorama del Derecho Romano*. UNAM México D.F., 1990
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones I* 7ª ed actualizada Editorial Perrot. Argentina, 1994
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Parte General I* 10ª ed actualizada Editorial Perrot. Buenos Aires Argentina, 1991.
- HORJA SORIANO, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*. 12ª ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1991.
- BORREI MACIA, Antonio. *La Persona Humana*. Editorial Bosch. Barcelona. 1954
- BORREI MACIA, Antonio. *Responsabilidades Derivadas de Culpa Extracontractual Civil*. 2ª ed. Editorial Bosch. Barcelona, 1958.
- BRAVO GONZALEZ, Agustín; Bravo Valdes, Beatriz. *Segundo Curso de Derecho Romano*. 2ª ed. Editorial Pax-Mexico, Librería Carlos Césarman S.A. México, 1980.
- BREBLA, Roberto H. *El daño moral*. Orbi. Buenos Aires, Argentina 1967.
- BURGOA, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 10ª ed. Editorial Porrúa, S.A.. México, 1977.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 8ª ed. ampliada y actualizada. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1993.

- COLIN, Ambrosio; Capitant, Henri. *Curso Elemental de Derecho Civil*. Tomo II, traducción de la última edición francesa por la redacción de la Revista General de legislación y Jurisprudencia. Editorial Reus. Madrid, 1924.
- DE IBARROLA, Antonio. *Cosas y Sucesiones*. 7ª ed. Editorial Porrúa, S.A. México 1991.
- DE CUPIS, Adriano. *El Daño*. Traducción de la 2ª ed. Italiana y estudio Preliminar por Angel Martínez Sarrón. Bosch, Casa Editorial S.A.. Barcelona, 1975.
- FISHER A., Hans. *Los Daños Civiles y su Reparación*. 2ª ed. W. Roces. Librería General de victoriano Suárez. México, 1974.
- GARCIA LOPEZ, Rafael. *Responsabilidad civil por daño moral*. Bosch. Madrid, 1990.
- GASPERI, Luis de. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo IV, Responsabilidad Extracontractual. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1964.
- GAUDENET, Eugene. *Teoría General de las Obligaciones*. Traducción y notas de Derecho Mexicano por Pablo Macedo. Editorial Porrúa, S.A.. México, 1974
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. *El Patrimonio*. 4ª ed. Editorial Porrúa, S.A.. México, 1993.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*. 9ª ed. Editorial Porrúa S.A.. México, 1993
- HERNANDEZ GIL, Antonio. *Derecho de Obligaciones*. Tomo III. Espasa-Calpe S.A. Madrid, 1988.
- JORS, Paul. *Derecho Privado Romano*. Traducción de la 2ª ed. Alemana por L. Prieto Castro. Editorial Labor. Madrid España, 1937.
- LEÑERO OTERO, Luis. *La Familia*. Instituto Mexicano de Estudios Sociales, Asociación Nacional de Universidades e Institutos de Enseñanza Superior, Editorial Edicool, S.A. México 1976.
- MARTINEZ ALFARO, Joaquín. *Teoría de las Obligaciones*. 2ª ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1991.
- MAZEAUD, Henri; Léon. *Compendio del Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictuosa y Contractual*. Tomo I, traducción directa de la última Edición Francesa por Carlos Valencia Estrada. Editorial Colmex. México, 1945.
- MAZEAUD, Henri; León y Jean. *Leciones de Derecho Civil*. Parte 2ª, Vol. II, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1969.
- MOISSET DE ESPANES, Luis; y otros. *Responsabilidad Civil en Materia de Accidentes de Automotores*. S.C.C. Editores Santa fe. Argentina, 1985.

- MOISSET DE ESPANES, Luis coordinador, colaboraron Borda, Brebbia y otros. *Responsabilidad Civil* (Jornadas Australes de Derecho). Dirección General de Publicaciones U.N.C., distribuye Editorial Zavallia. Córdoba.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por Daños*. Tomo IV El Daño Moral. Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires, 1986.
- NERSON, Roger. *La protección de la personalidad en el Derecho privado francés*. Traducción de J. M. Castán Vázquez. Instituto Editorial Reus, S.A. Madrid, 1961.
- OCHOA OLVERA, Salvador. *La Demanda por Daño Moral*. Salvador Ochoa Olvera y Grupo Editorial Monte Alto. México, 1993.
- OLIVERA TORO, Jorge. *El Daño Moral*. Colección Ensayos Jurídicos, Editorial Themis. México, 1993.
- PETTI, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Editorial Porrúa, S.A.. México. 1992.
- PIEPER, J. *Las virtudes fundamentales*. Editorial Rialp. Madrid, España 1976.
- PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo II, Vol. III. Bosch, Casa Editorial, S.A.. Barcelona España, 1983
- QUINTANILLA GARCIA, Miguel Angel *Derecho de las Obligaciones*. 2ª ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1981.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*. 17ª ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1980
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. Tomo V, Obligaciones, Vol II. 5ª ed. Editorial Porrúa, S.A.. México, 1985.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María. *Los Bienes y Derechos de la Personalidad*. Editorial Trivium, S.A. Madrid España, 1985.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo II, Vol. I. Traducción de la 4ª ed. Italiana. Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones S.A.. Madrid, 1977.
- SANCHEZ AZCONA, Jorge. *Familia y Sociedad*. Editorial Joaquín Mortiz, S.A. México 1974.
- SANTOS BRIZ, Jaime. *Derecho de Daños*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1963.
- TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Traducción de la 15ª ed., con notas y concordancias de Luis Martínez-Calarrada. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1967.
- ZANNONI, Eduardo A. *El Daño en la Responsabilidad Civil*. 2ª ed. Actualizada y ampliada. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 1987.

LEGISLACION CONSULTADA

- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 64ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1995.
- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 96ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1992.
- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 50ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1992.
- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. Castillo Ruiz Editores, S.A. de C.V. 6ª Edición. México 1991.
- CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE TLAXCALA. Editorial Cajica S.A. Puebla, Pue. Mex.

ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS

- NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA. Tomo VI. Editorial Francisco Seix, S.A.. Barcelona, 1985.
- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Tomo I y V Bibliografica Omeba Driskill S.A.. Buenos Aires, 1989.
- DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. 6ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1993.

REVISTAS

- REVISTA MEXICANA DE CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES. *¿Qué pasa con la Familia?* Editada por la U.N.A.M. por la Dirección General de Publicaciones. Ongal, Mario. *La familia de las clases medias en México.* México 1981.

OTROS

- LA SANTA BIBLIA, Antiguo y Nuevo Testamento. Antigua versión de Casiodoro de Reina (1569), revisada por Cipriano de Valera (1602), otras revisiones: 1862 y 1909. Sociedades Bíblicas Unidas. Spanish Bible. Estados Unidos de Norteamérica.