



Universidad
Latina

UNIVERSIDAD LATINA, S. C.

**INCORPORADA A LA UNAM
FACULTAD DE DERECHO**

**“ANÁLISIS DEL DAÑO MORAL EN LOS MENORES
A CONSECUENCIA DEL DIVORCIO DE LOS PADRES”**

T E S I N A

**QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
ESPECIALISTA EN DERECHO CIVIL**

P R E S E N T A:

LINA ADRIANA MUNDO DOMÍNGUEZ

A S E S O R:

MTRO. ANDRIC ROBERTO NUÑEZ TREJO



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.



Universidad
Latina

UNIVERSIDAD LATINA, S. C.

INCORPORADA A LA UNAM

México, Distrito Federal a 20 de mayo de 2010

DRA. MARGARITA VELÁZQUEZ GUTIÉRREZ,
C. DIRECTORA GENERAL DE INCORPORACIÓN
Y REVALIDACIÓN DE ESTUDIOS, UNAM.
P R E S E N T E.

La C. **MUNDO DOMÍNGUEZ LINA ADRIANA** ha elaborado la tesina titulada **"ANÁLISIS DEL DAÑO MORAL DE LOS MENORES A CONSECUENCIA DEL DIVORCIO DE LOS PADRES"**, bajo la dirección del Mtro. Andric Roberto Núñez Trejo, para obtener el Grado de Especialista en Derecho Civil.

La alumna ha concluido la tesina de referencia, misma que llena a mi juicio los requisitos establecidos en la Legislación Universitaria y en la normatividad escolar de la Universidad Latina para este tipo de investigación, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para los efectos académicos correspondientes.

Atentamente

**LIC. JOSÉ MANUEL ROMERO GUEVARA
DIRECTOR TÉCNICO DE LA ESCUELA DE DERECHO,
Y COORDINADOR DEL PROGRAMA ÚNICO
DE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD LATINA**

JMRG/ISV

**“ANÁLISIS DEL DAÑO MORAL DE LOS MENORES A CONSECUENCIA DEL
DIVORCIO DE LOS PADRES”**

Tema dirigido por:

Maestro Andric Roberto Nuñez T.

Escrito por:

Lina Adriana Mundo Dominguez

Especialidad de Derecho Civil

“ANÁLISIS DEL DAÑO MORAL DE LOS MENORES A CONSECUENCIA DEL DIVORCIO DE LOS PADRES”

Índice	Págs.
Capítulo 1 LA FAMILIA	
1.1.1 Familia	1
1.1.2 Antecedentes	1
1.1.3 Conceptos	2
1.1.4 Conceptos Jurídicos de Familia	5
1.1.5 Tipos de Familia	7
1.1.6 Derechos y Obligaciones de los Integrantes de la Familia	10
1.1.7 Fines e Importancia de la Familia	11
1.2 Matrimonio	13
1.2.1 Antecedentes	15
1.2.2 Marco jurídico	16
1.2.3 Garantías Constitucionales Concepto General y Definición de Aquellas que Tienen Relación con el Matrimonio y la Familia	18
Capítulo 2 EL DIVORCIO	
2.1 Divorcio	28
2.1.1 Antecedentes	29
2.1.2 Tipos de divorcio	32
2.1.3 Garantías Constitucionales que Viola el Divorcio Unilateral y Crítica de los Argumentos Empleados para su Aprobación	34
2.1.4 Marco jurídico	40
2.2 Capacidad	42
2.2.1 Incapacidad	47
2.3 Menor de Edad	49
2.4 Desintegración Familiar	50
2.4.1 Concepto de Desintegración Familiar	50
2.4.2 Disolución de la Familia	51
Capítulo 3 DAÑO MORAL	
3.1 Daño Moral	54
3.2 Antecedentes	54
3.3 Concepto	56
3.4 Clasificación y sus Distinciones	58
3.5 Daño Presente	58
3.6 Daño Futuro	59

3.7 Daño Directo e Indirecto	60
3.8 Daño Cierto y Eventual	60
3.9 Daño Moral y Patrimonial	61
3.10 Teoría Restitutoria Sobre Reparación del Daño Moral	61
3.11 Teoría de la Equivalencia o Satisfactoria de la Reparación del Daño Moral	63
3.12 Teoría de la Compensación de la Reparación de los Efectos Causados	66
3.13 Teoría Neutralizadora y Prevención de los Efectos Causados	67
3.14 Estudios de la Reparación del Daño Moral en Nuestro Derecho Vigente Partiendo de la Legislación Civil que Rige y se Encuentra Vigente en el D. F.	68
3.15 Análisis de los Artículos 1916 y 1916bis del Código Civil para el Distrito Federal.	69
3.16 Personas Sujetas en la Relación Jurídica en la Reparación del Daño Moral	71
3.16.1 Titulares de la Acción de Reparación Moral	72
3.16.2 Personas Obligadas a Reparar Moralmente	72
3.17 Causas que Dan Origen a la Reparación del Daño Moral.	75

Conclusiones

Bibliografía

Introducción

En el presente trabajo intitulado “Análisis del Daño Moral de los menores a consecuencia del divorcio de los padres” se realiza un análisis respecto a la afectación emocional que sufren los menores de edad, ya que la afectación es básicamente por la pérdida de la presencia de alguno de sus padres en su casa y en el peor caso de su vida y la forma en que se a modificado esta con entorno social y familiar. Por lo que estudiaremos y explicaremos para tener un panorama general del problema y poderle dar una posible solución.

El resarcimiento por el daño moral tiende a compensar de alguna manera las angustias, las aflicciones y los sufrimientos. El Daño Moral se repara por equivalencia al bien dañado o perdido por la naturaleza de los bienes que fueron menoscabados mientras no se puedan reparar mediante reparación natural o en especie.

Para entender un poco mas del daño moral que sufren los menores en el divorcio de los padres tendremos que entrar al estudio de la desintegración familias.

Es por ello que resulta sumamente necesario realizar un análisis en el cual se determine que en la legislación aplicable al caso concreto se actúa conforme al interés superior del menor y con la seguridad de que éste tendrá una mejor calidad de vida con sus padres, siendo que será más favorable para su desarrollo, por lo cual se debe tomar en consideración la creación de proyectos específicos para esta minoría tan vulnerable.

De ahí la importancia de realizar en nuestro primer capítulo el estudio pertinente que nos llevará a conocer a la familia como toda una institución para la sociedad y calidad de vida para los menores, así también el matrimonio siendo el principio de formación de una familia.

Posteriormente en nuestro segundo capítulo abordaremos al divorcio como una parte fundamental de la desintegración familiar, también hablaremos de la capacidad e incapacidad ya que para los menores es importante saber que actos pueden hacer valer, así como sus derechos y a través de quien los pueden ejercer.

Así mismo en el tercer capítulo hacemos un estudio profundo de lo que es el Daño Moral y del por qué es tan importante para este análisis ya que la reparación es en la mayoría de las veces cuantificado en dinero o no se preocupan del daño psicológico que produce al ser humano dañado.

La metodología utilizada consistió en aplicar equilibradamente los métodos científicos tradicionales, inductivo, deductivo, análisis y síntesis para la debida realización del trabajo de investigación.

La selección de libros para la realización de mi tema se realizó mediante una búsqueda en diversos manuales y medios electrónicos para elegir bibliografía clásica y moderna de acuerdo al tema elegido.

Capítulo 1 FAMILIA.

1.1 Familia

Mostraremos varias definiciones de lo que significa la familia, ya que es la base de nuestra sociedad, retomando la importancia de la estructura y tipología de las diferentes familias.

La familia alcanza el pasado, el presente y el futuro, ya que se constituye por varias generaciones sucesivas que se encuentran relacionadas entre sí. Además, de que en este grupo es donde se conforma la identidad de sus miembros y se enlaza el parentesco a través de un complejo tejido de uniones sociales. A partir de ésta y otras muchas razones, se afirma que la familia es la célula fundamental de la sociedad.

1.1.2 ANTECEDENTES.

Roma, se entiende a la familia como una entidad política por excelencia, tomada en su línea masculina era regida por los derechos del paterfamilias o padre de familia éste los ejercía sobre su esposa e hijos, quienes le servían como medio de incremento y fortalecimiento de su autoridad, se organizaba bajo un régimen patriarcal monogámico, en el cual se colocaba en el centro la autoridad del marido que se fundaba en el culto a los muertos, en donde el pater familia era a la vez, sacerdote del culto doméstico y magistrado para resolver los conflictos entre los miembros de la familia, él ejercía potestad absoluta sobre su mujer y los hijos tanto propios como los adoptivos y su poder se extendía aún sobre los servidores domésticos, es entonces que la familia romana se constituía así como

una unidad religiosa, política y económica que se fundaba en el parentesco civil o en la afinidad.

Desde la propia concepción de la familia en esta civilización se desprenden tales situaciones: “El término familia significa, en el antiguo latín el patrimonio doméstico”¹ constituido por la esposa, los hijos, los esclavos y los bienes materiales, encontrándose todos bajo la autoridad y el dominio del paterfamilias. Era tal el poder que él ejercía sobre su esposa e hijos que los podía matar o vender.

La familia Romana tenía la función de aumentar el poder, la influencia o la fortuna, y al igual que en todas las naciones, se regía por disposiciones propias y de carácter moral, era una verdadera sociedad doméstica que no estaba propiamente dentro del Estado, sino en cierta manera frente a él, más tarde la absorbió el Estado, el cual interviene en el orden jurídico que regula la relación familiar, y que se sustituye a la estructura antigua de la familia y se disgrega su conjunto, sin embargo se aceleró el sistema porque el Estado concedió derechos a la familia natural como los que sólo correspondían a la relación familiar, es importante mencionar que la comunidad doméstica tenía como fuente el matrimonio, esta institución era sobre todo, la vida en común entre un solo hombre y una sola mujer que compartían el mismo techo con la intención de tomarse y considerarse como marido y mujer a esta intención se le llama *affectio maritalis*.²

1.1.3 CONCEPTOS DE FAMILIA

Los autores Ogburn y Nimkoff, nos dan su concepto “La palabra familia procede de un grupo de los *famuli* (del osco *famel*, según unos; *femel* según otros y según entender de Taparelli y de Greff, proviniendo de *fames*, hambre).

¹ FLORIS MARGADANT, Guillermo. El derecho privado romano. 24ª edición. México. Editorial Esfinge. 1997. p 197.

² PEDRO BONAFONTE, Instituciones de Derecho romano. Editorial Reus. Pág. 180.

“Famuli, son los que moran con el señor de la casa, según anota Breal, en osco, *faamat* significa habita, tal vez del sáncristo vama, hogar, habitación, indicando y comprendiendo en esta significación a la mujer; hijos legítimos y adoptivos, y a los esclavos domésticos, por oposición a los rurales (servi), llamado, pues familia al conjunto de todos ellos”.³

Famuli dice Engels: “quiere decir esclavo doméstico y familia es el conjunto de los esclavos pertenecientes a un mismo hombre.

“En un sentido vulgar, que está de acuerdo con su sentido primitivo, la familia es la reunión de personas que viven bajo el mismo techo, sometidos a la dirección y recursos de jefe de casa”.⁴

“La familia es sujeto colectivo de la vida comunitaria que no es otra cosa que la presencia mancomunada y solidaria de las familias, construyendo un entramado de pequeñas organizaciones que hacen mas digna y humana la vida en sociedad”.⁵

“La familia es vista como un sujeto de derecho. Dicho de otra manera la familia participa de la dignidad humana y es también titular de los derechos fundamentales que la sociedad y el Estado debe contribuir a descubrir y a reconocer. Hay un primer derecho de toda familia a la existencia, que tiene que

³ Ogburn y Ninmkoff, “Sociología”, versión castellana, Madrid, 1995, p 621.

⁴ Barrero, Domestico, “Sistem Istituzionale del Distirto Privato Idtaliano”, Torino, 1995, Tomo I, p 116.

⁵ Eroles Carlos “Familia y Trabajo Social: Un enfoque clínico e interdisciplinario de la intervención profesional”. Segunda edición, Buenos Aires, 2001.

ver con el derecho de todo hombre y de toda mujer a fundar una familia y mantenerla dignamente. Toda familia tiene derecho a practicar su religión o no practicar ninguna, tomar resoluciones en materia de determinación del espacio intergenésico. La familia tiene derecho al trabajo y a la seguridad social y cuando se trata de atención de necesidades sociales básicas, a la protección del Estado”.⁶

Por nuestra parte consideramos que la familia es un conjunto de personas, en un sentido amplio (parientes) que proceden de un progenitor o tronco común; sus fuentes son el matrimonio, la filiación (legítima o natural), la unión de hecho (concubinato) y en casos excepcionales la adopción (filiación).

Esta relación conyugal, paterno filial y de parentesco colateral de origen consanguíneo o simplemente de naturaleza legal, establece vínculos entre los componentes de este grupo familiar, de diverso orden e intensidad sentimentales, morales, jurídicos, económicos y de auxilio o ayuda recíproca que no pertenecen ajenos al derecho objetivo, sino por el contrario, éste afianza, reafirma y consolida, atribuyendo a dichos vínculos el carácter deberes, obligaciones, facultades y derechos, que manifiestan su naturaleza especial y presentan caracteres fundamentalmente distintos en muchos aspectos, de cualquiera otras relaciones jurídicas.

La familia es la unidad social básica. Lo inmediato de nuestra participación en la vida familiar, la intensidad de las emociones que esto genera, las satisfacciones secuelas y de otra índole que ella proporciona, las exigencias que supone con respecto a nuestros esfuerzos y a nuestra lealtad y las funciones que

⁶ ibidem

ello implica en lo que toca a la educación y al cuidado del niño, parecen ofrecer amplia evidencia de su prioridad como grupo social fundamental.

1.1.4 CONCEPTOS JURÍDICOS DE FAMILIA.

En el sentido propio y limitado la familia está constituida por el padre, la madre y los hijos que tienen estrechos vínculos de afinidad.

“Algunos autores consideran que el vocablo familia viene de *famel*, que significa en idioma de los oscos *siervo*, otros como Claudio R. Godínez Perea, considera que proviene del latín *familia*, que significa el grupo de personas emparentadas entre sí que vivían juntas. Tal doctrinario considera que el atributo esencial de ese colectivo, es la existencia de un vínculo de parentesco, sea consanguíneo, civil o de afinidad, o de lazo matrimonial o concubinal”.⁷

Esta definición coincide con la de Andrés Gil Domínguez, quien estima de la misma manera y nos marca muchas acepciones tanto sociales, como etnológicas, pero jurídicamente se debe considerar como “...institución Natural de orden público compuesta por las personas unidas por lazos de parentesco, matrimonio o concubinato y que surte efectos jurídicos por lo que hace a cada miembro respecto de sus parientes en línea recta sin limitación de grado y en la colateral hasta el cuarto grado”,⁸ definición que se ajusta con lo que contempla nuestro Código Civil, el cual en su artículo 138 Quintus señala que, las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derecho y obligaciones, surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato.

⁷ Gámez Perea, Claudio R. “Derecho Familiar”, México, Editorial Laguna, 2007, pág. 33

⁸ Gil Domínguez, Andrés, et al., “Derecho Constitucional de familia”, Buenos Aires, Ediar, 2006, pág.10.

La disposición legal resulta incompleta porque no determina cuál es la naturaleza de la familia, aún y cuando se señala en el artículo 138 ter que las disposiciones que se refiere a la familia son de orden público e interés social, Asimismo delimita su objetivo, que es el de proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad.

Por tal motivo nos tenemos que ir un poco atrás en la historia para comprender un poco mas respecto al concepto de familia en nuestra legislación siendo así uno de los autores llaneros sobre este tema el autor "Haurio –cuyo más notable continuador de Georges Renard- en torno a la teoría de institución, dice que resulta ya muy clara la verdadera naturaleza de la familia. Hauriou llamó la atención sobre el hecho de que ciertas vinculaciones jurídicas no se explican satisfactoriamente por la idea del contrato o de la simple norma objetiva. Son elementos sociales cuya duración no depende de las voluntades individuales de sus integrantes y que la ley misma no puede desconocer; colocadas entre los individuos y el estado, sirven intereses de grupo; tiene una vida propia, una organización y una autoridad al servicio de sus fines. Ejemplo típico, las asociaciones.

Para distinguirlas se ha elegido la palabra *institución* de aceptación indudablemente multívoca, pero que expresa bastante bien la idea de que esa entidad se encuentran por encima de la voluntad de sus miembros y aun de la propia ley, que no puede desconocerlas sin grave violación del derecho natural.

“Por institución, pues debe entenderse una colectividad humana organizada, en seno de la cual las diversas actividades individuales

compenetradas de una idea directora, se encuentran sometidas par realización de ésta, a una autoridad y regla sociales”.⁹

De igual forma, se observa que la ley tampoco precisa la línea o grado de parentesco que permita delimitar tal definición es por ello que Andrés Gil Domínguez “considera que en sentido estrictamente jurídico, la familia se limita a las personas que la componen por cuanto hace a los efectos que la propia ley indica. Por lo tanto, la familia abarca a todas la personas que tiene participación en la sucesión testamentaria, en la tutela legítima y en el deber recíproco de darse alimentos, es decir, en línea recta sin limitación de grado y hasta el cuarto grado en línea colateral”.¹⁰

Es por ello que la familia se encuentra sustentada en relaciones jurídicas patrimoniales y personales de carácter privado, tanto entre sus componentes, como con respecto a terceros, nos da una leve idea del por qué la discusión y discrepancia de opiniones que surgen en relación a la naturaleza de la familia.

1.1.5 TIPOS DE FAMILIA

Nos referimos a los tipos de familias y a las formas diferentes en los que se establecen los vínculos sociales, características, similitudes; como costumbres y formas de vida:

⁹ Moneya y Puyol, Juan, “Introducción al Derecho Hispánico”, tercera edición, Editorial Labor, Barcelona, 1992, p 58.

¹⁰ Gil Domínguez, Andrés. Op. Cit. Pág. 24.

Familia con vínculo jurídico y/o religioso.

Por razones formales o por firmes convicciones religiosas la pareja solemniza su unión matrimonial.

Familia nuclear.

Es la familia conformada por los padres y los hijos. En esta familia pueden coexistir algunas características de las familias con vínculo jurídico o religioso y la familia consensual o de hecho.

Familia monoparental.

Conformada por el o los hijos y solamente el padre o la madre como cabeza de familia. Ha crecido notablemente en las últimas décadas, y al respecto ha ido cambiando la conceptualización antes se la consideraba, en todos los casos, una familia incompleta.

Familia ampliada o extensa.

Entendemos por tal a la familia en donde hay convivencia de tres generaciones y la presencia de otros familiares convivientes.

Familia ampliada modificada.

En esta familia si bien no hay convivencia, las relaciones entre los miembros de la familia tienden a un comportamiento más frío.

Familia separada.

Los padres separados que siguen siendo familia en la perspectiva del o los hijos. Este vínculo puede ser aceptado y armónico o no aceptado (expresa o implícitamente) y conflictivo.

Familia consensual o de hecho.

Es un vínculo estable, con características idénticas al de la familia con formalización jurídica matrimonial.

Familia reconstituida o ensamblada con o sin convivencia de los hijos de distintas uniones.

Grupo familiar conformado por una pareja que ha tenido (uno a ambos) experiencias matrimoniales anteriores. La convivencia permanente o por algunos en la semana de hijo de distintas uniones le otorga un sesgo particular y difícil a las relaciones familiares.

Familia doméstica.

Es aquella en la que sus miembros independientemente de su relación sanguínea viven bajo el mismo techo, lo cual amplía el concepto de manera que pueden quedar comprendidos en ella: los cónyuges, los hijos de cualquier índole jurídica, los descendientes inmediatos de éstos (nietos) y los abuelos, tías, primos, etc., que vivan en el mismo hogar.

Familia gentilicia.

Comprende los miembros con parentesco sanguíneo, hasta el cuarto grado.

1.1.6 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA FAMILIA

La cercanía o lejanía del parentesco determina la intensidad de sus efectos, es una regla aceptada universalmente, que en relación a los derechos y deberes derivados del parentesco, los más cercanos excluyen a los más lejanos.

Los efectos del parentesco, se agrupan en pecuniarios y personales:

a) Patrimoniales:

Asistencia; deber de ayuda, cuya manifestación más clara es la obligación de proporcionarse alimentos, así como la patria potestad y la tutela.

b) Personales:

Son los matrimoniales que constituyen impedimento para celebrar el matrimonio entre parientes.

1. Línea recta, tanto consanguínea como por afinidad, el impedimento, matrimonial entre parientes se extiende a todos los grados: padres e hijos y suegros y nuera o yerno.

2. Línea transversal o colateral, el impedimento matrimonial sólo existe en el parentesco consanguíneo y se extiende hasta el tercer grado tíos y sobrinos, aun cuando en este grado sea dispensable. No ocurre así en el segundo grado, hermanos aunque únicamente lo sean por progenitor.

3. En el parentesco civil, por adopción, también existe el impedimento matrimonial entre adoptante y adoptado. En este caso, dicho impedimento puede eludirse poniendo fin a la adopción.

1.1.7 FINES E IMPORTANCIA DE LA FAMILIA.

Los fines de la familia radican en proveer a sus miembros de los bienes corporales y espirituales necesarios para su vida cotidiana, es donde se inicia y culmina la educación de los hijos, en resumen, es una célula biológica, moral y cultural de la sociedad, considerada como la raíz biológica de la misma, sin la cual

el Estado no podría subsistir. Por tal razón es que se considera que la educación, la vida moral, la vida afectiva y religiosa, entre otras; es más importante que los fines generales que persigue el Estado, pues debe tenerse en cuenta que una familia sana promueve el desarrollo en la sociedad, a diferencia de las familias decadentes y egoístas que producen el envejecimiento de las sociedades.

De esta manera es como nace la obligación del Estado de respetar, cuidar y fomentar el sano desarrollo de la familia, así como impedir que se le impongan obstáculos al crecimiento y cumplimiento de sus fines, aportando todo lo que sea necesario para ello, como es la paz social y la seguridad jurídica.

La familia es una institución de carácter privado y de orden público, porque desde la reforma al Código Civil llevada a cabo en el año 2000, el artículo 138 ter así se precisa¹¹, y cabe dentro del derecho privado porque siempre mira al interés particular, pero es una institución que debe ser organizada por el Estado y que no pueden renunciarse los derechos que de ellas derivan a menos que esta implique un beneficio para la familia; aunado a que no son negociables, ni prescriptibles.

A su vez, Pérez Duarte considera que lo relevante de la familia es la generación de un nexo afectivo independiente del simple hecho biológico de la concepción, porque en el "...familia es el grupo en donde experimentamos las primeras relaciones afectivas y de solidaridad. Y desde la perspectiva social, la familia es el grupo primero donde se cumplen funciones específicas como la de procreación, crianza y socialización".¹²

¹¹ Disposición que no se contemplaba en el Código, pero que tenía su fundamento en el artículo 840 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

¹² Pérez Duarte, Op.Cit. Pág. 12

1.2 MATRIMONIO

Deriva etimológicamente de *matrimonium*, que significa carga de la madre y el padre. Planiol y Ripert lo definen como “el acto jurídico por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona y que no puede romper por su voluntad”,¹³ que crea una obligación entre los dos esposos con obligaciones recíprocas y con el objeto esencial de crear una familia, que en el fondo no es otra cosa que la unión sexual reconocida por la ley, puesto que la procreación de los hijos crea deberes para los padres, incluso en la legislación canónica hacía de la unión sexual la esencia del matrimonio; en cambio, en la legislación civil, ese carácter está disimulado por la multiplicidad de los efectos jurídicos del matrimonio

El matrimonio se considera desde dos puntos de vista, como acto jurídico y como estado permanente de vida de los cónyuges, efecto del acto jurídico de la celebración del matrimonio.

Sin que el carácter fundamental del matrimonio se haya podido cambiar, porque en realidad es un medio de control sexual como lo señalan los tratadistas mencionados y el Ministro Mariano Azuela Rivera¹⁴, quienes consideran que las relaciones sexuales crean una obligación moral a cargo de aquellos que la practican, y en su caso la abandonada no puede reprochar a su amante ningún acto culposos, porque los une una relación completamente independiente pero la ley aún en estos casos imponen un medio de control y lo consideran una obligación. También cabe para hacer conciencia e imponer al concubino que asegure el porvenir de su concubina, porque se cumple con una obligación natural

¹³ Planiol, Marcelo, Ripert, Jorge, “La familia (matrimonio, divorcio y filiación) Tomo II, México, 2002, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Pag.58

¹⁴ Azuela Rivera, Mariano, *La familia ante la Ley*, publicación hecha en la pagina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, <http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/B9775E4F-5A71-4493-A40D5525EB50166F/0/MinistroMarianoAzuelaRivera09.pdf>

y el compromiso que en esa medida adquirieron.¹⁵ En ese sentido es como se considera que el matrimonio protege el compromiso que surge entre dos personas, con la voluntad de formar una familia y que recoge el Estado para darle la importancia, la regulación y la relevancia que amerita.

La celebración del matrimonio (el acto), produce un efecto primordial; da nacimiento a un conjunto de relaciones jurídicas entre los cónyuges y el Estado.

El matrimonio como estado civil, se compone de un complejo de deberes y facultades, derechos y obligaciones, en vista y para la protección de los intereses superiores de la familia como es la protección de los hijos, la mutua colaboración y ayuda de los cónyuges.

Esta comunidad de vida entre el varón y la mujer, es un hecho natural que se impone al derecho y que éste eleva a la categoría jurídica, para organizarlo y sancionarlo por medio del complejo de relaciones jurídicas que constituyen ese estado.

La ayuda mutua, la perpetuación de la especie, el destino común de los cónyuges, pueden ser los motivos para celebrar el matrimonio, todos ellos pueden realizarse más o menos satisfactoriamente fuera del matrimonio.

¹⁵ Planiol y Ripert, Op. Cit, Pág. 59

1.2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL MATRIMONIO

En el Derecho Romano, el matrimonio era simplemente una relación social que producían consecuencias jurídicas, entre los romanos la celebración del matrimonio en sus diversas formas ya por medio de la *conferrestio* ya por medio de la *coemptio*, no tenía por objeto sino constatar la voluntad de convivencia, en calidad de esposos, entre un hombre y una mujer.

El matrimonio era un estado de convivencia de los consortes con la intención de considerarse entre sí como cónyuges.

En México después de la independencia en las Leyes de Las Siete Partidas (4,2,1) toma la noción o concepto del “*matrimonio es ayuntamiento de marido é muger, fecho con tal entencion de bevir siempre en uno, é de non se departir; guardando lealtad cada uno de ellos al otro, é non se ayuntando el varon a otra muger, nin ella á otro varon biviendo ambos á dos*”.¹⁶

El matrimonio era considerado como una unión indisoluble, legítima de interés público, para la realización de dos fines esenciales, que son la procreación y la ayuda mutua.

¹⁶ Rodríguez de San Miguel, Juan N., *Pandectas hispano-mexicanas*, México, 1839, ts. I, II y III, reimp. Con estudio introductoria de María del Refugio González, México, UNAM, 1991.

1.2.2 MARCO JURÍDICO DE MATRIMONIO.

Nuestra legislación Sustantiva Civil en su artículo 146 dispone, “que el matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el mal llamado “Juez” del Registro Civil, y con las formalidades que estipule el presente código”.¹⁷

De esta definición se deriva que la unión matrimonial para el Código civil tiene un carácter monógamo, heterosexual y libre.

“Los fines del matrimonio son la comunidad de vida, la procuración de respeto, igualdad y ayuda mutua. La procreación también puede ser una finalidad de la unión matrimonial, pero sólo como una posibilidad y no como un fin necesario. ¿significa lo anterior una nueva concepción del matrimonio? Desde luego que sí, pero el cambio no se da a partir de la reciente reforma legal, por el contrario, se ha generado a partir de las transformaciones que ocurren en la estructura de la relación de pareja dentro del matrimonio”.¹⁸

Los actuales artículos 144 a 228 del Código Civil han sufrido una constante modificación desde 1904. Con anterioridad, no se encuentra legislación alguna de la materia hasta el 10 de diciembre de 1850, que regula el matrimonio de los indígenas. Posteriormente se regula en los Códigos de 1870 y 1884, así como en la Ley de Relaciones Familiares en 1971, donde se definió al matrimonio como un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo

¹⁷ Artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal.

¹⁸ Brena Sesma, Ingrid, Biblioteca Jurídica virtual
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/1/dtr/dtr1.htm>.

indisoluble o disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida; siendo hasta el año 2000, en que se le da la definición que se encuentra vigente en nuestra legislación civil, definición que si bien es susceptible de diversas críticas, es suficiente para delimitar los aspectos que abarca para efectos del presente estudio.

Una vez definido es necesario identificar su naturaleza, con respecto a la cual existen diversas opiniones encontradas. Se le ha considerado como institución jurídica, contrato, acto jurídico condición, acto jurídico mixto, contrato de adhesión, estado jurídico y acto de poder estatal, pero el debate fundamental se ha centrado en si es contrato o acto jurídico; pues desde el principio del siglo XX se ha criticado la concepción del matrimonio como un contrato y ha sido abandonada esa postura para considerarlo como una institución, para dar a entender que constituye un conjunto de reglas impuestas por el Estado que forma parte de un todo, aunque decir de Planiol "dicha concepción proporciona luz sobre las condiciones, los efectos y las causas de nulidad del matrimonio, pero no deja de tener naturaleza de contrato".¹⁹

Idea esta última con la que comulgo únicamente en lo que respecta a que además de ser considerado como una institución, también debe delimitarse el acto que es en sí, porque partiendo de ello, es como se dará el tratamiento adecuado a tal figura, pues no basta con decir que es una institución, por que ello únicamente indica que el matrimonio implica la existencia de un conjunto de normas que rigen relaciones de la misma naturaleza, que las organiza de manera imperativa e integral, en virtud de la necesidad social que hay en dichas relaciones, si se tiene en cuenta que por institución jurídica debe entenderse al "...conjunto de normas jurídicas de igual naturaleza, que regula un todo orgánico y persigue una finalidad

¹⁹ Ibidem, Pág. 57

de interés público...”²⁰ así como “...el conjunto de disposiciones del derecho, relativas a las relaciones jurídicas en una clase determinada..”²¹, pero ello no ayuda a definir cuál será el tratamiento que se le dará, ya sea de contrato, o de acto jurídico.

Al respecto, considero que se trata de un acto jurídico solemne, y no un contrato, porque los contrayentes no tienen la libertad dispositiva que se tiene en el contrato, en virtud de que no les queda más que adherirse, y aún cuando su voluntad es importante para crearlo, los efectos del matrimonio se producen automáticamente.

Una vez definido lo anterior es preciso hacer hincapié en que aún considerándolo como acto jurídico, atendiendo a los fines e importancia social de tal institución, no puede dársele el mismo tratamiento que al resto de los actos jurídicos.

1.2.3. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, CONCEPTO GENERAL Y DEFINICIÓN DE AQUÉLLAS QUE TIENEN RELACIÓN CON EL MATRIMONIO.

También conocidas como derechos del hombre y del ciudadano, derechos fundamentales, derechos públicos subjetivos entre otras denominaciones, de conformidad con la corriente naturalista; pero que prefiero denominar como lo he anunciado, pues la palabra garantía proviene de garante que significa “efecto de afianzar lo estipulado” y “cosa que asegura o protege contra algún riesgo o

²⁰ Cit. Por Zavala Pérez, Diego H., “Derecho familiar”, México, Editorial Porrúa, 2006, Pág. 73.

²¹ García Máynez, Eduardo, “Introducción al Estudio del Derecho”, México, Editorial Porrúa, 2007, Pág. 20.

necesidad”²² acepción que es indisociable del concepto de garantías individuales, éstas han sido definidas por nuestro Alto Tribunal como: “Los derechos públicos subjetivos consignados a favor de todo habitante de la república que dan a sus titulares la potestad de exigirlos jurídicamente a través de la verdadera garantía de los derechos públicos fundamentales del hombre que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consigna, esto es, la acción constitucional de amparo”.²³

En general, se refieren a los derechos que se reconocen a nivel constitucional y que por naturaleza le corresponden al ser humano por el simple hecho de serlo, originadas en principio por el anhelado derecho a la libertad que se considera como inherente a la naturaleza humana, seguida por la de igualdad y que importan las facultades necesarias para la conservación, desarrollo y perfeccionamiento de los derechos naturales del hombre,²⁴ encaminados a procurar el respeto a la inminente dignidad de la persona humana en todos los aspectos, ya sea patrimoniales, familiares culturales, sociales, etc.

Tienen como características esenciales la unilateralidad, porque su observancia está a cargo del Estado, y la irrenunciabilidad que su propio nombre lo dice porque no están sujetas a renuncia y solo pueden ser restringidas o suspendidas al tenor de lo que establezca la norma suprema.

Para efectos del presente estudio considero útil la definición de Barba, quien los identifica como: “aquellos derechos subjetivos, libertades, potestades o inmunidades que el ordenamiento positivo establece, de protección a la persona,

²² REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, voz “garantía” Diccionario de la Lengua Española, 25ª edición, Madrid, Espasa Calpe, 2006.

²³ Tesis p/j.2/97, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, t.v., enero de 1997.p.5.

²⁴ Coronado, Mariano *Elementos de derecho constitucional mexicano*, Segunda Edición corregida, México, Escuela de Artes y Oficios del Estado, 1990.

en lo relativo a su vida, a su libertad, a la igualdad y no discriminación, a su participación política y social, a su promoción, a su seguridad, o cualquier otro aspecto fundamental que afecte la libre elección de sus planes de vida (de su moralidad privada), basada en la moralidad de la libertad, igualdad la seguridad jurídica y la seguridad, exigiendo el respeto, o la actividad positiva de los poderes públicos, o de las personas individuales o grupos sociales, con la posibilidad de reclamar su cumplimiento coactivo en caso de desconocimiento o violación”.²⁵

A lo anterior cabe agregar lo considerado por José María Lozano en lo relativo a que son “...la base de las instituciones sociales y son al mismo tiempo su objeto los derechos de la humanidad, es decir, del hombre...”²⁶, porque las instituciones no pueden tener por objeto el bien y agradecimiento de una clase, de una raza, de una familia o de una hombre, deben dirigirse a procurar el bien social siempre sobre la base de los derechos del ser humano, haciéndolos respetables y seguros, derechos que pueden resumirse en libertad, seguridad, propiedad e igualdad, los cuales están muy lejos de ser absolutos, porque el hombre se encuentra inmerso en una sociedad, en tal sentido el derecho propio termina donde comienza el derecho ajeno, en tal sentido, en nombre del bien común, que da derecho a la sociedad de procurar su conservación y alejar de sí lo que pueda perjudicarla, pero el sacrificio de ese goce de las garantías en su totalidad, se hace en beneficio de interés propio y de los intereses comunes de la humanidad.

Las Garantías constitucionales que involucran al matrimonio y por consiguiente a la familia son:

²⁵ Cit. Por Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, 2003, Pág. 54

²⁶ Lozano José María, *Estudio del derecho constitucional patrio en lo relativo a los derechos del hombre*, México, Imprenta del Comercio de Dublán y Compañía 1876. Pág. 102

1. Artículo 1º el cual dispone que: todo individuo gozará de las garantías que otorga la Constitución.

2. Artículo 3º, que indica: todo individuo tiene derecho a recibir educación. Esta garantía se involucra con la familia, en el sentido de que si dos personas han decidido contraer matrimonio y han ejercido su derecho de libertad de procreación, también es necesario que a éstos se les proporcione la debida educación.

3. Artículo 4º, relativa a la igualdad del hombre y la mujer ante la ley, la libertad de procreación, el derecho de protección a la salud, el derecho a un medio ambiente adecuado, el derecho de los niños y las niñas a la satisfacción de sus derechos de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Del numeral en cita se desprenden diversas garantías de gran trascendencia como son:

a) Igualdad del hombre y la mujer ante la ley. Garantía que a su vez se ve complementada con la contenida en el artículo 1º Constitucional, garantía que abarca innegablemente la igualdad del hombre y la mujer, así como el respeto a las garantías de ambos en el mismo nivel de importancia, donde deba tomarse en cuenta, al momento de legislar, la discriminación que en nuestro país se hizo durante mucho tiempo, subordinándose los derechos de las mujeres a los del hombre, sometiéndola a su potestad

b) Protección de la familia por la Ley. Garantía que cabe decir no se encuentra al arbitrio de las personas, pues de manera clara el estado retoma esa potestad para determinar que la protección, organización y desarrollo de la misma

competerá a la Ley, es decir al Estado, lo cual confirma el carácter de interés público e interés social que se le ha conferido a tal institución. Por consiguiente, toda Ley que rija en la República deberá proteger la organización y desarrollo de la familia, de lo que se deriva a *contrario sensu* un derecho humano a la familia sana y ordenada, pudiéndose reputar inconstitucional cualquier norma que disgregara el núcleo familiar o que atentara contra su sano desarrollo.

c) Libertad de procreación. Lo que se traduce en el derecho de los gobernados a decidir, libremente, tener o no tener descendencia. A nadie se le condiciona a estar casado para tener hijos; aquí, la intención del Constituyente fue que todos los gobernados, por igual, tuvieran en cuenta la conveniencia de tener o no tener hijos.

Este derecho supone una obligación activa por parte del Estado, consistente en difundir medios de control de la natalidad para ayudar a los individuos a escoger el número exacto de hijos que deseen. Las campañas informativas que emprenda el Estado deben ser constantes para efectos de que las personas puedan contar con elementos que los auxilien al momento de planificar su familia. La expresión “planeación familiar” entraña que las personas cuenten con la responsabilidad y la información necesarias para decidir cuántos hijos quieren tener. De dicha planeación depende que los hijos se desarrollen pacíficamente y sin carencias, lo que sólo sucede cuando existe un espacio suficiente para que toda la familia subsista sin privaciones.

c) Derecho a un ambiente sano. Esta Garantía es de relevante importancia por la siguiente razón, uno de los argumentos en los que se funda la propuesta de reforma relativa al divorcio unilateral, consiste en que es necesario procurar el respeto a la garantía de ambiente sano para el desarrollo y bienestar del ser humano.

Tal garantía nace con las conocidas garantías de tercera generación. En 1966 las Naciones Unidas anuncian el nacimiento de estos derechos, cuyo fin es el de promover el progreso social y elevar el nivel de vida de todos los pueblos, es por ello que también se les denomina derechos de solidaridad que llevan intrínseco un espíritu de corresponsabilidad en bien de la humanidad, entendida como un todo.

Estos derechos tienen la particularidad de considerar al individuo no en forma aislada, sino como parte de ese todo; es por ello que interpretan las necesidades de la persona humana vista desde su dimensión social, y convocan a la cooperación internacional para promover el desarrollo de todos los pueblos.

Asimismo, buscan preservar los derechos naturales a fin de garantizar un ambiente sano; llamados difusos, colectivos o supra individuales, por su amplitud, anchura y dimensión, así como por la dificultad de realización y la constante confusión con los deberes de la humanidad.

La doctrina señala que el derecho a un ambiente sano es subjetivo y colectivo a la vez y está ligado de manera indisoluble a la calidad de vida y al derecho a la salud en todos sus aspectos, tanto físicos como mentales y emocionales, pero a la vez es colectivo porque se encamina más que a procurar el ambiente individual, entendiéndose por ambiente a las condiciones o circunstancias físicas o sociales, económicas, de un lugar o de una reunión, de una colectividad o de una época, así medio ambiente es ya sea el conjunto de circunstancias culturales, económicas y sociales en que vive una persona o bien desde el punto de vista biológico, es el conjunto de circunstancias exteriores a un

ser vivo²⁷; es por ello que se ha encaminado más hacia el entorno ecológico como se observa en la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano aprobada en Estocolmo el 16 de junio de 1972, en la que se consideró necesaria la preservación del medio ambiente para lograr adecuarlo equilibradamente con el desarrollo, con la importante característica de proteger a las generaciones futuras.

Pero también tiene otra dimensión que es la individual, de preservar la vida de la persona en un entorno adecuado, pues se trata de un derecho a la persona como ser biológico que tiene una dimensión social y una individual, siendo esta última la que pretende proteger el denominado divorcio unilateral.

4. La contemplada en el artículo 5o, que dispone que el Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa.

Esta Garantía también es importante analizar, pues es otro de los argumentos empleados para promover la reforma en estudio, al considerar los legisladores, que las causales contempladas coartaban la libertad de elegir con quién se quiere estar unido en matrimonio y en general con quién quiere compartirse la vida.

Así, primeramente es necesario definir que es la libertad: proviene del latín *libertas*, *-atis*, que significa “facultad natural que tiene el hombre de obrar de una

²⁷ Real Academia de la Lengua Española, Diccionario voz “ambiente” y “medio”, Op. Cit.

manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos”, así como estado o condición de quien no es esclavo.²⁸

Jurídicamente, el Maestro Burgoa considera que la libertad no puede ser solo subjetiva, porque la vida social impide al hombre desplegar su voluntad como si estuviera aislado, en el entendido de que la marcha de todo conglomerado humano debe regirse por un principio de orden, que es el sustento de la armonía, y por consiguiente de la sana convivencia social; por consiguiente, esta libertad social es la que adquiere relevancia para el derecho, sin que ello implique desconocer la trascendencia de los actos humanos que surgen del ejercicio de la libertad subjetiva, porque estos infieren en la evolución pacífica de la sociedad, y es precisamente por ello que el orden jurídico debe señalar las prevenciones necesarias para que la libertad individual no altere la social.

Diciendo el mencionado jurista que en razón de ello es que no puede hablarse de libertad absoluta, pues ésta se encuentra limitada por el Estado, quien debe asegurar que sus habitantes no caigan en el libertinaje nocivo para el conglomerado social, debiendo en consecuencia no solo configurar las instituciones que rijan a la sociedad, sino las restricciones necesarias para el ejercicio de esa libertad atendiendo siempre al bienestar común y protección del más débil, para el efecto de equilibrar las fuerzas sociales. Por lo tanto, jurídicamente la libertad, puede ser concebida como la facultad adecuada a los intereses de la sociedad con que el individuo realiza los fines que se ha propuesto, dentro de los límites impuestos por el orden jurídico y a favor de la persistencia de las relaciones armónicas ente los individuos que la integran.²⁹

²⁸ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, T II, 22ª. Edición, Ed. Madrid, Espasa Calpe, 2003, pag. 1372

²⁹ Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 34ª edición, México, Porrúa/UNAM, 2000, págs. 23 y 24.

²⁹ Colección Garantías Individuales T. 4, Las Garantías de Libertad, 2ª edición, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007, pág. 25.

Ahora, la garantía de libertad es un conjunto de derechos públicos subjetivos para ejercer sin vulnerar los derechos de terceros, libertades específicas que las autoridades del Estado deben respetar, y que no pueden tener más restricción que las expresamente señaladas en la Constitución.³⁰

Libertades dentro de las cuales no se encuentra contemplada alguna en específico que se pueda relacionar con el derecho a divorciarse sin el consentimiento del otro, pues únicamente puede considerarse dentro de la libertad en lo general contenida en el artículo 5 de nuestra Constitución, y que se resume en que se menoscabe con detrimento de la inminente dignidad de la persona humana.

Importante resulta también analizar la garantía de audiencia contemplada en el artículo 14 Constitucional.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, audiencia significa: acto de oír a las personas de alta jerarquía u otras autoridades, previa concesión a quienes exponen, reclaman o solicitan algo, así como ocasión para aducir razones o pruebas que se ofrece a un interesado en juicio o en expediente.³¹

La Suprema Corte de Justicia de la Nación la define como el derecho que tienen los gobernados, no solo frente a las autoridades administrativas y judiciales,

³¹ Real Academia, Op. Cit. Tomo I, Pag. 247

sino también frente a los órganos legislativos, de tal manera que éste se obligue a consignar en sus leyes los procedimientos necesarios para que se oiga a los interesados y que se les dé la oportunidad de defenderse, es decir, de rendir pruebas y formular alegatos en todos aquellos casos en que se comprometan sus derechos.³²

Esta garantía a su vez contempla 3 requisitos para su debida observancia como son:

1. Que la privación se realice mediante juicio, esto es, a través de un procedimiento que se efectúa ante un órgano estatal; tal procedimiento significa una serie de etapas que concluyen en una resolución que dirime una controversia.

2. El juicio sea seguido ante los tribunales previamente establecidos, en donde se cumplan con las formalidades esenciales del procedimiento

3. La privación se realice conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho³³. Esta garantía tiene por objeto salvaguardar la seguridad jurídica de las personas, a quienes no se les puede afectar en sus derechos y menos mediante una determinación de carácter judicial, sin previamente habersele dado la oportunidad de acudir a juicio.

³² Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, vol. 157-162 Primera Parte, pag. 305.

³³ Colección Garantías Individuales, Op. Cit. Tomo 2, pág. 51.

Capítulo II EL DIVORCIO

2.1 DIVORCIO

Este término encuentra su etimología en el verbo latín *divertere*, que significa que cada cual se va por su lado, en ese sentido, Jorge Magallón lo define como "... el rompimiento y disolución del vínculo conyugal que une válidamente a una pareja que, mediante una sentencia, deja en aptitud a sus partes de contraer un nuevo matrimonio".³⁴

Planiol lo define como "la disolución, en vida de los esposos, de matrimonio válido"³⁵ que solo puede obtenerse por una sentencia judicial. Nuestro Código Civil vigente lo define en su artículo 266, como el medio para disolver el vínculo matrimonial, deja en aptitud a los cónyuges de contraer otro.

Para Ignacio Galindo Garfías; "El divorcio es la ruptura del matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas por la ley".³⁶

El divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración de dicho acto, permitiendo a los divorciados contraer nuevo matrimonio.

³⁴ Magallón Ibarra, Jorge Mario, "Instituciones de Derecho Civil", Tomo III, México, Porrúa, 2001, p. 366

³⁵ Planiol, Marcelo, Ripert, Jorge, "*La familia (matrimonio, divorcio y filiación)*" Tomo II México, 2002, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. p. 58

³⁶ Galindo Garfías, Ignacio. "Derecho Civil Primer Curso", México, Editorial Porrúa, Décimo Segunda Edición, 1993, p. 577

2.1.1 ANTECEDENTES DEL DIVORCIO

“En Roma siempre fue conocido y regulado el divorcio, el cual tenía lugar en varias formas, dependiendo si el matrimonio se había celebrado *cum manum o sine manus* y si se había celebrado con la formalidad de la *confarreatio por coemptio o por el usus*. El primero se disolvía por la *disfarretio* y el segundo por la *rencipatio*, misma que equivalía a un repudio. El primer antecedente del divorcio fue el *repudium*, que era la declaración de una de las partes en el sentido que no deseaba continuar unida en matrimonio; se daba por lo general en los casos en los que no había hijos”.³⁷

Para entender el divorcio es necesario hacer mención de la manera en que se ha desarrollado en nuestro país, aun cuando sea de manera somera para contextualizar en nuestra cultura el lugar que le ha dado tanto social, como jurídicamente.

Mientras Venústiano Carranza estaba asentado en el gobierno revolucionario de Veracruz, expidió dos decretos: uno el 29 de diciembre de 1914 y enero de 1915, en el cual se eliminaba la disposición de la Ley Orgánica de las adiciones y reformas constituciones de 1874 en donde decía que el divorcio era la separación de cuerpos sin posibilidad de contraer nuevo matrimonio, pues consideraba que el matrimonio no debía ser indisoluble, dando paso de esa manera al divorcio vincular, es decir a la disolución del vínculo matrimonial y no solo a la situación de hecho que se permitía con la separación de los cuerpos, considerando necesario que se permita tal divorcio ya sea por mutuo y libre consentimiento una vez transcurrido tres años de haberse celebrado o, en cualquier tiempo por causas que hagan imposible o indebida la realización de los

³⁷ Zavala Pérez, Diego., *Derecho Familiar*”México, Editorial Porrúa, 2006, pág. 102

fines del matrimonio, o bien por faltas graves de alguno de los cónyuges de que contrajeran una nueva unión legítima.³⁸

La exposición de motivos iniciaba reconociendo que el matrimonio tiene como objetos esenciales la procreación de la especie, la educación de los hijos y la ayuda mutua de los contrayentes para soportar las cargas de la vida. Que el matrimonio se contraía en concepto de unión definitiva y que no siempre alcanza sus fines, por lo que la ley debía prever lo conducente para esos casos aún cuando sean excepcionales, liberándose a los cónyuges de permanecer unidos para toda su vida, justificando el divorcio porque la simple separación es una situación contraria a la naturaleza y al derecho que tiene todo ser humano de procurar su bienestar y satisfacer sus necesidades; considerando pues al matrimonio como contrato y que si se celebró por la voluntad de las partes también puede disolverse por la voluntad de las partes.³⁹

Asimismo, aduce causas sociales, consistentes en que entre las clases desheredadas o se casaban por pobreza o por temor a contraer un compromiso indisoluble y de consecuencias irreparables, pero ya con la existencia del divorcio vincular, existía la posibilidad de que se redujera el número de hijos ilegítimos. En la clase media la mujer se frustra con una matrimonio disuelto y por tanto se estaba protegiendo los intereses de la mujer, emancipándola de la calidad de esclava que tenía y en las clases altas, facilitaba la formación de nuevas uniones legítimas, evitándose así los concubinatos y otorgándose una mayor estabilidad a los afectados y relaciones conyugales, asegurándose una mayor estabilidad a los afectados y relaciones conyugales, asegurando la felicidad de un mayor número de familias.⁴⁰

³⁸ Adame Goddard, Jorge, "El matrimonio civil en México" México, UNAM-McGraw-Hill, 1998, pág. 50

³⁹ Ibidem, p. 45

⁴⁰ Ibidem, p. 46

En resumen, las justificaciones son: a) es conforme a la naturaleza humana, b) es congruente con la naturaleza contractual del matrimonio, c) es conveniente para las tres clases en las que se divide la sociedad mexicana y d) es un factor de moralización de la vida conyugal y familiar. Empero, también se hizo hincapié en que el divorcio debe darse en caso de excepción y reducirse a los casos en que la mala condición de los consortes sea irreparable.

En la Constitución de 1917 hubo un intento por introducir el divorcio vincular por propuesta del diputado Pastrana⁴¹ la cual no se discutió por causas desconocidas y sólo se estableció que el matrimonio era un contrato.

Apenas se aprobó y Venustiano Carranza promulgó la Ley de Relaciones Familiares para organizar a la familia sobre bases más racionales y justas, considerando que si el matrimonio tiene como fin la procreación de los hijos y la ayuda mutua, no existía la necesidad de la indisolubilidad que en muchos casos puede ser contraria a tales fines y que ello era en todo caso inconstitucional, el cual desconoce cualquier pacto que tenga por objeto la pérdida o menoscabo de la libertad, la que se le limitaba a la mujer porque se le impedía contratar sin la autorización del marido. Adicionando que la familia tenía que reformarse de acuerdo con el proyecto revolucionario y así adaptarse al nuevo estado de cosas.

El Código de 1928 continuó con los lineamientos de la Ley de Relaciones Familiares, pero eliminó la idea de que el matrimonio es una sociedad legítima y la mención expresa de los fines del matrimonio. No obstante ello, en el artículo 162 se estableció que los cónyuges estaban obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. Asimismo en el

⁴¹ Adamme Goddard, Jorge, *El matrimonio civil en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos número 59 2004. Pág. 39.

artículo 182 hacía referencia a los naturales fines del matrimonio y el 147 señalaba que cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges se tendrá por no puesta.

Con respecto a los deberes entre los esposos, se eliminó la obligación de guardarse fidelidad, pero siguió considerando el adulterio como causal de divorcio, aminoró la primacía del marido sobre la mujer y la eliminación de las reglas proteccionistas a favor de la mujer, aunque al marido le correspondía el sostenimiento económico de la familia y a la esposa la dirección y cuidado de la familia, pero a esta última se le reconoció el derecho de trabajar sin necesidad de pedir “dispensa” al marido como legislación anterior. Por último, en las reformas de 1953 al Código Civil, obligó a ambos a vivir en el domicilio conyugal y omitió determinar quién debe fijarlo.

2.1.2 TIPOS DE DIVORCIO.

En la actualidad existen dos tipos de divorcios el administrativo y el unilateral.

Divorcio Administrativo.

Como lo señala el Artículo 272 del Código Civil, el divorcio administrativo procede cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no esté embarazada, no tengan hijos en común.

O teniéndolos, sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. El Juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a éstos para que la ratifiquen a los quince días. Si los cónyuges lo hacen, el Juez lo declarará divorciados y hará la anotación marginal correspondiente en la del matrimonio anterior.

Si se comprueba que los cónyuges no cumplen con los supuestos exigidos, el divorcio así obtenido no producirá efectos, independientemente de las sanciones previstas en las leyes.

Divorcio unilateral

En virtud del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de octubre de 2008 se reformaron los artículos 266, 267, 271, 277, 280, 282, 283, 283 Bis²⁸⁷, 288 y se derogaron los artículos 273, 275, 276, 278, 281, 284, 286 y 289 Bis del Código Civil para el Distrito Federal.

Reforma en la que se eliminaron las causales de divorcio y en su lugar se creó el divorcio unilateral o también mal denominado divorcio express, por medio del cual se disuelve el vínculo matrimonial dejando en aptitud a los cónyuges de contraer uno nuevo⁴² pudiendo solicitarlo uno o ambos cónyuges, cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita, siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del mismo, y donde el cónyuge que unilateralmente solicite el divorcio deberá acompañar a su solicitud la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial.

⁴² Artículo 266 del Código de Procedimientos Civiles par el Distrito Federal.

De acuerdo con la reforma realizada, el Juez debe resolver conforme a las circunstancias de cada caso, pudiendo suplir las deficiencias de las partes en lo que respecta a tal convenio, que es en lo único que tendrá intervención el juez, porque en materia de divorcio no tiene más opción que decretarla, porque basta con que uno de los cónyuges lo solicite para que el juzgador tenga que decretar la disolución del vínculo matrimonial.

Incluso, de la interpretación armónica de los numerales contenidos en el capítulo X del Título Quinto denominado del Matrimonio, basta con que se presente una propuesta de convenio en el que bien puede contener los requisitos enunciados por la ley o bien puede no tenerlos, pues de su aprobación no depende la disolución del vínculo matrimonial, ya que claramente prevé el artículo 287 del ordenamiento legal en cita, que en caso de que los cónyuges estén de acuerdo con el convenio lo aprobará si no contraviere ninguna disposición legal y decretará el divorcio, pero en caso de que las partes no estén de acuerdo, aún así decretará el divorcio y dejará expedito el derecho de los cónyuges para que hagan valer sus derechos en la vía incidental, haciendo hincapié que sólo en lo que respecta al convenio y no en lo referente a la disolución del vínculo.

En todo caso, si es que no se reuniera el requisito de procedencia de la demanda, bastará con que el juzgador prevenga al promovente en términos del artículo 257 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, para que agregue lo que le hiciera falta o aclare lo que considere oscuro y admita la solicitud y así disolver el vínculo matrimonial.

2.1.3 GARANTÍAS CONSTITUCIONALES QUE VIOLA EL DIVORCIO UNILATERAL Y CRÍTICA DE LOS ARGUMENTOS EMPLEADOS PARA SU APROBACIÓN.

La reforma en comento no cumple con el objetivo que se persigue con toda garantía, que es la de asegurar y proteger contra algún riesgo o necesidad, y que además no se considera el carácter de colectivo que tienen las garantías constitucionales, que aún cuando se derivan de la naturaleza del ser humano como individuo, no son absolutas, pues primero pueden ser ejercidas únicamente en la medida en que no se perjudique otra que ponderada resulte de tal trascendencia que deba someterse a ésta; y segundo, no se respeta el derecho de hacerlas exigibles jurídicamente, por ello no cumple con el objeto social y por consiguiente con la protección del hombre en su generalidad y no en lo individual, al ponderar los intereses indefinidos de una persona sin considerar el de los demás individuos involucrados en el acto jurídico como es el matrimonio. Esta reforma se distingue por que:

1. No respeta el contenido del artículo 1º de nuestra Constitución porque impide que todas las personas disfruten del resto de las garantías como son de audiencia, seguridad jurídica, igualdad, y protección a la familia, y las suspende sin que se encuentre dentro de los supuestos previstos por la misma Constitución.

2. Entre más fácil sea la disolución del vínculo matrimonial, con la posibilidad de formar uno nuevo, por causas que incluso pueden ser superfluas y egoístas, será más común que las personas formen dos y hasta tres familias y sea cada vez más difícil cumplir con las obligaciones alimentarias como es la de proporcionar los elementos necesarios para una educación, la salud o una vivienda, por el sólo hecho de seguir casados sea una garantía de que una persona no engendre hijos fuera del matrimonio; sin embargo, si se resta la importancia y desvirtúa el compromiso de vida que significa el matrimonio para el derecho y para la sociedad, o si se desconoce su importancia, entonces no tendría razón de ser tal institución y más valdría derogarla a continuar con un matrimonio

que no tiene la fuerza por la que se generó y se provocaría un retroceso en la evolución del mismo.

3. Contraviene la garantía de protección de la familia por la Ley, porque deja al arbitrio de una de las partes, que intervino en la celebración del matrimonio, expresar, si se quiere, las causas por las cuales estima que ya no se cumple con los fines del matrimonio, y se le deje en libertad de contraer uno nuevo sin que se le sancione como ocurría en la legislación, pues de acuerdo con el texto vigente, bastará con esperar un año a partir de la celebración del mismo para solicitar el divorcio unilateral.

4. Se violan las garantías de los menores a tener una familia y ambiente sano de desarrollo, pues si la disolución del matrimonio es tan sencilla, ya no se prestará a la reflexión y esfuerzo que pudiera haberse invertido cuando la imposible convivencia con el cónyuge se limitaba a las causas graves expresamente previstas por la ley, y ahora por cualquier circunstancia que considerare suficiente uno de los cónyuges, bastaría para renunciar a la familia que ha formado en caso de existir hijos, y que indiscutiblemente se verán afectados por la decisión de una persona sin que mediara la intervención judicial, que necesariamente procurara por la permanencia de la familia, salvo que se tratara de casos graves irreconciliables, que lejos de beneficiar, perjudicaban a sus integrantes.

5. La garantía de audiencia y certeza jurídica.

Como ya lo he mencionado, aún cuando al matrimonio se le considere como una institución jurídica compleja, su celebración y efectos se traducen en un acto jurídico en sí, el que en general debe entenderse como la conducta del ser

humano en la que hay una manifestación de voluntad con la intención de producir consecuencias de derecho siempre y cuando una norma jurídica sancione esa manifestación de voluntad y además sancione los efectos deseados por el autor de la misma.

Así, la particularidad del acto jurídico deriva en que la voluntad del autor de la conducta lo lleva a realizar cierto acto, buscando precisamente los efectos de derecho que de él derivan, es decir, se quiere el acto y las consecuencias reguladas a través de ordenamiento específico, tal y como acontece en el matrimonio, el que nace efectivamente por la voluntad libre y consiente de los contrayentes, quienes sobreentienden que tal institución se encuentra acogida por el derecho y por lo tanto regulada por el Estado, de tal modo que tienen la plena conciencia de que no existe autodeterminación con respecto a sus efectos, fines y consecuencias que se producen tanto entre ellos como con respecto a terceros.

En ese sentido es que, si consideramos que se trata de un acto jurídico, de manera general en nuestro sistema jurídico no se concibe disolver por la voluntad de una de las partes, sino exclusivamente por la voluntad de todos aquellos que en él intervinieron (cuando así lo permita la legislación aplicable), o bien por actualizarse alguna de las causas que disponga la ley o las partes en caso de que exista libertad para ello (lo que no acontecía en el presente caso porque los motivos de disolución no estaban sujeto al arbitrio de las partes, pero que se ha eliminado por virtud de la reforma en comento).

Lo cual obedece, en principio, a que una de las garantías fundamentales en cualquier sociedad, consiste en que si se le han reconocido una serie de derechos que como persona le corresponden, ya sea a la vida, la seguridad, la igualdad, la

libertad y la propiedad entre otros, también debe reconocérsele el derecho de accionar para ejercer la defensa de ellos.

En tal sentido, si se tiene en consideración que determinada persona tiene la libertad de elegir con quién quiere unirse en matrimonio, también se le reconocen los derechos que de tal acto se derivan; por consiguiente, el titular de todo derecho tiene la garantía de audiencia, es decir, que previo a que se le prive del derecho de continuar unido en matrimonio, deba ser oído en juicio, lo que no acontece en la actualidad con el divorcio unilateral porque en la manera que se encuentran redactados los artículos 266 y 267 del Código Civil para el Distrito Federal, ya no se tramita mediante un procedimiento seguido en forma de juicio, sino por medio de una simple solicitud.

Por lo tanto, ya no se está dando la oportunidad al otro cónyuge de oponer excepciones o en su caso de reclamar la culpabilidad del otro, para solicitar la indemnización que permitía la ley, pues ahora solo basta con que lo solicite para que se disuelva, sin que valga el argumento empleado por los legisladores que apoyaron tal propuesta, en cuanto a que se le debe emplazar al otro cónyuge con tal solicitud, pues no se trata de un verdadero emplazamiento sino de una mera notificación personal que de ninguna forma cumple con los requisitos del artículo 258 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Los efectos del emplazamiento no se producen, ya que no se trata de un juicio en el que se esté en posibilidad de dar contestación a los hechos, pues en nada valdrá lo que se tenga que decir sobre la disolución del vínculo matrimonial, porque no será tomada en cuenta según la actual redacción de Código.

Incluso, tampoco se está respetando la garantía de que se le prive de sus derechos por medio de un juicio previo, pues ya no existe como tal ya que no se

llevaría uno porque el juzgador no participaría decidiendo una controversia, sino haciendo una declaración de derechos sin previo análisis de lo que estuvieren en posibilidad de alegar las partes, de permitir que se aporten pruebas y mucho menos de valorarlas. De esa forma, se deja los derechos de la otra parte sin defensa y sujetos a la mera voluntad del otro cónyuge, generando con ello una notoria inseguridad y certeza jurídica que debe tener todo acto jurídico, el cual sabemos cuándo inicia pero no cuándo termina, pues todo dependerá de que tan cómodo se sienta al otro, lo cual desvirtúa por completo la naturaleza del matrimonio, y pone en riesgo a la sociedad, porque ahora crea el temor de que incluso el culpable ya sea de corromper a la familia, de violencia familiar o de cualquiera de las causas graves antes contempladas por la ley, sea el que solicite el divorcio sin sanción alguna, y que además solicite la mal denominada compensación, generando un retroceso porque el motivo por el cual se dio paso al divorcio, fue porque se pretendía promover el matrimonio y no generar temor como ahora de que en cualquier momento se podrá disolver y el que tenga más bienes o más que el otro pague con independencia de la conducta del otro.

Asimismo, estimo que atenta en contra de la seguridad jurídica porque no señala qué pasa con los matrimonios que tienen menos de un año, ya que no se sabe con certeza cuál divorcio podrán promover sí el administrativo o el voluntario, quedando indefensos en caso de que el otro no quiera divorciarse y que cometa una conducta grave como podría ser la violencia intrafamiliar.

Por último, en lo que respecta a la garantía de procurarse un ambiente de desarrollo, no se advierte de manera alguna que se contravenga como afirman quienes apoyan tal reforma, pues en todo momento se le respetó el derecho de decidir con quién tenía interés de formar un compromiso de vida con el pleno conocimiento de que los efectos son permanentes, el cual ya ejerció y que por los alcances del mismo no puede disolverse de facto, sino por causas que realmente

lo ameriten como eran las que se contemplaban en la legislación anterior, mismas que si bien podrían considerarse por algunos obsoletas o rigurosas, ese otro tema, es decir sería necesario en su caso sujetarlas a estudio pero no desaparecerlas porque ello implica el desconocimiento de la participación del Estado para su regulación y el permiso de autodeterminación de los particulares con respecto a un tema de trascendental importancia, incluso si se quisiera defender tal garantía podría someterse la aprobación de una causal que la involucre, pero no permitir que ésta sea tan amplia que se deje en Estado de ingobernabilidad.

De acuerdo con la reforma realizada, el Juez debe resolver conforme a las circunstancias de cada caso, pudiendo suplir las deficiencias de las partes en lo que respecta a tal convenio, que es en lo único que tendrá intervención del juez, porque en materia de divorcio no tiene más opción que decretar la disolución del vínculo matrimonial.

2.1.4 MARCO JURÍDICO DE DIVORCIO

El artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal define al divorcio como: al que “disuelve el vínculo del matrimonio” dejando así los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Para entender lo que entraña el divorcio debe tenerse muy en cuenta que la naturaleza del mismo es de mera excepción y no de natural y regla general como son los elementos que conforman el matrimonio. Al respecto, el Maestro Manuel F. Chávez Asencio, afirmaba que es necesario que por regla general el matrimonio se considere indisoluble, salvo que se actualice alguna causa que impida la convivencia conyugal y que por ello sea necesario disolver al vínculo

matrimonial, excepción que confirma la regla.⁴³ Lo anterior, porque el matrimonio al igual que todas las relaciones de familia son permanentes en principio, a diferencia de lo transitorio de las relaciones jurídicas de carácter patrimonial económico. En ese sentido, si el matrimonio se considera de orden público, también lo es el divorcio, pues es a la sociedad a quien interesa el mantenimiento del primero y por limitar el segundo, de tal modo que sólo por excepción permite que se rompa ese vínculo, en virtud de un bien superior como es preservar la inminente dignidad de las personas que en él intervienen, así como de la familia que nació producto del propio matrimonio.

En ese contexto, debe tenerse muy en cuenta que si bien el matrimonio nace por un acto de voluntad, generado por el amor que se tienen los novios que los lleva a crear ese vínculo que tiene como una de sus finalidades la promoción integral de los consortes, el amor conyugal y la paternidad; también es cierto que si tal amor termina y no se logran tales fines, el derecho para disolverlo ya no corresponde solamente a las partes sino a la sociedad, por que se creó una institución que trasciende a los consortes y que como se ha mencionado es de interés público. Por lo tanto, el interesado es toda la sociedad, máxime si se procrearon hijos; en ese sentido, si el divorcio es una excepción, deben ser reguladas cuidadosamente las causales que lo permiten y deben ser de tal gravedad que hagan imposible la convivencia conyugal y que por lo tanto impida que logren los fines de la familia, es así como el divorcio puede ser considerado como remedio en caso de que se interponga una enfermedad que impida su sano desarrollo, o bien como sanción por la actualización de un delito de uno de los cónyuges en contra del otro, o como medio para regularizar la situación de hecho que se suscita entre cónyuges que llevan determinado tiempo sin tener vida en común, de acuerdo a lo que determinaban las fracciones VIII y IX del artículo 267 de la Legislación anterior a la reforma publicada en la Gaceta del Distrito Federal

⁴³Chávez Asencio, Manuel F., “Interpretaciones de la nueva causal de divorcio de incompatibilidad con las otras causales (artículo 267 fracción XVIII), publicado en *Jurídica Anuario*, México, 2000. p. 76

en el mes de octubre de 2008, pero no el egoísmo como se promueve con el divorcio unilateral, pues ello afecta seriamente la estabilidad de la familia y la estructura de la sociedad.

Razón de ello, es que incluso la aplicación de las causales anteriormente contempladas en el artículo 267 del Código Civil citado, era restrictiva, es decir que, solo podía disolverse el vínculo matrimonial por las causas específicas enumeradas en la ley.

2.2 CAPACIDAD

La capacidad alude a la aptitud de familia o de derechos políticos, para ser titular de derechos y obligaciones, para hacerlos valer por sí mismo, que se divide en capacidad de goce y de ejercicio. La capacidad de goce se adquiere en el momento del nacimiento. La capacidad de ejercicio se adquiere al adquirir la mayoría de edad. La incapacidad se divide en natural y legal.

Por lo tanto, la capacidad de la persona, propiamente, la capacidad o incapacidad personal no se relaciona con los grupos sociales sino con la idoneidad de la persona para valerse por sí misma considerando su madurez intelectual, para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones; para lo cual el vocabulario jurídico ha acuñado el concepto claro y por lo tanto, adecuado de capacidad.

La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad jurídica.

La capacidad y la incapacidad aluden a la posibilidad o imposibilidad para ejercer por sí misma en razón de su edad, los derechos y cumplir las obligaciones que legalmente le corresponden, en los menores, o por su salud mental o deficientes aptitudes volitivas o sensoriales en los mayores de edad incapacitados, unos y otros no pueden gobernarse por sí mismos.

La capacidad comprende dos aspectos que son:

1. La capacidad de goce, que es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, este tipo de capacidad se encuentra contemplada en el artículo 2 y 22 del Código Civil Vigente y que a la letra dice:

“Artículo 2.- La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer. A ninguna persona por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posesión económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud, se le podrá negar un servicio o prestación a la que tenga derecho, ni restringir el ejercicio de sus derechos cualquiera que sea su naturaleza de éstos”.⁴⁴

Podemos entender con este artículo que toda persona tiene la aptitud para adquirir derechos y asumir obligaciones por el simple hecho de ser humano.

“Artículo 22.- La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento 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”.⁴⁵

⁴⁴ Código Civil para el Distrito Federal, ISEF, México. D. F. 2009, p. 1.

⁴⁵ Ibidem, p. 4

Como se muestra en este último artículo la capacidad de goce se adquiere de una manera cautelosa desde la concepción, y entra de pleno por el nacimiento y se pierde por la muerte.

La capacidad de goce prevalece en importancia pues condiciona la existencia de la capacidad de ejercicio, porque puede existir capacidad jurídica y carecer de capacidad de ejercicio.

Para algunos autores la capacidad de goce es sinónimo de la personalidad porque van íntimamente ligadas, pero existen diferencias entre ellas y son:

La capacidad jurídica o de goce es:

a) Concreta, ya que la capacidad se ocupa de situaciones jurídicas específicas, como testar, porque tiene aptitud de ser sujeto de derechos.

b) Múltiple, ya que se da como consecuencia la capacidad de ejercicio.

c) Diversificada, porque tiene graduaciones distintas de goce, por la titularidad de derechos.

Por su parte la personalidad Jurídica es:

a) Abstracta, ya que la proyección del ser humano en el ámbito jurídico, es una mera posibilidad de actuar en la gama de relaciones jurídicas, es la posibilidad, la titularidad de derecho sin concretizar.

b) Única ya que la personalidad jurídica no da paso a otra modalidad.

c) Indivisa, porque la personalidad es una y no tiene grados de medición.

Mediante la capacidad de goce, en el derecho moderno, todas las personas se encuentran en la posibilidad de participar en la vida jurídica, pues la capacidad de una persona será mayor o menor, según sea mayor o menor de edad, está o no casada, sometida a interdicción; es necesaria, para poder realizar los diversos actos de los cuales resulta el estado.⁴⁶

La capacidad de disfrute puede concebirse sin la capacidad de ejercicio, porque el titular de un derecho puede ser, según los casos, capaz o incapaz para hacerlo valer por sí mismo.

Sólo la persona física adquiere plena capacidad de ejercicio, a partir de los dieciocho años cumplidos, antes de llegar a esa edad, el menor ejerce sus derechos y cumple sus obligaciones por medio de su representante legítimo.

El derecho presume que el menor no tiene el necesario discernimiento para decir, por su propia voluntad, la realización de actos jurídicos, es jurídicamente incapaz.

2. La capacidad de ejercicio, que es la aptitud para hacer valer aquellos y cumplir estas, por sí mismo. Y se puede definir como la aptitud de participar directamente en la vida jurídica, es decir realizarlo por derecho propio, el medio para el ejercicio de derechos, para contraer y cumplir obligaciones, para intervenir en juicio ante los tribunales, ya sea como actor o demandado dependiendo el caso, así la capacidad de ejercicio implica estar en condiciones legales otorgar dichos actos y estos consisten a su vez en manifestaciones de voluntad.⁴⁷

⁴⁶ Lete del Rós, José Manuel, “Derecho de Personas” en el derecho civil, edición 3ª, México Porrúa, 2005, pags. 170-180

⁴⁷ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *Contratos Civiles*. Edición 9ª, México Porrúa, 2002. p.135

De la capacidad de ejercicio se pueden desprender dos especies, la primera de ellas es la capacidad de ejercicio substancial, y es aquella aptitud para celebrar actos y negocios jurídicos, obligarse a ello, para contraer y cumplir personalmente obligaciones, administrar y disponer libremente de los bienes; a la segunda se le puede denominar como capacidad de ejercicio procesal o formal esta se refiere a la intervención en juicio de manera personal o en su caso por representante legal.

Así como en la capacidad de goce, existen diversos grados de limitaciones, también en la capacidad de ejercicio hay diversos grados de incapacidad, esta será mayor conforme se tengan más restricciones, esta graduación tiene como parámetro la madurez mental y edad del sujeto, por lo que se clasifica de la siguiente manera:

- a) Que la persona tenga el discernimiento necesario, para comprender las consecuencias de sus actos, y
- b) Que no haya sido declarada en estado de interdicción.⁴⁸

Haré una pequeña descripción desde que es concebido el ser humano hasta la mayoría de edad:

1. Del Concebido. En el existe plena incapacidad de ejercicio, solo tiene la de goce quedando asentado en el punto anterior.
2. Menor de Edad no emancipado. Este al igual que el concebido carece totalmente de acción en el ámbito jurídico por su minoría hasta que cumpla la mayoría de edad o se emancipe.

⁴⁸ Ibidem p.136

3. Los emancipados. El tercer grado de incapacidad de ejercicio corresponde a los menores emancipados, en donde existe una incapacidad parcial de actuar y como consecuencia de ello una semi-capacidad, el emancipado puede realizar todos los actos de administración relativos a sus bienes muebles sin necesidad de representante, así como de realizar actos civiles por cuenta propia sin autorización, se puede decir que tiene la capacidad de ejercicio substancial, porque puede administrar y disponer libremente de sus bienes, pero en cambio carece del ejercicio procesal.

4. De los mayores de Edad Incapaces. Un cuarto grado de incapacidad corresponde a los mayores de edad con daño cerebral, es decir que se encuentran privados de su inteligencia o con retraso mental, la incapacidad que surge en ellos generalmente es total, se puede decir que es el representante quien únicamente puede hacer valer los derechos incapaz y celebrar actos de administración o dominio previa autorización judicial, sin consentimiento del incapaz.

Este tipo de capacidad solo podrá ser ejercitado en su totalidad por las personas que alcancen la mayoría de edad marcada por la ley y que es de dieciocho años.

2.2.1 INCAPACIDAD.

Ahora bien la figura de la incapacidad va íntimamente ligada con la capacidad, pues por la incapacidad el individuo carecerá de capacidad y de ahí que sea necesario incluirla en el presente trabajo.

Podemos decir que la incapacidad es aquella carencia que tiene el individuo para la realización, disfrute, o ejercicio de derechos para adquirirlos por sí mismo.

La incapacidad se puede clasificar de dos formas, denominadas natural y legal.

Se entiende por la incapacidad natural, aquella provocada por una causa permanente o transitoria, independientemente de su edad, como alguna enfermedad mental, vicio o factor parecido, que le impide querer y atender lo que hace y por ello no puede crear consecuencias jurídicas sanas.

Así como la incapacidad legal, esta forma la señala y considera nuestra Ley, pues ella manifiesta cuándo y en qué momento un sujeto se encuentra o no en condiciones de querer y entender, se da el caso de que aunque pueda emitir ese querer y entender la Ley lo reconoce como incapacitado, esto sucede con los menores de edad, que aún cuando sus condiciones mentales funcionen en completa normalidad hace falta que tengan la edad requerida por nuestro ordenamiento legal.⁴⁹

Esta incapacidad se encuentra marcada en el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 450 y que con las últimas reformas realizadas, quedó de la siguiente manera:

“Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no pueden

⁴⁹ Sánchez Medal, Ramón, *De los Contratos Civiles Edición 16ª*, México, Porrúa, 1998. p. 93

gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla”.⁵⁰

De lo anterior para que declare incapaz a una persona es necesario que se proclame por medio de una sentencia y para ello se tiene que promover el juicio denominado interdicción.

2.3 MENOR DE EDAD

Se da la minoría de edad, cuando la persona aún no ha cumplido dieciocho años, ya que nuestra ley nos dice en el Código Civil para el Distrito Federal, vigente, en su artículo 646, la mayoría de edad comienza a los dieciocho años cumplidos y en el artículo 647 versa que el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.

La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, vigente, marca lo siguiente:

En su artículo 2 menciona: para los efectos de esta Ley, son niñas y niños las personas de hasta doce años incompletos...”⁵¹

Los menores de edad, que no tienen capacidad de ejercicio, requieren hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones, de un representante legal, como son las personas que ejercen la patria potestad o tutor.

⁵⁰ Código Civil para el Distrito Federal, ISEF, México. D. F. 2009, p. 62.

⁵¹ Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Sin embargo, la incapacidad de ejercicio tiene grados, el menor de edad puede realizar por sí mismo ciertos actos:

a) Contraer matrimonio si ha llegado a la edad de la pubertad, con la autorización de las personas que para el efecto señala la Ley.

b) Solicitar de la autoridad administrativa, la suplencia del consentimiento para contraer matrimonio, en el caso de que sus ascendientes o el tutor se negaren a prestarlo, sin justa causa.

c) Hacer testamento y designar tutor testamentario, si ha cumplido 16 años,
y

d) Nombrar tutor para negocios judiciales.

Como podemos ver los menores tienen esta pequeña protección por el derecho, para hacer valer sus garantías.

2.4 DESINTEGRACIÓN FAMILIAR

2.4.1 Concepto de desintegración familiar:

“La familia se desintegra a partir del momento en que se rompen los lazos familiares entre los individuos que se encontraban unidos uno con el otro, y la relación se extingue por la muerte de alguno de los familiares, existen otras formas de extinción como son: la nulidad del matrimonio, el divorcio, la impugnación de la paternidad, la filiación en los casos que la ley permite, y la revocación de la

adopción. Estas son las formas de desintegración familiar, que desde luego es el menor el más afectado por no encontrarse dentro de la célula nuclear de la familia”.⁵²

Se puede asegurar que la familia se desintegra cuando ya se ha perdido el equilibrio de la estructura dinámica, que es lo que mantiene unidos a todos los integrantes de la misma. También podemos afirmar que la desintegración de la familia se da cuando se rompe el respeto entre los esposos, quienes se consideran los pilares mas importantes dentro de dicha estructura, por lo tanto, da como resultado que los hijos ni siquiera conozcan lo que es el marco inmediato que le puede servir de referencia.

“La crisis familiar se da cuando ésta se desintegra de tal forma que los niños no tienen la oportunidad de conocer qué es la familia y por lo tanto crecerán con una idea equivocada de la formación de la misma, así mismo no sabrán integrarse a lo que es el matrimonio cuando estén en edad de formar una familia”.⁵³

2.4.2 Disolución de la Familia

Cambios macro sociales que ha experimentado la sociedad mexicana en las últimas décadas, permiten explicar en cierta medida algunos ángulos de la crisis que se vive en el ámbito familiar.

Los procesos de industrialización, urbanización, escolarización y el desarrollo de los medios masivos de comunicación han tenido consecuencias en la transformación de la familia de diversas maneras.

⁵² Cfr. Montero Duhalt, Sara, *Derecho de la Familia*, Edición 13°, editorial Porrúa, México 1994. p. 34

⁵³ Chávez Asencio, Manuel, *La familia en el Derecho*. Editorial Porrúa, México 1991. p. 179

Sabemos que la cohesión familiar continuará con el proceso de cambio, por lo que consideramos que eso ha producido dificultades de distinto género que tiende a identificar como crisis o disolución familiar.

Consideramos que la movilidad de la población y la extensión de nuestro sistema educativo en las últimas décadas, han contribuido en la situación de la familia.

Es importante señalar que el autoritarismo familiar es naturalmente neutralizado por la información que se obtiene en el sistema educativo.

Los cambios macro sociales, han contribuido a que en la familia se pongan en duda sus formas tradicionales de operación derivado de la multiplicación de los medios masivos de información, pasando de una institución tradicional normalmente orientada por principios católicos a otra reducida al núcleo fundamental (familia nuclear), ya que es bombardeada por múltiples informaciones de los medios masivos y otros grupos secundarios. En la familia tradicional los padres tenían una autoridad indiscutida, además de que existía poca información en el seno familiar sobre los que ocurrían en otros ámbitos. En esa institución social básica, los menores contaban con apoyo de abuelo y otros familiares (familia extensa).

La cohesión familiar ha sido noblemente relajada por la acción de los medios electrónicos y particularmente por la televisión, todavía la radiodifusión en sus primeros tiempos, congregaba a la familia en torno de muchos programas. La televisión ha quitado tiempo a la convivencia familiar, sobre todo en hogares donde hay varios televisores: cada segmento familiar queda aislado viendo distintos programas y comunicándose poco entre ellos. Otro factor que ha influenciado en la desarticulación de esta institución primaria, son los juegos electrónicos que se adaptan a los monitores de televisión (nintendo, play station,

etc.). En suma, las condiciones alcanzadas por la sociedad, no han promovido por sí mismas la aplicación de nuevas normas que produzcan un nuevo tipo de solidaridad familiar y social en general. Por el contrario, en muchos casos se ha producido una anomia que propicia grandes conflictos interpersonales y de grupos.

Los niños y jóvenes carecen de marcos de referencia y conducción que le permitan socializarse adecuadamente y crecer con seguridad. Los hechos de violencia se han multiplicado en nuestras calles. Y en los últimos años el narcotráfico intensificó la destrucción social y ha efectuado todavía más núcleos familiares en los que directa o indirectamente penetra.

Si analizamos el número de familiar destruida por el divorcio y la separación, la proporción creciente de madres solteras y de niños abandonados que viven en las calles, tendremos dramáticas evidencias de esa tremenda desintegración familiar que se experimenta sobre todo en las ciudades de mayor tamaño.

Las familias de más altos recursos por su parte, tienen condiciones propias que crean en sus integrantes aislamientos. Como ejemplos se pueden citar la posesión de televisores, juegos y automóviles todos ellos de uso individual.

Capítulo III **DAÑO MORAL**

3.1 DAÑO MORAL

Tradicionalmente el derecho ha protegido el daño material, olvidándose del elemento interno de las personas, sustancia anímica de las mismas, su sentir, su pensar y afectaciones internas.

El daño moral es un dolor injustamente sufrido, así como toda alteración desagradable en el ánimo y la afección de las personas siempre que se traduzca en sensaciones desagradables e independientemente de toda consecuencia patrimonial.

3.2 ANTECEDENTES

El Derecho Romano fue relevante para el derecho moderno, debido a que su influencia, llegó a abarcar el Derecho que ahora conocemos actualmente en América Latina, por lo que gran parte de las normas jurídicas modernas son de origen romano, la gran aportación del Derecho Romano ha sido principalmente en materia de Derecho Privado al igual que en materia técnica jurídica. Nuestro derecho actual, tiene por orígenes las costumbres y el Derecho Romano, títulos enteros del Código Civil en especial lo referente a las obligaciones, han sido sacados de esta fuente.

Por lo que en el antiguo Derecho Romano se consideraba sujeto de derechos a todas aquellas personas que pueden adquirir derechos y ejercerlos, es decir, los dotados de capacidad jurídica.

Es necesario mencionar que en Roma se condenaba pecuniariamente no solo por daño material sino por lo que se llamaban sentimientos jurídicos, lesionados, en intereses no económicos, que había acciones penales por ejemplo, por la injuria y el sepulcro violado, donde se trataba con la pena pecuniaria que se imponía a estos delitos, compensar, por lesión a sentimientos, esta pena no era considerada un equivalente económico sino la satisfacción de un sentimiento jurídico lesionado.

Ahora bien, la discusión que se ha desarrollado sobre la figura del “daño moral” para poder determinar si había o no una indemnización en el Derecho romano, también se dice que en algún tiempo se tuvo la idea de que el Derecho Romano sólo reparaba los daños, que se generaban sobre los bienes patrimoniales. La idea rectora sobre la reparación de daños, es que siempre recaía sobre bienes patrimoniales difícilmente se podía condenar a una persona a reparar un daño moral por haber lesionado los sentimientos de una persona.

En los escritos del autor Cayo, hace referencia a dos tipos de daño; al daño emergente y al lucro cesante “...declarando que no debía tomar en cuenta la deformidad o la cicatriz porque no se puede estimar económicamente el cuerpo humano, concepto que se aplicaba al hombre libre...”⁵⁴

⁵⁴ Digesto, Lib. IX, Tít. I, Ley 3; Tit. IV, Ley 7; Tít VI, Ley 2; Lib. XI, Tít VII, Ley 9, etcétera. Nota tomada de BOFIA BOGGURO, Luis María, Tratado de las obligaciones., Ed. Astrea de Rodolfo Desalma y Hnos. Argentina, 1973, Tomo 2, p. 286.

3.3 CONCEPTOS DE DAÑO MORAL

En la doctrina, en el tema del daño moral, se habla solo en unos cuantos aspectos aislados por cada autor, indicándose que debe repararse, pero que es de difícil reparación, etcétera, sin ordenarse hasta la fecha no sistematizarse su estudio a fondo, considerando lo que analizan de la siguiente manera:

Los autores Juan Carrillo M. y Miriam F. Carrillo F. en su obra “El Detrimento Moral”⁵⁵ indica que el daño moral no es reparable propiamente, se cubre con una indemnización en numerario, y es una responsabilidad civil, que hay lesiones que dejan cicatriz con daño corpo-espiritual, que desde la antigüedad se consagró que todo daño debe ser reparado, es la trasgresión a los derechos de la personalidad, que su naturaleza es subjetiva, que el daño moral es daño a la parte afectiva del ser humano.

Y el autor Sergio C. Arellano Rabiela en su Libro “Derechos Humanos y Daño Moral en la Procuración de Justicia”⁵⁶ tiene una parte dedicada a daño moral, donde indica que tradicionalmente el derecho ha protegido el daño material, olvidándose del elemento interno de las personas, sustancia anímica de las mismas, su sentir, su pensar y afectaciones internas, cita a varios autores indicando:

Que Henri y León Mazeud dicen: “daño moral es el perjuicio material es perjuicio patrimonial y perjuicio moral es perjuicio extrapatrimonial, no económico”.⁵⁷

⁵⁵ Crf. Carrillo Juan J.M. y Carrillo P. Miriam F. “El detrimento Moral “ Editorial Carrillo, Hermanos e informatica, Guadalajara Jal. México, 1999 p. 120.

⁵⁶Cfr. Arellano Rabiela, Sergio C. “Derechos Humanos y Daño Moral en la Procuración de Justicia”. Ediciones Delma, S. A. de C.V. , México, D. F. , 199, p.56

⁵⁷ Crf. Carrillo Juan J.M. y Carrillo P. Miriam F. Op. Cit. 1999, p. 121

Mientras que Brugi dice que “El daño moral es un dolor injustamente sufrido, así, como toda alteración desagradable en el ánimo y la afección de las personas, siempre que se traduzca en sensaciones desagradables e independientemente de toda consecuencia patrimonial”.⁵⁸

El autor Alfredo Minozzi indica que daño moral es “cualquier daño del hombre que traiga injuria injustamente les une el derecho de otro y obliga aquel, por culpa de quien venido el hecho, a resarcir el daño, es decir la consecuencia concreta del hecho culposo del agente”.

Por último Rojina Villegas nos habla del daño moral “...Es el dolor cierto y actual que sufre una persona física o social, colectiva, en sus derechos de la personalidad con motivo, de un hecho ilícito o no lícito y que la ley considere para responsabilizar a su autor”.⁵⁹

También nos dice que hay daño moral directo e indirecto, siendo el último el daño material que causa daño moral como consecuencia, que el daño moral ataca valores a defender por los derechos humanos como: sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, vida privada, aspectos físicos, consideraciones que de si mismo tengan los demás, se vulnere o menoscabe la libertad e integridad física o psíquica de las personas.

Como es fácil advertir, las connotaciones doctrinarias aportadas por la generalidad de tratadistas, hacen alusión a los mismos elementos integradores del daño, tal es el caso de la lesión, la reducción, menoscabo y perjuicio que una

⁵⁸ Ibidem. P. 122

⁵⁹ Rojina Villegas Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Editorial Porrúa, México, 1980, p. 350.

persona sufre en su propia persona, patrimonio y honra, en virtud de la acción u omisión dolosa o culposa de otra, o bien, por caso fortuito.

En este sentido, a título personal, estimamos adecuado conceptualizar al daño moral como la lesión o afectación directa que resiente una persona, en el conjunto de bienes patrimoniales o extramatrimoniales que se encuentran jurídicamente tutelados por el sistema normativo, por consecuencia de una acción u omisión dolosa o culposa de otra persona, así como por consecuencia de caso fortuito.

3.4 CLASIFICACIÓN Y SUS DISTINCIONES

Los argumentos que hemos venido señalando, no queda duda en el sentido que el daño puede constituirse por una gran variedad de situaciones fácticas o jurídicas, mismas que delimitaran el grado de responsabilidad que pueda tener una determinada persona en el hecho dañoso. En igual sentido, no queda duda con respecto a que el daño, a su vez, puede presentar diversas modalidades y distinciones, elementos todos que es necesario delimitar, toda vez que de ellos dependerá la forma en la se habrá de resolver sobre la forma y término de su reparación.

3.5 DAÑO PRESENTE

En relación con el daño presente o actual, el Maestro Salvador Ochoa Olvera señala que: “éste se debe entender como el que se verifica en el momento en que surge una determinada controversia y cuya existencia, magnitud y gravedad se asimilan al hecho ilícito que lo produce”.⁶⁰

⁶⁰ Ochoa Olvera, Salvador. “La Demanda por Daño Moral”, Editorial Montealto, México, 1999, p. 6

Cabe establecer que el daño presente o actual, se constituirá, indefectiblemente, al momento mismo en que se verifica la conducta dañosa o controversia, por lo que, en función de dicha conducta dañosa, dependerá su existencia, magnitud e intensidad, como elementos necesarios para determinar el agravio o afectación en relación con la víctima. Lo que obliga a colegir, que el daño presente o actual siempre guardará estrecha relación y proporción con el hecho ilícito que lo provoca.

3.6 DAÑO FUTURO

En oposición al daño presente, el daño futuro, al decir del propio Maestro Ochoa Olvera:

El daño Futuro “es aquél que nunca presenta en el momento de la controversia las tres características del daño presente o actual (existencia, magnitud, y gravedad), sino que al producirse el hecho ilícito, el daño futuro es consecuencia directa del evento dañoso que se actualiza con posterioridad”.⁶¹

Como se puede inferir de los argumentos del Maestro Ochoa, tenemos que por exclusión, el daño futuro a diferencia del presente o actual, nunca se verificará al momento de generarse la conducta dañosa, por tanto, su constitución necesariamente se actualizará con posterioridad a dicha conducta, tal y como podía acontecer con los delitos de fraude o algunos de mala práctica médica, por citar solo algunos.

⁶¹ *Ibídem.*

3.7 DAÑO DIRECTO E INDIRECTO

Por cuanto atañe al daño directo, es aquel que, como su nombre lo indica, se verifica en la integridad patrimonial o física de la víctima, en tanto que el daño indirecto, es el que constituye, por antonomasia, en persona diversa del agraviado inmediato.

3.8 DAÑO CIERTO Y EVENTUAL

En relación con el primero de los daños del tema en comento, cabe señalar que el propio Maestro Ochoa Olvera, refiere que en este tipo de daño, la existencia, magnitud y gravedad, son elementos que perfectamente se determinan al momento de consumarse la conducta dañosa en contra de la víctima, mientras que el daño eventual, alude al conjunto de consecuencias y circunstancias que, de presentarse, dará origen a un determinado daño.

Al respecto, es importante destacar, como lo señala el Maestro Ochoa Olvera en alusión al jurista Brevia, que no se deben confundir los conceptos del daño futuro y del daño eventual, así como tampoco los del daño cierto con el daño actual o presente, dado que, 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 deben 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 posterioridad.⁶²

⁶² Cfr. *Ibídem*.

3.9 DAÑO MORAL Y PATRIMONIAL

Siguiendo los lineamientos del Maestro Bejarano Sánchez con respecto al daño moral, tenemos que el mismo se puede conceptualizar de la siguiente manera:

El daño moral: “es la lesión que una persona sufre en sus sentimientos, afectaciones, creencias, honor o reputación, o el menoscabo en su autoestima, como consecuencia de un hecho de tercero, antijurídico y culpable, o por un riesgo creado”.⁶³

Daño patrimonial: “Pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación (artículo 2108 Código Civil para el Distrito Federal). Esta definición debe entenderse en el sentido de daño material”.⁶⁴

3.10 TEORÍA RESTITUTORIA SOBRE REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL

En armonía con las premisas históricas que hemos establecido en lo antes mencionado, y para entrar al estudio de las diversas teorías en relación con la reparación del daño moral, es menester puntualizar, que en sana lógica jurídica y estricto sentido, la reparación del daño moral, por sus propias connotaciones extramatrimoniales, axiológicas y subjetivas, nunca podrán ser resarcidas o reparadas, pero no por esto debe concluirse que, verificado algún daño moral, el mismo deba de quedar sin castigo y resarcimiento, toda vez que, como ha quedado de manifiesto, la reparación del daño moral es una exigencia en un

⁶³ Bejarano Sánchez, Manuel, p. 195

⁶⁴ De Pina Rafael, op. Cit. p. 97

Estado democrático como el nuestro, además de que es perfectamente posible su constitución y determinación normativa. Por ello, es que decidí solo hacer alusión a las teorías positivas o que de alguna manera reconocen la necesidad y posibilidad de que se verifique la reparación del daño moral, por se como se ha visto, desde la comunidad romana, una posibilidad de facto y de iure.

Precisado lo anterior, tenemos que los impulsores de la teoría restitutoria, hacen referencia a que mediante dicha formula, se permite reparar el daño moral volviendo las cosas al estado que tenía antes del hecho dañoso, así, el maestro Ernesto Gutiérrez y González señala lo siguiente:

“Indemnizar es dejar sin daño, el vocablo se forma de “in” sin, y “damnum” daño, y por ello se debe grabar el lector alumno y alumna muy bien, que indemnizar es volver las cosas al estado que tenían antes del daño y no como se cree, que es pagar una suma de dinero solamente”.⁶⁵

Por su parte el Maestro Ochoa Olvera nos dice:

“La reparación natural, que es aquella que hace posible que las cosas vuelvan al estado en que encontraban antes de producirse el evento dañosos. Es decir, mediante el desagravio existe una igualdad de condiciones, antes y después del hecho ilícito. Por 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”.⁶⁶

⁶⁵ Gutierrez y González, Ernesto., Derecho de las Obligaciones. Editorial Porrúa, Décima Quinta Edición. México, 2005, p.494.

⁶⁶ Ochoa Olevera, Salvador. Op cit, págs 68-69.

En este orden de ideas, cabe afirmar que, efectivamente la posibilidad de reparar el daño moral mediante la fórmula restitutoria es perfectamente viable, tal y como acontecería en algunos supuestos de reconocimiento de hijo, el pago y cumplimiento de deberes alimentarios, o bien para el caso de algunas legislaciones estatales, el cumplimiento de la promesa de matrimonio.

Cabe concluir que en las interrelaciones y actos jurídicos de las personas, la posibilidad de que se produzca un daño moral es una cuestión latente, y que de ser el caso que el daño moral se configure, el mismo puede ser perfectamente restituido en atención de bien extramatrimonial lesionado, como acontece en los supuestos ha que hemos hecho referencia.

3.11 TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA O SATISFATORIA DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL.

Siguiendo los lineamientos del Maestro Ochoa Olvera⁶⁷, se puede establecer que la teoría de la equivalencia o satisfactoria en la reparación del daño moral, al decir del jurista Rojina Villegas se verifica “cuando no es posible el desagravio perfecto, ya que las cosas no pueden estar en una situación idéntica a la que tenía antes del daño para ello, se buscará un equivalente, que va a tener una función ya sea compensatoria, que trate de poner en una situación no idéntica, pero si lo mas igual posible, a la que tenía antes del acontecimiento dañoso y el medio que mejor cumple esa función es el dinero”.⁶⁸

⁶⁷ Cfr. Ochoa Olvera, Salvador. Op Cit pags. 68-71.

⁶⁸ Rojina Villegas Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Editorial Porrúa, México, 1980, p. 469.

A manera de ejemplo señala el Maestro Olvera, cuando la persona que destruye un cuadro de determinado artista, al momento de ser condenada a reparar el daño causado, evidentemente no podrá devolver el mismo cuadro, por lo que la reparación consistirá en la entrega de una suma de dinero que fijarán los peritos atendiendo al valor real del cuadro en el momento del pago, en la inteligencia que dicha suma no devolverá el cuadro, pero será un equivalente que cumplirá su función compensatoria.

Ahora bien, apunta el propio Maestro, 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.

El daño moral no admite una valuación pecuniaria en atención a los bienes lesionados, por lo que la entrega de la suma de dinero no indica que se valore o ponga precio a bienes de naturaleza inmaterial como son el honor, los sentimientos, reputación, etc. Es por esto que la reparación moral tiene como fin último la función satisfactoria que pueda considerarse equivalente al sufrimiento experimentado.

Podemos aceptar sin vacilar que la reparación que ordena nuestro derecho 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.

Así, concluye el Maestro Ochoa, la teoría de la equivalencia o satisfactoria de la reparación del daño moral 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. Esta reparación por equivalencia es monetaria, única y exclusivamente. No puede existir la reparación como en ciertos casos de daño patrimonial, donde se entrega un objeto similar al dañado, ya que además de ser esto imposible tratándose de bienes inmateriales, nuestra legislación sobre el daño moral es tajante al establecer que la indemnización que se otorga a título de reparación moral será en dinero.

Satisfactoria: en razón de que la reparación moral no admite con respecto de los bienes que tutela una evaluación en dinero, no perfecta ni aproximada, por ser de naturaleza extramatrimonial. Es por ello que en nuestra legislación, el pago de una suma de dinero al agraviado cumple una función de satisfacción por el agravio sufrido, como puede ser la lesión de sus afecciones, sentimientos, etc. En ningún momento se está comerciando con dichos bienes morales, ni con la entrega de "metálico" se atenúa o desaparece la aflicción o dolor moral sufrido, sino que el último fin de la reparación moral es otorgar a dicha indemnización pecuniaria un fin de satisfacción por la lesión que sufrió un individuo en sus derechos de la personalidad. Aquí es donde se refutan las teorías que niegan la reparación del daño moral, por ser ésta injusta y antiética, según afirman, por poner un precio al honor, sentimientos, decoro, etc.

La objeción a dichas posturas es clara, en virtud de que, si se entiende el fin último de la reparación moral es satisfactoria, queda sin materia la controversia planteada por la corriente citada, porque lo único a que conducen es a hacer irresponsable civilmente al que incurre en un daño moral.

A título particular nos adherimos a los comentarios del Maestro Ochoa Olvera, en virtud de que en todo acto o hecho humano con consecuencias jurídicas, las mismas deben de tener una regulación normativa, y siendo el daño moral una figura que tutela derechos inminentemente subjetivos pero reconocidos por el propio sistema normativo, el dejar de observar una sanción, ya sea civil o penal, al transgresor, significaría una omisión grave e inadmisibles por parte del Estado de derecho, de tal suerte que, no solo como lo afirma el ilustre Maestro “se hace irresponsable civilmente al que incurre en daño moral”, sino que, la persona, como objeto y fin último del derecho, queda en estado de precariedad legal, indefensión, y más aun, sin la debida administración de “justicia”.

3.12 TEORÍA DE LA COMPENSACIÓN EN LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL.

Al decir de Carnelutti, la expresión genérica de restitución se deben distinguir los conceptos de restitución directa, resarcimiento del daño y reparación, así sostiene el connotado jurista, en la restitución directa el interés afectado coincide con el lesionado por el acto ilícito, mientras que en el resarcimiento del daño, existe una equivalencia entre el interés directamente dañado y el interés en que se resuelve la restitución. En cambio, en la reparación la relación de ambos intereses es de compensación. La equivalencia entre intereses tiene lugar cuando la satisfacción de uno sirve para satisfacer el otro, así, en el caso de una cosa, el resarcimiento del daño consiste en la entrega de una suma de dinero que puede servir para edificar o comprar otra, la compensación de intereses procedería cuando la satisfacción de uno de ellos atenúa el sufrimiento determinado por la insatisfacción del otro, así por ejemplo, en el caso de la muerte de un ser querido, la suma de dinero no hace revivir, pero con ella se puede procurar a la persona allegada alivio y distracción de su pena. Partiendo de esta premisa “es una hipótesis de reparación y no de verdadero resarcimiento del daño moral, porque

el interés moral ofendido no encuentra su equivalente en el interés pecuniario, esa lesión solo puede ser compensada de algún modo mediante las posibilidades ofrece el dinero”.⁶⁹

Así, las cosas, puede asegurarse que mediante la compensación del daño moral, efectivamente no existirá jamás una restitución, precisamente por la naturaleza jurídica del bien jurídicamente protegido, es decir, en sentido estricto no se puede restituir el daño moral causado. Asimismo, en algunos casos y para los propugnadores de esta teoría, no opera el resarcimiento, por las mismas causas, además de que, nunca podrá hablarse de una auténtica y real equivalencia entre el daño moral producido y el interés en que se resuelve determinada situación.

Sin embargo, y como se ha acotado en reiteradas ocasiones, la regulación y sanción del daño moral obedece a tutelar debidamente al conjunto de derechos extrapatrimoniales que le corresponden a la persona, por ello, y ante la dificultad e imposibilidad que representa su adecuada valoración, es pertinente recurrir a figuras y términos equivalentes, en la inteligencia de procurar justicia y certeza jurídica en las personas que han sufrido el menoscabo de sus derechos protegidos, por ello, y como se desprende de los argumentos del jurista Carnelutti, la teoría de la compensación, permite, ante lo irremediable del daño moral sufrido, atenuar el mismo mediante su legal reparación.

3.13 TEORÍA NEUTRALIZADORA Y PREVENCIÓN DE LOS EFECTOS CAUSADOS.

Se emplea el término neutralizadora en la reparación, en la acepción que define el Diccionario de la Lengua: “debilitar el efecto de una causa, por la concurrencia de otra diferente u opuesta”.⁷⁰

⁶⁹ Cfr. Francesco Carnelutti, citado en Ochoa Olvera, Salvador, op cit, p. 68.

Un ejemplo de la reparación neutralizadora, es el ataque contra el honor, inferido a través de la injuria o calumnia, ésta reparación será aquella que importe debilitar o neutralizar el agravio mismo, esto es, la retractación a pesar de que implica no borrar el ilícito y los daños ya producidos, si al menos en nuestra legislación penal, se prevé que si el delito hubiese sido cometido públicamente o por cualquier otro medio de difusión, la sentencia condenatoria, podrá ordenar el pronunciamiento a cargo del condenado por los mismos medios. Zannoni, considera que la citada publicación, desde la faz resarcitoria, se muestra como una reparación neutralizadora del daño futuro, pues aunque logre “debilitar” (Etimológicamente) el efecto de la difamación quedará siempre como daño subsistente, al momento de la sentencia, el agravio producido, la afrenta consumada con sus secuelas: el dolor, el sufrimiento o la humillación padecidos. Sin embargo, el valor de la publicación no será desdeñable desde la perspectiva del ofendido quien, por esta vía, obtendrá algo así como el equivalente al agravio público, a través del desagravio, también público”.⁷¹

3.14 ESTUDIO DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN NUESTRO DERECHO VIGENTE PARTIENDO DE LA LEGISLACIÓN CIVIL QUE RIGE Y SE ENCUENTRA VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL.

Es importante realizar un breve estudio del daño moral, en base a las disposiciones civiles que se encargan de sancionar dicha materia a efecto de tener un marco contextual que nos permita arribar a los puntos conclusivos que necesitamos para abordar el capítulo final de la presente investigación

⁷⁰ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española.

⁷¹ Cfr.Zannoni, citado en Ochoa Olvera, Salvador, op cit, p. 70.

3.15 ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 1916 y 1916 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Hay que hacer la observación que el artículo 1916 bis fue derogado en nuestra actual legislación, pero aún así me pareció importante analizarlo y hago una pequeña reseña de él.

Para los fines específicos del presente apartado, resulta necesario recurrir a la interpretación de las disposiciones contenidas en los preceptos 1916 y 1916 Bis que han realizado los Tribunales Federales en relación con el daño moral. Es importante señalar que en cuanto al artículo 1916 Bis, los comentarios se realizarán de forma ilustrativa, siendo que el mismo se encuentra en la actualidad derogado, por reforma al Código Civil para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial el 19 de mayo del 2006.

Es necesario recordar que el carácter ontológico de la persona, conlleva el reconocimiento de ser titular de determinados derechos y obligaciones, unos en forma natural y otros obligatorios por la convivencia humana, por lo tanto el hombre posee ciertos atributos necesarios para su desarrollo íntegro, los cuales los posee por el simple hecho de ser persona. Por lo que estos atributos son protegidos jurídicamente a través de diversas instituciones, garantías constitucionales, entre otros.

Por lo que debemos recordar que el daño moral alude a la afectación de valores no apreciables en dinero, a lo que la doctrina francesa establece al daño moral en un perjuicio extramatrimonial de carácter no económico, al reconocerlo como todo sufrimiento humano que no es causado por una pérdida pecuniaria, pudiendo ser un sufrimiento físico o un sufrimiento moral de diverso origen, en el

que la víctima sufre en su reputación, en su autoridad legítima, en su pudor, en su seguridad, en su integridad intelectual, afecciones, etcétera.

La postura más integral del daño moral es la que incluye, además del menoscabo físico y espiritual, la privación de posibilidades existenciales reflejas en la conducta cultural, estética, sensitiva, sexual, intelectual, misma que deben ser resarcibles.

Atendiendo a lo anterior, la protección jurisdiccional civil en el ordenamiento mexicano se incluye dentro de la primera postura, así que olvidemos que dentro del derecho positivo encontramos fundamentos que proteja los llamados derechos de la personalidad, como lo establece el precepto 1016 del Código Civil para el Distrito Federal que se transcribe al respecto:

“Artículo 1916.- Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que habrá daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad y 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 objetiva conforme el artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.

Por otra parte el actualmente derogado precepto 1916-Bis del Código Civil establecía:

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 6° y 7° 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 del daño que directamente le hubiere causado tal conducta”.⁷²

De los dispositivos antes citados se aprecia que el daño moral representa la lesión o afectación de los derechos de la personalidad tal y como lo interpretó la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en abril de 1987, al señalar que la referencia a “los sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien la consideración que de uno tienen los demás son los llamados derechos de la personalidad como adecuadamente los considera la legislación civil contemporánea y les concede una amplia gama de prerrogativas y poderes para garantizar al individuo el goce de estos atributos inherentes a su condición que son cualidades o bienes de la personalidad que el derecho positivo reconoce o tutela adecuadamente.

3.16 PERSONAS SUJETAS A LA RELACIÓN JURÍDICA EN LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL

⁷² Artículo 1916 del Código Civil para el distrito Federal.

Relaciones entre sujetos activo y pasivo en la reparación moral:

3.16.1 TITULARES DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN MORAL

Directos: Sujeto Pasivo o Agraviado: Toda persona física o moral.

Indirectos: Sujeto pasivo o agraviado: los padres que tiene la patria potestad sobre los menores; los tutores; los herederos de la víctima, siempre y cuando éste haya intentado la acción en vida.

3.16.2 PERSONAS OBLIGADAS A REPARAR MORALMENTE.

Directos: Sujeto activo o agente dañosos: toda persona física o moral causante del daño.

Sujeto pasivo o agraviado. El titular en esta acción lo puede ser cualquier persona física o moral, en pleno goce y disfrute de sus derechos, con excepción del Estado. En términos generales, toda persona física o moral puede sufrir una agravio extramatrimonial y ser titular directo de la acción de reclamación.

Indirectos: Sujeto activo o agente del daño: a) los padres de los menores en los términos de los artículos 1919 y 1922 del Código Civil; b) los tutores, en los términos de los arts. 1911, 1919, 1921, y 1922 del Código Civil; c) el Estado en los casos de responsabilidad subsidiaria, por daños causados por sus funcionarios en

el ejercicio de su cargo; d) las personas que incurran en responsabilidad objetiva en los términos del artículos 1913 del Código Civil; e) el dueño del animal que causa un daño en los términos de los artículos 1929 y 1930 del Código Civil.

Los padres que tienen la patria potestad sobre los menores. Precisamente serán éstos quienes ejerzan la patria potestad sobre los menores, quienes en todo caso ejercerán la acción de reparación, en virtud de que el menor no cuenta con capacidad de ejercicio para ello. Los titulares indirectos, son porque el menor soporta el daño, pero ejerce la acción de reparación el padre o el que ejerza en el momento del acontecimiento la patria potestad.

Es necesario mencionar la figura del Tutores, en cuanto la aptitud del menor incapaz natural o legal que sufre un daño moral, tendrá la acción de repara de manera indirecta a través de su tutor quien se encuentra obligado a reclamar el resarcimiento del agravio extramatrimonial que se causó

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 damnificado, no se puede transmitir, existe una excepción que expresamente regula el art. 1916 del Código Civil vigente, disponiendo que se debe cumplir necesariamente dos presupuestos, para que tenga vida esta acción indirecta de reclamación:

- 1.- Que los titulares sean herederos del agraviado, y
- 2.- Que el agraviado, quien soportó el perjuicio moral anterior a su muerte, haya intentado la acción de reclamación en vida.

En el primer supuesto es necesario señalar que los herederos como únicos titulares de esta acción indirecta de reclamación, aunado a lo anterior a la intrasmisibilidad de la misma por acto entre vivos, por prohibición expresa del art. 1916.

El sujeto activo o agente dañoso del agravio moral. Lo puede ser toda persona física o moral es aquélla a quien se le imputa que por un hecho u omisión ilícitos afecta a otra persona en sus derechos de la personalidad, lesionando uno o varios bienes que tutela el daño moral, es decir, será la persona a quien directamente se le reclama por haber cometido un agravio extramatrimonial y por consecuencia deberá de indemnizar al sujeto pasivo.

Tratándose de padres de los menores dicha responsabilidad es indirecta, ya que ellos no son los que cometen el daño, pero sí quienes son obligados a reparar la responsabilidad por un hecho ajeno, lo anterior con fundamento en el artículo 1919 del Código Civil.

Así como en el caso de los tutores, se debe destacar que existe la obligación cuando el incapaz causa un daño moral y recae en una responsabilidad en el primero, puesto que el inhabilitado puede cometer el daño en un momento de lucidez, siempre y cuando se encuentra bajo su tutela y habite con el tutor, y no puede éste que observó el cuidado y vigilancia necesaria para evitarlo, esto es independiente del caso de que, sin responsabilidad para el tutor el incapaz cause daño, el cual tiene la obligación directa de repararlo, en los términos del Artículo 1916 del Código Civil.

Por otro lado tratándose de la nación, se aprecia que antes de la reforma del Código Civil en su artículo 1916 de fecha 28 de diciembre de 1982, ésta no podía ser sujeto pasivo del daño moral, ni directo e indirecto, pero a partir del nuevo artículo es responsable por causar un agravio moral, y también asume la responsabilidad subsidiaria cuando sus funcionarios, en el ejercicio de su encargo, cause una daño y no pueda repararlo por que, ya sea que no tenga bienes suficientes para cubrir la indemnización y los que tenga nos sean suficientes para poder reparar el daño causado.

Las personas que incurran en responsabilidad objetiva, el artículo 1913 del Código Civil vigente previene en cuanto a la responsabilidad legal u objetiva, por lo tanto para tales efectos es necesario mencionar que igual que en el caso del Estado, este tipo de responsabilidades específicas no eran reguladas por el Artículo 1916 antes de la reforma, en el sentido de considerarse éstos como sujetos activos del daño moral. Ahora se puede exigir dicha reparación extramatrimonial, ya que el propio artículo lo admite.

Por lo que puede concluirse que las personas sujetas a la relación jurídica en la reparación del daño moral, tendrán que ser específicamente determinadas en relación con el hecho dañoso y en función de los sujetos, puesto que de esto dependerá el carácter con el que se tenga que tutelar y sancionar a sujetos directos e indirectos.

3.17 CAUSAS QUE DAN ORIGEN A LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL

Es importante para determinar las causas que dan origen a la reparación del daño moral, que tomemos la primera parte del Artículo 1916 del Código Civil que en su parte conducente sanciona lo siguiente:

“Artículo 1916.- Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o integridad física o psíquica de las personas”.

En consideración de lo anterior y tomando en cuenta que lo extremo del artículo en cita se deben de entender solo de forma enunciativa, cabe afirmar que bastará que se lesionen o vulneren cualquiera de los bienes protegidos por dicho artículo, tales como los sentimientos, afectos creencias, decoro honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás, para que haya lugar a la solicitud o demanda de reparación del daño moral.

A continuación citaremos algunos criterios jurisprudenciales referentes al Daño Moral de la novena época.

En este periodo encontramos algunas decisiones judiciales relevantes, el siguiente criterio fue dictado en marzo de 1995 por el Octavo Tribunal Colegiado en materia Civil del primer circuito:

“Novena Época Registro: 205257 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tesis Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: I, Mayo de 1995 Materia(s): Civil Tesis: I.8o.C.10 C Página: 401

RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA Y REPARACION POR DAÑO MORAL, NO SON ACCIONES CONTRADICTORIAS Y PUEDEN COEXISTIR VALIDAMENTE EN EL MISMO PROCEDIMIENTO.

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

artículo 1913...".OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 574/94. Petróleos Mexicanos. 2 de marzo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez. Secretario: Benito Alva Zenteno.”

Esta tesis reitera algunos criterio de que la indemnización del daño moral procede en tratándose de la responsabilidad civil objetiva o derivada del uso de sustancias o instrumentos peligrosos. Tal concepción se reafirma con la tesis emitida por el Segundo Tribunal Colegiado del Octavo Circuito que en interpretación de la legislación duranguense señaló en febrero de 1996 lo siguiente:

“Novena Época Registro: 203072 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tesis Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo : III, Marzo de 1996 Materia(s): Civil Tesis: VIII.2o.19 C Página: 1014

RESPONSABILIDAD OBJETIVA CIVIL. NO IMPLICA LA REPARACION MORAL. (LEGISLACION DEL ESTADO DE DURANGO).

A diferencia de lo dispuesto en el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, el artículo 1800 del similar ordenamiento legal para el Estado de Durango, sólo impone la obligación de reparar el daño moral cuando se trata de hechos ilícitos, no así si se está en el caso de una responsabilidad objetiva, en la que para la indemnización no se requiere la existencia de un delito o la ejecución de un acto civilmente ilícito, por lo que es aplicable para la interpretación del artículo 1800 citado, la tesis de jurisprudencia número 1649, que bajo el rubro: "RESPONSABILIDAD OBJETIVA. NO IMPLICA LA REPARACION MORAL", aparece publicada en la página 2672, de la Segunda

Parte del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1988, que se refiere al Código Civil para el Distrito Federal, antes de la reforma de su artículo 1916, correlativo en su redacción anterior al 1800 del Código Civil del Estado de Durango.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO.

Amparo directo 22/96. Comisión Federal de Electricidad. 29 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Elías H. Banda Aguilar. Secretario: José Martín Hernández Simental.

Es importante mencionar la siguiente tesis de fecha marzo de 2000 emitida por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, al decidir sobre el daño causado con la publicación de información que no fue confirmada y que repercutía en evidente descrédito de la víctima:

“Novena Época Registro: 191835 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tesis Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XI, Mayo de 2000 Materia(s): Civil Tesis: I.7o.C.30 C Página: 921

DAÑO MORAL. PUBLICACIONES PERIODÍSTICAS QUE LO CAUSAN.

El artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, dispone que por daño moral se entiende la alteración profunda que la víctima sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, reputación, honor, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás, producida por un hecho ilícito; por su parte el diverso numeral 1830 del ordenamiento legal en cita, establece que es ilícito el hecho contrario a las leyes

de orden público o a las buenas costumbres. En ese orden de ideas, para no incurrir en alguna de las hipótesis contenidas en tales preceptos legales, los medios de comunicación impresa están obligados a corroborar la veracidad de las notas informativas que pretendan publicar; es decir, deben verificar que aquello que van a hacer del conocimiento público se apegue a la realidad, para estar en aptitud de publicar una información objetiva y veraz, y no afectar el honor y reputación de las personas, causándoles un demérito en su prestigio, lo que de acuerdo con el artículo 1o. de la Ley de Imprenta vigente, constituye un ataque a la vida privada, única limitante a la libertad de expresión, prevista en los numerales 6o. y 7o. de la Constitución Federal; en consecuencia, dichos medios deben ajustar a la verdad sus notas informativas, cuidando además los términos que emplean al redactarlas, atendiendo a que no debe ser justificante que quien hace una publicación ignore el significado jurídico del término empleado, puesto que el desconocimiento de la ley no puede servir de excusa para un medio de comunicación que se presume cuenta con especialistas y profesionales en la labor informativa.

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 11207/99. Ricardo Benjamín Salinas Pliego. 4 de febrero de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Anastacio Martínez García. Secretario: Carlos Arturo Rivero Verano. “

En ésta tesis existe un principio de protección a la persona, puesto que se protege la imagen que de sí mismo tienen los demás, también se advierte que los bienes protegidos son el honor y la reputación de las personas y también se destaca la afirmación de que quien publica debe conocer lo que está poniendo al alcance los lectores, pues se rechaza que la ignorancia en el caso que motivó la tesis en comento, del significado jurídico del término empleado pueda ser

argumento o excusa de un medio de comunicación, toda vez que se puede presumir la existencia de una asesoría o consejo editorial; lo anterior puede tomarse como un ataque a la libertad de imprenta, lo único que hace es reiterar los límites constitucionales y legales que la misma tiene.

Por otra parte es importante citar la tesis pronunciada por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito:

“Novena Época Registro: 192291 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tesis Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo : XI, Marzo de 2000 Materia(s): Civil Tesis: XVII.1o.14 C Página: 980

DAÑO MORAL, PROCEDE LA INDEMNIZACIÓN EN DINERO COMO REPARACIÓN DEL, INDEPENDIENTEMENTE DEL TIPO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL QUE HAYA DERIVADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIHUAHUA).

El artículo 1801 del Código Civil del Estado de Chihuahua, prevé en relación a la reparación del daño moral, que cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual, así como que igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva; de lo expuesto con antelación es factible deducir, que en el citado numeral se establece la procedencia de una indemnización en dinero, sea cualesquiera de las clases de responsabilidad que dieran lugar a ese tipo de daño, esto es, la objetiva o de riesgo creado o bien, la derivada de hecho ilícito, pues no otra cosa se deduce cuando en dicho precepto se expresa "igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en

responsabilidad objetiva conforme al artículo 1798"; de ahí que independientemente de que el daño moral hubiere surgido como consecuencia de un hecho ilícito o por el uso de los mecanismos, aparatos, instrumentos o sustancias a que se refiere el mencionado artículo 1798, el responsable deberá pagar una indemnización en dinero a quien corresponda recibir la misma, a no ser que se demuestre, como lo refiere el último numeral citado, que el daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 892/97. María Guadalupe Luna Carreón y Arneses de México, S.A. de C.V. 10 de febrero de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Ignacio Rosas González. Secretario: José Luis Estrada Amaya.

Resulta importante señalar como se advierte del criterio antes transcrito que el dolor, el daño moral, no tenía precio, ya que dada su especial naturaleza no podía ser cuantificado.

Se advierte que en este criterio la distinción de tres tipos de responsabilidad, no expresamente mencionados por la legislación civil: contractual, extracontractual y objetiva o por riesgo creado. Conforme a la interpretación realizada, de estos tipos de responsabilidad pudiera derivarse un daño moral, ya que el criterio sostenido prevé que la reparación del daño moral, cuando se produzca por un hecho u omisión ilícitos, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual así como igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva, poniéndose de manifiesto lo anterior, que

es factible deducir, que en el citado criterio establece la procedencia de una indemnización en dinero, sea cualquiera de las clases de responsabilidad que dieran lugar a ese tipo de daño, esto, es la objetiva o de riesgo creado o bien, la derivada de hecho ilícito.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Como ya hemos visto la desintegración familiar normalmente termina en divorcio de los padres anteriormente el divorcio necesario nos ayudaría para sancionar al cónyuge responsable para la reparación del Daño Moral en los hijos dado que sería una buena opción, pero bueno en la actualidad tenemos el divorcio unilateral mejor conocido como de mutuo consentimiento, se supone que tiene que acompañar su solicitud con convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, debiendo contener la designación de las personas que tendrán la guardia y custodia de los menores entre otras cosas me avoco a este punto ya que es el tema a discutir sería muy valido que el ex cónyuge que se quede a cargo de los hijos solicitará la reparación del daño Moral para los menores dado que tendrá que superar junto con ellos el derrumbamiento de la familia y lo grave de todo esto la soledad inmensa que penetra en los menores dado que no sólo se quedan sin padre o madre sino que también las familias políticas se separan es decir los abuelos tíos, primos los olvidan afectando su estado emocional de los menores.

SEGUNDA.- El derecho a dejado en el desamparo total el lado emocional tanto al ex cónyuge como a los hijos pienso que deberían de implementar un programa de capacitación para los menores que se encuentran en el conflicto de la disolución del vínculo matrimonial de sus padres que se puede dar en forma de terapia para que no se altere su esfera y desarrollo social, jurídico, económico y moral, es decir se les va a capacitar para enfrentar el cambio de la vida que necesariamente se da con el divorcio de sus padres e incluso prepararlos para que en un momento dado no se sientan culpables o responsables de ese conflicto, como sucede en muchas de las ocasiones.

TERCERA.- El Daño Moral se puede probar de distintas formas y no siempre la prueba pericial es la determinante para acreditarlo. El resarcimiento por el Daño

Moral tiende a compensar de alguna manera las angustias, las aflicciones y los sufrimientos.

CUARTA.- La clasificación primaria de los daños debe ser la que difiera entre Daño Material y Daño Moral. Ambas afectaciones conculcan el patrimonio pecuniario, y el Daño Moral el extrapecuniario, el conformado por los derechos de la personalidad.

QUINTA.- El Daño Moral puede afectar la parte interna, la social o la corpórea. La parte interna o afectiva está conformada por la autoestima, los sentimientos, las afecciones, la vida privada. La parte social se compone por el honor, el decoro la reputación, la consideración que de si mismos tengan los demás, la imagen, y la parte corpórea por el organismo. Las tres partes están entrelazadas por el alma y la espiritualidad. Cuando el daño Moral afecta profundamente cualquiera de estas tres partes, se genera el daño psicológico.

SEXTA.- El resarcimiento por el Daño Moral tiende a compensar de alguna manera las angustias, las aflicciones y los sufrimientos el Daño Moral se repara por equivalente con dinerario, el dinero equivale al bien dañado o perdido por la naturaleza de los bienes que fueron menos cabo, mientras no se puedan repara mediante la reparación natural o en especie.

SÉPTIMA.- En este caso en particular podríamos decir que la reparación del daño tiene que ser a través de una terapia familiar ordenado por el juez de lo familiar y supervisada por el DIF.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

ADAMME GODDARD, Jorge, “*El matrimonio civil en México*”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos número 59 2004. Pág. 39.

ARELLANO RABIELA, Sergio C. “Derechos Humanos y Daño Moral en la Procuración de Justicia”. Ediciones Delma, S. A. de C.V. , México, D. F. , 199, p.56

BARRERO, Domestico, “Sistem Instituzionale del Distirto Privato Idtaliano”, Torino, 1995, Tomo I, p 116.

BORJOA SORIANO, Manuel, “Teoría general de las obligaciones”. Editorial Porrúa, Séptima Edición. Tomo II México, 2002. pág. 429.

BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 34ª edición, México, Porrúa/UNAM, 2000, págs. 23 y 24.

BREBBIA, R.H., “El Daño Moral, editorial Acrópolis, México, D.F. 1998. pág. 133.

CARRILLO, Juan J.M. y Carrillo P. Miriam F. “El detrimento Moral “ Editorial Carrillo, Hermanos e informatica, Guadalajara Jal. México, 1999 pp. 120, 121 y 122

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., “Interpretaciones de la nueva causal de divorcio de incompatibilidad con las otras causales (artículo 267 fracción XVIII, publicado en *Jurídica Anuario*, México, 2000. Pág. 76

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, *La familia en el Derecho*, Editorial Porrúa, México 1991. Pág. 179.

CORONADO, Mariano, "Elementos de Derecho Constitucional mexicano Segunda Edición corregida, México, Escuela de Artes y Oficios del Estado, 1990.

De Pina Rafael, op. Cit. Pág. 97

Digesto, Lib. IX, Tít. I, Ley 3; Tit. IV, Ley 7; Tít VI, Ley 2; Lib. XI, Tít VII, Ley 9, etcétera. Nota tomada de BOFIA BOGGURO, Luis María, Tratado de las obligaciones., Ed. Astrea de Rodolfo Desalma y Hnos. Argentina, 1973, Tomo 2p. 286.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, "Derecho Civil Contratos", México, Porrúa, 2000. FLORIS MARGADANT, Guillermo. El derecho privado romano. 24ª edición. México. Editorial Esfinge. 1997. p 197.

EROLE, Carlos "Familia y Trabajo Social: Un enfoque clínico e interdisciplinario de la intervención profesional". Segunda edición, Buenos Aires, 2001.

FRANCESCO CARNELUTTI, citado en Ochoa Olvera, Salvador, op cit, pags. 68.

GALINDO GARFÍAS, Ignacio. "Derecho Civil Primer Curso", México, Editorial Porrúa, Décimo Segunda Edición, 1993, Pág. 577

GÁMEZ PEREA, Claudio R. "Derecho Familiar", México, Editorial Laguna, 2007. pág. 33.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, México, Porrúa, 2007, Pág. 20.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, et al., "Derecho Constitucional de familia", Buenos Aires, Ediar, 2006, pág.10, 24.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto., Derecho de las Obligaciones. Editorial Porrúa, Décima Quinta Edición. México, 2005, pág.494.

LETE DEL RÍOS, José Manuel, “Derecho de Personas” en el derecho civil, Edición Tercera, México Porrúa, 2005 pags. 170 -180.

LOZANO, José María, “Estudio del Derecho Constitucional patrio en lo relativo a los derechos del hombre”, México, Imprenta del Comercio de Dublán y Compañía 1876. Pág. 102.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, “Instituciones de Derecho Civil”, Tomo III, México, Porrúa, 2001, Pág. 366.

MAYNES GARCÍA, Arturo, “Introducción al Estudio del derecho”. Editorial Porrúa, S. A., México, 2001, pp. 40 a 56.

MONEYA Y PUYOL, Juan, “Introducción al Derecho Hispánico”, tercera edición, Editorial Labor, Barcelona, 1992, p 58.

MONTERO DUHALT, Sara, “*Derecho de la familia*”, Edición 13º, Editorial Porrúa, México 1994. Pág. 34.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales”, México, UNAM, 2003, pág. 54.

OCHOA OLVERA, Salvador. “La Demanda por Daño Moral”, Editorial Montealto, México, 1999, pp. 6, 68-69, 68-71.

OCHOA OLVERA, Salvador, “Daño Moral, Editores Montealto, s.A. de C.V., Estado de México, 1999, pág. 28.

OGBURN Y NINMKOFF, "Sociología", versión castellana, Madrid, 1995, p 621.

PEDRO BONAFONTE, Instituciones de Derecho romano. Editorial Reus. Pág. 180.

PLANIOL, MARCELO, RIPERT, JORGE, "La familia (matrimonio, divorcio y filiación) Tomo II, México, 2002, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Pag.58.

RODRÍGUEZ Y GARCÍA, Fausto E., "Estudios en HONOR DEL Doctor Luis Recansés Eches, Edit. UNAM, 1980, pág. 56.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles Edición 16ª*, México, Porrúa, 1998. pag. 93.

RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan N., *Pandectas hispano-megicanas*, México, 1839, ts. I, II y III, reimp. Con estudio introductoria de María del Refugio González, México, UNAM, 1991.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, "Compendio de Derecho Civil". Introducción, Personas y Familia. Editorial Porrúa, México 1980. pág. 350.

RUGGIERO, roberto,"Instituciones de Derecho Civil", Editorial Reus, Madrid España, 2003 pág. 65.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel, "Contratos Civiles" Edición 9ª, México Porrúa, 2002. pags.135 -136.

Diccionarios

Colección Garantías Individuales T. 4, Las Garantías de Libertad, 2ª edición, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007, pág. 25.

Enciclopedia Jurídica Ameba, Buenos Aires, Tomo IV, 1990, p. 2000.

Diccionario Pequeño Larousse, México, D.F., 1988, p. 275.

Real Academia de la Lengua Española, Diccionario voz “ambiente” y “medio”, Tomo I, Edición, Edición. 22ª. Editorial Madrid, Espasa Calpe, 2003, Pag. 247.

Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, T II, 22ª. Edición, Ed. Madrid, Espasa Calpe, 2003, pag. 1372.

Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, vol. 157-162 Primera Parte, pag. 305.

Legislación.

Colección Garantías Individuales, Op. Cit. Tomo 2, pág. 51.

Artículo 266 del Código de Procedimientos Civiles par el Distrito Federal.

Código Civil para el Distrito Federal, ISEF, México. D. F. 2009, pag. 1, 4.

Código Civil para el Distrito Federal, ISEF, México. D. F. 2009, pag. 62.

Ley Para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Jurisprudencia.

“Novena Época Registro: 205257 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tesis Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo : I, Mayo de 1995 Materia(s): Civil Tesis: I.8o.C.10 C Página: 401.

“Novena Época Registro: 203072 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tesis Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo : III, Marzo de 1996 Materia(s): Civil Tesis: VIII.2o.19 C Página: 1014.

Novena Época Registro: 192291 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tesis Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo : XI, Marzo de 2000 Materia(s): Civil Tesis: XVII.1o.14 C Página: 980.

Paginas de Internet

Disposición que no se contemplaba en el Código, pero que tenía su fundamento en el artículo 840 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

Azuela Rivera, Mariano, *La familia ante la Ley*, publicación hecha en la pagina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, <http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/B9775E4F-5A71-4493-A40D5525EB50166F/0/MinistroMarianoAzuelaRivera09.pdf>

Biblioteca Jurídica Virtual, artículo realizado por Brena Sesma, Ingrid, Investigadora Titular del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, derechos reservados, © 2010 IIJJ-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <http://www.juridicas.unammx/publica/rev/derpriv/cont/1/dtr/dtr1.htm>.