



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
« ARAGON »**

**LA INDEMNIZACION DEL DAÑO  
MORAL**

*D-14*

**T E S I S**  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A :  
**BLANCA ESTELA ZARRAGA PORTILLO**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

DER852

LA INDEMNIZACION

DEL DAÑO MORAL

Con amor y agradecimiento -  
infinito a mis padres.

José Zárraga Sandoval,  
María Portillo de Zárraga.

Porque han sabido guiar el -  
camino de mi vida.

Cariñosamente a mis hermanos:  
Josefina, Mario, Leonor, Yo--  
landa y José Agustín.

Por el apoyo y estímulo que -  
siempre me han brindado.

Con sincero agradecimiento  
a los señores Licenciados:

Fernando Villarreal Ramírez

y

Raymundo Quintero Sánchez

Por su valiosa ayuda para la  
realización de este trabajo.

Afectuosamente para la Licen-  
ciada:

Edith Alicia González Mtz.

Por la amistad limpia y sin-  
cera que siempre nos ha uni-  
do.

## I N D I C E

INTRODUCCION .....	1
--------------------	---

### C A P I T U L O I

#### ANTECEDENTES HISTORICOS

.....	4
-------	---

#### 1.- Referencia Histórica:

- a) D. Romano
- b) D. Español
- c) D. Alemán.

#### 2.- Derecho Comparado. El Daño Moral en la Doctrina.

- a) Francia
- b) Alemania
- c) Italia
- d) España.

### C A P I T U L O I I

#### CONTENIDO DEL PATRIMONIO

.....	26
-------	----

#### 1.- Concepto de Patrimonio

2.- El daño moral en el ámbito patrimonial Ds. patrimoniales y no patrimoniales.

3.- El daño moral debe valorizarse tan solo afectivamente o puede valorizarse pecuniariamente ?

4.- Si puede valorizarse pecuniariamente ¿ Cómo debe ser indemnizado ?

5.- ¿ Daños materiales y/o daños morales ?

C A P I T U L O     I I I  
NATURALEZA JURIDICA DEL DAÑO MORAL

..... 53

- 1.- Teorías afirmativas.
- 2.- Teorías negativas.
- 3.- Teorías mixtas.
- 4.- Opinión personal.

C A P I T U L O     I V  
LA INDEMNIZACION DEL DAÑO MORAL

..... 79

- 1.- Concepto.
- 2.- Elementos esenciales del Daño Moral.
- 3.- Fuentes que pueden originarlo.
  - a) Responsabilidad proveniente del daño moral producido personalmente por el responsable.
  - b) Responsabilidad proveniente del daño moral producido por personas bajo su cuidado.
  - c) Responsabilidad proveniente del daño moral producido por cosas de que se es poseedor.
- 4.- Personas que pueden exigir el pago del daño moral.
- 5.- Personas obligadas al pago del daño moral.



- 6.- Ausencia de responsabilidad.
- 7.- La indemnización del daño moral.
- 8.- Casos especiales.

C A P I T U L O      V  
 EL DAÑO MORAL EN NUESTRA LEGISLACION

..... 113

- 1.- C. C. de 1870.
- 2.- C. P. de 1871.
- 3.- C. C. de 1928.
- 4.- C. P. de 1929.
- 5.- C: P. de 1931.
- 6.- Ley Federal del Trabajo
- 7.- Criterio de la S. C. de J.

CONCLUSIONES ..... 121

BIBLIOGRAFIA ..... 123

LEGISLACION CONSULTADA ..... 128

## INTRODUCCION

En una estructura jurídica como la nuestra, que se ve requerida a cada momento de la protección en diferentes aspectos en nuestra vida social, no podemos olvidar el estudio de los aspectos morales que se ven afectados con mucha frecuencia en nuestra vida diaria; por las relaciones mismas del hombre en sociedad.

Es por ello, que el estudio del tema que nos ocupa, pretende darnos a conocer de una manera general, la importancia que el mismo tiene por los valores afectivos que protege.

Para muchos autores, indemnizar los daños que son causados a las personas o al Patrimonio de éstos no significa mayor problema, en virtud de que su indemnización depende de la apreciación visible que de ellos se haga ¿ Pero que pasa con los valores morales que también son afectados de una manera u otra ?.

Muchos autores como veremos más adelante, se ocupan del daño moral relacionándolo con los daños causados al patrimonio de las personas y si éste no es afectado, no le prestan mayor importancia a los sentimientos humanos que fueren dañados.

Sin embargo, para otros autores, la indemnización del daño moral tiene más reelevancia e incluso llegan a reconocer que el otorgamiento de una suma de dinero, puede ser capaz en cierta medida, de disminuir la pena moral que se ha visto afectado.

Una vez ubicado el tema, nos interesa conocer cómo fué que se inició en la Historia, es por ello que en nuestro capítulo I hacemos referencia a la manera en que ha sido considerado en diferentes países europeos. Ya en el Capítulo II, tratamos de ver el enlace que el daño moral tiene con respecto al patrimonio de las personas y el problema que existe para ser indemnizado. En el Capítulo III, se hace mención a las teorías que existen y como es que --

los autores se dividen, unos para apoyar la indemnización y otros para negarla. Es nuestro capítulo IV, donde pretendemos abarcar - todas aquellas características que debe presentar el daño moral y la manera en que a nuestro juicio debe ser indemnizado, para terminar con los casos especiales que se suscitan sin mucha frecuencia y que también pertenecen al campo de los daños morales. Y finalmente en el capítulo V, observamos la forma en que ha sido contemplado en los Códigos, tanto Civiles como Penales en los que se ha legislado, para concluir en la opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Podemos decir que en el Derecho Mexicano, el tema se ha tratado de una manera efímera, casi nula, por lo que su importancia se ve reducida a tan poco, que se pierde en la inmensidad de los artículos contenidos en nuestro Código Civil.

Esta pobreza legislativa acarrea desde luego, graves situaciones de ofensa a los sentimientos y afectos de la persona humana, que siempre o casi siempre quedan sin la debida indemnización, y de ahí la necesidad de que se legisle en el campo del Derecho Civil sobre el reconocimiento de estos Derechos, y de esta manera - darles por consecuencia, la autonomía jurídica que a nuestro criterio siempre debieron tener y no ligarlos como hasta ahora se ha hecho a la necesidad de un daño material o pecuniario para que - puedan ser indemnizados.

Consideramos que parecería erróneo, que en una civilización - tan avanzada como la nuestra fuera posible que sin incurrir en - ninguna responsabilidad civil, se lesionen los sentimientos más elevados y más nobles de nuestros semejantes, mientras que el -- menor atentado contra su patrimonio origina una indemnización.

Pero la realización de la presente tesis, no pretende de ninguna manera, cambiar las respetables opiniones de quienes nos --

distinguen con su atención; pretende únicamente, dar a conocer - la magnitud del problema que encierra, porque en la medida en que éste sea conocido, en la misma medida los legisladores podrán más atención al mismo, y es así, como se verán beneficiadas todas aquellas personas que a través de su vida, se ven afectadas, por - un daño moral.

## C A P I T U L O I

### ANTECEDENTES HISTORICOS

#### 1.- Referencia Histórica.

- a) D. Romano
- b) D. Español
- c) D. Alemán.

#### 2.- Derecho Comparado.

##### El Daño Moral en la Doctrina.

- a) Francia
- b) Alemania
- c) Italia
- d) España.

## C A P I T U L O I

### ANTECEDENTES HISTORICOS

#### 1.- Referencia Histórica.

##### a) Derecho Romano:

En la primera época de los Derechos antiguos Romano y Germánico, aparecen confundidas pena e indemnización. El sentimiento jurídico de aquellos siglos ve en el fondo de toda lesión, hasta en las de carácter patrimonial más señalado, un daño inferido a la personalidad, que despierta el anhelo de venganza y clama un castigo se persive el hecho injurioso imponiendo al culpable la obligación de realizar ciertas prestaciones en concepto de pena a favor del lesionado, gracias a las cuales se redime el deseo de venganza privada que en ese tiempo imperaba.

La palabra injuria, tomada en sentido lato, significa todo acto contrario a derecho, pero en una acepción más restringida, designa el ataque a la persona, mientras que el damnum injuria dattum, reprimido por la Lex Aquilia, es un daño causado injustamente a la cosa ajena. Los caracteres y efectos del delito de injuria han variado según la época, fijados primero por la ley de las XII Tablas; según esta ley, la injuria consistía en la lesión corporal inferida a una persona, lo mismo libre que esclava, sin que hubiese distinción entre la causada intencionalmente y la originada por simple imprevisión.

En Derecho Clásico, la noción de la injuria se ha restringido porque se exige la intención de dañar para que pueda constituirse un delito, pero se ha ampliado desde el punto de vista de los hechos que constituyen la injuria, el ataque a la personalidad puede manifestarse bajo las formas más diversas: golpes o heridas, -

difamación escrita o verbal, violación de domicilio, ultrajes al pudor, y en general, todo acto de naturaleza que comprometa al honor y la reputación ajena.

Los textos de la Ley de las XII Tablas que han llegado hasta nuestros días ha producido una ardua controversia sobre su interpretación escrita, y nosotros apoyandonos en fuentes dignas de crédito, transcribimos la parte pertinente de la Tabla número ocho en los términos siguientes:

"2.- Si membrum rup it, nicum eo pacit talio esto ( festo ) V; talionis y aulio gelio.

Mutilado un miembro, si no hay transacción, impóngase al autor la pena del talión.

3.- Legitima ex lege duodecim tabularum: qui injuriarum alteri facit V et XX tertertiotrecen turum, si servo CL rum -- poenam subit ... mano fustive si os fregit libero, poeman subit sestertiorum.

La acción ( injuriarum ) legítima de las XII Tablas impone una pena de 25 sextercios por injuria ( lesión ) a otro ... y si lesiona un hueso con la mano o palo a un hombre libre, páguese trescientos; si es esclavo, 150 sextercios.

4.- Rupit ( ias )... sareito ( Festo, V; rupsit ).

Disposición General ( discutida ) sobre el resarcimiento del daño.

5.- Si cuadropes pauperiem fecisse dicetur actio ex lege duodecim tabularum descendit quae lex volvit aut dari id quod nociut, id est id animal noxiam commisit, aut aestimatione noxiae afferri.

Si se dijese que un cuadrúpedo había causado un daño, derivase una ley de la XII Tablas, que quiso que se diese lo que se causó, esto es, el animal que hizo el daño o que se

ofreciere el importe del perjuicio". (1)

Al respecto surgieron dos interpretaciones:

a) Basándose en el texto del párrafo 2 se confiere a la palabra *rupit* el significado de *damnum dederit* y, por lo tanto a --- cualquier daño irrogado le habría correspondido la pena del *talion*.

b) Por el contrario, considerando la idea *damnum dederit* como ajena a la ley que se refiere al *membrum poptum*, se arriba a una conclusión inversa, es decir que el *rupit* de la última fase no tiene el valor genérico de la primera, sino el particular de lesión grave, resultando absurdo que se hiciera pagar con el *talion* el perjuicio más insignificante.

Esta segunda interpretación es un tanto más cierto, en virtud de que la ley *Aquilia* al innovar sobre la *injuria*, agregó un amplio desenvolvimiento realizado por la inteligente interpretación pretoriana que decía que todo daño causado contra derecho, -- cualquiera que sea la forma de ejecución debía ser reparado. Algunos historiadores han hallado en la ley de las XII Tablas rastros de concepción bárbara que atribuían carácter de delito a to do daño causado injustamente y de pena a la respectiva sanción, -- frente a ello sin embargo, se notaba ya un amago de reacción contra el principio universalmente aceptado de la culpa objetiva -- pues en algunos casos se tenía en consideración el ánimo del autor, en otros, los *impúberes* estaban libres de pena pero no de indemnización en otros más, la venganza por fin era reemplazada por la intervención del poder público.

El pretor por su parte extendió el concepto de *injuria* a las-

---

(1) Colombo A. Leonardo; "Culpa Aquiliana"; Editora Tipográfica - Argentina; Buenos Aires 1947; P. 104.



lesiones morales ( difamación: el hecho de dirigirse al fiador -- antes de comunicarse con el deudor para el cobro de su crédito ), en casos como este la víctima podía ejercer la actio injuriarum aestimatoria ya que como se trataba de proteger el prestigio personal la legitimación activa de la acción correspondía exclusivamente a la persona insultada y no así a sus herederos en razón de que el Derecho Romano mantiene siempre al lado de las penas públicas y de las acciones populares, acciones penales puramente privadas que solo pueden hacerse valer por el perjudicado y en beneficio suyo. No obstante conforme avanza la evolución va separando cuidadosamente las acciones penales de las rei persecutoriae, asignando a estas por función la de resarcir el daño patrimonial mientras que a los primeros les reserva la protección de los bienes jurídicos inmateriales, para lograr esta protección los Romanos creen necesario además de conceder al interesado una participación en dinero que sería la indemnización del daño no patrimonial, la de hacer que el culpable experimente a su costa y en daño suyo ese beneficio.

Entre las acciones penales del Derecho Romano merece especial estudio como ya hemos visto, la actio injuriarum por la posición primordial que ocupa; la actio injuriarum tiene por misión proteger la personalidad contra ataques intencionados y antijurídicos, estos ataques pueden afectar directamente a la persona lesionada ofendiéndola en su honor, menoscabando su libertad tocando su cuerpo; o bien pueden realizarse de una manera indirecta, es decir, recayendo de un modo consiente e incidiosos sobre ciertos derechos principalmente de índole patrimonial, las fuentes citan como casos injuriosos de esta segunda clase: impedimentos o perturbaciones en el disfrute de la propiedad inmueble por parte del vecino, consistentes por ejemplo en derivaciones abusivas de agua o

apaleamiento injustificado de esclavos, otro caso más es el del ladrón que se oculta para ejecutar un robo y antes de consumarlo es descubierto y queda sujeto por este hecho a la *actio injuria - rum*, por allanamiento de morada.

Esta acción de injuria versaba sobre el pago de una suma de di-nero en este caso el demandante además de detallar la lesión que le causaba la injuria debía deducir como base de su reclamación - una cantidad determinada de dinero, el juez no quedaba sujeto a - la demanda podía juzgar ateniéndose libremente a su convicción y a su manera de apreciar las circunstancias y decidir así si la -- pretensión era fundada o bien moderaba en el caso pertinente; esta acción tenía como primordial función la de indemnizar el daño no patrimonial ofreciendo una satisfacción al perjudicado por los disgustos sufridos, las vejaciones etc., pero como según las i--deas Romanas los ataques contra el patrimonio dejaban también al margen con gran frecuencia a esos daños inmateriales los cuales - podían lesionar el interés de afección.

Resumiendo: de los cuatro delitos civiles romanos, *furtum*, *rapina*, *damnum injuria datum*, e *iniuria* nacían además de las acciones *rei persecutoriae* ciertas acciones que se llamaban penales no porque llevaban a la aplicación de la pena, eran acciones penales privadas que se proponían sólo por la persona ofendida y se dedu-cían por el procedimiento de los juicios civiles y terminaban con una pena que era adjudicada al ofendido a título de reparación. La *actio injuriarum* del Derecho Romano era una especie de acción subsidiaria por una multitud de relaciones conexas en que alguno sufrió cualquier injusticia sino que hubiese daño del patrimonio, comprende esta acción las lesiones causadas al hombre fuera del - derecho patrimonial en sentido estricto, ahora bien, el honor com-prende esta acción las lesiones causadas al hombre fuera del dere-

chos patrimonial en sentido estricto, ahora bien, el honor comprende todos los atributos del hombre que no son los derechos patrimoniales, pero no por ello estan menos protegidos por la ley romana.

La jurisprudencia surgida alrededor de la injuria explotó la zona fronteriza entre moral y derecho, y la actio injuriarum se fué extendiendo cada vez más a actos contrarios a la decencia normal que debemos observar en nuestro trato social con nuestros semejantes ya que por ejemplo el perjuicio provocado por contacto directo extendió la obligación de resarcir cualquier daño ocasionado en la cosa sin ejecutar sobre ella acto físico alguno, dicho en otros términos, sin que se ofendiese su materialidad y como se advirtió que no solo los actos positivos podían dar margen a la ofensa sino que la culpa podía originarla con tanta o mayor intensidad que esos actos no se titubeó mucho en aplicar también a ella el principio general. La reparación se impuso por lo tanto de modo completo; la injuria aparentemente amplia en la ley Aquilia se restringía en realidad por la manera de apreciar el daño pero tiempo después reaccionó contra ese defecto; la evolución inmediata fue magnífica y demostró nuevamente hasta que punto rayaba el genio exhuberante de los pobladores de la antigua Roma.

#### b) Derecho Español:

Pocos son los autores que tratan este tema pues sólo se ocupan de él con referencia al problema de saber si su resarcimiento o indemnización debe efectuarse para cuando se suscite un daño patrimonial o extrapatrimonial del cual me ocuparé en el punto dos inciso D de este capítulo, y no especifican a partir de que fecha fué establecido por primera vez en su legislación por lo que los únicos antecedentes que podemos señalar es por ejemplo la mención que hace Gayoso de su estipulación en el Código Civil, artículo -

1902 el cual establecía lo siguiente:

"el que por acción u omisión cause un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño", pero no hacía mención a qué clase de daño se refería, si material o inmaterial y por lo tanto tampoco expresaba la indemnización pecuniaria respectiva. No fué sino hasta la Jurisprudencia emitida por el -- Tribunal Supremo en el año de 1912 que dejó establecido que el honor, la honra y la fama constituyen bienes sociales de mayor estima y que su menoscabo debía dar lugar a la responsabilidad civil, la cual debía ser apreciada por el arbitrio prudente del Tribunal. Con posterioridad fueron emitidos nuevos fallas del Tribunal Supremo en el mismo sentido los cuales confirmaron esta orientación de la Jurisprudencia Española de aquella época.

c) Derecho Alemán:

Dentro de esta legislación fué también adoptado el concepto de daño tanto en la legislación civil como en la penal, teniendo un contenido no sólo patrimonial sino también abarca el agravio extra patrimonial o moral. Hay quienes dicen que la reparación del agravio moral no es aplicada salvo en caso de excepción, pero lo que ocurre según nos dice Brebbia "es que dentro del régimen de la ley civil Germana los conceptos reparar e indemnizar aparecen netamente diferenciados, el primer deber del obligado es reparar el daño ocasionado, restableciendo el estado de cosas que hubiera existido de no haber ocurrido el hecho que origina la obligación y recién cuando esta especie de reparación efectiva es imposible, se le --- constriñe a indemnizar a la víctima o sea a hacerle entrega de una suma de dinero como reparación. (2)

---

(2) Brebbia R. H.; "El Daño Moral"; Editorial Bibliografica Argentina; Buenos Aires; P. 38.

Efectivamente lo afirmado por tal autor es cierto y esto lo podemos observar en el precepto del artículo 823 del Código Civil de 1900 el cual establece que: " todo el que con dolo o culpa infligiera a otra persona, un daño contrario a derecho a su vida, en su persona, salud o libertad o en la propiedad de sus cosas u otro derecho cualquiera, queda obligado a repararle el daño producido - debe considerarse cubierto por la obligación de reparar prescripto también el daño moral ".

Y como por lo regular una vez causado un agravio moral éste no puede repararse fácilmente, pues entonces se recurre al pago de una indemnización por concepto del daño causado; ya que así lo dispone el artículo 253 al establecer que solamente en los casos previstos por la ley podrá reclamarse indemnización en metálico si el daño inferido no tiene carácter patrimonial.

Para pedir la citada indemnización puede cesarse la acción *shomerzens-gel* ( dinero o precio del dolor ), que es utilizada comúnmente para los casos en los que por ejemplo una persona que sufra algún quebranto en su cuerpo o salud o a quien se priva de libertad, puede reclamar la indemnización que sea justa por los daños sufridos aunque no afecte su patrimonio. Este derecho no es transmisible ni pasa a los herederos, a menos de que se halle reconocido contractualmente o deducido en juicio, el mismo derecho asiste a la mujer contra quien se abuse, con delito o falta de moralidad o la seduzca valiéndose de fraude, amenazas o abusando de la superioridad que goza sobre ella; también es aplicable en el caso de que una mujer sin tacha se entrega a su prometido puede pedir que se le indemnice en lo que sea justo el daño no patrimonial sufrido como consecuencia de aquella acción, siendo este derecho personalísimo.

También las personas podían recurrir a la busse utilizando la

vía penal y ya no la civil como en los casos anteriores; la busse es una pena privada que era utilizada para los casos de injuria o lesiones, esta acción también es personalísima y no delegable a ningún tercero, las disposiciones legales reglamentarias del agravio moral en su mayoría han sido aceptadas por los juristas alemanes sin ser criticados por la doctrina, tal situación demuestra la eficacia de los legisladores de Alemania desde el punto de vista histórico.

## 2.- Derecho Comparado.

### El Daño Moral en la Doctrina.

#### a) Francia:

El antiguo Derecho Francés recogió la tradición romana, pero ello fue de una manera imperfecta, porque no se tiene un conocimiento completo de los textos legales. Esa laguna condujo a este derecho a establecer una distinción que el derecho romano había hecho entre la responsabilidad delictual y la responsabilidad contractual; admitieron con bastante agrado que en la primera de estas esferas, el daño moral deba lugar a reparación, eso es, por otro lado lo que resolvían los Parlamentos que por ejemplo para resolver el atentado infligido al honor del marido, condenaban al abono de daños y perjuicios, a veces elevados, al cómplice de la mujer adúltera, o también sancionaban los ultrajes causados a los muertos por la violación de sus tumbas. " Pero en la esfera contractual, los autores franceses se negaron categóricamente a admitir la reparación del perjuicio moral: el incumplimiento de un contrato no daba lugar al abono de daños y perjuicios a favor del acreedor sino con la condición de que este último pudiera establecer que por ese hecho experimentaba un perjuicio económico ".(3)

Doman y Pothier son categóricos de este punto y su opinión ejerció una influencia considerable sobre el moderno derecho francés.

En efecto, si se está de acuerdo generalmente en reconocer que en materia delictual el perjuicio moral debe ser reparado, son todavía numerosos los autores que basándose en Doman y Pothier se niegan absolutamente en ello en materia contractual.

La indemnización de los daños morales tiene por base en Francia, la amplísima interpretación que de la jurisprudencia de los artículos 1382, 1384 del Código Civil se hace.

El Derecho Francés, incluye bajo el nombre de *dummage*, empleado en estos artículos, el *dammoge moral*.

En caso de colisión de las normas sobre contratos y delitos, - la jurisprudencia francesa aplica los delictuales, facilitando -- así al perjudicado sobre todo cuando se trata de pequeñas faltas contractuales la indemnización del daño moral.

Hay una sentencia que resulta interesante, en la que se reconoce al demandante la indemnización del daño moral, porque llevando billete de tercera para viajar en el tren, fue colocado en el furgón por falta de sitio, teniendo que hacer de pie todo el viaje. Ahora bien hay un caso concreto en que la jurisprudencia y los - autores están concordes, entendiendo que sólo son aplicables los artículos 1382 s.s., el que la ley considera ineficaz la promesa de matrimonio, no quiere decir - y en esto coincide el derecho francés con el alemán - que su ruptura culpable no origine un derecho de indemnización. Como en estos casos no existe una válida relación contractual se aplican las normas generales sobre delitos y consecuentemente la parte culpable debe indemnizar a la - inocente el daño moral que se le infiera con la ruptura de los esponsales, para esto se dice que no es necesario que medie seduc--

---

(3) Mazeaud Tunc; "Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil"; Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires; 1961; P. 429

ción, basta simplemente con que la joven quede expuesta a la "maldicencia pública".

Los tribunales franceses se inclinan en estos casos a favorecer a la mujer, porque consideran que es ella quien en su opinión sufre más el daño moral. Como por ejemplo podemos citar la sentencia de Apelación en París, de 26 de junio de 1894 y que decía que pocos días antes de la boda, el padre de la novia sin fundamento alguno, retiró su consentimiento haciendo de esta manera fracasar el matrimonio, el novio por su parte reclamó una indemnización de diez mil francos, para resarcirse de los gastos hechos que detallaba y el daño moral que se le infería. El tribunal de primera instancia condenó al demandado a indemnizarle daños patrimoniales por valor de ochocientos dieciocho francos y abonarle la cantidad global de quinientos francos por gastos de vesturio y otros pequeños desembolsos, y por el daño moral. La instancia de apelación revocó la sentencia entendiendo que el demandante no había probado el daño moral y que por consiguiente, no existía base para su indemnización. Este fallo ajustándose sin duda a las circunstancias del caso litigioso. Desde luego, existiese o no daño moral, la primera sentencia no lo aprecia con la seriedad que imprimen a este concepto los juristas franceses como se ve en lo irrisorio de la indemnización y en la confusión del *dommage moral* con todos aquellos perjuicios insignificantes.

La cuantía del daño se deja al libre arbitrio judicial y jamás ha tropezado con dificultades en la práctica. La doctrina se muestra también inclinada a depositar con entera confianza la solución de este problema, en manos del juez. "Los tribunales franceses reconocen la obligación de resarcir el daño moral en los casos de muerte culpable de un próximo pariente ( padre, hermano o cónyuge ). No es menester dicen expresamente las sentencias que con el perjuicio



cio moral concurre otro de índole material. En cuanto a la extensión del daño y cuantía de la indemnización, se atiende exclusivamente al caso concreto. Suele condenarse a indemnizaciones considerables a favor de la hija que vive sola con su madre y a favor de la viuda a quien en la vejez se priva de su hijo único y a --- quién ésta se le desgracia. Reconócese también el deber de indemnizar los daños morales por el hecho de recoger a un niño menor de edad contra la voluntad de sus padres, y en los casos de bigamia y adulterio. En este último caso, no es necesario siquiera -- probar el caso de un modo concluyente; basta que el marido sufra ciertos perjuicios inmateriales por la mera sospecha del adulterio despertada por la conducta de la mujer. También queda sujeto a indemnizar el daño moral el culpable de seducción, aunque con -- una salvedad: "quand la seduction est le resultat de mancuures -- del telle sorte qu'on ne puisse invoquer l'adage valenti non fit injuria". Del daño moral que se produce por ruptura arbitraria de los esponsales o promesa de matrimonio, ya hemos hablado. Pueden también reclamar indemnización los deudos de una persona fallecida a quien calumnie el autor de un libro histórico ( imputations calumnicuses ); más no hay lugar a indemnización si los ataques -- se le dirigen de buena fe y en defensa de legítimos intereses. El espíritu de la legislación francesa aparece, como vemos, bastante claro. Aunque no existe un precepto general que autorice expresamente la reparación del perjuicio moral, numerosas disposiciones particulares constituyen aplicación de ese principio. El artículo 1382 no excluye formalmente el perjuicio moral y hasta cabe pensar que sus redactores lo hubieran admitido si hubieran pensado en ello. Desde el exclusivo punto de vista de los textos legales, resulta difícil concluir a favor o en contra del perjuicio extrapatrimonial, por eso hay que felicitarse que los redactores del pro

yecto Francoitaliano de las obligaciones y de los contratos hayan establecido, por medio de una disposición formal ( artículo 85 ) la obligación de reparar el daño moral.

Artículo 85, párrafo primero " la obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el daño ilícito."

En Francia, la tesis de la responsabilidad es sustentada con base en el artículo 1382, recordándose al respecto las expresiones de Tarrible en la Asamblea Legislativa: " esta disposición abarca en su vasta licitud todos los géneros de daños y los sujetos a reparación uniforme " Laurent lo entiende así: " el artículo 1382 habla de daño en términos absolutos que no comportan distinción; todo daño debe ser pues reparado, tanto el material como el moral. El espíritu de la ley no deja duda, quiere salvaguardar todos los derechos del hombre, todos sus bienes ". (4)

De las numerosas fallas dictadas por la Corte de Casación y -- Tribunales inferiores de Francia, se infiere que el agravio moral debe ser reparado tanto en los casos de responsabilidad aquiliana como de responsabilidad contractual. En este último terreno la jurisprudencia tardó más tiempo en afirmarse, pero a partir del año 1943 puede afirmarse categóricamente que los tribunales civiles franceses no establecen ningún género de diferencias entre ambas clases de responsabilidad.

La jurisprudencia administrativa ha seguido por su parte una evolución distinta de la observada por los tribunales civiles el Consejo de Estado se mostró sumamente rehacio a admitir el principio

---

(4) Aguilar Díaz José; "Tratado de la Responsabilidad Civil"; Traducido por Juan Moyano; Editorial José M. Cajica, S. A.; México-Lima-Buenos Aires 1957; P. 390.

de reparación de los daños morales, declarando solo procedente el resarcimiento en los casos de daños patrimoniales. Sin embargo como lo demuestra Givord la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sufrido una evolución, que si bien, no ha llevado a consagrar de una manera amplia y franca la reparación de los agravios morales, por lo menos ha atenuado bastante la rigidez del principio. Ha acordado por ejemplo indemnizaciones simbólicas en caso de ataques al honor de las personas y verdaderas indemnizaciones por el dolor sufrido como consecuencia de un dolor físico. En los casos de "perjudice d'affectiún" ha obligado a pagar indemnización cuando las víctimas indirectas del hecho ilícito estaban colocadas en una situación de dependencia con respecto al muerto; en el año de 1936 acordó reparación pecuniaria a un artista que había sufrido una lesión en el derecho moral que todo autor tiene en su obra.

Gracias a la magnífica labor de la jurisprudencia, Francia ocupa un primer rango en los países civilizados en lo que se refiere a la tutela civil de los bienes extrapatrimoniales.

#### b) Alemania:

El concepto de daño dentro de la legislación civil alemana no tiene un contenido exclusivamente patrimonial sino que abarca también el agravio extrapatrimonial o moral; por ello cuando en el artículo 823 del Código Civil de 1900 se establece que " todo el que con dolo o culpa infiera a otra persona, un daño contrario a derecho en su vida, en su persona, salud o libertad o en la propiedad de sus cosas u otro derecho cualquiera, queda obligado a repararle el daño producido, debe considerarse cubierto por la obligación de reparar prescripto también el daño moral.

Por lo tanto podemos afirmar que en el derecho alemán, no todos los daños son considerados inmateriales, ya que para ellos son exclusivamente los siguientes: aquellos que afectan a la integridad corporal, o a la salud, a la libertad o al honor sexual, más no --

son considerados como base para el resarcimiento de daño moral - las lesiones causadas en la honra, sentimientos morales, o religión etcétera. Aunque no debemos olvidar que también pueden indemnizarse estos daños causados en el honor, y los dolores y quebrantos morales, pero siempre será necesario que concurren los requisitos señalados por el artículo 847 ya señalados para que dichos "la persona que sufra algún quebranto en su cuerpo o salud a quién se le prive de su libertad puede reclamar la indemnización que sea justa por los daños sufridos, aunque no afecten a su patrimonio. Este derecho no es transmisible ni pasa a los herederos a menos de que se halle reconocido contractualmente o deducido en juicio. El mismo derecho asiste a la mujer contra quién se abuse con delito o falta de su moralidad al ser seducida valiéndose de fraude o amenazas o abusando de la superioridad de que goza sobre ella." (5).

Este artículo abarca tres grupos de casos:

- a).- Lesiones que afectan al cuerpo o a la salud,
- b).- Menoscabo de la libertad,
- c).- Abusos contra la honra de la mujer.

Las lesiones mencionadas en el primer inciso pueden reclamarse por la víctima ante el juez penal por medio de una acción privada o ejercer este derecho mediante una acción civil, una vez obtenida una pena privada no puede ya reclamarse indemnización por la vía civil. Salvo en el caso de que el juez penal deniegue aquella, queda entonces la opción de pedir la segunda. Ahora bien, a su vez - el juez penal puede condenar con una pena mayor la perjudicada aún a pesar de la absolución civil. Sin embargo una vez establecida la

---

(5) Fischer Hans; "Los Daños Civiles y su Reparación"; Traducido por W. Roces; Madrid, 1928; P. 257.

indemnización que debe otorgar el causante por la vía civil esta deberá tomarse en cuenta por el juez penal para establecer dicha pena.

En cuanto al menoscabo de la libertad debe entenderse no sólo al apresamiento o bien el encerramiento en un local a determinada persona, sino también baste que se pongan trabas a la libertad de movimientos de una persona de modo directo o indirecto, así como la alteración del equilibrio y bienestar del espíritu - angustia, inquietud -, en que consiste aquí el daño inmaterial como por ejemplo rapto, para que se pueda hablar de menoscabo a la libertad. Pero sin incluir en este precepto a los abusos y transgresiones - que menoscaban ya no la libertad sino el ejercicio libre de la voluntad como por ejemplo amenazas, miedo, etc.

En relación a los abusos contra la honra de la mujer, pueden ser reclamados de acuerdo a los artículos 823 y 842 del Código Civil, el daño patrimonial causado, así como también la mujer a quien se haga víctima de un delito o falta contra la moralidad, o bien que haya sido seducida mediante fraude, amenaza o abuso de autoridad, puede reclamar justa indemnización en dinero por los perjuicios inmateriales que se le sigan de esa acción.

Fischer Hans nos comenta, por su extensión los daños morales se distinguen según sean pasajeros - dolores o molestias susceptibles de curación - o permanentes - pérdida de un miembro o de un sentido, por ejemplo la vista, la esterilidad, quebrantamiento permanente de la salud, etc." Conviene advertir que tanto en el régimen -- del Código Civil, como en la conciencia jurídica alemana, que ha llevado al Código las normas correspondientes, la reparación en metálico de los daños patrimoniales representa siempre algo excepcional. Es un recurso jurídico extraordinario a que no debe acudir se en casos superficiales, aunque concurren los demás requisitos -

de forma.

"El artículo 1300 consigna una indemnización equitativa para la novia desflorada que permitió a su prometido la cohabitación si este se retira de los esponsales sin causa grave. En el caso de una seducción alevosa o desfloración hecha a la fuerza, la no via puede exigir una indemnización total según los principios que rigen los delitos, artículo 825. La indemnización a causa de diso lución injustificada de los esponsales no comprende los gastos he chos en la adquisición de los regalos hechos durante los esponsales una norma especial que autoriza exigir del obsequiado la rea titución de lo que hay dado como regalo o señal de matrimonio. El que dolosamente rompe el lazo pierde la facultad de exigir rest itución de los obsequios; así lo establece el artículo 815 en mate ria de enriquecimiento sin causa." (6).

Los derechos del artículo 847 y 1300 no son acumulables. El se gundo como más especial, excluye la aplicación del primero, en -- cambio nadie discute ni es dudoso que las acciones derivadas de -- ambos artículos puedan concurrir con las basadas en los artículos 823, 825, y 842; aquellas versan sobre los daños inmateriales, es tas sobre el daño patrimonial. Si en una demanda se acumulan am bas clases de daños patrimoniales y no patrimoniales, lo mejor se rá fallar en sentencia aparte sobre cada una, toda vez que se dis tinga la naturaleza de una y otra reclamaciones.

La indemnización que deba asignarse ha de señalarla el juez -- con arreglo a las exigencias de equidad, ajustándose en un todo a su convicción y teniendo en cuenta todos los elementos imponderables que aquí intervienen y que no pueden aquilatarse por normas externas ni reducirse a leyes materiales de causalidad.

---

(6) Loewenwarter Victor; "Derecho Civil Alemán Comparado"; Editorial Nascimento; Santiago de Chile, 1943; P. 133.

El juzgador deberá, descontar de los perjuicios inmateriales los beneficios que lleve aparejados como por ejemplo, en el caso de que se realice una operación quirúrgica emprendida abusivamente y que si bien produce al paciente grandes sufrimientos, alivia bastante su estado general. O también cuando una sensación psicológica fuerte de terror o de disgusto, puede provocar una reacción orgánica favorable, devolviendo por decir el habla pérdida o haciendo recobrar la movilidad a un paralítico. Esto claro esta, no puede reducirse a números, para descontarlos matemáticamente de la indemnización, pero deben ser tomados en cuenta al sentenciar.

La invocación de la equidad obliga también al juez a tomar en consideración la culpabilidad que puede existir por parte del lesionado. El asentimiento del interesado no influye en el concepto del daño ni en su extinción, pero puede neutralizar la falta del causante, quitando al acto su carácter ilícito y excluyendo por lo tanto la indemnización, aún que puede acontecer sin embargo - que el consentimiento no prive a la acción de su ilicitud. Pero no es menester que exista culpa por parte del lesionado, para que el juez tenga en cuenta, cuando señala la indemnización el grado de culpabilidad del causante del daño y su situación patrimonial así lo exige la equidad. El alcance de la responsabilidad se a-- tiene exclusivamente a la extinción del daño.

Concluyendo Lafaille nos dice\* que tanto en la jurisprudencia como en la doctrina puede afirmarse que el principio de reparación así entendido se encuentra universalmente aceptado.

c) Italia:

Durante la vigencia del Código Civil italiano de 1895 cuyo artículo 1151 constituía la reproducción exacta del artículo 1382 - del Código Francés; fue materia de ardua discusión tanto en la doc

trina como en la jurisprudencia, si tal distinción y otras complementarias consagraban el principio de la reparación de los daños morales y la extensión acordada al mismo.

Fue el artículo 38 del Código Penal el que vino a consagrar el derecho al resarcimiento en casos de delitos penales contra el honor de la persona o de la familia, aunque también en el terreno -- doctrinario fue discutido si la reparación que el mismo obligaba cubría o no el daño moral.

En cuanto a la jurisprudencia nunca decidió la discusión de manera tajante, pero pudieran citarse en materia de reparación de los daños morales abundantes fallas en favor de ambas posiciones extremas, lo que no hizo más que contribuir a aumentar la incertidumbre sobre el contenido de la ley civil italiana. Porque la jurisprudencia italiana hasta ahora se limita a seguir la opinión -- francesa dominante ya que se asignan indemnizaciones por " la morte di una persona amata", " la tine deplorable d'un capo di famiglia ", " per le affezioni offese ", " per mancata tutela maritale e paterna ".

Gabba, Paechioni y Chironi fueron los principales opositores -- al principio de resarcimiento de los daños morales en el derecho italiano, Minozzi y Giorgi se destacan como sostenedores del mismo.

El Código Penal de 1931 aclaró y confirmó el principio de la reparación de los agravios morales al establecer en el artículo 18 que " todo delito que ha ocasionado un daño patrimonial o extrapatrimonial obliga al resarcimiento ".

El nuevo Código Civil italiano puesto en vigor en los últimos años del régimen fascista, 16 de marzo de 1942, mantuvo en su artículo 1043 los términos del artículo 1151 del Código derogado pero precisando la voluntad de la ley. En el artículo 2059 dejó es-



tablecido " el daño no patrimonial debe ser resarcido solo en los casos determinados por la ley ". Siguiendo así la tendencia germánica en lo que a daño moral se refiere, y como en el título IX libro IV que trata de los hechos ilícitos, no se legislaba especialmente sobre los daños originados por los delitos particulares, los únicos casos de reposición de los agravios morales contemplados en la ley siguen siendo los que surgen de delito del derecho criminal en el artículo 185 del Código Penal.

En resumen, puede afirmarse que en el derecho italiano el principio del resarcimiento de los daños morales se limita solo a los casos de delitos penales.

d) España:

En este país los juristas han discutido mucho sobre la cuestión del daño moral, la discusión se torna alrededor de saber si deben ser ubicados dentro del ámbito del resarcimiento de daños y perjuicios a diferencia de los patrimoniales, es decir, aquellos que afectan a los bienes inmateriales de la personalidad, como son: la libertad, la salud, el honor, etc., que son extraños al ámbito meramente patrimonial y que no repercuten, al menos de un modo inmediato, sobre el patrimonio de las personas.

Diferentes juristas españoles han emitido su opinión al respecto como por ejemplo Roces, quién excluye la verdadera indemnización de los daños morales aunque reconoce que estos pueden ser objeto de legítimas reparaciones. Díaz Parió limita su opinión al decir que el daño debe ser patrimonial pues en materia de responsabilidad contractual es casi unánime la opinión que rechaza la resarcibilidad del daño moral del sufrimiento causado al acreedor por el deudor cuando este no cumple con la obligación, Puig Peña, otro jurista español, se pronuncia en términos muy semejantes el jurista Gayoso quién había sostenido que en el Código Civil Español no

había ningún precepto que autorizara la reparación pecuniaria de los daños morales en virtud de que el artículo 1902 establecía - lo siguiente:

"El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia esta obligado a reparar el daño", por lo tanto denota la falta de disposición expresa referente al agravio moral y reproduce el texto genérico que obliga al autor imputable a reparar el daño causado y la jurisprudencia a podido entender y mantener la interpretación de que queda incluida en él la reparación del daño moral.

Es por eso que no faltan civilistas que entienden que admitido el daño moral como susceptible de indemnización en el campo extracontractual no ven razón para que haya de ser excluido en el campo de las obligaciones contractuales; según el derecho español los argumentos que se invocan contra la indemnización del daño moral pueden afectar por igual a la culpa contractual que a la extracontractual y casi siempre son más que de fondo de un carácter técnico y sistemático.

En gran parte la discusión de los juristas es en relación a si el daño moral y el daño material constituyen un solo concepto o son conceptos diferentes. En este sentido opina Pacchioni diciendo que sólo el daño patrimonial puede ser resarcido mientras que los daños morales, es decir, los daños no patrimoniales no son - resarcibles pero si de algún modo compensables.

Los juristas españoles no le dan mucha importancia al debate conceptual y dicen que se puede llegar a las siguientes conclusiones:

- 1.- Que es de justicia la reparación o compensación de los daños morales, es decir, ya sea encuadrándose dentro de las normas legales de la indemnización de daños y perjuicios de

daños y perjuicios o bien en cuanto este no sea aplicable los principios genera es del derecho.

2.- De todos modos parece indudable que la reparación de los daños morales que no se traducen en quebranto material inmediato ha de ser sometido a un régimen jurídico distinto al de aquél que gobierna los daños propiamente materiales y ha de ser concedido a los tribunales un amplio arbitrio para su apreciación.

La Corte Suprema se ha referido a este problema del perjuicio de afección a consecuencia de lesiones corporales que son definitivas como son:

- 1.- Una lesión por quemaduras que constituye deformaciones en el rostro es motivo de depresión y de tristeza que determina un complejo de inferioridad o sea un dolor.
- 2.- Cicatrices definitivas en la cara y en las manos constituyen deformidad física permanente e irreparable que causa un gran dolor.
- 3.- La desfiguración facial y supresión de los dedos de la mano ocasionan una constante y continuada pena que deprime el espíritu.
- 4.- El acortamiento de un pié a un joven que era normal, la visible demostración del defecto al caminar determina una pena moral grave que debe indemnizarse.

C A P I T U L O    I I  
C O N T E N I D O   D E L   P A T R I M O N I O

- 1.- Concepto de Patrimonio.
- 2.- El Daño Moral en el ámbito patrimonial.  
Derechos patrimoniales y no patrimoniales.
- 3.- ¿ El Daño Moral debe valorizarse tan solo afectivamente o puede valorizarse pecuniariamente ?.
- 4.- Si puede valorizarse pecuniariamente.  
¿ Cómo debe ser indemnizado ?.
- 5.- ¿ Daños materiales y/o daños morales ?.

## C A P I T U L O   I I

### 1.- Concepto de Patrimonio.

Existen en la universalidad del Derecho, distintas definiciones acerca de lo que puede decirse que es el patrimonio, y precisamente por estar expuestos por diversos autores tendrán semejanzas y diferencias entre sí como veremos más adelante, pero todos ellos tratarán de definir el patrimonio, desde luego, desde su particular punto de vista. Es por ello que a continuación exponemos una serie de definiciones que fueron otorgadas por los más destacados juristas.

Se ha dicho ya, que la característica fundamental de la persona humana, es su aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Pues bien, cuando esos derechos y obligaciones pueden ser valuados económicamente, opinan algunos autores, es cuando es posible asignarles en valor en dinero y es entonces cuando se dice que son derechos y obligaciones patrimoniales.

Ubicando el tema, comenzaremos diciendo que como ocurre en toda definición necesitamos conocer ante todo, el significado gramatical de la palabra. Encontramos así, que la palabra patrimonio significa: bienes que se heredan de los ascendientes, o los bienes propios que se adquieren por cualquier título, y también puede identificarse la palabra patrimonio con el vocablo riqueza y ésta por su parte significa abundancia de bienes

Este sentido gramatical de la palabra patrimonio nos dá ya una pequeña visión de los elementos que constituyen el patrimonio aunque todavía necesitamos caracterizarlo en el campo del derecho para poder precisar mejor su contenido.

De los diversos autores, encontramos primeramente a Plainol --- quien nos dice: " el patrimonio es el conjunto de derechos y obligaciones de una persona apreciables en dinero ". (1)

En esta definición se destaca que los derechos y obligaciones

que la integran tienen que ser valorables en dinero, pues para este autor, los bienes y sólo ellos, pueden ser vendidos y convertido su valor en dinero.

Josserand, por su parte emite su opinión de la siguiente forma " el patrimonio es el conjunto de valores pecuniarios positivos y negativos, pertenecientes a una persona ". (2).

Como observamos esta definición hace resaltar también un contenido económico en todo fenómeno jurídico.

Fischer Hans, autor Alemán, nos da' también su definición acerca del patrimonio y expresa: " considerado en sentido jurídico, se define como el conjunto de derechos evaluables en dinero que corresponda a una persona, es decir, a una masa patrimonial activa. Idéntica unidad forman también los deberes jurídicos u obligaciones -- que una persona incumben, pudiendo así oponerse al patrimonio en sentido amplio ".(3)

Este autor se mantiene en la misma postura que los anteriores al referirse al patrimonio como el conjunto de derechos evaluables en dinero, pero distingue de estos derechos, a los bienes, que también forman parte del patrimonio de las personas.

A su vez Planiol y Ripert aún cuando esencialmente defieren al patrimonio en los mismos sentidos anteriores, es decir, como un -- conjunto de derechos y obligaciones pertenecientes a una persona apreciables en dinero, tratan de perfeccionar y complementar la mis

---

(1) Rojina Villegas Rafael; "Compendio de Derecho Civil"; Editorial Porrúa; México, 1976; P. 7.

(2) Bayley Jaime; "Cursos de Derecho Civil"; Claudio García Editores; Montevideo 1973; P. 21.

(3) Fischer Hans; "Los Daños Civiles y su Reparación"; Madrid -- 1928 V. 5; P. 6.

na agregando, " considerando como una universalidad de Derecho " (4).

Con este agregado se le está dando ya a la definición otro aspecto diferente ya que hacen intervenir al concepto " universalidad de Derecho ", como una unidad abstracta que contiene elementos cambiantes, pero que éstas se mantienen juntos formando una unidad, o sea la universalidad a que hacen referencia.

El Maestro Rojina Villegas define al patrimonio " como un conjunto de derechos y obligaciones susceptibles de una valorización pecuniaria, que constituyen una universalidad de derecho". (5)

Según lo anterior, se considera que es necesario e indispensable que los derechos y obligaciones referidas puedan ser siempre apreciables en dinero, es decir, que puedan ser objeto de una valorización pecuniaria.

Aubry y Rau al referirse al patrimonio lo consideran: " como el conjunto de los derechos y las obligaciones de una persona, apreciable en dinero, considerados, formando una universalidad de Derecho ". (6).

En su explicación, estos autores nos dicen, que el patrimonio constituye una entidad abstracta, diferente de los bienes y obligaciones que lo integran, de tal manera que esos bienes pueden -- cambiar, es decir, disminuir, aumentar o inclusive desaparecer totalmente, sin que por este motivo desaparezca el patrimonio ya que éste permanece uno e invariable durante toda la vida de su titular.

---

(4) Aguilar Carvajal; " Segundo Curso de Derecho Civil "; Editorial Porrúa; México 1975; P. 19

(5) Rojina Villegas; *ib. Cit.*; P. 7.

(6) Planiol y Ripert; " Tratado Práctico de Derecho Civil Francés; T. III Cultural S. A. ; Habana 1946; P. 23.

Al respecto el Maestro Aguilar Carvajal comenta: " del conjunto de estas definiciones podemos inferir que la esencia de la definición del patrimonio tiene que hacer resaltar la existencia de la universalidad, como una unidad abstracta, como una caja en la que se van depositando valores; unos salen definitivamente, otros entran, en ocasiones unos son substituidos por otros, pero esos bienes concretos son independientes del patrimonio, ya que este es de naturaleza inmaterial ". (7).

De las anteriores exposiciones debe llegarse a la conclusión que mediante ella hemos confrontado los elementos constitutivos del patrimonio y observado también, que hasta el momento ninguno de los autores expuestos, se ha referido al patrimonio desde el punto de vista subjetivo que a nosotros interesa, en virtud de atribuirle a las obligaciones y derechos de una persona un carácter esencialmente económico que excluye al aspecto moral o subjetivo de toda relación con el patrimonio. No es así, como piensan otros autores como por ejemplo el autor Argentino Pedro Frutos - que al otorgar su opinión dice : " el patrimonio es el balance personal de cada sujeto, es decir, el conjunto de sus derechos y obligaciones apreciables en dinero; el patrimonio se compone de un pasivo, en el que figuran los bienes que la persona tiene y , de un activo que son las obligaciones y cargas que pesan sobre aquellas. Sigue diciendo, resumiendo el patrimonio se compone de cosas y bienes susceptibles de tener un valor económico; o en otros términos, de ser apreciables en dinero, se llaman cosas los objetos corporales susceptibles de tener un valor y bienes los objetos inmateriales también susceptibles de valor. Así se considera cosa desde el punto de vista jurídico la casa que se alqui-

---

(7) Aguilar Carvajal; Ob. Cit.; P. 20 y 21.



la. Es un bien el derecho que el inquilino tiene a disfrutar tranquilamente del uso y goce de la casa arrendada o el que asiste al individuo que ha prestado a otro una suma de dinero para reintegrarse de ella. Pero desde el punto de vista genérico unos y otros se designan con el nombre general de bienes ". (8).

En iguales términos se manifiesta el Maestro Gutiérrez y González quién en su libro denominado "El Patrimonio" nos dá su definición al respecto: " el patrimonio es un conjunto de bienes, pecuniarios y morales, y obligaciones de una persona que constituyen una universalidad de derecho ". (9).

Podemos decir esencialmente que las dos últimas definiciones, estan aceptando ya la inmaterialidad de los bienes que nos sirve - como punto de partida para pensar que una vez aceptado lo anterior puede ubicarse en el campo jurídico, el derecho que las personas tienen a disfrutar de cosas que dentro del campo objetivo no podrían ubicarse como lo es por ejemplo el derecho a la tranquilidad pública y privada que considera como un bien personal, esto no es aceptado por algunos tratadistas, pues como observamos, en sus definiciones sólo hablan de bienes y derechos pero enfocados a un -- punto solamente material, es decir, valorable en dinero y no dan un margen más amplio a sus conceptos para poder incluir en ellos bienes como el que mencionamos.

Ninguna persona ignora, que lo que el hombre necesita para ser estimado por sus semejantes es entre otras cosas, y acaso, la más importante, la de orientar su conducta por postulados morales. Por

---

(8) Frutos Pedro; "Compendio General de Derecho Civil"; Editor Biblioteca Jurídica Argentina; B. Aires, 1930; P. 20.

(9) Gutiérrez y González; "El Patrimonio"; Editorial José M. Cajica; México 1971; P. 36.

otra parte, si es víctima de un delito, de cualquier clase que éste sea debe ser, y generalmente lo es protegido por la ley. El derecho de protección legal principia, como sabemos con la concepción y termina con la muerte. Si la persona es protegida desde entonces y después lo es en su seguridad corporal, en su seguridad sexual, y en su patrimonio, ~~asimismo debe serlo en su seguridad moral~~ porque también forma parte de este último.

Por lo anteriormente expuesto, nos atrevemos a decir que el concepto de patrimonio no puede unificarse en un mismo sentido, ni determinarse en igual forma en todas las épocas ya que éstas van evolucionando, y al surgir nuevos conflictos y experimentos sobre él, el criterio de los autores va evolucionando también hasta darle otro aspecto a la definición. Sostener que el contenido del patrimonio es puramente económico, contribuiría a encerrarlos en una sola definición y como hemos visto existen otras en las que su contenido responde también a una situación de aspecto moral, el cual día con día irá evolucionando hasta obtener mayor firmeza dentro del campo patrimonial, y en consecuencia el Derecho Civil.

## 2.- El Daño Moral en el ámbito Patrimonial. Derechos Patrimoniales y no Patrimoniales.

Se ha dicho ya, que los elementos que integran el patrimonio son de carácter pecuniario y que cualquier elemento que no tenga ese carácter, quedará fuera de la esfera patrimonial pero en este criterio no se está tomando en cuenta el significado gramatical de la palabra pues como ya se dijo patrimonio proviene del término latino "patrimonium" que significa: bienes que se heredan de los ascendientes, o los bienes propios que se adquieren por cualquier título. También se identifica la palabra patrimonio con el vocablo riqueza. Pero gramaticalmente ni la palabra bien, ni la palabra riqueza se reducen a considerar la noción puramente económica, puesto -

que riqueza significa abundancia de bienes.

De lo anterior se deduce, que el patrimonio de las personas va a estar formado por un conjunto de bienes y no hay razón para suponer que esos bienes solamente están referidos a la esfera económica o pecuniaria. Porque se considera que tan es un bien en su sentido gramatical el tener mucho dinero como lo es el tener un buen nombre.

Y es que el concepto de lo valioso y de lo que debe protegerse en el derecho crece con su contenido, es por eso que se ha dicho; que de la individualización de un bien deriva la individualización de una necesidad, y considerando que las exigencias de la vida, de la integridad física, de la libertad, del honor, etc., --- constituyen auténticas necesidades específicas y esenciales no --- tendremos otro remedio que concluir que todas ellas merecen la --- consideración de bienes, que corresponden a las diferentes facultades personales.

Von Ihering, sostuvo que el elemento patrimonial conocido como "obligación" podría tener un objeto no solo pecuniario, sino que encontró casos de "obligaciones" con un objeto de tipo moral o afectivo, porque si bien es cierto que puede haber obligaciones --- con un objeto que no sea pecuniario, esas obligaciones no se pueden considerar de índole patrimonial, sino que son necesariamente por un lado obligaciones con objeto patrimonial y otro con objeto extrapatrimonial. Es por ello que al transformarse la sociedad, el criterio de las personas va cambiando de lo meramente material, --- pecuniario y económico a la consideración de que también deben --- protegerse los valores morales, los valores afectivos de los seres humanos, es decir, de la colectividad. De esta manera, las --- personas que detectan el poder ante las presiones sociales se van viendo precisadas a modificar su criterio, y se ven en la necesi-

dad de considerar cada día nuevos valores protegibles jurídicamente, aunque éstos no tengan un carácter pecuniario. Así llega el momento en que la sociedad exige protección para sus valores morales o afectivos y entonces los legisladores tienen que considerar valiosos aspectos.

Porque "el perjuicio sufrido puede ser, según los casos, de naturaleza muy diversa, ya que en algunas ocasiones afecta a la víctima pecuniariamente y esto se traduce en una disminución de su patrimonio, y en otras por el contrario no implica pérdida de dinero y la víctima se vé afectada tan solo moralmente ya sea en su honor o en sus afectos. En el primer caso, hay perjuicio material pecuniario o patrimonial; en el segundo, perjuicio moral, extrapecuniario o extrapatrimonial. Conviene distinguirlos porque si es evidente que el perjuicio material compromete la responsabilidad civil del autor, todavía se discute el problema de saber si el perjuicio moral da lugar a reparación".(10).

Ahora bien la noción tradicional del patrimonio cobra especial importancia al determinar si deben o no estimarse como integrantes del patrimonio de una persona los llamados derechos morales o no pecuniarios. Es indispensable que la noción de patrimonio sea aceptada de una manera más amplia, es decir, que se acepte que está formado por dos grandes campos uno, económico o pecuniario y otro, el moral o de afección. Al referirnos a esto, es prudente hacer la transcripción de la definición de Gutiérrez y González que nos dice: " el patrimonio es un conjunto de bienes, pecuniarias y morales, y obligaciones de una persona, que constituyen una universalidad de derecho ". (11) Porque la noción de patrimo-

---

(10) Rojina Villegas Rafael; "Derecho Civil Mexicano"; P. 128 (cita Mazeaud Ob. Cit. T. I.; P. 298).

nio crece cada día más, ya que ahora se habla y se considera en él, no sólo elementos pecuniarios a semejanza del patrimonio de los particulares sino que ya sin discusión, se incluyen elementos netamente ajenos a toda noción económica.

En lo conducente a los derechos patrimoniales y no patrimoniales cabe señalar al Maestro Rojina Villegas quién nos dice que la persona tiene un conjunto de derechos que no siempre tienen carácter pecuniario resulta de aquí que no todo lo que la persona soporta o tiene constituye derecho de carácter patrimonial. Por lo tanto, podemos hacer una clasificación entre derechos patrimoniales y no patrimoniales. Serán patrimoniales aquellos derechos susceptibles de apreciación en dinero, y no patrimoniales los que no puedan apreciarse pecuniariamente en este sentido Lalou señala que la distinción del daño material y del daño moral corresponde a la gran división de los derechos, en derechos patrimoniales y derechos extrapatrimoniales; cuando los primeros son lesionados nadie duda en concederle una acción a la víctima para el abono de daños y perjuicios, y el problema radica en determinar si esta acción debe ser considerada también cuando no está afectada pecuniariamente, es decir, cuando haya sido alcanzada solamente en su honor o en sus afectos.

Cabe observar que con regularidad, el perjuicio moral y el perjuicio material van juntos, es decir, suele ocurrir que un mismo hecho lleve consigo, a la vez, una pérdida no solo material sino también moral; tal es, el ejemplo de la herida que disminuye la capacidad para el trabajo en la víctima y esto le hace padecer al mismo tiempo algunos sufrimientos de índole morales. Sucede también, que el perjuicio que afecta a los derechos extrapatrimoniales

---

(11) Gutiérrez y González; "El Patrimonio"; P. 36 .

les tiene como contrapartida una pérdida valorable en dinero; así, se considera que los atentados contra el honor de un comerciante, son susceptibles de arruinar su negocio. En esta situación el problema no se resuelve en toda su realidad, porque al reparar el perjuicio material, resulta posible al mismo tiempo mediante una amplia fijación de lo debido al reclamar daños y perjuicios indemnizar el daño moral que también se ocasiona y hacer entonces realidad los derechos no patrimoniales que tiene todo individuo simplemente por su calidad humana.

3.- ¿ El Daño Moral debe valorizarse tan solo afectivamente o puede valorizarse pecuniariamente ?.

Partiendo de la idea de que al lesionar un bien moral de una persona se está ocasionando un daño, debemos estar de acuerdo con el Maestro Acuña Azorena quién comenta: " daño, ¿ qué ha de entenderse por daño ?, dijimos recién citando a Brugi que de acuerdo a una tradición, de fundamentos no compulsados, por daño debía considerarse el menoscabo patrimonial, es decir el perjuicio que incide sobre objetos susceptibles de valor económico. Hoy sin embargo no es ese el concepto que se tiene, y en vez de reducir el alcance de término al simple daño material se acuerda ver en todo aquello que se sufre y no se debe sufrir en el patrimonio, en la salud o en el honor a causa del acto ilícito de otro. Sigue diciendo " desde el momento que la protección jurídica alcanza al hombre según tenemos dicho, en toda su integridad, en la triple envoltura de su yo, según la sabia expresión de Edmund Picard, esto es, la corporal a la que encierra y contribuye a producirlo; la moral, constituida por la mentalidad que lo rodea ( especialmente la sensibilidad en todas sus expresiones, honor, dignidad, buen gusto, piedad, etc. ), y la civil formada por los atributos con que la ley puede investirlo ninguna razón existiría para que se excluya del concepto de daño

drá a determinarse por las peculiaridades del caso en particular.

Al respecto Enneccerus comenta: " la pretensión se dirige al pago de una cantidad de dinero, más que una función reparadora, cumple una finalidad de compensación de los sufrimientos del perjudicado, no puede aquí cumplir su función de equivalencia como en materia de reparación del daño material, pero gracias a el pue de la víctima del perjuicio moral, según sus gustos y temperamento, procurarse sensaciones agradables, que vendrán a contrapesar las dolorosas o desagradables; no se representa el equivalente del perjuicio moral sino que reviste la forma de una reparación satisfactoria ". (13).

Lo propio de toda responsabilidad civil, en todo caso es tratar de restablecer lo más exactamente posible, el equilibrio que ha sido destruido por el hecho dañoso de otro, es decir, reponer a la víctima a costa del responsable, a la situación donde se encontraba o se encontraría si el hecho ilícito no hubiera tenido lugar.

Se refiere a ello Acuña Azorena y dice: ¿ cómo ha de lograrse este efecto ?. En primer lugar, y dando por cierto que el principio de adecuación de los medios a los fines conserva su imperio en la materia que estudiamos, no hay duda que ninguna vía de reparación en más eficaz como la que pretende colocar al perjudicado en la misma situación en que se encontraría de no haber tenido lugar el acto ilícito, vale decir, la reparación en forma específica o in natura. Restituir la cosa sustraída, reposar los estragos, volver a poner los lindes en el punto donde fueron removidos, resti-

---

(12) Acuña Azorena; "Estudios sobre la Responsabilidad Civil"; - Editorial Platense; Argentina 1963;P. 59.

(13) Enneccerus; "Tratado de Derecho Civil"; Barcelona 1958 ; P. 1162.

el agravio inferido a los derechos de la personalidad, puesto que tanto como al patrimonio, se realizan ataques al alma, lo mismo - que al cuerpo. Es por ello que Ihering estudiando la violación in juriosa de los derechos, ha escrito con acierto que la persona pu ede ser lesionada en lo que ella es, o en lo que ella tiene. En - lo que ellas son en su cuerpo, en su libertad, en su honor. En lo que que ella tiene en sus relaciones con el mundo exterior".(12).

Se ha mencionado que el daño moral está constituido por los per juicios que sin afectar a las cosas materiales, susceptibles de - ser tasados, se refiere al patrimonio espiritual, a los bienes in materiales del honor, la salud, la libertad , y análogos que son los más estimadas y por ello los más sensibles y frágiles y los - más cuidadosamente guardados; bienes morales que al no ser evalua bles dinerariamente por resarcimiento del mal sufrido cuando son alterados, deben ser sin embargo, indemnizables discrecionalmente como compensación de los sufrimientos del perjudicado.

La pretensión " dinero del dolor ", como suelen llamarlo algunos autores que no comparten la reparación del daño moral, no cons tituye una pretensión corriente, sino una pretensión sui géneris que contempla dos funciones distintas; una, la de ofrecer al per judicado una compensación adecuada por aquellos daños que no son de índole patrimonial y; otra, la de que al propio tiempo atender a que el dañador debe satisfacción al perjudicado por lo que contra él ha hecho. Por consiguiente al valorizar al daño moral y - por tanto al establecer la indemnización justa, deben tomarse con sideración todas las circunstancias del caso que vengan a colisión y entre ellos la situación económica de ambas partes y el grado de culpa del obligado. A este propósito debe atenderse en primerísimo lugar, a la importancia y grado de los perjuicios inferidos, mientras que el rango e importancia de las demás circunstancias ven--



tuir la libertad, el crédito al honor a la persona encarcelada, difamada, enjuriada, derribar la obra dañosa, esto es, sin duda, la reparación más perfecta que el juez podría sancionar.

El resarcimiento del daño, patrimonial o no patrimonial, no crea una situación materialmente igual a la que existiría si no se hubiese producido, ya que siendo una reparación por equivalente, llena el vacío creado por el hecho dañoso, pero no restaura el bien interés destruido o disminuido, sino que sitúa el equivalente del mismo, en el cual se contiene una igualdad real de valor económico, si se trata de daños patrimoniales, y una relación apreciada libremente por el juez cuando se refiere a daños no patrimoniales.

El que ha sufrido un daño no patrimonial, no puede con el equivalente pecuniario, alcanzar un resultado final que se acerque a la situación anterior, o sea, que el dinero no le va a permitir obtener un bien semejante al que le ha sido destruido o deteriorado, es decir, a la integridad de su cuerpo o remediar su reputación dañada o bien volver a lograr la tranquilidad de espíritu que tenía antes de ser difamado. Sabemos que sólo podrá alcanzar con el dinero, aquellas ventajas y satisfacciones que pueden compensarlo en otros aspectos de su propia vida, procurando siempre que el balance de su felicidad personal recupere nuevamente el equilibrio general y total que tenía antes de ser dañado.

"Nadie vende ni permuta, por lo menos directa y específicamente su comodidad, su placer, su salud, su honor, etc., y por consiguiente tales bienes parecen no tener cotización en el mercado pero tal es precisamente la apariencia desvirtual del autor Ihering en su famosa monografía sobre el valor patrimonial de la prestación. Por muy respetable que sea la doctrina tradicional,

no autorizaría a negar a esos bienes un valor pecuniario, porque si efectivamente no hay manera de valuarlos en dinero, apenas se les lesiona, se imponen con la misma eficacia que los derechos - clásicamente económicos, puesto que se traducen en una disminución patrimonial en el otro término de la relación, que es suficiente para valuarlos en dinero. No es necesario que el bien en sí sea cotizable en dinero, basta que sea posible la evaluación del daño que su lesión ocasiona en vista de la situación de equivalencia entre los dos términos de la relación, esencia de la justicia y finalidad del derecho. (14).

Sabemos, que para que la justicia sea eso precisamente se requiere de una indemnización o reparación completa del daño que se ha causado, y es evidente que en multitud de casos, reparando el daño patrimonial no se satisface por completo a la justicia. La reparación no se satisface tampoco aplicando al culpable una pena porque el sentimiento de venganza que puede en ciertos casos satisfacer una pasión no satisface a la justicia, ya que esto no compensa ni en poco ni en mucho el daño sufrido por el perjudicado.

En consecuencia, Wroces nos comenta: " en otras ocasiones la indemnización por daños morales, es simplemente "una satisfacción" que el juez cree oportuno asignar al agraviado, para mitigar el quebranto que el mal causado le produce - "los duelos con pan son menos" -. El mismo Ihering ha estudiado esta función satisfactoria del dinero que no debe confundirse con la de equivalencia, esta sólo le compete, en la verdadera indemnización". (15).

---

(14) De Gasperi Morello; "Obligaciones en General"; Tipográfica Editora Argentina; Buenos Aires, 1964; P. 87.

(15) Barrel Macin; "Responsabilidad Derivada de la Culpa Extracontractual"; Bosch Casa Editora; Barcelona 1942; P. 16.

Toda clase de perjuicio justifica una acción en juicio, tanto si afecta a la persona como a los bienes, sea material o moral, susceptible o no de una exacta valuación del dinero.

Tal argumento es cierto, la vida de un hombre no tiene precio porque no puede ser adquirida con dinero y paralelamente a esto, existen muchos casos en el mundo que propiamente no tienen precio por ejemplo: un cuadro único de un autor clásico, y nos preguntamos ¿ qué precio tendrá ?. Si de poco tiempo se ha realizado su venta, puede decirse que lo es la cantidad que se dió por su adquisición, pero el precio ya no es el mismo cuando el nuevo propietario lo quiera vender porque el importe entonces será establecido por la necesidad que se tenga de venderlo o comprarlo y también por los deseos o interés que las partes tengan de realizar la operación. Ahora bien, si por culpa o negligencia de alguien, se quema ¿ qué indemnización se otorgará ?. Obviamente al iniciarse un juicio por el valor del cuadro en cuestión, no se tomará en cuenta el valor afectivo que el propietario tenía sobre él y claro está ¿ el valor afectivo como será indemnizado ?. Estamos seguros que el juez tendrá que valorar el cuadro también en el aspecto estimativo del mismo para que el juicio pueda concluir en una indemnización completa del hecho e impartir así, la justicia en toda su magnitud.

El que sufre un daño en su honor, por ejemplo, padece en su espíritu una acción deprimente; si bien con dinero el sentimiento no desaparece, no obstante con el puede adquirir bienes con los que en ciertos momentos disfrutará de goces que le harán olvidar o disminuir el dolor; si los daños son irreparables no por esto deben dejar de ser indemnizados. La compensación puede no ser absoluta, puede serlo en una parte pequeña solamente pero será compensación al fin y al cabo.

Hay algunos autores, como veremos más adelante, que sostienen que la indemnización en dinero de daños no patrimoniales representa un absurdo, toda vez que los bienes inmateriales y el dinero son magnitudes incomparables y que jamás pueden indemnizarse en metálico estos bienes humanos, como se indemniza al patrimonio. Esta objeción no sería muy grave si se refiere tan sólo a la imposibilidad de indemnizar unos valores mediante otros que son de naturaleza diferente y acaso opuesta. Sin embargo, la ley puede perfectamente como el hombre, valorar cosas que son desiguales aplicándoles un criterio común lo grave estaría, en si la diferencia entre el bien lesionado y el que se entrega a título de reparación fuera visiblemente desigual, porque entonces no se estaría equilibrando la situación y podría muy fácilmente degradar o denigrar el propio bien jurídico que se trata de proteger.

Porque ante ataques intencionales contra la integridad corporal y la vida, contra el respeto y el honor aunque esos abusos no vayan en menoscabo de los derechos patrimoniales, deben indemnizarse. El sentimiento jurídico no se conforma con la natural reparación de los perjuicios materiales sino que clama por un castigo del hecho en sí. También el daño, la injuria que sufre el sujeto del patrimonio y no sólo el que experimenta en el patrimonio mismo. La justicia no sería completa si al que destruye incidiosamente un bien patrimonial solo se le castiga a indemnizarlo, ¿quién pagará entonces al perjudicado el disgusto, la indignación y los malos ratos?, diría entonces la voz del pueblo, para eso está la misión de la pena, para aplacar el sentimiento jurídico herido porque la pena complace a la idea de justicia.

Al respecto manifiesta el Maestro Aguilar Díaz que entre todas las obsesiones al daño moral la que ha tenido mayor fortuna ha si

do la de la imposibilidad de establecer equivalencia entre el -  
daño y el resarcimiento. Su inexactitud nos parece que está hoy  
firmemente demostrada porque equivalencia, en materia de repara-  
ción del daño, no significa perfecta igualdad entre la indemniza-  
ción y el perjuicio. El jurista se da ya por satisfecho, aún en  
relación al daño patrimonial, con conseguir una aproximación al  
estado ideal, que sería la restitución de la víctima a la situa-  
ción anterior. Cuando no es posible la reposición de la cosa sus-  
traída se opera la compensación, sustituyéndola, o por otra i---  
gualmente apta para proporcionar al acreedor la satisfacción que  
ella aseguraba, o por el dinero con que podrá adquirirla, si qui-  
siera.

"En realidad, mientras no encontrásemos un equivalente más a-  
decuado no debiera rechazarse por incongruente la indemnización  
en dinero para reparar estos perjuicios. La conciencia de haber  
entregado al culpable a la sanción penal no basta, evidentemente,  
para compensar el perjuicio experimentado; aparte de que el dere-  
cho penal moderno no extiende su protección a todo género de ---  
transgresiones y materiales, ni tiene porque extenderlo según --  
los fines que persigue nuestra política criminal. Si la indemniza-  
ción en metálico no puede reestablecer por si el equilibrio --  
perturbado de nuestro bienestar, puede procurar la adquisición  
de otros bienes que mitiguen el daño ". (16)

Desde luego el mal causado, debe ser reparado, en cuánto sea  
posible por quién se ha hecho culpable del mismo. Tal es sin du-  
da, la exigencia primera y más elemental de la justicia. De ella  
dimana de manera consecuente, la obligación de resarcir el daño.  
Pero este principio aún cuando tenga una específica aplicación -

---

(16) Fischer Hans; Ob. Cit.; P. 228.

en el campo del derecho penal, posee un alcance mucho más amplia y halla entonces lo que podríamos llamar su vecindad natural en el área del derecho civil y encontraríamos todos una justicia más completa porque ¿ cómo podría entonces justificarse, además de la indemnización del daño moral, el acto de inflingir un sufrimiento a otro ?.

4.- Si puede valorizarse pecuniariamente ¿ cómo debe ser indemnizado ?.

Al intensificarse la cultura y desarrollarse cada día más la vida humana, aumentan de la misma manera las necesidades del hombre y aunque la vida económica moderna haya superado la fase de pura economía, el dinero no obstante conserva su función fundamental, como criterio valorativo de todos los bienes, sin embargo, no creemos que el matiz del subjetivismo que es inherente a los bienes se haya perdido. Existen una serie de bienes y derechos que aunque no encierran virtud productiva ni puedan convertirse en dinero entrañan un valor para su poseedor o titular y representan por consiguiente valores no patrimoniales susceptibles de ser dañados y por lo tanto de ser reparados.

La acción fundada en el perjuicio moral no ofrece dificultad alguna cuando el demandante pide solamente, como en el caso de ofensa al honor, la declaración de ser falsas las imputaciones judiciales. Pero la simple declaración judicial de lo injusto del acto, aún cuando sea publicada no es en todo caso una reparación suficiente del daño moral, aún cuando se trate de un caso de ataque a la reputación. Por otra parte, la restitución de una cosa, la reintegración o supresión de determinada actitud, no hacen de saparecer el perjuicio sino para lo futuro, y en el caso del daño moral, la restitución es a veces imposible. En este supuesto se diría que solamente podrá pensarse en la indemnización pecuniaria

cuando los preceptos la admiten explícita o implícitamente y podemos decir que numerosos tratadistas han aceptado ese principio, no así, otros tantos que opinan en forma distinta.

Se ha sostenido sin embargo, que en perjuicio moral, no es -- susceptible de reparación adecuada por medio de una indemnización en dinero y que cualquier suma constituye para la víctima una pura ganancia y para el condenado una pena privada. Pero ¿ cómo negar esa suma cuando consideramos que la utilización que la víctima haga del dinero puede atenuar los sufrimientos ?.

" La dificultad de la apreciación del daño no es tampoco una razón fundamental para negar la indemnización; tropezamos con ella también en materia de daños y perjuicios pecuniarios y la jurisprudencia ha afirmado desde hace tiempo que ellos nos justifican el declarar sin lugar la demanda". (17).

Para la continuidad del orden social y como norma de convivencia entre los hombres, es preciso el respeto de los derechos de los demás; y que si alguno ha vulnerado el correspondiente a su prójimo, introduciendo con ello en desequilibrio, será el mismo y no el perjudicado el que reestablezca las cosas al ser y estado en que estaban antes a pesar de que ello le ocasione sacrificios y esfuerzos.

El autor del daño debe hacer lo necesario para que el perjudicado no sufra las consecuencias del mismo; y que, debido a la reparación del ofensor, queden las cosas en la misma situación en que estaban antes de realizarse el hecho culposo o negligencia.

Porque si nos ponemos a meditar un poco podemos deducir que tan necesario es el crédito y el prestigio para la vida y desarrollo del comercio, como para los hombres es el honor y por ende -

---

(17) Planiol y Ripert; Ob. Cit.; P. 757.

cuando de algún modo ilícito e injusto se atente por alguien - comerciante o no, yade palabra, por escrito, por la prensa o - cualquier otro medio de publicación, el crédito o el honor , a parte del delito que puedan constituir debe ser declarado y reconocido el derecho del perjudicado y por consiguiente ejercitar la acción jurídica en materia civil para exigir y pedir la debida reparación y obtener la consiguiente indemnización proporcionada por los daños morales que se ocasionen, y no que por no poder determinarse la cantidad exacta de éste haya de dejarse fuera del amparo de la ley.

Para Planiol y Ripert la dificultad de apreciar el daño, no es motivo suficiente para negar la indemnización, verdad es que se ha añadido que es imposible de valorar en dinero el daño moral, pero como el juez no puede dar su reconocimiento exacto, no se ha de entender por ello que no se deba conceder ninguno.

La naturaleza del daño producido impide en muchos casos reponer las cosas en su estado anterior al acto ilícito. "n efecto ¿ cómo devolver la vida a quién ha sido privada de ella?, ¿cómo hacer desaparecer el dolor físico o moral causado a una persona?. En estos supuestos, y en muchos otros a que podríamos referirnos existe una imposibilidad absoluta en volver las cosas a su estado anterior, ¿Ha de dejarse a la víctima sufrir por ello el daño sin paliativo ?. Un elemental principio de justicia impone, la respuesta afirmativa. Si no es posible el resarcimiento al estado anterior, es necesario cuando menos, compensarla, acordándole una compensación del perjuicio sufrido y para esto nada mejor que la fijación de una suma de dinero, pues si bien no hace desaparecer el perjuicio, permite, dado su carácter de común denominador de los valores, compensar los daños sufridos.

Nunca existe pues, una perfecta correspondencia entre el daño



y el resarcimiento. Pruébalo prácticamente el hecho de que nadie con una mentalidad normal, aceptaría sufrir nuevamente el daño ilícito, a cambio de la compensación que le haya sido otorgada, aunque la compensación haya comprendido el sufrimiento moral, a pesar de haber considerado satisfactorio el resarcimiento recibido. Si así acontece con el daño patrimonial, no se descubre - por qué solo en relación al daño moral ha de haber una perfecta equivalencia, precisamente para negar el resarcimiento. La condición de la imposibilidad matemáticamente exacta de la valuación, sólo puede ser tomada en beneficio de la víctima y no en su perjuicio. No es razón suficiente, el hecho de que no sea posible - establecer un equivalente exacto porque en materia de daño moral el arbitrio es hasta la esencia de las cosas.

Seguramente que el juez ha de encontrar, en más de un caso serias dificultades para fijar en este concepto una exacta compensación, pero ello que es inconveniente común aún tratándose de indemnizar daños materiales no puede ser motivo para negar al ofendido toda reparación, pues si lo arbitrario del juez, inevitable en efecto, es siempre un peligro, la negativa de una indemnización sería una injusticia irritante.

La primera limitación se deriva en cuanto al establecimiento de que quién ha sufrido un ataque a sus intereses, puede reclamar además de daños e intereses, una suma de dinero a título de reparación moral. Pero la interpretación de que sin perjuicio material no cabe reconocer el daño moral, es arbitraria. Admitida la protección de bienes y materiales, debe quedar abierta la acción respectiva para el caso de daños morales, la segunda limitación está surgida de las disposiciones legales, que en algunos casos no permiten fijar la reparación del daño moral en una suma mayor a - la que es concedida por la indemnización del daño patrimonial.

Por lo tanto sería mejor dar al juez un amplio margen de apreciación de los hechos para que sea el quién designe y delibere - las particularidades de cada caso.

Para bien de nuestra juricidad, el problema entre nosotros no es de fondo, sino de extensión. Lo que nos debe preocupar es, no si dentro de nuestro ordenamiento legal que nos rige la reparación del daño moral es admisible, ya que en ese sentido contamos con disposición expresa al respecto, sino únicamente en que casos la reparación se ofrece como un derecho legal del damnificado.

" También se impugna la existencia jurídica de los daños morales en razón de que los mismos no son susceptibles de ser evaluados con exactitud, y en consecuencia admitir el principio de reparación de tal especie de daños, significaría someterse a la arbitrariedad de los jueces, que podrían fijar cualquier suma de dinero, aún la más absurda, en concepto de indemnización ". (18).

Pero cuando se trata de daños patrimoniales se encuentra casi siempre una base para su valoración, precisamente porque todo lo que forma parte del patrimonio es susceptible de apreciación pecuniaria. Ahora bien, la base para la fijación de esta clase de daños es muy difícil de encontrar, pero no por ello imposible.

Los dolores, la vida, los placeres, la salud, la libertad, la belleza, no tienen precio, luego no se pueden resarcir. Pero esta manera de razonar se parece algo a la lógica del quebrado que, no teniendo medios para pagar a sus acreedores, dijese: pues no pago nada. Esta lógica no nos parece aceptable, la premisa debe conducir a la conclusión opuesta. No pudiéndolo pagar todo, paga-

---

(18) Brebbia R. H.; "El Daño Moral"; Editorial Bibliográfica Argentina; Buenos Aires; P. 103.

ré al menos cuanto pueda. Dada la imposibilidad de establecer una equivalencia perfecta entre el daño moral y la compensación pecuniaria se busca una mitad para acercarse a la proporcionalidad y no quede el daño moral absolutamente sin satisfacción. Si soy difamado en el honor, en el crédito ¿ no podréis obtener resarcimiento porque el honor y el crédito no se pagan ?. Si a una muchacha el pretendiente rechazado lesiona la cara por despecho, o el seductor quita el pudor a la doncella inexperta ¿ les deberán únicamente los gastos de la curación de la cara, del parto, del médico y por lo demás nada ?. La conclusión se revela contra el sentido innato de lo justo; y la historia de la legislación y de la jurisprudencia demuestra que se ha encontrado siempre una manera de satisfacer la deuda de justicia para con las víctimas de los daños morales.

Está fuera de toda discusión, que los daños morales no pueden ser tasados adecuadamente en dinero como ya hemos señalado y no por tal circunstancia ha de surgir el impedimento para la reparación de indemnización de tales daños.

Porque el dinero según se ha visto, puede cumplir una triple función cuando es entregado a raíz de la comisión de un hecho dañoso: la reparación por equivalencia, de reparación por satisfacción y como pena privada. En el caso de los daños morales es indudable que debe descartarse que la suma de dinero que se paga al damnificado, entra a jugar una función de equivalencia, pues los agravios extrapatrimoniales escapan a una tasación adecuada en dinero, pero en cambio nada se opone a que el pago de una determinada cantidad de dinero ordenada por el juez a su prudente arbitrio, tenga el propósito de acordar una satisfacción compensatoria al sujeto pasivo del agravio, o bien que sea considerada como una pena de carácter privado impuesta al transgresor de los derechos de otro sujeto.

### 5.- Daños Materiales y/o Daños Morales.

Estos términos, se han venido utilizando de una manera incorrecta ya que generalmente cuando se alude al término daño material se pone en oposición del daño moral; y esto es factible pues si se toman en consideración los mismos en su sentido gramatical, veremos que " el daño material será aquel que cae bajo el dominio de los sentidos, es decir, el que se puede ver y tocar y el daño moral - será aquel que afecta el dominio inmaterial, invisible o sea el - fuero interno del sujeto dañado ". (19).

De lo anterior se deduce que si es tomado en cuenta el sentido gramatical del daño material, se dejan fuera los casos que acertadamente señala el Maestro Gutiérrez y González y en los cuales explica que cuando una persona a causa de un golpe sufre una contusión y en consecuencia se le produce una incapacidad para trabajar, se está sufriendo sin duda un daño material ya sea total o parcial, solamente que éste no es apreciable a simple vista; y lo mismo que sucede con las personas, sucede también en relación a los bienes porque nos comenta que por ejemplo cuando un automóvil a causa de un accidente se vé afectado en su "chasis" por ejemplo aunque esa parte sea arreglada posteriormente, a primera vista no se le apreciará el daño material sufrido, y sin embargo esto se - traducirá en un demérito al momento de enajenarlo. Ahora bien para no incurrir en el error a que se presta la terminología antes mencionada, conviene que se hable para la esfera moral de un daño no pecuniario, y para la esfera material de un daño económico, De esta manera se sabrá con toda certeza que el daño pecuniario va a

---

(19) Gutiérrez y González; "Derecho de la Obligaciones"; Editorial Cajica; México 1976; P. 644.

lesionar la parte económica del patrimonio, en tanto que el daño moral va a afectar a la parte espiritual o interna del individuo, esto es, en sus afectos, dignidad, etc.

Aludiendo a lo anterior el Maestro Rojina Villegas comenta: - que generalmente se pretende aplicar a la distinción citada, el criterio que existe para distinguir los derechos patrimoniales de los no patrimoniales. Desde este punto de vista cuando se causa - un daño por la violación de derechos patrimoniales, el daño será patrimonial. A su vez cuando se cause un daño por la violación - de derechos no patrimoniales el daño será moral. Creemos que también se puede lograr una definición de ambas categorías de daños en los términos que ya expresamos con anterioridad, es decir, el daño patrimonial consistirá en todo menoscabo o pérdida que sufra un patrimonio, así como en la privación de toda ganancia lícita, cuando ello se deba a la violación de un deber jurídico de cualquier naturaleza contractual o extracontractual. El daño moral - consistirá en toda lesión a los valores espirituales de la persona, originada por virtud de un hecho ilícito o sea, por cualquier tipo de interferencia en la persona en la conducta, o en la esféra jurídica de otro, que no esté autorizada por la norma jurídica.

Obsérvese como este autor habla de un daño patrimonial en contraposición de un daño no patrimonial para no llegar así a la confusión a que hacíamos referencia porque utilizando dichos términos se está aludiendo a la división generalizada de los derechos, esto es, en derechos patrimoniales que encierran a su vez a los - derechos reales y personales y a la de los derechos extrapatrimoniales en los cuales se incluyen a los derechos de la personalidad, derechos de familia, etc.

" Ocurre sin embargo, excepcionalmente, que al tomar en consideración un elemento de la personalidad obliga a prescindir de --

las reglas que son habitualmente aplicables a una situación jurídica patrimonial. Aquí pues, juntosa las situaciones puramente extrapatrimoniales, habremos de contemplar las situaciones patrimoniales que entrañan valores humanos".

En nuestra idea nos unimos a la opinión del Maestro Homero Rondina quién dice: " es preferible hablar de daño material ( y no de daño patrimonial ) para oponerlo al daño moral, porque el daño moral tiene normalmente un contenido patrimonial y en consecuencia estaríamos confundiendo los terrenos de aplicación de ambos conceptos. Por ejemplo, cuando nos toque considerar la reparación de un agravio moral con claras repercusiones patrimoniales: el caso del comitente que concluye la obra con un profesional distinto del autor de los proyectos, variando en forma sustancial, la calidad de la obra con un profesional distinto, y después de rescindir intempestivamente el contrato de la ocasión convenida. El profesional cuyo nombre apareció frente a la obra puede sentirse no solamente herido en sus afecciones legítimas, sino que soportará un detrimento patrimonial, no tanto por la obra que se le ha quitado - la cual quizás cobre íntegramente -, sino por las obras -- que potencialmente pudo recibir y no recibió por la afectación a su prestigio que se derivará de la actitud del locatario ". (20).

Con los daños morales, todas las dificultades se acumulan dada la diversidad de los perjuicios que envuelven, y que sólo tienen de común la característica al parecer negativa de no ser patrimoniales. Esa diversidad pues, señala uno de los puntos de distinción entre esos daños y los daños patrimoniales, aunque a nuestro parecer dichos daños no deben ponerse unos en contraposición de -

---

(20) Homero Rondina; "Responsabilidad Civil y el Contrato de Construcción"; Ediciones Depalma ; B. Aires 1973; P. 282.

otros porque existen casos en los que los daños morales y los daños materiales van aunados, es decir, son consecuencia los unos de los otros, asimismo existen también otros en los que estos daños tienen una independencia y acontecen solos, sin tener la necesidad de llevar consigo paralelamente un daño moral o bien material.

## C A P I T U L O   I I I

### NATURALEZA JURIDICA DEL DAÑO MORAL

- 1.- Teorías Afirmativas.
- 2.- Teorías Negativas.
- 3.- Teorías Mixtas.
- 4.- Opinión Personal.



C A P I T U L O    I I I  
NATURALEZA JURIDICA DEL DAÑO MORAL

1.- Teorías Afirmativas.

Son muchos los tratadistas que se han ocupado sobre la problemática que encierra el daño moral y la mayoría de ellos se inclinan a pensar que sería injusto negarle a la víctima de este tipo de daños la posibilidad de proporcionarse satisfactores que vinieron a atenuar el dolor que sufre.

" Se tiene que reconocer que si el derecho a la vida, a la integridad física, al honor, a la identidad personal etc., penetran en el círculo del deber jurídico que pesa sobre todas, en el sentido de que no han de ser ilegítimamente lesionados. Y si el concepto de derecho subjetivo presupone un poder al que el ordenamiento jurídico conceda una cierta autonomía, no puede negarse la posibilidad de que sean objetivados por el Derecho, separándolos y distanciándolos de la personalidad, determinando atributos suyos que sean así elevados a bienes jurídicos y consiguientemente a objetos de Derecho, protegidos con una específica acción civil ".(1)

Por un lado, siendo el daño moral insusceptible de apreciación objetiva en algunos casos, resulta difícil tratar de componerlo en el campo del Derecho y ser reconocido de tal manera, que pudiera dársele en un futuro la autonomía que a nuestro juicio siempre debió tener. Y por otro es esto mismo, lo que impulsa a sus seguidores a continuar adelante, con el único propósito de que los legisladores acepten al daño moral como tal, como un daño que debe ser resarcido y en consecuencia indemnizado para finalmente --

---

(1) Gutiérrez y González; "El Patrimonio"; Editorial Cajica; México 1971 ( cita de Castán Tobeñas José ) P. 762.

quedar plasmado en los Códigos de los diversas legislaciones que se han ocupado de él.

Tradicionalmente, el derecho se ha ocupado de atender la protección de los bienes materiales, y de ahí se ha derivado el concepto de daño patrimonial y de su reposición económica. Pero el derecho no ampara únicamente bienes materiales porque entonces -- perdería su aspecto social y sería entonces impotente para proteger derechos de afección, o sea bienes inmateriales, por la razón de que estos bienes no tienen una cotización monetaria. Y si el ataque a los bienes materiales originan un daño patrimonial, el ataque a los bienes inmateriales origina entonces un daño moral.

Al respecto De Cupis comenta " reconozcamos la tendencia a aplicar la medida pecuniaria más allá de los valores económicos que originan una desviación de la normal función del dinero mediante la institución de un equivalente artificioso para cumplir el fin reparatorio, mientras que los intereses referentes a los bienes patrimoniales, capaces de clasificarse en el orden de la riqueza material, son aptos para el cambio y el comercio jurídico y tienen en el dinero su propia medida natural, cuando se pretende medir en dinero los intereses no patrimoniales se contraponen entidades de naturaleza completamente distinta por lo que la medida - escapa a la prueba y sólo puede alcanzarse por la apreciación justa del juez ". (2)

Podemos observar, que los bienes materiales, no representan -- siempre para el titular de las mismas, un valor puramente patrimonial, porque las cosas familiares, que en algunas ocasiones son mantenidos a través de muchas generaciones tienen a veces para su

---

(2) A. de Cupis; "El Daño"; Bosch Casa Editorial; Barcelona 1975; P. 766.

titular tanto valor o más que el que pudiera representarle en ese momento un bien propio altamente cotizado. Y es que las personas - cuando tienen especial interés en alguna cosa no vacilan en darle un lugar muy importante dentro de sus afecciones y tratan de que - ese lugar sea tan altamente valorado, que llegan a considerarlo -- sagrado.

" Ciertamente, no todos los sufrimientos morales son tan sencillos de comparar. Se vacila, por ejemplo, en declarar que el dinero esté en condiciones de procurar satisfacciones equivalentes al dolor moral de un padre que ha perdido a su hijo o al de un marido engañado; muchos son los que descubren en eso algo "chocante" incluso "repugnante". Sin embargo, hay que reconocer que el dinero no solo facilita un enriquecimiento intelectual o artístico, sino que le da a quien lo recibe la posibilidad de aliviar por sí mismo muchos sufrimientos ". (3)

Así tenemos, que cuando una persona ha sufrido un daño físico- por causa de otro, el propio daño está justificado la indemniza- ción que se le otorgue y deberá limitarse el afectado a recibir - el dinero equivalente al tratamiento para su recuperación; pero - para la persona afectada en algo que le será muy difícil de ocultar, una notoria cicatriz por ejemplo, entonces para esta persona será más importante considerar el daño moral que se le ha causado que todas las atenciones que se le pudieran tener en el mejor hos- pital y que hubiera pagado previamente el autor del daño.

Tal parece que en este caso ya nada pudiera hacerse, pero no - en así; porque si se le obliga al sujeto activo a conceder una suma más o menos importante de dinero por concepto de indemnización

---

(3) Mazeaud Tunc; "Tratado Teórico y Práctico de la Responsabili- dad Civil"; Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires 1961; P. 439.

a la víctima en virtud del daño moral que se le ocasionó; cierto es que no con ésto va a olvidársele por completo al sujeto pasivo su pena pero sabrá utilizar el dinero de tal manera que se verá beneficiado de algún modo, esto es, poniéndose en manos de un buen cirujano plástico que haga desaparecer la cicatriz.

Sucede lo mismo con un comerciante que es difamado, pues dicha difamación no sólo vendrá a repercutir en su persona sino también en las entradas de dinero que habitualmente tenía su negocio, y en este caso el hecho dañoso lo afectará doblemente, por eso sería conveniente que con el dinero que le fuera otorgado como indemnización hiciera algunas incersiones en los periódicos para -- que pudiera atenuarse la difamación de la cual fue víctima.

Porque si " el derecho reconoce la personalidad, los bienes in materiales de las personas, no puede entonces dejarlos sin protección. Un derecho sin protección sería un absurdo conceptual. Porque los fines del derecho no se agotan con la defensa de los bienes económicos y reconoce atributos a la personalidad, bienes extrapatrimoniales de contenido moral y de proyección esencial en -- la convivencia, es inadmisibile dejarlas abandonadas cuando son des conocidos o afectados " (4)

Cuando se destruyen recuerdos de familia de evidente valor afectivo o cuando se quiebra una promesa matrimonial largo tiempo mantenida en forma pública etc., y como éstos infinidad de casos, se puede percibir que los afectos o sentimientos que son agraviados -- en lo más profundo de su intimidad deber ser justamente indemnizados; es cierto que no podrán volverse a su estado original, pero nadie los podrá negar su valor afectivo, y si dentro de la imper--

---

(4) Enciclopedia Jurídica Omeba; Editorial Bibliográfica Argentina; Buenos Aires 1968; P. 605.

fección de los recursos con que contamos para poder indemnizarlo, no encontramos con que el dinero es suficientemente capaz de atenuar, aunque sea parcialmente, los sentimientos heridos, no podemos negarle ese derecho al perjudicado.

" La satisfacción que de él resulta, y el hecho de saber que esta suma de dinero se ha tomado al culpable, deben mitigar la amargura de la ofensa y calmar en cierta medida el deseo de venganza que no ha desaparecido en el hombre moderno a pesar del cristianismo y la civilización ". (5)

Ciertamente con el dinero otorgado por el culpable, podrá la víctima de un daño moral que está soportando un sufrimiento atenuar el mismo mediante la realización de un viaje que podrá procurarse con el dinero que se le ha dado como indemnización del daño. Así también por ejemplo, como decíamos aquella persona que ha sido afectada físicamente, podrá acudir al mejor especialista en cada caso para tratar de remediar el defecto que pudiera haberle quedado a consecuencia de un daño o bien si el daño que se sufre es mental, tratar por medio de un psicólogo superar el mal causado.

Ante la imposibilidad de reparar los valores espirituales lesionados o el dolor causado por un hecho ilícito, al herir los sentimientos o las afecciones de una persona, especialmente por la pérdida de los seres queridos, el derecho no ha encontrado otra forma de lograr una satisfacción para la víctima o sus herederos, y una sanción para el culpable, que condenarlo a un pago de una suma de dinero, independientemente de la responsabilidad penal en que pudiere haber incurrido. Estamos de acuerdo en que

---

(5) Borja Soriano Manuel; "Teoría General de las Obligaciones"; Ed. Porrúa Hnos.; México 1939; P. 432.

se trata de una satisfacción muy imperfecta y que jamás podrá alcanzarse la reparación total como suele ocurrir tratándose de daños patrimoniales, pero sería injusto que ante la imposibilidad de alcanzar ese resultado, la víctima quedase desamparada. Quienes niegan la procedencia de la reparación por daño moral, alegando — que jamás podrá traducirse en dinero un valor espiritual, olvidan que se cometería una mayor injusticia si ante la imposibilidad de una reparación perfecta, el derecho no impusiera por lo menos una reparación imperfecta. Además en ciertos casos la indemnización pecuniaria puede proporcionar a la víctima satisfacciones espirituales que vengan a compensar los daños morales que hubiere sufrido.

El dinero no representa en la reparación de los daños morales la misma función que en la indemnización de los daños materiales; en esos cumple una función de equivalencia entre el daño y la reparación; en aquella, en cambio, la función no es de equivalencia sino de compensación o satisfacción a quien ha sido injustamente herido en sus sentimientos o afecciones.

Giorgi en su Teoría de las Obligaciones nos dice " nadie duda que aquel a quien se ha robado o matado un asno obtiene resarcimiento integral del daño; mientras tanto a quien se le roba o mata la libertad, el honor, la tranquilidad ¿ no se le debería nada ? . (6)

Estamos de acuerdo que esto sería injusto, porque al igual -- que una persona sufre un daño patrimonial y le es reparado el daño con un equivalente, de la misma manera quien ve afectados sus sentimientos por un hecho dañoso, debe tener la posibilidad de pedir

---

(6) Giorgi; " Teoría de las Obligaciones "; Madrid 1918;  
P. 238.

ante las autoridades respectivas la indemnización correspondiente, esto desde luego, en la medida en que los jueces la crean conveniente.

" En cuanto a la arbitrariedad que comparta su estimación en dinero, a falta de otro medio más idóneo no parece razonable desechar la reparación: quedará al prudente arbitrio judicial la fijación de su monto atendiendo a las circunstancias del caso y cuidando de no desvirtuar su finalidad mediante un resarcimiento exagerado ". (7)

En consecuencia, si el sujeto activo, se ve en la obligación de otorgar una suma de dinero a título de indemnización por los daños morales que cause, estamos seguros que en lo subsecuente - cambiará un poco su actitud y respetará más los valores morales de cada persona, y esto, en la medida en que se vaya haciendo realidad, en la misma medida, será fructífero.

Finalmente podemos decir que " si en la jerarquía de los bienes que constituyen el patrimonio integral del hombre existe un motivo que justifique el orden atribuido a cada uno, el ha de hallarse, antes que en su equivalencia en metálico, en su ponderación ética, moral o intelectual pues que en una sociedad organizada, no cabe anteponer a los atributos superiores de la personalidad, el valor de cosas materiales, que por caros que sean no llegan nunca a desplazar al hombre en su dignidad de tal ". (8)

## 2.- Teorías Negativas.

Al iniciar el estudio de estas teorías diremos primeramente -

---

(7) Bustamante Alsina; "Teoría General de la Responsabilidad Civil"; Buenos Aires; P. 179.

(8) Acuña Azorena; "Estudios sobre la Responsabilidad Civil"; Editorial Platense; Argentina 1963; P. 72.

que observando cada una de las posturas adaptadas por los diferentes autores partidarios de esta teoría como Braud, podemos decir que basan su criterio en las siguientes razones:

- a) consideran que es inmoral hablar del daño moral.
- b) que es imposible demostrar jurídicamente su existencia.
- c) que es pasajero y se desvanece dicho daño.
- d) que constituye un enriquecimiento sin causa.
- e) y que no hay posibilidad de demostrar su reparación adecuada.

Al referirnos al primer planteamiento, se dice que el derecho no debería permitir la reparación de los daños morales porque el enlace que llevaría consigo, el hecho de relacionar las afecciones humanas lesionadas y el dinero otorgado a la víctima como compensación de la misma resultaría algo bochornoso, inmoral, es decir, no encuentran relación alguna entre los sentimientos de las personas y el dinero ya que este es una cuestión meramente material y por lo tanto difíciles de ser comparados.

" Se está en una esfera demasiado elevada para que pueda ser cuestión de cifras; no sería incluso inconveniente e inmoral hablar de ello: Fijar en tanto el pesar de los padres, en tanto la desconsideración arrojada sobre una persona por una deformación, o también en tanto la deshonra del marido engañado ? El dinero pagado aumentaría el patrimonio pecuniario; ahora bien, éste estaba intacto; no podrá reponer en el patrimonio moral, el único lesionado, lo que de él ha desaparecido. (9).

Al respecto Gabba nos dice: " Me parece escandaloso investigar como resarcir en dinero los sufrimientos de una madre cuyo hijo ha sido muerto ". (10)

(9) Mazeaud Tunc; Ob. Cit.; P. 437.

(10) Enciclopedia Jurídica Omeba; Ob. Cit.; P.



Como vemos, la inmoralidad a que hacen referencia nace de un equívoco, ya que tratan de relacionar ambas cosas hasta el punto de ponerlos en un mismo nivel y eso, claro está, no puede ser, ya que nunca podrían mezclarse. Creemos que la confusión radica en considerar que la cesión del bien patrimonial otorgado por el causante del daño moral, tendría la capacidad de reparar completamente el daño en su esfera más íntima, y esto obviamente es imposible pues sabemos que son esferas completamente opuestas y que los afectos más íntimos del ser humano jamás podrán compararse con el dinero. ¿ Pero no sería más inmoral dejar impune un hecho que ha lesionado los sentimientos más íntimos de una persona por no llevar implícito un ataque a los bienes patrimoniales de la misma ? Consideramos que el sujeto pasivo al reclamar una indemnización en dinero no lo hace porque le esté poniendo precio a los bienes que integran su patrimonio moral, sino porque de no hacerlo así, no podría hacerlo de otra manera y el dejar sin reconocimiento los sentimientos humanos afectados si resultaría inmoral.

Ahora bien, no puede dejar de reconocerse que encierra una tremenda dificultad, demostrar la realidad del dolor que sufre la persona afectada por el daño moral. Los sentimientos heridos por el ataque a las afecciones íntimas son difíciles de demostrar por carecer de objetividad, pero ello no significa que deban dejarse sin protección jurídica, pues los fines del Derecho no se agotan en la defensa de los bienes materiales únicamente, ya que uno de los preceptos consagrados por el derecho es la justicia y justicia sería en este caso, no dejar abandonados los bienes extrapatrimoniales de los individuos ya que constituyen también parte de nuestro Derecho.

La reafirmación del Derecho que ha sido afectado, daría al sujeto pasivo la posibilidad de iniciar una acción de reparación que

traería como consecuencia una indemnización y en la que ya no habría necesidad de exigir más pruebas para su demostración, que la proyección única que le daría la convivencia social en la cual vive la persona afectada, es decir la demostración del hecho por medio de testigos fidedignos sería suficiente para que una situación que da lugar al problema de un daño moral quedara probada.

Entre los críticos existen quienes afirman que los daños morales no son dignos de ser reconocidos y en consecuencia indemnizados aludiendo que su duración es pasajera y se desvanece y que tan es así que llega a desaparecer en poco tiempo; esta es la razón por la que no admiten que sea reconocido por el Derecho.

" Contemplada la protección para sancionar la conducta antijurídica del agente que produjo el agravio, está de más medir la -- permanencia del agravio. Fuera de ello, la impugnación se dirige a la medida y no a la existencia. La posibilidad de que el dolor moral no sea intenso o perdurable, esta siempre demostrado que existió y con ello basta para tener asignada su protección. No cabe admitir que no existe agravio cuando es pequeño, y que solo debe protegerse cuando es importante " (11)

Pero basta recordar, que no es característica del daño moral el ser duradero, y en todo caso no se estaría en la problemática de -- saber si debe tenerse como principio básico el que la duración del dolor que sufre una persona debe tener un determinado tiempo para su prescripción, sino que nos encontramos en el problema de -- determinar su existencia y si ésta es reconocida por los legisladores, poco debe importar si el dolor humano debe durar 50 ó 100 -- días para ser aceptado como tal, porque sería un error poner un escalafón de lo que debe sentir una persona u otra por tal o cual

---

(11) Enciclopedia Jurídica Omeba: Ob. Cit. ; P. 605.

causa en la que se vea afectada. La fugacidad con que desaparezcan las sanciones dolorosas de cada persona corresponde a ella misma determinarlo, porque entendemos que varias personas no serían capaces de sentir las mismas sensaciones dolorosas en un mismo caso con la misma intensidad, puesto que cada uno lo sentirá de manera diferente, en relación con el grado de afectividad que se tenga con la persona u cosa en cuestión. Es por ésto que no deben tomarse - en cuenta la fugacidad con que desaparezcan los más íntimos dolores humanos, sino que debe tenerse como base el que éstos han sido dañados y que en un determinado momento el sujeto pasivo ha soportado un dolor de afección a causa de ese daño, y es ésto lo que debe verse, tenerse como principio, para que en su momento sea san cionado y no observar solamente la duración del dolor causado.

Considerar, que indemnizar los daños morales constituye un enriquecimiento sin causa para la persona afectada, sería trabajar con elementos que no tienen relación alguna con el problema que nos ocupa, puesto que estamos hablando de bienes extrapatrimoniales, de sentimientos, de afecciones humanas y no de empobrecimientos o enriquecimientos. Así pues, el enriquecimiento sin causa en estos ca sos, no tiene vigencia, no tenemos por qué hablar de él ya que solamente podrá ser referido cuando se trate de elementos de índole - puramente patrimonial y en esta ocasión se están enfocando también los sentimientos más nobles de los seres humanos y en todo su caso el empobrecimiento se hallaría enfocado al patrimonio moral de la persona afectada ya que en ésta el empobrecimiento sería notable.

" Afirmer que la reparación del daño moral sufrido por un sujeto constituye para el mismo un enriquecimiento sin causa, importa lo mismo que sostener que los bienes personales como la vida, la - integridad física, honor, afecciones etc., de ese sujeto se hallan fuera de la protección del derecho, lo que no puede menos que cons

tituir un absurdo, pues esa clase de bienes extrapatrimoniales deben constituir y de hecho constituyen en la mayoría de las legislaciones positivas de los países civilizados, el objeto preferente de la atención del legislador ". (12).

Por otra parte, es exacto que resulta muy difícil encontrar una reparación que sea adecuada al daño moral que se causa. Pero la indemnización en dinero con que sería consumada una reparación resultaría lo suficientemente reconfortadora como compensación para que el afectado pudiera compensar o satisfacer de alguna manera el bien dañado. Desde luego, que lo más usual en el Derecho sería tratar de encontrar un resarcimiento exacto al daño causado ya que es esta la manera con la que nuestros legisladores han resuelto los problemas patrimoniales que se les presentan, y muy acertado por cierto; pero en nuestro caso tratar de encontrar un resarcimiento que se adecue, que sea igual al bien que se ha perdido, sería encerrarnos en un círculo del cual no se podría salir; es por ello que se ha tratado que al reparar un daño moral, se haga tomando en cuenta que solamente una compensación que cumpla el papel de satisfactor podría ser capaz de atenuar el dolor que se está sufriendo o que se ha sufrido y en todo su caso el dinero es el mejor satisfactor que se ha podido encontrar para muchos casos ya que le brinda la posibilidad al afectado que de acuerdo a sus costumbres pueda elegir correctamente el satisfactor necesario que será suficiente para aliviar su dolor. Aunque sería incompleta y relativa esa resarcibilidad, sería siempre reparadora y en estas condiciones preferible al desconocimiento del derecho.

Por lo anterior podemos decir, que el problema de esta teoría -

---

(12) Brebbia R. H.; " El Daño Moral "; Editorial Bibliográfica Argentina; Buenos Aires 1950; P.

radica en que los autores consideran el término "reparar" como aquel que ha de reestablecer las cosas al estado original en el cual se encontraban, es decir, que ha de rehacer lo que se ha destruido. Admitir lo anterior sería renunciar a la posibilidad de admitir una indemnización en los daños morales.

A nuestro juicio se está partiendo de un error, ya que el verdadero carácter del resarcimiento en los daños y perjuicios de una manera general es un papel de equivalencia y en el caso de los daños morales se busca aquella compensación que sea suficiente y capaz de disminuir una pena, porque no podemos dejar de reconocer, que el hombre en la mayoría de los casos está sujeto a conformarse con un equivalente ya que cuando le ha sido destruido un bien, éste por su propia naturaleza es imposible volverlo a su estado original, y si eso sucede con los bienes materiales "borrar" el mal causado hasta el grado de desaparecerlo. Sin embargo esta no es razón para que los jueces le nieguen al sujeto pasivo del daño moral, la posibilidad de procurarse el mismo satisfactores que le ayuden a la disminución de su pena.

Porque está fuera de toda discusión, que los daños morales no pueden ser tasados adecuadamente en dinero, pero en cambio, esto no se opone a que la cantidad ordenada por el juez como indemnización, cumpla en el individuo el propósito de procurar un papel satisfactorio, pues el juzgador podrá imponer la cantidad que a su criterio sea la adecuada, toda vez que la cantidad impuesta al ofensor estará proporcionada a la gravedad del daño causado y a las circunstancias de cada caso, porque la gravedad aún cuando resulta imposible tener con exactitud, no puede dejar de ser apreciada por el juez.

Y es cierto que los jueces se encuentran ante el dilema de determinar la cuantía con que han de indemnizarse los daños morales, pero tomando en cuenta la naturaleza del daño causado y su pruden-

te arbitrio, estamos seguros que se llegará a la solución adecuada de cada caso en especial.

### 3.- Teorías Mixtas.

Entre los adversarios de la reparación del daño moral, no todas llegan a negarla de una manera absoluta, ya que existen algunos autores que la admiten pero sólo en casos determinados. Esta posición adoptada, deja ver claramente que los partidarios de esta teoría sostienen en gran parte el criterio adaptado por los partidarios de la teoría negativa, aunque de una manera disimulada.

Hay quienes han tratado de darle solución al problema, aludiendo que los casos en que debe ser considerada la reparación deben ser específicos, y es por ello que se ha llegado a formular una lista en la cual se plasman las circunstancias que debe presentar el daño moral para poder ser reparado. Los casos son los siguientes:

- a) protección amplia que abarca los supuestos del daño moral en cualquier acto ilícito y en el incumplimiento contractual.
- b) reconocimiento de los casos de acto ilícito.
- c) reconocimiento exclusivamente de los delitos penales.
- d) reconocimiento limitado a los delitos penales dolorosos.
- e) reconocimiento en la medida en que también se sufren daños materiales, e indemnización subordinada al monto de aquellos.

Como se observa, los casos anteriormente citados limitan la reparación de los daños morales, exclusivamente a los casos en que se tiene como presupuesto un hecho delictuoso o bien contractual. Es bien sabido por todos, que en los casos de incumplimiento de una obligación contractual puede ocasionarse un hecho que origina un daño moral como lo es por ejemplo el caso del contrato de transportes en el cual si éste es incumplido probablemente el sujeto pasivo sufra un deterioro moral, es decir, en sus afecciones en el ca-

ro consideramos que estas breves explicaciones son suficientes - para poder estar de acuerdo en que cuando se realice un ilícito penal de este resulte un daño moral éste debe ser indemnizado.

Otro criterio perteneciente también al sistema restrictivo o mixto limita la reparación de los daños morales sólo a los casos en los que se haya producido también un deterioro pecuniario. A este respecto el Maestro Gutiérrez y González señala : " si una persona rompe un retrato irremplazable de un ser amado de otra - persona, le causa indudablemente una seria violación a su Derecho de afecto familiar o de amistad - Sigue diciendo - el perjudicado en este caso, procederá a demandar con base en el artículo 2116 de nuestro Código Civil el pago de la indemnización después de de mostrar que el retrato sólo fue destruido para lastimarlo en sus afectos, se condena a quien rompió el retrato, al pago de la indemnización . Pues conforme a la norma invocada, i a la tercera parte del valor pecuniario de la cosa ! El retrato que estaba -- impreso en una fotografía, reporta un valor de cien pesos y sobre ese criterio económico el lastimado en sus afectos podrá cobrar la fabulosa suma de treinta y tres pesos con treinta centavos."(13).

Compartimos la opinión del Maestro Gutiérrez y González, al - decir que deben formularse estudios sobre este problema para que pueda ser plasmado posteriormente en leyes y así se llegue al reconocimiento de estos derechos en el campo del Derecho Civil y - darles la importancia que se merecen, porque si los jueces al con denar al autor del daño a una indemnización que solo va a impor-- tar la tercera parte del valor pecuniario de la causa, volveríamos a caer en el mismo error al considerar a los sentimientos humanos

(13) Gutiérrez y González; "El Patrimonio Pecuniario o Moral o De rechos de la Personalidad"; Editorial Cajica; México 1971; P. 773.

so de que hubiera tenido que asistir a los funerales de un familiar muy cercano a él, y por lo tanto muy querido y por causas imputables al chofer tuviera que sufrir las consecuencias afectivas que le ocasiona el no llegar a tiempo como lo hubiera deseado. Y así también por ejemplo, en otro caso de prestación de servicios como lo es el de hospedaje, si al haber reservado una persona una habitación con un determinado número por así convenir a sus intereses afectivos y sí por razones ajenas a su voluntad se ve precisada a ocupar una habitación distinta a la requerida por él o bien en otro hotel, necesariamente se le estará causando -- una molestia y ésta puede llevar consigo un daño moral, porque el objeto de la obligación no necesita ser forzosamente patrimonial y en estos casos el Derecho no puede dejar sin protección el aspecto moral en el incumplimiento contractual. Pero este tipo de reparación no es universalmente aceptada, existen algunos Códigos que todavía no la permiten. Y es que ya desde un principio, los jueces se limitan a acatar lo estrictamente estipulado en los Códigos y más restrictivamente lo estipulado en un contrato, y si este es verbal como en los casos anteriores, obviamente no se habrá estipulado la llamada cláusula penal por el caso de incumplimiento contractual; estando los casos de esta manera, es lógico que los jueces se limiten a dictar lo estrictamente estipulado por los Códigos y éstos al no contemplar el aspecto moral -- que el incumplimiento lleva consigo dejará sin protección alguna al daño moral, y es que los jueces deben observar un poco más el "animus necandi" del sujeto activo al momento del incumplimiento porque podría darse el caso de que se hiciera con el único propósito de dañar en sus afectos o sentimientos al sujeto pasivo y -- esto por lo tanto debe ser sancionado y debe condenarse al autor del daño, al pago de una indemnización por concepto del daño mo-



ral causado.

Ahora bien, pasando a otro punto, respecto al ataque que configura un hecho ilícito y en el cual además de ser lesionado un patrimonio se lesiona también un patrimonio moral, éste debe ser sancionado por ambos aspectos porque por ejemplo, en el caso de que un arquitecto haya celebrado un contrato para prestar sus servicios y éste además de rendirle muy buenas ganancias económicas le traerá prestigio ya que la obra que se realizará es importante y si después le comunican que el contrato ya no podrá llevarse a cabo y por lo tanto ya no prestará sus servicios en dicha obra, éste tiene que afectarle necesariamente en ambos aspectos, es decir, en el campo patrimonial y también en el moral puesto que la obra le iba a brindar prestigio. Aquí desde luego, se está en presencia de un hecho ilícito que debe ser sancionado y aunado a éste debe dársele la importancia debida al aspecto moral de este tipo de casos.

Pues bien, pasando al ámbito del daño moral que se causa en el ilícito penal, nadie duda que es necesario que se repare además del daño material, el daño moral que se ocasiona puesto que nadie podrá contradecir que si alguna persona sufre un accidente por el hecho dañoso de otra, pueda pedir una indemnización extraordinaria a título de reparación moral, porque en algunos casos el daño es tan serio que deja a la persona afectada imposibilitada para desarrollar sus labores cotidianas o bien en el caso de que a una actriz se le ocasione una lesión visible en su rostro le traería graves consecuencias, pues se vería afectada tanto en su esfera, patrimonial al tener que trabajar posiblemente en algún otro lugar de menor categoría que el anterior y también en su esfera moral al serle destruido uno de sus atributos de belleza con que contaba para trabajar. Podríamos mencionar muchos casos, pe-

on tan poco valor y éstos creemos, valen tanto como cualquier objeto que se estime en un gran valor pecuniario.

Asimismo concuerda nuestra opinión con la del autor Llambias quien dice: " en suma, la reparación del daño moral encuentra su justificación no por el lado de la víctima de la lesión sino por el ofensor no constituye un "resarcimiento" sino una "pena civil" mediante la cual se reprueba ejemplarmente la falta cometida por el ofensor ". (14)

Por lo anterior, opinan los autores que la relación por ellos expuesta puede resultar un poco arbitraria pero piensan que es - factible abarcar en ella las causas que pueden llevar implícito un daño moral.

Y al intentarlo de esta manera, puede darse una orientación - más o menos adecuada a la magnitud del problema pues el ataque a la integridad física de las personas, al honor, a la reputación - de éstas a su honestidad etc., pueden verse igualmente afectados como lo sería si se hubiera celebrado un contrato cualquiera y no es posible admitir que por no llevar ese requisito se vean reele- ados los derechos inherentes a la persona a un segundo término.

Por su parte, Planiol y Ripert emiten su opinión y dicen: "Los tribunales han concedido el abono de daños y perjuicios en razón de daños pecuniarios y morales o solamente morales en los siguien tes casos:

- a) al cónyuge víctima de un adulterio o impulsado por la conducta del otro a pedir el divorcio o la separación de cuerpos.
- b) A los padres cuyo hijo menor fue retenido por un tercero - que se niega a devolverlo.

---

14) Bustamante Alsina; Ob. Cit.; P. 180.

- c) A los padres de alumnos a quienes el profesor explicó materias obsenas o antireligiosas.
- d) A la persona que recibió una carta injuriosa, si bien sin publicidad.
- e) A la que en contra de su voluntad se hizo objeto de una subscripción pública.
- f) A la familia de una persona fallecida, por habersele practicado la autopsia en el hospital sin consentimiento de aquella.
- g) Al padre de un suicida cuyo cadáver el Alcalde impidió enterrarse en otro lugar que no fuera " el rincón de los perros del cementerio ".
- h) Al cura de una iglesia, en contra de cuya voluntad se hicieron sonar las campanas.
- i) A la sociedad contra un individuo, que hizo suscribir a sus empleados pólizas de seguros, haciéndose pasar como inspector de la sociedad, comprometiendo de este modo su autoridad y su influencia respecto a sus gentes ". (15)

Como podemos ver se da una relación muy amplia y específica de los casos que son considerados, para que pueda haber abono de daños y perjuicios, pero podemos hacer la observación, de que esta relación algunas veces resultará benéfica pero otras no ya que si se dá un caso que no se pueda identificar en alguno de los supuestos mencionados, se caerá en la problemática anterior puesto que no podría pedirse una indemnización si el caso concreto no se adecuía a los supuestos a que se han referido los tribunales. Por lo tanto, se estaria en la misma injusticia de siempre ya que se

---

(15) Planiol y Ripert; "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés"; Cultura, S. A.; La Habana 1927; P. 759.

les daría protección a las personas tan sólo en unos cuantos casos, y en otros en donde también se estuviera afectando la parte moral de los mismos no se les otorgaría.

Para Meynial y Esmein: " la reposición del perjuicio moral no es posible sino en aquellos casos en los que el perjuicio posee una contrapartida material. Eso equivale a decir sencillamente, - que el perjuicio moral no puede ser reparado: en efecto con este sistema, el daño material y sólo él, es el que origina el derecho a la indemnización ". (16)

Aubry y Rau por el contrario hacen una distinción, estos autores admitían la reparación del daño moral distinto de todo perjuicio pecuniario, cuando el daño moral hubiera sido causado por una infracción penal. Como observamos se unen de una manera u otra a lo ya expuesto anteriormente.

Aún nos queda mencionar, a aquellos autores que dividen a los daños morales en dos grupos, es decir, consideran que existen daños que afectan " a la parte social del patrimonio moral " como lo son los ultrajes que se hagan al honor o reputación de una persona; y por otro lado consideran que existen otras que afectan a la llamada " parte afectiva del patrimonio moral " y son estos los que afectan a la persona en su aspecto más íntimo. Los autores - que son partidarios de este sistema, consideran que el primer caso si debe concederse a la víctima la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios que se ocasionen ya que piensan que se está afectando también al patrimonio de las personas y bien también que es sólo en estos casos donde debe indemnizarse. Y respecto al segundo concepto, no creen conveniente que deba otorgarse una indemnización cuando sólo se afecta a los sentimientos de las personas

---

(16) Mazeaud Tunc; Ob. Cit.; P. 435.

porque dicen que al no haber publicidad del daño como lo hay en los casos anteriores, no existe mayor problema.

Al considerar estas dos concepciones, los autores la basan principalmente considerando que cuando se afecta " la parte social del patrimonio moral " existe la posibilidad de que los daños que se causen en este sentido, pueden ser valorados pecuniariamente aunque exista cierta dificultad para ello, pero piensan que tomando en cuenta el daño moral sufrido, se podrá llegar a fijar una suma de dinero como pago de los daños y perjuicios causados. En esto estamos totalmente de acuerdo, pues creemos también que cuando se afecta a una persona en el ámbito moral y además de esto se repercute en su esfera social es muy justo que deba otorgársele a la víctima el abono de daños y perjuicios por esa razón. Por ejemplo, tenemos el caso de una persona que es víctima de una difamación odiosa que pone en duda su reputación y honorabilidad y si a esto agregamos que dicha persona es dueña de un comercio cualquiera, es lógico pensar que por el hecho de la difamación verá disminuidas sus ventas que van a repercutir necesariamente en el patrimonio pecuniario de dicha persona y debemos agregar que además de ese daño que se esta ocasionando debe tomarse en cuenta el aspecto moral que el daño tiene aparejado ya que dicha persona no podrá salir adelante tan fácilmente por esa difamación de la cual fue víctima. Es por esta razón por la que consideramos conveniente, que, al condenar al autor del daño al abono de daños, y perjuicios, se le aumenta una suma más o menos importante, para que el perjudicado con ello pueda hacer lo que considere necesario para mitigar un poco su pena y así lograr nuevamente volver a la normalidad tanto en su establecimiento comercial como en sus sentimientos o afecciones.

Por otra parte, no creemos que deba dejarse a un lado " la par-

te afectiva del patrimonio moral, puesto que en él también se encierra valores tan nobles y tan altamente valorados por las personas, que pueden equiparse fácilmente el sufrimiento que causa su afeción con el sufrimiento que siente una persona cuando se ve atacada " en la parte social de su patrimonio moral" ya que de una manera u otra también repercute, por la convivencia que se tiene con la sociedad en la cual se vive.

#### 4.- Opinión Personal.

Suele suceder con frecuencia, que al mencionarse la palabra indemnización como único instrumento reparador de los bienes materiales de las personas, no se relacione mucho con los daños morales ocasionados a las mismas, porque ha llegado a pensarse que son cosas distintas, esferas tan opuestas, que no pueden creer que se encuentre ubicado dentro de la rama Civil, y esto hace notar la necesidad que de ello se deriva para ser dado a conocer puesto que quienes conocen al daño moral casi siempre lo ven ligado a la rama Penal, es decir, al daño que se ocasiona como consecuencia de un ilícito Penal; pero podemos darnos cuenta a raíz de las teorías que existen sobre él, que éste puede ser relacionado con mucha frecuencia en el campo Civil ya que como hemos visto tiene íntima relación con el incumplimiento contractual, tal es el caso del médico, que al no cumplir debidamente con la obligación de prodigar determinados cuidados a un enfermo, le ocasione graves consecuencias físicas que posteriormente le produzcan un complejo y esto obviamente es un daño moral que se deriva de un incumplimiento contractual.

No cabe entonces sino rechazar la teoría negativa ya que por ningún motivo admite una reparación en los daños morales que se causen a una persona y esto es totalmente injusto, pues como vemos en la vida diaria se suscitan muchos casos que ~~tr~~ ~~en~~ aparejados un

daño moral y no es posible admitir que por no estar legislados en toda su amplitud, deba concedérsele tan poca importancia. Porque es así como la contempla la teoría negativa que combatimos, - porque los argumentos que invoca para rechazar la indemnización en los daños morales suelen ser muy poco aceptables, porque si nos ponemos a mencionar cada una de las causas invocadas veremos que definitivamente no resulta inmoral tratar de reparar con dinero los sufrimientos causados a una persona, puesto que si el hecho dañoso de otra le produjo un dolor en sus sentimientos creemos que en todo caso resultaría más inmoral tratar de dejar este hecho impune, es decir, sin reparación pues debemos reconocer que es cierto que todo daño causado a otra persona debe ser reparado, y si en la actualidad el medio más idóneo para hacerlo es el dinero, no vemos el motivo para negarle a la víctima de un hecho dañoso el derecho a ser indemnizada. Y así también nos encontramos ante la dificultad de admitir el por qué los partidarios de las teorías negativas duden de la existencia de un hecho tan natural como lo es el dolor moral, porque consideramos que todos en alguna ocasión lo hemos sentido, sea por una cosa ó bien por otra, pero todos hemos pasado por la situación de poder ver más o menos de cerca el dolor que sienten una persona cuando es puesto en duda su honor o bien su reputación, sus buenas costumbres ó cuando se ve envuelta en un escándalo público de una manera involuntaria etc. Y bien cabría preguntarles a quienes no comparten nuestra opinión ¿ Qué alguna vez no lo han sentido ? Y creo que estaremos de acuerdo en admitir que si lo hemos llegado a sentir en algunas ocasiones y estando las cosas un poco sus hábitos para darle un margen más o menos amplio a tan complicado problema.

Porque es muy cierto, que resultará difícil tratar de evaluar un daño así nada más y sobre todo tratándose de un daño moral, pero -

creemos que puede ser posible una reparación si los jueces enfocan el problema desde el punto de vista del daño que se ocasiona y no desde la importancia de la culpa cometida como hasta ahora - se ha hecho y así podemos llegar a pensar que sería susceptible evaluar de acuerdo a la gravedad del daño y fijarse así una suma - que esté de acuerdo con la situación que se presente y con la realidad del momento que se viva, porque otra injusticia en la cual se incurre con frecuencia, es el haber llegado a pensar que el otorgamiento de una suma cualquiera será suficiente para poder atenuar una pena y en eso no estamos de acuerdo, porque si tomamos en cuenta el nivel de vida que se lleva en la actualidad, veremos que otorgarle a la víctima de un daño moral la tercera parte de lo que importe el daño material no resulta muy agradable ya que como señalábamos en las teorías anteriores, si de una suma de cien pesos - se va fijar como indemnización la tercera parte de esto, veremos que los treinta y tres pesos con que se vería beneficiada la víctima no le servirían lo bastante como para poder procurarse satisfacciones que le ayude a atenuar su pena, porque en esta época no le servirían para nada. Y creo que esta realidad no está oculta para ninguna persona y es por eso que creo prudente hacer mencionar esto, para que todos podamos darnos cuenta que es de suma importancia otorgarle a la víctima una suma más o menos aceptable para que de esta manera se vea beneficiada la víctima y se sienta sancionado también el culpable; porque dejando las cosas como están a todos les será muy fácil no tomar en cuenta el daño moral que se causa por ejemplo a quien se lesiona en el aspecto físico que es notoriamente visible y a nadie le importará entonces que como consecuencia de esa lesión se le cause al sujeto un complejo que perdurará por mucho tiempo y así, el sujeto culpable se limitará tan sólo a conceder la suma que le fijen como pago de las curacio-



nes que se le practiquen a la víctima. ¿ Pero que pasará con el daño moral que también se causa ?. Obviamente si no se le condena al sujeto activo del hecho dañoso al pago de una suma adicional importante como reparación del daño moral, nunca lo va a tomar en cuenta y quizá cuando sea su persona la que se vea afectada por un hecho igual será cuando lo tome en cuenta, pero no se trata de que siguiéramos por una cadena interminable en la que - cada vez que se causa un daño moral siguiera siendo injustamente indemnizado sino de que debemos darle la importancia que merece, para que no llegue al olvido una situación que considero tiene - gran relevancia para la vida humana, porque solamente concediéndole la importancia que mencionamos es como se llegará al momento en que las personas al ver que si causan un daño moral se verán comprometidas en una situación complicada es como respetarán un poco más los sentimientos y dolores humanos y tratarán de no dañarlos sea la esfera que fuere.

Pasando a las teorías mixtas, con las que tampoco estamos totalmente de acuerdo es conveniente hacer resaltar, que respecto a la diferencia que hacen los autores al creer en la conveniencia de la indemnización de los daños morales tan sólo en determinados casos, no estamos de acuerdo con ello, porque si bien es cierto que cuando se ocasiona un daño debe ser reparado también es cierto que esta indemnización debe extenderse a todos los aspectos de daños y no tan solo a aquellos que lleven ligado un daño material, porque así se estaría dejando al daño moral fuera de la esfera jurídica y esto no puede concebirse, ya que es un bien que el Derecho tiene el deber de proteger y como se ha visto lo ha hecho pero concediéndole tan sólo una pequeñísima parte de su atención, - siendo que la importancia que merece debe ser tan amplia, al menos tan suficiente para que puedan caber en ella todas las situa-

ciones que se suscitan día con día, o bien creo también en la conveniencia de que se le otorgue un campo más amplio a los jueces para que sean ellos quienes con su prudente arbitrio juzguen las situaciones que se les presenten y puedan sancionar justamente.

Tampoco estoy de acuerdo con otros juristas que consideran que la indemnización debe darse en los casos en que se afecte a la "parte social del patrimonio moral" y no toman en consideración a la - que ellos llaman "parte afectiva del patrimonio moral", y esta distinción por ellos realizada no tiene un buen fundamento porque si ya se está reconociendo la existencia de un daño moral que puede ser afectado y en consecuencia indemnizado no veo por qué se haga tal distinción y se separen unos de otros porque esas afecciones y sentimientos a que hacen referencia creo que no sólo se encuentran en la convivencia social de las personas sino que también podemos encontrarlos en el fondo de los sentimientos más íntimos de la persona humana.

Y llegamos a la teoría afirmativa con la cual estamos totalmente de acuerdo porque compartimos la opinión de que si nunca podremos reparar al daño moral de una manera perfecta justo es que se trate de reparar aunque sea de una manera imperfecta ya que esto es preferible a que por tal motivo se deje en el olvido un hecho tan trascendente y tan noble, como lo son los sentimientos humanos.

## C A P I T U L O   I V

### LA INDEMNIZACION DEL DAÑO MORAL

- 1.- Concepto.
- 2.- Elementos esenciales del Daño Moral.
- 3.- Fuentes que pueden originarlo.
  - a).- Responsabilidad proveniente del Daño Moral producido personalmente por el responsable.
  - b).- Responsabilidad proveniente del Daño Moral producido por personas bajo su cuidado.
  - c).- Responsabilidad proveniente del Daño Moral producido por cosas de que se es poseedor.
- 4.- Personas que pueden exigir el pago del daño moral.
- 5.- Personas obligadas al pago del Daño Moral.
- 6.- Ausencia de Responsabilidad.
- 7.- Indemnización del Daño Moral.
- 8.- Casos especiales.

## C A P I T U L O   I V

### LA INDEMNIZACION DEL DAÑO MORAL.

#### 1.- Concepto.

El problema del daño moral, podemos decir que es tan antiguo como la familia misma, pues desde siempre el sentimiento de honor, de honestidad y afectos en general han sido apreciados por el ser humano. Por eso, son muchos los juristas que se han ocupado de tratar de dilucidar este problema en toda su amplitud, pero nunca se ha llegado a formular una definición o concepto único ya que cada uno de los autores definen al daño moral de manera particular.

Para Cordeiro Alvares, el daño moral es solamente: " aquel que repercute en los bienes espirituales del hombre, pero no es daño moral aquel que habiéndose producido sobre nuestra personalidad moral se traduce también en una lesión patrimonial, en este caso habrá un daño moral sólo en cuanto el agravio afecte nuestra personalidad moral, y habrá un daño económico en cuanto ese agravio a -- nuestra persona pueda haber ocasionado una lesión a nuestro patrimonio. En síntesis: el daño moral de que nos ocupamos es solamente aquel que para nada ha agraviado nuestro patrimonio, sobre nuestros bienes y valores económicos ". (1) Como observamos, para este autor la concepción del daño moral es aquel que tiene repercusión en los bienes espirituales solamente y que no tiene ninguna conexión con el patrimonio de las personas.

Bonaci Benucci, emite su idea diciendo: " daños no patrimoniales son los daños morales puros, aquellos que no producen directa o indirectamente detrimento patrimonial económicamente valuable y consisten en la injusta perturbación producida en el estado anímico -- del damnificado .(2) Esta definición parece hacer la distinción, de que hay daños morales puros e impuros, es decir, aquellos que tienen

detrimento patrimonial económico aunque sea indirectamente.

" Cuando al daño no corresponden las características del daño patrimonial, decimos que estamos en presencia del daño moral. La distinción en contra de lo que parece, no discurre de la naturaleza del derecho, bien o interés lesionado, sino del efecto de la lesión del carácter de su repercusión sobre el perjudicado ".  
(3) Esto opina el Maestro Aguilar Díaz sobre el daño moral y podemos decir que aunque sencilla, este concepto encierra una parte del verdadero daño moral, pues según este autor será aquel que no tenga las características correspondientes al daño material o patrimonial. Pero podemos decir que tomando en cuenta sus palabras, una de las características del daño patrimonial es que precisamente repercute en el patrimonio de las personas, y el daño moral, -- por su parte también repercute aunque no de una manera directa, -- así como también, el daño patrimonial puede valuarse pecuniariamente y el daño moral a su vez puede igualmente ser indemnizado. Como vemos, no es exactamente lo opuesto al daño patrimonial lo que podemos llamar daño moral, puesto que existen casos en los que tienen un poco de semejanza. Hay quienes opinan que el daño patrimonial es aquel que puede verse, tocarse y valuarse pecuniariamente y que el daño moral será aquel que no se pueda ver ni valuarse pecuniariamente. Aunque es cierto lo de que el daño moral no puede verse, puede decirse que en algunas ocasiones la trascendencia pú-

- 
- (1) Cordeiro Alvarez; "Tratado de Derecho Civil"; Editorial Bibliográfica Argentina; Buenos Aires 1959; P. 318.
  - (2) Bonaci Benucci; " La Responsabilidad Civil "; Editorial Basch; Barcelona 1958; P. 81.
  - (3) Aguilar Díaz; "Tratado de Responsabilidad Civil"; Traducido - por Juan Moyano; Editorial Cajica; México 1957; P. 373.

blica que tenga puede hacer notoria su presencia por el ánimo mismo que el perjudicado presente, y en cuanto al valor pecuniario, el daño moral como ya hemos visto puede valorarse pecuniariamente mediante la justa apreciación por parte del juez del bien dañado.

Según Cazeaux, se conocen dos clases de daños morales igual - que como lo distinguen los Mazeaud:

- a) " el daño moral que afecta a la parte social del patrimonio moral de una persona y que por lo general repercute en su patrimonio material. Pérez Vives le llama daño moral objetivable y se lo considera apreciable en dinero, verbigracia - la reputación de un médico menoscabada de la manera que resulta del ejemplo que nos proporciona el derecho Suizo " un epitafio inscripto en una lápida en la que se leía: aquí yace A. R. a quien remedios mal recetados le han abierto las puertas de la tumba ".
- b) Y el daño moral puramente afectivo ( afecciones, creencias, sentimientos, etc. ). Calificado por Pérez Vives como subjetivo. Por ejemplo " el dolor de un padre ante la muerte de su hijo ". (4)

Esta concepción del daño moral nos da una amplia visión de lo que constituye el daño que nos ocupa, ya que precisa con toda certeza los dos campos que puede abarcar, es decir, el social y el meramente afectivo.

Según Demogue: " el verdadero daño moral es aquel que no lesiona, ni aun tocando derechos morales, el patrimonio de la persona. Para saber si hay daño moral -agrega- no es necesario considerar el bien atacado, sino la naturaleza del perjuicio final ". (5)

---

(4) Cazeaux N. Pedro; " Derecho de las Obligaciones "; Editorial Platense 1970; p. 250.

Estamos de acuerdo con la apreciación de este autor ya que para considerar al daño moral es necesario que los jueces fijen más su atención en el bien que ha sido atacado, en la naturaleza del mal causado y el deterioro moral que causará al perjudicado la pérdida de ese bien, y así se estará considerando esencialmente al daño moral en su aspecto íntimo, es decir, la finalidad del - daño.

Por su parte, el Maestro Gutiérrez y González nos da su concepto y dice: " daño moral es el dolor cierto y actual sufrido - por una persona física, o el desprestigio de una persona, física e social colectiva, en sus derechos de la personalidad, con motivo de un hecho ilícito o de un riesgo creado, y que la ley considere para responsabilizar a su autor ". (6)

Consideramos que esta definición abarca todos los aspectos que puede encerrar el daño moral ya que hace alusión también a las - características que debe presentar, como lo son el ser cierto el daño y su actualidad supuestos con los cuales estamos de acuerdo.

De todo lo anterior podemos deducir que no podemos concretar- nos a aceptar solamente un solo concepto, ya que todos ellos en- cierran las características propias del daño moral, y si cada autor da un concepto diferente de los demás, la diferencia es so- - lamente de palabras porque en esencia todas ellas han tratado de abarcar en su concepto, lo que a su parecer debe contener. Pero lo más importante de esto, es la preocupación que han tenido so- bre el tema, al tratar de definirlo, y eso es ya el principio --

- 
- (5) Acuña Azorena; "Estudio sobre la Responsabilidad Civil"; Editorial Platense, Argentina cita Demogue; P. 63
- (6) Gutiérrez y González; " Derecho de las Obligaciones "; Editio- rial Cajica; México 1976; P. 642.

del conocimiento del daño moral como tal, que es lo que a nosotros interesa.

## 2.- Elementos esenciales del daño Moral.

Son elementos esenciales del daño moral, aquellas características que debe presentar para su constitución y estas son en primer lugar: la certeza, es decir, que el daño que se está reclamando sea cierto. Al respecto Mazeaud Tunc opina: " si se admite la reparación del daño moral, se cae de su peso que ese daño moral, como el perjuicio material, deberá ser ante todo, cierto." En efecto, precisamente porque el daño moral se halla fuera de la esfera pecuniaria, su realidad aparece con frecuencia con mucha mayor facilidad que la del daño material; mientras que resulta delicado a veces determinar si un hecho entraña una pérdida de dinero para alguien, se descubre en seguida, por el contrario, la existencia de una ofensa al honor o a los sentimientos afectivos. Por consiguiente, la dificultad es tanto menor por cuanto el perjuicio moral está presente y porque la víctima no corre riesgo, en consecuencia, de que se le oponga el carácter eventual, hipotético, el daño del que pide reparación ". (7)

Es evidente, que cuando una persona que se ha visto afectada por un hecho dañoso pide la reparación del mismo, lo hace con el perfecto conocimiento de que el hecho le ha dañado y por lo tanto es cierto y su evidencia dependerá necesariamente del estado anímico en el cual se encuentre la persona afectada, pues nadie podrá negar que la evidencia del daño resalta de una manera natural, por ejemplo en el caso de un padre que ha perdido a su hijo el de una mujer que ha sido difamada impúnemente de una mane-

---

(7) Mazeaud Tunc; "Tratado Teórico y Práctico de Responsabilidad Civil"; Ediciones Jurídicas Europa-América; B. Aires 1961; P. 427.



ra pública.

" La dificultad de la prueba del daño moral es evidente, como es evidente que muchas veces la indemnización habrá de resultar un premio sin contrapartida, en el sentido de que en varias ocasiones será simulado el sentimiento; pero la dificultad de la -- prueba y la injusticia que en determinados casos habrá de surgir, téngase presente que las desiciones judiciales no son siempre -- justas, porque la justicia humana también falla y que la verdad de la cosa juzgada sólo es una presunción, no son motivos suficientes para que en todo caso se cometa la injusticia de no reparar el daño moral ". (8)

La verdad de la certeza del daño moral se da en el daño mismo, pues dadas las circunstancias de cada caso en especial debe tenerse presente que por ejemplo, en el caso de que se cause un daño físico de notoria repercusión moral, no se pedirá su comprobación puesto que se está observando el sufrimiento del sujeto. Así como también cuando un daño repercute en el honor de la persona, será notorio su sufrimiento y debe presumirse su existencia porque todos sabemos, que la mayoría de los hombres sienten mucho - el desprestigio de su honor. Ahora, también es necesario hacer la distinción de que cuando el daño moral haya sido causado a otra - persona ajena a la que está pidiendo la reparación por ejemplo en el caso de muerte de una persona, es decir, en cuanto a los pa--rientes, será necesario probar la existencia del daño, salvo que exista prueba en contrario de acuerdo a las características particulares de cada caso ya que no podrá pedir reparación aquella persona que sin haber antes frecuentado al difunto por enterarse

---

(8) Borrel Macia Antonio; "Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual; Basch Casa Ed.; Barcelona 1942; P.1648.

de que éste ha fallecido y saber de la existencia de una herencia quiere aparentar un sufrimiento que esta muy lejos de sentir.

" El daño moral -afirman- se produce en el interior del alma, y en ella no puede leer el juzgador, sino que, a lo más, puede establecer una presunción; pero con la posibilidad de equivocarse. ¿ Cómo se puede afirmar que tal o cual persona relacionada con el muerto o el lesionado, de algún modo siente un gran dolor por la desgracia ? " A veces el dolor aparente no es más que hipocresía ". Si los que padecen verdaderos o fingidos, se lucrasen con una herencia inesperada, deberá rebajar el juez la indemnización del daño moral en el valor que se atribuyese en el placer del lucro más o menos inesperado, porque si el daño moral puede estimarse en dinero lo mismo puede hacerse con el placer ". (9)

Por su parte Gabba nos comenta: " que se llame daño, y propia mente daño físico, a la lesión corporal, es aceptado y pausable, que también se llame daño a la disminución de la consideración social de una persona o la ofensa al pudor de una joven, o la pérdida de la asistencia de los padres, es igualmente admisible; pero que se llame daño la ofensa al decoro, a la libertad o a uno de tantos padecimientos morales no es ni puede ser admitido ".(10)

Para su contestación encontramos a Coviello quien nos dice: " una cosa es imposibilidad y otra dificultad de confirmación de un hecho. Desde que la prueba del daño incumbe al actor, si no logra suministrarla, su demanda será desestimada. En cuanto a los posibles fingimientos será misión de la otra parte desenmascararlos y toca al juez usar de todos los medios de que dispone para -

(9) Borrel Macia; Ob. Cit.; P. 160.

(10) Aguilar Díaz; Ob. Cit.; P. 376

establecer la verdad, pero no es esta una razón para negar la acción de resarcimiento ". (11)

La reafirmación de un derecho que ha sido afectado, debe ser razón suficiente para abrir una acción de indemnización, sin que exista la necesidad de pedir la prueba y la medida exacta y concreta del dolor íntimo que se sufre. Es normal, que en situaciones como estas que da lugar a un problema de daño moral, la persona afectada sufra los efectos del mismo, debe bastar solamente con acreditar el ataque sufrido en las afecciones para que se considere cierto, por ejemplo en el caso de un daño del cual resulta un defecto físico, baste observar tal defecto para demostrar el dolor moral que se está sufriendo así como también en el caso de una difamación bastará con la declaración de testigos fidedignos para la comprobación del hecho además del evidente estado de ánimo en que se encuentre el afectado.

Otro de los elementos constitutivos del daño moral, es que debe ser actual y pedir la reparación solamente la persona afectada, esto es, la legítimamente afectada. " El perjuicio moral deberá ser personal de quien demande reparación. Pero eso no significa que no quepa quejarse de un daño moral cuando sea la contrapartida de un perjuicio material sufrido por otro; por lo tanto, sería del todo inexacto rechazar, por no basarse sobre un perjuicio moral personal, la acción intentada por un padre para pedir reparación del pesar que experimenta el hecho de la muerte de su hijo, o también por el hecho de una enfermedad que aqueja a este último; al hacerlo el padre no de en modo alguno reparación del daño sufrido por su hijo, sino -desde luego- del perjuicio moral que lo afecta personalmente ". (12)

(11) Acuña Azorena; Ob. Cit.; P. 68

(12) Mazeaud Tunc; Ob. Cit.; P. 428.

Consideramos que el daño debe ser, ciertamente como se dice - en el parrafo anterior, actual, porque se piensa que el actor - no podrá demostrar el dolor que sufre tan fácilmente si ya ha - pasado mucho tiempo del hecho que lo perjudicó. Y es que si a--firmamos que la evidencia, es factor decisivo para que el juez ordene la indemnización, justo es creer, que el daño debe ser ac--tual al momento de pedir la reparación ya que se considera lógi--co que si el individuo sufre no querrá esperar un tiempo para pe--dir que se le indemnice el daño y se castigue así al responsable.

Hay quienes consideran, que el daño moral no debe ser resar--cible por no tener permanencia y continuidad. A lo anterior se - contesta lo siguiente:

" Aunque el sufrimiento tenga carácter momentáneo y haya desa--parecido antes del resarcimiento, siempre origina en la tensión de la vida de una persona un desequilibrio, una ruptura del equi--librio general de su felicidad o bienestar personal, que aunque referido al pasado debe ser reparado. Aunque afecte a una face--pretérita de la vida, la felicidad de la persona ha quedado com--prometida, produciéndose el minus de ella, entregando en el con--junto de la vida un elemento negativo que exige una compensación que recomponga el equilibrio general de la vida, totalmente con--siderada ". (13)

Complementando lo dicho anteriormente, diremos que diferimos - de la opinión de este autor, porque nosotros creemos que para que el daño sea indemnizado debidamente, debe presentar las caracte--rísticas de ser actual aunque sus efectos no dudamos van a reper--cutir posteriormente, pero para que no sea ésa una objeción por parte del juez al pedir la indemnización, creemos conveniente -

---

(13) A. de Cupis; "El Daño"; Basch Casa Editorial; Barcelona 1975; P. 765

que se presente en el momento mismo de la ejecución del hecho dañoso.

Además se considera que contemplada la protección para sancionar la conducta antijurídica del agente que produjo el agravio, está de más pedir la permanencia del agravio. Fuera de ello la impugnación se dirige a la medida y no a la existencia. La posibilidad de que el dolor-moral no sea intenso o perdurable, está siempre demostrado que existió y con ello basta para tener asegurada su protección. No cabe admitir que no existe agravio cuando es pequeño, y que sólo debe protegerse cuando sea grande o importante".

Estamos de acuerdo en que el daño moral debe ser indemnizado independientemente de que se trate de un daño grande o pequeño - ya que la finalidad del derecho es la de proteger todos los bienes inherentes al hombre sea cual fuere el grado de éstos.

En lo conducente a la permanencia, debe entenderse que la permanencia del daño es un atributo que puede o no encontrarse, pero sin que su falta impida el resarcimiento del daño moral, es decir, que en si mismo no constituye un requisito esencial del daño moral para efectos de su indemnización ya que el daño moral que se produce en un tiempo determinado puede ser o no permanente de acuerdo al daño y a la sensibilidad de la persona dañada, pero siempre representará una lesión a un interés que exige por lo tanto indemnización.

### 3.- Fuentes que pueden originarlo.

Las fuentes que pueden originar el daño moral pueden ser muy diversas, y para basarnos podemos citar al maestro Gutiérrez y González que nos dice: " puedo afirmar sin temor de exagerar, -- que el noventa por ciento de los daños morales se originan por violación de deberes jurídicos, los daños morales por violar un

contrato, que tienen la misma naturaleza que el daño originado por violar un deber y los que provienen de una responsabilidad objetiva, son menos frecuentes ". (14)

Para la mejor comprensión del ámbito de origen del daño moral lo hemos dividido en tres clases de responsabilidades y estas son:

- a) Responsabilidad proveniente del daño moral producido personalmente por el responsable.
- b) Responsabilidad proveniente del daño moral producido por personas bajo su cuidado.
- c) Responsabilidad proveniente del daño moral producido por cosas de que se es poseedor.

a) Responsabilidad proveniente del daño moral producido personalmente por el responsable. Hoy en día basta un daño, de cualquier naturaleza que este sea, es decir, puede ser un daño causado a los bienes, o más generalmente un daño pecuniario, un daño a la persona, o un daño puramente moral para que pueda ejercitarse acción de indemnización. Pues bien, se hace necesario en este punto que el daño lo haya producido personalmente el sujeto activo, esto es, sin que intermedie un objeto material para la realización del daño, tales son los casos de injurias, de ofensas al honor, de calumnias, en las que el perjudicado se ve dañado solamente por palabras que le dirige el autor del daño y de las cuales se hará responsable, en virtud de estar ocasionando un daño moral. Será el juez quien posteriormente con miras a sancionar al autor del daño le imponga a éste la obligación de indemnizar pecuniariamente a la víctima del hecho dañoso.

Ahora bien, el hecho perjudicial debe depender de una manifestación de actividad como lo hemos mencionado en los casos ante -

(14) Gutiérrez y González; " Derecho de las Obligaciones"; Editorial Cajica; México 1974; P. 649.

riores ya que la abstención no podrá dar lugar a responsabilidad de la cual provenga un daño moral. En todo caso la abstención se rá causa de responsabilidad cuando se constituya la violación de una obligación positiva de obrar a la cual estaba sujeto el autor de la abstención, tales son los casos de incumplimiento de contra to en donde se está obligado a realizar determinada obligación, actividad o prestar determinado servicio y si por abstención del sujeto obligado a realizarlo se causa un daño moral, se estará - en presencia de una responsabilidad pero no por el hecho de la - abstención sino por el incumplimiento del contrato. Así por ejem plo, supongamos que una persona excava una zanja en un lugar que es muy frecuentado y no tiene la precaución de hacerlo notar mediante algún señalamiento por la noche y si por esa razón otra - persona cae dentro de ella, se lesiona y como consecuencia de esa lesión se le causa un daño moral ( pudiera suceder que al caer se hiciera una lesión que le dejara una cicatriz o bien la rotura de un hueso que le impidiera posteriormente caminar, etc. ) tendrá - que indemnizar el responsable no por el hecho de no haber puesto un señalamiento, sino por el hecho mismo de la excavación que fue creadora del peligro.

b) Responsabilidad proveniente del daño moral producido por - persona bajo su cuidado. Se dice que la obligación de quien ha - causado un daño se extiende a los daños que causaren los que es - tán bajo su dependencia. De esto se consagra la llamada culpa re fleja o indirecta, en virtud de la cual se debe responder no sola mente por los hechos personales, sino también de aquellos cometi dos por quienes están actuando dentro de la esfera jurídica de - control de otro. De aquí nace la distinción que debe hacerse entre culpa y responsabilidad, ya que culpa es cuando un daño se - ha producido por la actividad personal del sujeto a quien se le

pueda atribuir determinado hecho dañoso, sea por no haberle prodigado enseñanzas, conocimientos directivos y aún vigilancia adecuada o bien, porque fue negligente en la elección y en la actividad que por su orden desplegaba al instante de originarse los daños, la ley considera que por esos motivos incurre en una conducta culpable y lo declara responsable de los hechos.

" A estos supuestos pueden equipararse los casos de locos o de infantes que no tienen ningún discernimiento y que obran bajo el imperio de impulsos que no pueden controlar. No son causa de sus actos ni de las consecuencias que acarrearán. Su actividad no les pertenece; es una fuerza ciega comparable a las fuerzas de la naturaleza. De ahí que el loco y el niño sin discernimiento que causan un daño no tengan que indemnizar a la víctima. Podrá haber únicamente una acción de responsabilidad en contra de aquellos que los tienen a su cuidado ". (15)

Estamos de acuerdo con lo anterior, ya que quien obra bajo el imperio de una fuerza exterior insuperable no es responsable de sus actos, no es más que un instrumento pasivo semejante a un agente exterior. Como es el caso de los dementes que no son responsables de sus actos, pero si por una actividad de una persona así, se produce un daño moral a otra por ejemplo en el caso de que se haya sustraído correspondencia personal de un lugar donde se tenía guardada, se pensará lógicamente que la persona no es dueña de sus actos y que no lo hizo con la intención de enterarse de su contenido pero si al suceder esto otras personas que no están enfermas se enteran del contenido de dichas cartas y se le causa por esto un daño moral. Es lógico que la persona que estaba encargada de cuidar a esa persona será responsable de ese he-

---

(15) Gaudemet Eugenc; "Teoría General de las Obligaciones"; Ed. Porrúa; México 1974; P. 330.



cho y por lo tanto tendrá la obligación de indemnizar.

c) Responsabilidad proveniente del daño moral producido por cosas de que se es poseedor. Esta responsabilidad se explica por una presunción de culpa, una falta de vigilancia por parte del propietario o del usuario. La responsabilidad entra en funciones por el hecho de todo animal objeto de propiedad o explotación, -trátase de animales domésticos o aún de animales salvajes, fieras, abejas de un colmenar, etc. Por ejemplo, cuando un perro le ocasiona un daño físico a una persona, esto es, una mordedura y en consecuencia le queda una cicatriz visible que le causa aflicción, esto debe ser objeto de indemnización por el daño moral que se le ha ocasionado. Cabe mencionar también, el caso de los accidentes automovilísticos en los que el manejador es el responsable - del daño moral que se ocasione a la propia víctima o bien a sus parientes más cercanos ya que todo objeto peligroso acarrea responsabilidad para su propietario.

4.- Personas que pueden exigir el pago del daño moral.

Respecto a las personas que pueden pedir el pago del daño moral, diremos que en primer lugar, se encuentra la persona afectada, es decir, aquella que está sufriendo en sí mismo el acto dañoso de otro. Esta misma cuestión se ha planteado sobre el terreno de daño material, y ha sido resuelta diciendo que toda persona puede demandar la reparación del daño con la condición de que se justifique por una parte, de un perjuicio cierto y por otra de un interés legítimo, porque se trata de determinar quienes son los que pueden alegar esta clase de daños y también quienes están en su derecho de pedir reclamación del perjuicio moral que han experimentado por el hecho de la desaparición de un ser querido.

En relación al daño moral, proveniente de la muerte de una per

sona es necesario precisar que serán los padres los legítimamente indicados para demandar el pago de la indemnización correspondiente ya que no puede dudarse de la gran aflicción que aqueja a un padre por la muerte de un hijo. Y si la persona fallecida se encontraba casada correspondera al cónyuge supérstite pedir la indemnización. En consecuencia, tendría que hacerse una escala en relación al grado de parentesco que uniera a los familiares con el difunto. Al respecto vemos que opina Mazeaud: " sin considerar que la acción, en el supuesto del daño resultante de la lesión de un sentimiento afectivo, tiende también a una venganza, ¿ no convendría conservarle cierto carácter familiar ? ¿ no podría arrancarse de la comprobación de la existencia de un verdadero patrimonio familiar indivisible que comprendiera, junto al honor de la familia, la " cohesión familiar, el amor y el afecto que unen entre sí a los parientes consaguíneos y a los afines ?. La lesión de ese patrimonio familiar indivisible daría lugar a reparación pero no podría ser reparada ni una vez. La acción se ejercitaría entonces, en nombre de la familia, por el cónyuge, a falta de éste, por el pariente más próximo en grado, cabría zanjar el conflicto susceptible de plantearse entre ellos concediéndole la preferencia al de más edad. ¿ No conviene admitir al menos que la acción de las personas más allegadas al difunto agote normalmente la de las personas que se encuentren en un grado más lejano de parentesco por consanguinidad o afinidad ?. Cuando los padres de un hijo muerto de un accidente viven aún, pertenece a ellos si la víctima no estaba casada, y sólo a ellos, demandar por daños y perjuicios ". (16)

En la familia se desarrolla necesariamente un sentimiento de

---

(16) Mazeaud Tune; Ob. Cit.; P. 453.

solidaridad que crece paralelamente a su duración ya que todos los elementos integrantes de la familia experimentan en común, -- un gran número de emociones, sentimientos, deseos, simpatías, -- etc., es por eso que la familia que estrechamente a sus componentes en una obra común, única: que crea como decíamos una solidaridad afectiva formada por la convivencia diaria, este sentimiento familiar es una proyección psíquica del individuo, es por e--llo, que cuando uno de sus integrantes sufre algún daño este va a afectar a todos los componentes de la unidad familiar.

Los seres humanos, por lo general, le atribuye al "cadáver" -- un carácter "sacro", de absoluto respeto y precisamente para mantener ese culta al cadáver, busca dar un sitio específico y permanente para la guarda de esos despojos de los que fueron sus seres queridos; ese pequeño lugar donde reposan los restos mor--tales tienen generalmente para la persona un alto significado y un alto valor afectivo o moral. Este sentimiento por las fosas -- mortuorias llamadas de familia, es objeto de respeto no por lo -- que en sí representan desde el punto de vista pecuniario, sino -- por lo que representa en los afectos y sentimientos de las perso--nas que desean se depositen ahí los restos de sus seres amados e inclusive los propios llegado el momento. Al respecto Nerson dice que las sepulturas de familia, así como el suelo en que están constituidas, se han colocado siempre al margen de las leyes ju--rídicas ordinarias sobre la propiedad y la libre disposición de los bienes, porque no tienen un valor esencialmente pecuniario -- y conviene, ante todo, proteger los sentimientos de piedad fami--liar y de respeto hacia los muertos. Como observamos, este es un claro ejemplo de lo que la unidad familiar puede significar.

En cuanto al daño moral, se ha dicho también que tiene un ca--rácter eminentemente personal y además, que la acción no puede --

ser iniciada sino por la víctima y se extingue si la persona afectada, en vida, no la deja promovida. Con relación a esto puede decirse que: " el perjudicado puede ejercer la acción en un doble carácter, como acción personal por ser el directa o indirectamente agraviado, aunque ningún vínculo familiar lo ligue a la víctima principal del acontecimiento. Sería el caso de la concubina, que pierde a su compañero en un choque de trambías y no tiene medios para sostenerse ella y los hijos habidos durante la unión irregular. Las acciones son: la propia o directa y la que deriva de su condición de continuadores de la persona del muerto. El perjuicio moral se caracteriza, en efecto, por ser -- personalísimo. Pero ello no significa que no le soporten varias personas y al mismo tiempo , el padre, el cónyuge , los hijos - por la muerte a causa de un objeto arrojado desde un balcón, del hijo, esposo o padre, respectivamente, que era el sostén de toda la familia ". (17)

En la actualidad la transmisión de las acciones resarcitorias es ya admitida por algunas legislaciones y es casi ya uniformemente aceptada, aunque se discute todavía dentro de algunas leyes a favor de qué herederos debe producirse la acción.

" Cuando el daño origina la muerte de la víctima, es evidente que es ésta quién lo sufre ya que el mismo consiste en la privación de la vida. Las circunstancias posteriores a tal resultado indiscutiblemente que afectará a terceras personas y entre los mismos deberá incluirse a los herederos y a aquellos que dependen económicamente del finado. Si el daño lo sufre el lesionado se presenta como primer problema determinar si la indemnización es transmisible por herencia, de tal manera que debe ser la sucesión la que exija el pago correspondiente ". (18)

(17) Colombo A. Leonardo; "Culpa Aquiliana"; Tipográfica Editora Argentina; Buenos Aires 1977; P. 795.

Puede suceder que un mismo hecho cause perjuicios morales a una persona y a sus herederos o parientes; ejemplos: la difamación de un comerciante afecta los herederos que continúan el mismo negocio; las lesiones graves sufridas por una persona determinan su muerte y con ello originan perjuicios morales a sus parientes próximos. En tales casos y en otros semejantes, los parientes o herederos podrían reclamar la indemnización del daño moral pero no en su calidad de herederos sino en cuanto que ellos mismos habrían sido víctimas del daño.

Conforme al artículo 1281 del Código Civil: " herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte ".

Asimismo el artículo 1916 dice: " independientemente de los daños y perjuicios el juez puede acordar en favor de la víctima de un hecho ilícito o de su familia, si aquella muere, una indemnización equitativa, a título de reparación moral que pagará el responsable del hecho. Esa indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil ". (19)

Como podemos observar, el artículo anteriormente citado establece la obligación de pagar una indemnización a título de reparación moral en caso de muerte y como apuntábamos, ésta puede -- ser exigida también por los herederos del difunto de acuerdo al sistema hereditario el cual establecerá el orden y preferencia del derecho para heredar en la sucesión, tomando en cuenta el paren-

- 
- (18) Rojina Villegas Rafael; "Quienes pueden reclamar la reparación del daño en los casos de muerte de la víctima por hecho ilícito"; Tribunal Superior de Justicia Del D.F.; Méx. 1944; P. 11
- (19) Enneccerus; "Tratado de Derecho Civil"; Basch Casa Editorial; Barcelona 1958; P. 1162.

tesco por consanguinidad y considerando además el principio de que los parientes más cercanos escluyen a los más lejanos.

En cuanto a que existan varios demandantes de la reparación del daño moral se dice que no podrá aceptarse la doble o triple indemnización por el mismo hecho sin contrariar el principio -- que dice que no puede castigarse dos veces la misma falta o pagarse dos veces la misma deuda. No se repara en que si son varios los perjudicados, varias deberán ser las indemnizaciones, por -- cuanto han sido varios los " moralmente agraviados ". De lo contrario aceptaríamos que solo cobre el primero que demanda, o el que eligió al abogado más dirigente o al juez más expeditivo. Si con mi automóvil lesiono a varias personas, aún cuando sean un -- mismo y solo hecho deberé pagar la curación de todos ellos. Y si con la muerte de algunas de las víctimas lesiono afecciones legítimas de más de uno, pagaré a todos los damnificados. Corresponderá en todo caso al obligado a ser presente al juez la multiplicidad de deudas, presentes o potenciales, a efectos de que el -- tribunal, dentro de la razonable disponibilidad, pueda adecuar -- debidamente los montos, teniendo en cuenta la situación patrimonial del autor, los agravios que hubo de soportar cada una de las víctimas y en suma, todas las demás circunstancias que pudieran prestar una mejor inteligencia al asunto ".

5.- Personas obligada al pago del daño moral.

La obligación de indemnizar a cargo del autor de un hecho ilícito del derecho civil o del derecho penal, nace, sin duda alguna, de la violación del precepto legal que supone la comisión del hecho. Así es que el hecho ilícito se produce, ella queda -- constituida. Y en este caso la sentencia no crea la obligación de indemnizar sino que más bien, la reconoce. Entre esta obligación y a que el deber hay una relación inmediata que es la relación en

tre el aspecto económico y el aspecto ético del problema social de la justicia. La obligación en el fondo, no es sino la sanción jurídica de las relaciones del mundo moral.

Lo mismo acontece con otras obligaciones, como por ejemplo, la de fidelidad impuesta por la ley a los cónyuges de un matrimonio; la prestación de la fidelidad es un deber puramente moral destituido de todo valor económico pero como contiene una relación directa entre dos personas puede calificarse de obligación civil y si la acción de su violación trasciende hasta el divorcio, su aspecto moral tendrá ahora un aspecto económico, al hacer la repartición de los bienes. De ahí que existan daños morales con repercusión económica y daños económicos con repercusión moral. Para ejemplificar citamos a Ihering quién nos dice: " un mozo de hotel estipula con su patrón que le dará libertad de salir los domingos, después de medio día. Según los juristas de la escuela histórica, esta convención no tendría ningún valor, por no ser la libertad de los domingos valuable en dinero. Otro ejemplo: una señora enferma, para evitar ruidos en su casa ha dejado de alquilar las habitaciones que le sobran en ella al fin después de muchas solicitudes, se decide a darlas a un inquilino que le ha prometido las más grandes consideraciones y que en particular se ha obligado a no hacer música. Pero resultó ser un profesor de piano que dá, durante todo el día, lecciones en su pieza y emplea las horas de la noche en ejercitarse el mismo. ¿ Debe él respetar el contrato ? . No ( según la escuela histórica ). La salud y el reposo no tienen valor pecuniario. El juez no reconoce sino el interés de la bolsa. Más allá de la bolsa para el no existe el derecho. Más llevando estos puntos de vista a sus últimas consecuencias, podríamos suponer dice Von Ihering, que el mozo hay convenido con su patrón que le dejara libre la tarde de los domingos mediante una indemni-

zación suficiente para pagar a un reemplazante. ¿ Podría decirse que la tarde de los domingos no tiene valor para el mozo del hotel ?. En el ejemplo de la señora enferma, en cambio de la restricción impuesta al inquilino, le ha dejado en cuarenta pesos - habitaciones que tienen un valor locativo de cincuenta. ¿ Podría decirse que su reposo no tiene valor ?. -Añade- Lo que ocurre es que estas concesiones contractuales no siempre aparecen de una manera clara y nítida ". (20)

Hay derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como son: la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, su tranquilidad, etc., y sin duda, la violación de esos derechos personales pueden dar lugar a una reparación que tendrá que pagar la persona responsable del hecho, en estos casos el hotelero es el legítimamente obligado al pago de la indemnización que corresponda a la tarde del domingo del mozo y serán ambos quienes fijen la cantidad que deba pagarse, y en el caso de la señora enferma el deber de indemnizar corresponderá al inquilino ya que la tranquilidad que disfrutaba hasta antes de alquilar el cuarto era reconfortadora y si ésta es quebrantada por un inquilino que se niega a cumplir con lo prometido, será el, entonces, quién indemnice por la tranquilidad quebrantada de la señora.

Respecto a este tema Baudry sostiene, por ejemplo que la acción por daños e intereses nacida por un delito civil o de un cuasidelito, puede ser deducida contra los herederos y sucesores universales de quién ha cometido el hecho. En principio, los herederos y sucesores universales suceden tanto en las deudas del difunto -

---

(20) De Gasperi Morello; "Derecho Civil"; Tipográfica Editora Argentina; Buenos Aires 1964; P.P. 82,83.



como en sus derechos. No hay motivo para establecer una excepción a esta regla cuando la obligación de reparar el perjuicio es a consecuencia de un delito civil o cuasidelito ". (21)

A su vez Laurent reconocía que la corte de casación dice muy bien que hay tanto obligaciones formadas sin convención, como obligaciones convencionales; ellas no tienen efecto más que entre el autor de la falta dañosa y la parte lesionada; la obligación de reparar el daño no es impuesta sino a quién ha cometido la falta; por lo tanto la ejecución de esa obligación no puede ser perseguida más que contra el autor y contra aquellos que le sucedan en sus obligaciones, es decir, los sucesores universales.

Los obligados a abonar la indemnización, son aquellos que han cometido el hecho ilícito y aquellos a quien la ley declara responsables indirectos, como son aquellas personas que dependen de la autoridad de otra o bien, a los sucesores universales ya que como hemos venido observando, los herederos suceden al difunto - tanto en sus derechos, como en sus obligaciones y en este caso si ya existía la obligación de indemnizar pero no puede ser cumplida por el de cujus serán los herederos universales quienes cumplan con la obligación contraída por el autor de la herencia.

#### 6.- Ausencia de responsabilidad.

Es indiscutible que el autor del hecho podrá exonerarse de toda responsabilidad, probando que su actividad creadora de un daño moral ha sido determinada por una fuerza mayor; pues entonces, su actividad deja de ser libre y el no ha sido más que instrumento de fuerzas superiores, pero a él le incumbe la carga de la prueba y estará obligado a rendirla acerca del hecho preciso, tal es el

---

(21) Colombo A. Leonardo; "Culpa Aquiliana"; Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires 1947; P. 768.

caso, de un recuerdo de familia que ha sido destruido y del cual se hace responsable determinada persona, pero si ésta demuestra que su destrucción se debe a que hubo un temblor y el objeto fué destruido, obviamente que en este caso el autor del daño moral - estará eximido de responsabilidad ya que su voluntad en ningún momento intervino para la realización del hecho.

Además de esta hipótesis de fuerza mayor, la responsabilidad podrá atenuarse si resulta que la víctima ha causado el daño en parte o en su totalidad, porque puede suceder que la víctima del hecho dañoso haya desempeñado un papel activo y el daño sea consecuencia de un conflicto de actividades, esto es lo que ocurre cuando un vehículo lesiona a una persona que atravesaba la calle. Las dos actividades han ocasionado el daño; se han corrido dos riesgos, y habrá que examinar, de hecho, si el riesgo asumido por la víctima, no debe deducirse del que asumió el autor del acto, lo que se traducirá en una disminución de la responsabilidad del autor, es decir, del pago de la indemnización por daños morales. Hay que distinguir además, la forma en que la víctima atravesaba la calle, si lo hacía normalmente si lo hizo cuando nada le permitía prever el peligro, si fué bruscamente, etc. Porque puede acontecer que el aumento de responsabilidad de la víctima llegue a tal punto, que absorva todo el riesgo, resultando entonces como única autora del daño, esta ocurrirá por ejemplo cuando la víctima haya provocado intencionalmente ese daño, citaremos el caso del transéunte que se lanza bajo las ruedas del coche para suicidarse y entonces cada quién será responsable del daño, en la medida en que lo haya causado con su actividad.

Esta apreciación de los hechos corresponderá al juez dilucidarla para poder deslindar responsabilidades. El daño puede componerse de varios elementos; puede ser de consecuencias directas -

del hecho ( como son heridas, incapacidades para trabajar, etc.) y de consecuencias indirectas ( como imposibilidad de cerrar un trato ventajoso, etc.). Deberá entonces, imponerse al autor del daño la reparación de esas consecuencias únicamente en la medida en que ese perjuicio parezca haberlas causado y no en la medida en que otros hechos se hayan agregado para causarlas; lo anterior porque en la medida en que otras actividades extrañas intervengan en la comisión del perjuicio en esa medida las consecuencias consideradas eximirán de responsabilidad a la persona a quién se le impute el daño. Por ejemplo en el caso de que se haya causado una herida leve en el rostro, y que ésta se agrave por deficiente atención médica, el responsable estará obligado a indemnizar solamente en la medida de la herida que causó pues si hubiese tenido mejor atención médica no hubiera trascendido en una cicatriz visible que le produjera posteriormente, un daño moral.

#### 7.- La indemnización del daño moral.

Los derechos inherentes a la personalidad, deben ser razón fundamental del reconocimiento de una acción para protegerlos contra su violación, ya que el mismo fundamento dado para admitir la acción en el campo de los actos ilícitos y en el incumplimiento contractual debe ser otorgado también en los casos de perjuicio a los atributos de la personalidad cuando éstos no tengan ninguna repercusión material, sino tan solo moral, Carecería de fundamento jurídico amparar y negar protección al mismo agravio producido por una acción igualmente imputable solo porque en uno de los casos - la víctima y el responsable no se hallaban vinculados por una relación contractual y en el otro sí.

Entre los clásicos Demolombe enseñaba que desde que el daño existe, debe tener lugar la reparación, por cualquier especie de - daño de que se trate. A su vez Laurent afirmaba: " todo daño debe

ser reparado, el moral lo mismo que el material. El espíritu de la ley no ofrece dudas: ella quiere salvaguardar todos los derechos del hombre, todos sus bienes, y ¿acaso el honor, la consideración, no son nuestros más preciosos bienes ?

Desde luego que sí, son los bienes más altamente valorados por todo ser humano que se considere susceptible de ser dañado en ello, ya que no todos poseemos la misma sensibilidad y si alguna persona piensa que nunca será afectada moralmente o aunque lo fuera -- considera que ello no tendría importancia entonces para esta persona, esta clase de bienes no tendrá ningún valor, no así para otras que estiman estos bienes en un primer término, o bien al menos le conceden una importancia igual a la que le darían a otro bien que no sea afectivo.

Consideramos que son dos las formas de resarcimiento del daño moral; una por medio de la reparación natural y otra por la indemnización pecuniaria. Al respecto el maestro Aguilar Díaz comenta: " la reparación natural, por su parte, puede ser material y económico. Cuando coinciden no hay dificultad en la restauración del estatuto alterado por el daño. La reparación en el caso, puede -- consistir en la entrega, sea del propio objeto ( ejemplo del criado que permitió el hurto de una joya, pero la recupera entregando la al dueño ), sea un objeto de la misma especie, en cambio del deteriorado. Aunque no deba tomarse esa regla en sentido absoluto se tiene como cierto que la reparación natural es imposible cuando el hecho dañoso importa la destrucción del objeto. No obstante su carácter subsidiario, la indemnización en dinero es más frecuente dadas las dificultades que en la práctica se oponen a la reparación natural por las circunstancias, y notoriamente, en cuanto al daño, por la imposibilidad de reestablecer, en rigor la situación anterior al evento dañoso." (22)

Reduciendo la solución a una fórmula general podemos decir, que en vista de la dificultad que crea la reparación natural es más aceptable aplicar la segunda forma de resarcimiento ya que presenta menos problemas tanto para el juzgador como para el responsable del hecho, en virtud de que cuando se trata de daños de índole puramente moral será materialmente imposible volverlos a su estado original por la naturaleza misma del bien perjudicado y será más factible para el sujeto activo otorgar una suma determinada de dinero por virtud del daño que tratar de devolver por ejemplo, el honor difamado.

" Un individuo de relativa situación personal y familiar alquila un departamento en la avenida de mayo, en ocasión de una gran fiesta, a objeto de poder presenciarla desde los respectivos balcones; llega el momento de ocupar el departamento y el locador le notifica que lo ha dado a otro, acaso por mejor precio, el locatario no tiene ningún tiempo de buscar un nuevo local, y no quiere ocupar el local subalterno y hasta indecoroso que el locador quiere darle en los sótanos o en la barandilla; en tal situación el locatario no tendría acción alguna contra el locador, por razón de que no ha sufrido perjuicio pecuniario, su tiempo perdido, sus afanes patrióticos mal logrados, etc., la conducta contractual de el locador nada dice jurídicamente, porque no hay daño pecuniario. El individuo que recibe en depósito un retrato de familia o cualquier otro objeto de un fuerte valor de afección, no responde, si pierde culposamente muchas cosas, sino por el valor económico (que comunmente sería íntimo) de lo depositado, y no tiene porque reparar el daño irremplazable que ha sufrido el depositante con una pérdida que le significaría la destrucción de todo un orgullo de -

---

(22) Aguilar Díaz; Ob. Cit.; P. 68.

un gran recuerdo, de un capital moral que para el es de primer orden, sencillamente porque eso no vale dinero y porque el código no se ocupa sino de intereses positivos. Eso clamaría a los principios de derecho de la moral y el buen sentido". (23)

Estos ejemplos otorgados impulsan a entender que nuestros sentimientos de justicia no puede considerarse satisfecho con la mera reparación de los perjuicios materiales. La satisfacción que ansía toda persona cuando se vé afectada moralmente no sería completa si la ley se limitara a la indemnización de daños materiales mientras que, el honor, la aflicción, la humillación sufrida por la víctima ¿ quedan sin compensación ?. Esto necesariamente preocupa a los que tienen un alto sentido de la justicia, haciendo que se resuelva mediante la fórmula de la reparación pecuniaria, al menos hasta que se establezca una manera más idónea de reparar el daño moral que asegure un satisfactor adecuado a cada caso.

Debemos aclarar que con lo anterior, no se le está dando al perjudicado la posibilidad de enriquecerse indebidamente ya que el principio de equidad y el prudente arbitrio del juez no lo permitirían porque vendría entonces a desvirtuar la finalidad de la reparación del daño moral, que es como sabemos, únicamente brindar al perjudicado la oportunidad de buscar el mismo satisfactor que le permitan atenuar su pena, pero nunca se le permitiría por este medio enriquecerse.

Si el bien lesionado puede exigir que se le entregue la cantidad necesaria para reparar el mal, no constituye este un caso de indemnización en dinero. Es una simple variante de la reparación

---

(23) Colmo Alfredo; "De las Obligaciones en General"; Editorial Guillermo Kraft; Buenos Aires 1944; P.

natural que la ley permite por parecer más adecuada, y la cantidad que el indemnizante adelanta para pagar los gastos de curación no significa más que un medio natural de reparar el daño.

Como en el párrafo anterior, debemos entender que el dinero que se ha otorgado como indemnización del daño moral cumple la función satisfactoria que se busca en este tipo de daños y que significa solamente el medio más idóneo con que contamos para poder repararlo. Así pues, entendemos también que la reacción psicológica interna provocada por una injuria es irreparable, pero si indemnizable, ya que las consecuencias exteriores son a veces, susceptibles de reparación, por ejemplo en el caso del perjudicado que reclama para que sea retirado un cartel injurioso en su contra, o podría también, exigir que el ofensor se retractara públicamente y reconociera la honorabilidad de lo ofendido.

Y ya que estamos hablando de satisfacer los intereses del perjudicado ¿ no será mucho más fácil conseguirlo si combinamos el mal que el perjudicado recibe, es decir, la gravedad del daño con la intención de cometerlo por parte del actor para obtener de este modo una indemnización justa para la víctima ?.

" En efecto, es cierto que, incluso cuando evalúan el perjuicio material los jueces se dejan impresionar en mayor o menor grado - accesoriamente, por la gravedad de la culpa cometida; aquellos -- transforman siempre en medida mayor o menor, en una pena privada la condena por daños y perjuicio, el perjuicio moral suele ser tan enojoso de estimar como el perjuicio moral, porque el juez no ha de tener solamente en cuenta el valor intrínscico que representaba el bien desaparecido; sino el valor que representaba para la víctima; el daño se evalúa a través de la víctima. ¿ Eso les impide fallar a los jueces ?. (24)

(24) Mazeaud *Tune*; Ob. Cit.; P.P. 440 y 441.

Estamos completamente de acuerdo, en cuanto a que el daño debe valuarse a través de la víctima puesto que será solamente la persona perjudicada la única que sabrá decir cuanto le afecta el bien que ha desaparecido o disminuido dadas las circunstancias especiales de cada caso. " Claro está que no es posible proporcionar lentivo alguno a aquellos dolores sino por medio de una reparación pecuniaria que no se limite al sólo resarcimiento del daño material ( como por ejemplo la restitución del objeto robado; el pago de las medicinas y el salario que se ha dejado de percibir en caso de enfermedad ), sino que también compute todos los otros elementos que constituyen lo que, para entendernos, podemos llamar daño moral. Cuando más tenga en cuenta la ley todos estos elementos y sepa buscar y encontrar la manera de que el ofendido obtenga una reparación pecuniaria aproximadamente justa tanto más conseguirá disminuir el deseo de venganza. Por consiguiente, el progreso en este sentido debe producir el efecto de dulcificar cada vez más aquellos deseos de venganza, que en su mayor fuerza existen cabalmente en las sociedades donde la acción de la justicia es débil e ineficáz ". (25)

Nuestra legislación no tiene este tipo de características ya que nunca ha sido ineficáz y en cuanto al daño moral lo tiene reglamentado aunque a nuestro parecer, su legislación es muy poca y se limita a los daños morales en los casos en que existan un daño patrimonial , en consecuencia, cuando una persona se ha afectado solamente en el aspecto moral, nuestra legislación no le concede ninguna indemnización. A nuestro juicio el artículo 1916 de nuestro código civil debe ser ampliado para dar un margen mayor a la

---

(25) Garófalo; "Indemnización a las víctimas del delito"; Ediciones la España Moderna; Madrid; P. 62.



infinidad de casos que se suscitan en la vida diaria, y no ligar a los daños morales como hasta ahora se ha hecho a la comisión de un daño material o pecuniario para que pueda ser indemnizado.

" Cuando nos especializamos con el resarcimiento pecuniario - debemos recordar las profundas reflexiones de Ihering a este respecto. El Maestro nos enseña que el dinero desempeña un triple papel, ya "compensatorio", en los casos generales de moral y de culpa, al cubrir el "daño emergente" y el "lucro cesante" o bien el de "satisfacción" al actuar en calidad de substitutivo para el daño moral, y finalmente el carácter de "pena" siempre que las leyes o las partes establecieren una multa de este género ". (26)

Porque "por muchas dificultades que pueda presentar la valoración pecuniaria de los daños morales, sin duda alguna resulta mucho menos inicua que la solución contraria, es decir, deja libre de toda obligación de resarcimiento pecuniario al culpable por el simple hecho de que los daños morales son difíciles de valorar. Únicamente por establecer algún criterio, diremos que, dado que el resarcimiento pecuniario tiene la función de determinar una satisfacción que compense del dolor o de la turbación padecida, y al mismo tiempo una justa sanción de la lección, el resarcimiento del daño moral deberá determinarse en razón directa de las condiciones económicas del lesionado y del ofensor, así como la gravedad de la lesión, todo lo cual corresponderá a apreciar equitativamente el magistrado ". (27)

---

(26) Lafaille Héctor; "Tratado de las Obligaciones Tomo I"; Buenos Aires, Argentina; P. 82.

(27) Rotondi Mario; "Instituciones de Derecho Privado"; Editorial Labor; Barcelona 1953; P. 368.

Pensamos pues, que la reparación del daño moral es eminentemente satisfactoria no se pretende con esto, de modo alguno, cotizar en dinero al dolor. Ante la lesión que sufren los sentimientos, - el derecho debe recurrir al único medio a su alcance para atenuar en cierta medida, los efectos causados por el daño, y no tenemos por qué suponer que esa indemnización dineraria signifique una -- cuestión ofensiva. El dinero, en si mismo, es neutro desde el punto de vista ético, todo depende del destino que se le dé y si la víctima puede satisfacer con él su pena, no debemos rechazar la perspectiva de que lo destine al cumplimiento de objetivos altruistas, que con sus recursos ordinarios quedaban fuera de su alcance. El principio de equidad y justicia deben conjugarse con el prudente arbitrio del juez para llegar a una indemnización justa con el daño moral, todo esto, claro está, cuando los legisladores le den la importancia que merece.

#### 8.- Casos especiales.

Existen algunos ejemplos, en los cuales podemos encontrar el - tan mencionado problema de daño moral que tiene repercusión también en una persona moral, caso que no es mencionado por muchos - autores por la polémica que suscita; así tenemos, el caso de una empresa X la cual se ve afectada moralmente, pues la empresa Y hizo una mala publicidad sobre los productos que tiene en venta la primera y por este hecho vé reducida sus ventas notablemente; en este caso la empresa X obviamente ejercerá las acciones correspondientes por medio del representante de la persona moral que ha sido dañada, el cual no va a demandar en nombre propio, aunque -- también sufra en su honor las repercusiones de la difamación hecha a la empresa en la cual presta sus servicios, sino que lo hará en nombre de la empresa misma quien también tiene la posibilidad de sufrir un daño no patrimonial, esto es, por la fama que digamos

había alcanzado la empresa hasta momentos antes de producirse la difamación en su contra. De lo anterior se desprende que no sólo las personas físicas pueden ser perjudicadas por un daño moral si no que también las personas morales pueden sufrir como en el caso del párrafo anterior.

Basando lo anterior podemos citar a De Cupis quien en su obra denominada "El Daño", nos expresa lo siguiente: " una sociedad -- mercantil, una institución de beneficencia etc., pueden alcanzar un daño no patrimonial, valga decir a título de ejemplo con una - campaña difamatoria, por la violación del secreto de correspondencia etc. El argumento de que la persona jurídica es incapáz de - sufrimientos físicos o morales no es decisivo dada la posibilidad de configurar también un daño no patrimonial distinto del dolor. La persona jurídica; ciertamente, no puede percibir el sentimiento de la propia dignidad y de aquí que no sufra por la lesión de su honor; pero sufre, comunmente, el daño que incide en su reputación en la cual se refleja su mismo honor. De análoga forma no puede tener el sentimiento celoso de la propia reserva y, por lo tanto, no puede experimentar la congruente lesión; pero no menos sufre el daño derivado por la divulgación de aquello comprendido en la esfera de lo íntimo, por la violación de sus secretos."(28)

Un ejemplo más, lo encontramos en el contrato del transporte en el cual en muchas ocasiones por retrasos que son imputables al chofer del camión, las personas tiene que sufrir las consecuencias morales que le ocasiona por ejemplo el no llegar a tiempo a los - funerales de un ser querido, o bien el no poder asistir a la boda de un familiar muy cercano o también , el no poder asistir a la firma de un contrato importante que le traería prestigio, etc. En

---

(28) A. de Cupis; "El Daño"; Bosch Casa Ed.; Barcelona 1975; P.124.

estos casos es necesario, que el daño moral que se ocasiona al perjudicado sea indemnizado debidamente, ya que el sujeto activo no está cumpliendo con la obligación de transportar en determinado número de horas de un lugar a otro.

Otro ejemplo, es en el caso de hospedaje, en el que se hayan hecho anticipadamente las reservaciones de determinados números de habitaciones por así convenir a los intereses de los hospedados, pero si al momento de llegar se encuentran con que las habitaciones reservadas se encuentran ocupadas y quiera el hotelero darles otras habitaciones reservadas se encuentran ocupadas las de su gusto, es lógico que por este hecho estarán sufriendo un daño moral y que por lo tanto el hotelero como responsable del conflicto tendrá el derecho de indemnizarlos.

Así mismo en el caso de una pareja, que ha sostenido relaciones durante mucho tiempo públicamente y cuya ruptura imprevista de uno de ellos ocasiona daño moral a la otra, debe indemnizarse por conducto del sujeto activo del hecho el daño que estará sufriendo el novio que no tuvo culpa alguna de la ruptura.

También podemos mencionar, un caso que tuvo mucha publicidad - hace aproximadamente dos años, en el cual una señorita que concurría para obtener el título de señorita Distrito Federal, renunció por dignidad una vez que había obtenido el título mencionado, en virtud de que fué difamada moralmente en forma pública por un periodista que afirmaba que dicha persona no era digna representante ya que el contaba con pruebas fotográficas que no se apegaban a los estatutos contenidos en el reglamento de dicho concurso y ella se defendía afirmando que éstas eran un fotomontaje, esto es, "arreglos" que se realizan en una fotografía para aumentar o disminuir en su apariencia. Es este un caso más, que a nuestro criterio amerita indemnización por parte del responsable, en razón de que -

además de haberle causado un daño moral se le quitó la oportunidad de disfrutar el premio obtenido.

## C A P I T U L O V

### EL DAÑO MORAL EN NUESTRA LEGISLACION

- 1.- C. C. de 1870
- 2.- C. P. de 1871
- 3.- C. C. de 1928
- 4.- C. P. de 1929
- 5.- C. P. de 1931
- 6.- Ley Federal del Trabajo
- 7.- Criterio de la S. C. de Justicia de la Nación.

C A P I T U L O    V  
EL DAÑO MORAL EN NUESTRA LEGISLACION.

1.- Código Civil de 1870.

El Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California fue publicado el 8 de Diciembre de 1870 y puesto en vigor por Decreto en el Diario Oficial de la Federación del 12 de Marzo de 1871 y en relación al tema que tratamos lo encontramos en el título III que trata sobre la ejecución de los contratos y específicamente en el capítulo IV que habla sobre la responsabilidad civil de los artículos 1574 a 1603 de los cuales en el artículo 1580 encontramos que define al daño de la siguiente manera: " se entienda por daño la pérdida o menoscaba que el contratante haya sufrido en su patrimonio por la falta de cumplimiento de la obligación ". Nótese que en esta disposición se habla de daño de una manera generalizada sin manifestar expresamente lo relativo al daño moral debido a que solamente alude al patrimonio de las personas más no a la personalidad de las mismas.

Para fijar el valor y el deterioro que hubiera sufrido una cosa no se atendía al precio estimativo o de afección, sólo en el caso que se probara que el responsable hubiese destruido o deteriorado aquélla con el objeto de lastimar la afección del dueño se aumentaba algo más al precio por esta causa pero no debía exceder de la tercera parte del valor común de la cosa ( art. 1587). Se observa que el legislador fue un tanto justo al establecer que para fijar el valor de la cosa no se atendería al precio estimativo o de afección ya que esto provocaría que el dueño de la cosa deteriorada probablemente estimara un precio muy elevado por tal circunstancia y también puede apreciarse que la ley al disponer que se permitiera lo anterior en el caso de que el responsa-

ble actuara con el ánimo de lastimar la afección del dueño. Lamentablemente estima este valor permitido en forma escasa pues se limitaba a una tercera parte del valor del bien.

## 2.- Código Penal de 1871.

El Código Penal Reformado para el Distrito y Territorios Federales sobre delitos del fuero común y para toda la república mexicana sobre delitos contra la federación, fué publicado en el Diario Oficial el 7 de Diciembre de 1871 el cual mencionaba a la responsabilidad civil en materia criminal del capítulo I al VI del libro segundo, de los artículos 301 al 367.

El primero establece que la responsabilidad civil proveniente de un hecho u omisión contrarios a una ley penal consiste en la obligación que el responsable tiene de hacer: I.- la restitución; II.- la reparación; III.- la indemnización; y IV.- el pago de gastos judiciales. Disponiendo en el artículo 305 que la indemnización importa el pago de los perjuicios.

Consideraba que la reparación comprendía el pago de todos los daños causados al ofendido, a su familia o a un tercero con violación de un derecho formal, existente y no simplemente posible, si aquellos son actuales y provienen directa e inmediatamente -- del hecho u omisión de que se trate o hay certidumbre de que esta o aquel los han de causar necesariamente, como una consecuencia próxima e inevitable. Si el daño consiste en la pérdida o -- grave deterioro sólo se le pagará la estimación de él y se le -- restituirá la cosa ( art. 304 ).

A mi parecer falta aclarar en la disposición del artículo 305 que la indemnización importará no sólo el pago de los perjuicios en los bienes patrimoniales sino también en los extrapatrimoniales.

Asímismo este Código adopta la indemnización no sólo en rela-



ción a la esfera patrimonial sino también en la extrapatrimonial utilizando para ésto la indemnización que denominaba extraordinaria a la cual tenía derecho la persona afectada para aquellos casos en que se infirieran golpes que le produjeran heridas o pérdida de un miembro no indispensable para el trabajo de las cuales resultara baldado, lisiado o deforme señalando el juez el pago de ésta atendiendo a la posición social y sexo de la persona y en la parte del cuerpo en que quedara lisiado baldado o deforme.

### 3.- Código Civil de 1928.

El Código Civil para el Distrito Federal de 1928 entró en vigor el primero de octubre de 1932 por Decreto publicado en el Dia rio Oficial el primero de Septiembre del mismo año y que se encuentra en vigencia hasta nuestros días y en cuyo capítulo V que habla de las obligaciones que nacen de los actos ilícitos encontramos lo siguiente.

En su artículo 1916 nos dice: " independientemente de los daños y perjuicios, el juez puede acordar en favor de la víctima de un hecho ilícito o de su familia, si aquella muere, una indemnización equitativa a título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho. Esa indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil ".

En esta disposición se elimina el término de indemnización extraordinaria utilizada en el Código Penal de 1871 y ahora se designa la misma como indemnización a título de reparación moral la cual también procede en los casos de daños y perjuicios.

Este artículo es criticado por el maestro Gutiérrez y González aludiendo a lo siguiente:

- a) Sujeta la indemnización por daño moral a la existencia de un daño pecuniario, con lo cual denota que en ella se observó un sistema de los llamados mixtos de la reparación del daño, pues supedita la reparación de aquél al monto de lo pecuniario, y

lo más grave aún, lo determina como máximo en una tercera parte del valor de éste.

- b) Pero además, se deja en forma potestativa a la autoridad judicial, el que se indemnice o no el daño moral, ya que en su texto dispone que "... el juez puede acordar ..." situación que implica dejar al temperamento de éste el que pueda o no; es para el juez una situación potestativa y no imperativa.
- c) Por otra parte, y esto es aún más delicado, sólo se puede reclamar indemnización por un daño moral, cuando éste sea consecuencia de un hecho ilícito; en el caso de que se origine en una conducta regida por la responsabilidad objetiva, no cabe la idea de reparar el daño moral.
- d) Finalmente, es absurdo que si el hecho ilícito lo produce un funcionario del Estado, conforme al artículo 1928, este no sea responsable por el daño moral. ¿Qué será un honor recibir daños por parte de un funcionario del Estado, y por ello el poder público no responde de ellos llegado el caso ?.

Estoy de acuerdo con la opinión del Maestro Gutiérrez y González y además con referencia a este artículo podemos decir que -- señala el caso de la víctima de un hecho ilícito , lo cual nos induce a pensar que si el daño se produce sin culpa del responsable, es decir, si no proviene de hecho ilícito, no habrá lugar a la reparación moral situación en la cual no estoy de acuerdo en virtud de que considero que deben ser indemnizados los daños morales aún cuando no provenga de aquél puesto que también se lesiona el patrimonio moral.

Por lo anteriormente expuesto creo necesaria la reforma y ampliación sobre este artículo en nuestro Código Civil dentro del

libro cuarto de las Obligaciones, por considerar a la realización de un daño moral fuente creadora de obligaciones que no sólo derivan de los daños materiales sino también de los inmateriales ya sea que éstos se produzcan independiente o conjuntamente con los primeros, para lo cual sería conveniente que se nombrara una comisión que redactara un proyecto del capítulo necesario para su introducción dentro del Código Civil en el que pudiera incluirse no solo el concepto de daño moral y los casos en que opera éste sino también determinar específicamente las personas que tienen derecho a pedirlo así como los obligados en su caso a efectuar el pago y también a manera de tabulación una serie de disposiciones que contengan los sentimientos o afectos que de una manera generalizada se presume existen en nuestra sociedad y que de una manera u otra se ven lesionados.

Este mismo ordenamiento en su artículo 143 que se refiere a los esponsales consagra por única vez al daño moral en forma independiente de todo daño pecuniario ya que precisa que basta que se lastime la parte afectiva y la parte social del patrimonio moral para que se pueda indemnizar.

#### 4.- Código Penal de 1929.

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales y para toda la república en los casos de la competencia de los Tribunales Penales Federales, el cual abrogó al de 1871. Este código fué expedido el 30 de septiembre y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de octubre del mismo año el cual contempla en el libro segundo la reparación del daño en sus capítulos I al VI, artículos 291 al 355 lo siguiente: en comparación con el artículo 301 del código Penal anterior se aprecia la derogación que de él se hizo de la fracción IV.

En el artículo 301 ya se alude de manera clara no sólo a los

perjuicios materiales sino que establece en la fracción II.- a los no materiales causados en la salud, honor, reputación y en el patrimonio moral del ofendido, o de sus deudos.

Y en el artículo 331 preceptúa que en el caso que se pruebe - que el responsable se propuso destruir o deteriorar la cosa, precisamente por ofender al dueño en su afección. Entonces se fijará el precio atendiendo a la afección sin que pueda exceder del triple de su valor comercial. Estas disposiciones no hacen una - reglamentación adecuada y sistemática de la materia en cuanto al daño moral se refiere.

#### 5.- Código Penal de 1931.

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia del fuero común y para toda la república en materia del fuero federal, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de agosto de 1931.

El citado código contempla en su artículo 30 la reparación del daño comprendiendo lo siguiente:

- I.- La restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuere posible el pago del precio de la misma y;
- II.- La indemnización del daño material y moral causado a la víctima o a su familia.

La orientación contenida en este código sobre el sistema a seguir para la reparación del daño moral me parece adecuada en cuanto que regula la indemnización del daño material o moral causado a la víctima o a su familia así como la fijación de la reparación por los jueces y porque también especifica las personas que están obligadas a reparar el daño lo cual contempla en sus artículos 30 y 31 que aún se encuentra en vigencia hasta nuestros días.

#### 6.- Ley Federal del Trabajo.

Esta ley contempla las indemnizaciones por riesgo de trabajo en

el artículo 438 y que son las que produzcan incapacidades y que deberán ser pagadas directamente al trabajador. En el segundo párrafo nos dice este artículo que en los casos de muerte del -- trabajador se estará a lo dispuesto por el artículo 115 el cual da derecho a los beneficiarios a recibir las prestaciones e indemnizaciones pendientes de cubrirse, ejercitar las acciones y continuar los juicios sin necesidad de juicio sucesorio, en caso de fallecimiento del trabajador. Y para efectos de saber quienes tienen derecho a recibir tal indemnización nos remitimos al artículo 501 el cual dispone en: I.- el cónyuge supérstite; II.- los ascendientes, quienes pueden concurrir con las personas señaladas en la fracción anterior; a menos que se pruebe que no dependen del trabajador; III.- a falta de cónyuge supérstite, puede hacerlo la concubina; IV.- a falta de todos estos las personas que dependían económicamente del trabajador las cuales podrán concurrir con la concubina; V.- y a falta de los mencionados en las fracciones anteriores el I.M.S.S.

#### 7.- Criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En el tomo de Jurisprudencia de 1917 a 1975. Poder Judicial de la Federación, tesis de ejecutoria, apéndice al semanario judicial de la federación, segunda parte primera sala.

En cuanto a la reparación del daño en el delito de homicidio se emitió la siguiente: " no es verdad que para la cuantificación de la pena se deba atender solamente a la gravedad de la culpa, sino que ésta debe relacionarse con el daño causado.

Sexta Epoca, Segunda Parte: Vol. XXVI, pág. 128-A.D. 3529/59.

Efectivamente es necesario tomar en cuenta no solo el ánimo con que se realiza la conducta delictiva sino también las consecuencias que ésta produzca, debido a que estas se pueden presentar aún sin la existencia del ánimo y que por lo tanto debe de rela-

cionarse con la gravedad de la culpa para obtener la debida cuantificación de la pena.

Fijación de la reparación del daño.- al respecto se emitió - Jurisprudencia sobre el artículo 31 del Código Penal de 1931, que al exigir como requisito indispensable la capacidad económica del inculcado, se refiere exclusivamente a los casos en que es menester reparar el daño moral, dado que en ese concepto el juzgador no tiene otra base para fijar el monto que su prudente arbitrio.

Sexta Epoca, Segunda Parte: Vol. XXXII, pág. 34-A.D. 3469/64.

Considero conveniente también se haga necesario tomar en cuenta la situación económica del inculcado para establecer de la manera más equitativa posible, el monto de la indemnización por el daño moral que se ocasione.

## CONCLUSIONES

- 1.- El problema de la indemnización del daño moral es de orden público dado que tiene una función social y esto se refleja a través de los fines que persigue y estos son: el de producir en los particulares ofendidos un sentimiento de seguridad y confianza en el Estado así como también garantizar el bien social y la paz pública porque evitará la -- justicia por propia mano.
- 2.- Desde la antigua Roma hasta nuestros días el daño moral es aceptado por diferentes países tanto Americanos como Europeos que reconocen que ante la existencia de un daño moral es conveniente el otorgamiento de un satisfactor que mitiguen el daño causado.
- 3.- Los Derechos de la Personalidad deben ser considerados patrimoniales.
- 4.- Ante la lesión de los Derechos de la Personalidad se produce un daño moral.
- 5.- Debe ampliarse la indemnización de los daños morales dentro del Código Civil, pero esto requiere de la creación en dicho Código de un capítulo en el cual se regule lo concerniente a su existencia, cuantificación y procedencia.
- 6.- Este Capítulo cuya creación se propone, recogerá la esencia de las disposiciones hechas hasta el momento en nues--

tro Código Civil que unificadas con las nuevas disposiciones tendrán como finalidad la de lograr una indemnización justa.

- 7.- Debe proceder la indemnización del daño moral respecto de to dos los actos ilícitos ya sean de naturaleza Civil o Penal - en los cuales llegue a producirse.
- 8.- El daño moral debe proceder con independencia de un daño material.
- 9.- Son personas obligadas al pago del daño moral la directamente responsable del hecho y aquéllas que por virtud de la sucesión se encuentran obligadas a ello. Asimismo el derecho de pedir la indemnización corresponderá a la persona que sea -- afectada en forma directa.
- 10.- El daño moral debe apoyarse en una ley que indique su procedencia teniendo como elementos la existencia de un daño moral cierto y la capacidad económica del obligado.
- 11.- La sentencia que se dicte en cuanto al monto de la indemnización será facultad discrecional del juzgador, tomando en consideración lo expuesto en el punto anterior y además el juez razonará sobre las circunstancias particulares de cada caso, esto es, las que consten sobre el daño moral causado y sus - consecuencias en la víctima y su familia.



## B I B L I O G R A F I A

- ACUÑA AZORENA ARTURO "Estudio sobre la responsabilidad Civil"; Editorial Platense Buenos Aires, 1963.
- A. DE CUPIS "El Daño"; Bosch Casa Editorial; Urgel Barcelona, 1975.
- AGUILAR CARVAJAL LEOPOLDO "Segundo Curso de Derecho Civil"; Editorial Porrúa, S. A.; México, 1975.
- AGUILAR DIAZ "Tratado de Responsabilidad Civil"; Editorial José M. Cajica; Trad. por Juan Agustín Moyano.
- BAYLEY JAIME "Cursos de Derecho Civil"; Claudio García Editores; Montevideo 1973.
- BONACI BENUCCI EDUARDO "La Responsabilidad Civil"; Trad. por Juan Fuentes; Editorial José M. Bosch; Barcelona, 1958.
- BUSTAMANTE ALSINA JORGE "Teoría General de la Responsabilidad Civil"; Editorial Abeledo Perrot; Buenos Aires, 1973.

BORJA SORIANO MANUEL

"Teoría General de las Obligaciones"; Librería Porrúa Hnos. y Cía.; México, 1939.

BORREL MACIA ANTONIO

"Responsabilidades Derivadas de la culpa Extracontractual"; -- Bosch Casa Editorial; Barcelona, 1942.

BREBBIA R. H.

"El Daño Moral"; Editorial Bibliográfica Argentina; Buenos Aires, 1950.

CASTAN TOBEÑAS JOSE

"Derecho Civil Español Común y Foral"; T. III; Editorial Reus, S. A. Madrid, 1969.

CAZEAUX N. PEDRO

"Derecho de las Obligaciones, Editorial Platense; Buenos Aires, 1970.

COLOMBO LEONARDO

"La Culpa Aquiliana" (Cuasidelictos); Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1947, 2ª Ed.

COLMO ALFREDO

"De las Obligaciones en General"; Editorial Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1944.

- DE GASPERI MORELLO  
"Derecho Civil"; T. II "Obligaciones en General"; Tipográfica Editora Argentina; Buenos Aires, 1964.
- ENCICLOPEDIA JURIDICA  
OMEBA  
Tomo I A; Editorial Bibliográfica - Argentina; Buenos Aires, 1968,
- ENNECCERUS  
"Tratado de Derecho Civil"; Bosch Casa Editorial; Urgel Barcelona, 1958.
- FISCHER HANS A.  
"Los Daños Civiles y su Reparación" trad, por W. Roces; Madrid, 1928.
- FRUTOS PEDRO E.  
"Compendio General de Derecho Civil" Editor Biblioteca Jurídica Argentina; Buenos Aires, 1930.
- GAUDEMET EUGENE  
"Teoría General de las Obligaciones"; Editorial Porrúa; México, 1974.
- GAROFALO  
"Indemnización a las víctimas del Delito"; Ediciones La España Moderna; Madrid, Trad. - por Dorado Montero.

- GIORGI JORGE  
"Teoría General de las Obligaciones" en el Derecho Moderno; Madrid, 1911. Imprenta de la Revista de Legislación.
- GOMIS SOLER JOSE  
"Derecho Civil Mexicano" "Teoría General de las Obligaciones" Editorial Talleres Tipográficos Excelsior, México, 1944.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO  
"El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad"; Editorial José M. Cajica Jr., S. A.; México, 1971.  
"Derecho de las Obligaciones"; Editorial Cajica, S. A.; México 1976.
- HOMERO RONDINA  
"Responsabilidad Civil y el Contrato de Construcción"; Ediciones Depalma; Buenos Aires, 1973.
- LAFILLE HECTOR  
"Tratado de las Obligaciones"; - Tomo I; Ediar, Soc. Anón., Editores; Buenos Aires 1947.
- LOEWENWARTER VICTOR  
"Derecho Civil Alemán Comparado"; Editorial Nascimento; Santiago de Chile, 1943.

MAZEAUD TUNC

"Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil"; T.I., Trad, por Luis Alcalá Zamora y Castillo; Ediciones Jurídicas - Europa- América, Buenos Aires, - 1961.

FLANIOU Y RIPERT

"Tratado Práctico de Derecho Civil Francés"; Cultura, S. A. ; La Habana, 1927.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL

"Derecho Civil Mexicano" "Obligaciones"; Editorial Porrúa, S. A.,; México , 1976.

"Quienes pueden reclamar la Reparación del daño en los casos de muerte de la víctima por hecho ilícito". Tribunal Superior de Justicia 1941.

"Compendio de Derecho Civil"; - Editorial Porrúa, S. A.; México, 1976.

ROTONDI MARIO

"Instituciones de Derecho Privado"; Editorial Labor; Barcelona, 1953.

## LEGISLACION CONSULTADA

- 1.- Código Civil Para el Distrito Federal; Editorial Porrúa, México, 1976.
- 2.- Código Penal para el Distrito Federal; Editorial Porrúa, México, 1977.
- 3.- Nueva Ley Federal del Trabajo; México 1979.
- 4.- Jurisprudencia de 1917 a 1975, Poder Judicial de la Federación, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Apéndice 1975 - Segunda Parte 1ª Sala.