

EL DAÑO MORAL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Marco conceptual*. 1. *Responsabilidad civil*. 2. *Daño*. 3. *Daño moral*. III. *Fundamentos de la responsabilidad civil por daño moral: los derechos de la personalidad*. IV. *El resarcimiento del daño moral*. 1. *Concepto*. 2. *Cuantificación*. 3. *El titular de la acción de reparación del daño moral*. V. *Las reformas al Código Civil para el Distrito Federal*. 1. *El proceso legislativo*. 2. *Las reformas a los artículos 1916 y 2116*. 3. *El artículo 1916 bis*. VI. *Consideraciones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

Ya en otra ocasión¹ se aludió a la convulsión legislativa que sufrimos en diciembre del año próximo pasado. El Congreso de la Unión fue literalmente bombardeado por las iniciativas provenientes del Ejecutivo, como no había sucedido en otros sexenios. A partir de entonces tenemos permitida aclarar el tan recurrido daño moral, sus alcances y límites, darío y un "paquete de renovación moral de la sociedad" que contiene, entre otras normas nuevas, las reformas a nuestro ordenamiento civil.

En este foro me voy a permitir ampliar las observaciones objetivas que ya fueron externadas, partiendo de una definición de conceptos que nos permite aclarar el tan recurrido daño moral, sus alcances y límites, lo cual nos lleva a hablar de los derechos de la personalidad y de la reparación del daño moral (si cabe esta reparación), a fin de tener elementos de juicio para evaluar las reformas y su eficacia.

II. MARCO CONCEPTUAL

1. *Responsabilidad civil*

De una u otra manera todos hemos adquirido una idea de responsabilidad independientemente de nuestros conocimientos jurídicos. Es la obligación de actuar de determinada manera. La Real Academia la define como "la obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro,

¹ Ver "Reformas al Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal (Diario Oficial, 31 de diciembre de 1982)", en Barrera Graf, *et al.*, *Reformas legislativas*, México, UNAM, 1983, pp. 55-62.

a consecuencia de delito, culpa o de otra causa legal". Jurídicamente se entiende como la obligación de reparar el daño causado a un tercero. Es, pues, una situación o consecuencia que se deriva de un hecho ilícito y consiste, precisamente, en reparar el daño.

El concepto de obligación implica, desde Justiniano, la idea de nexo o vínculo, lo cual nos lleva, si aceptamos tal idea como cierta, a definir a la responsabilidad civil como el vínculo que surge entre dos sujetos como consecuencia del daño sufrido por uno de ellos por la conducta de otro. Tal vínculo surge precisamente como sanción a dicha conducta que normalmente se cumple reparando el daño causado.

Frente a este concepto expuesto en forma tan concreta nos hacemos la pregunta siguiente: ¿es posible reparar todos los daños? Obviamente no, por lo tanto la responsabilidad civil no se agota en la reparación, pues sería tanto como afirmar que frente a daños irreparables no existe responsabilidad. Por ello estamos de acuerdo con Juan Ricardo Jiménez,² cuando propone definir a la responsabilidad civil en términos más concretos diciendo que "es la atribución de una sanción por la realización de una conducta no permitida por el derecho".

2. Daño

El daño es todo menoscabo o pérdida que una persona sufre en su persona o sus bienes producido por un agente externo. De Cupis³ expresa que la conducta que produce tal menoscabo debe ser, necesariamente, antijurídica, un hecho ilícito, a fin de que sea sancionado por el derecho.

Desde el punto de vista de la norma jurídica y siguiendo a De Cupis,⁴ el daño tiene dos elementos: uno material que consiste en el hecho físico y otro formal que proviene de la norma jurídica.

Al hablar de los tipos de daños casi todos los autores⁵ coinciden, dentro de un criterio de clasificación, en hablar de daño patrimonial o material, daño no patrimonial o moral.

² Jiménez Gómez, Juan Ricardo, *El daño moral* (presentada en la División de Estudios de Posgrado, UNAM, 1981, inédita, p. 3).

³ Cupis, Adriano de, *El daño* (traducción de Angel Martínez), Barcelona, Editorial Bosch, 1975, p. 88.

⁴ *Idem*, p. 82.

⁵ Cupis, *op. cit.*, pp. 122-125, señala dos grandes grupos de clasificación: una según el interés que afecten y habla de daño que afecta al interés público o al interés privado, y otra según afecte o no al patrimonio y habla de daño patrimonial, daño moral puro y daño patrimonial indirecto. Jean Carbonnier, *Droit civil*, Paris. Presses Universitaires de France, 1978, p. 84, lo clasifica exclusivamente en daño material, daño corporal y daño moral. Roberto de Ruggiero, Colin y Capitant y Ripert y Boulanger, en sus respectivos tratados, coinciden con dicha clasificación.

3. Daño moral

Como en otros casos, el concepto de daño moral no es universalmente aceptado. Su origen proviene de la doctrina francesa y ha sido traducido directamente en otras legislaciones. Sin embargo algunos autores lo denominaban daño no patrimonial, daño inmaterial, daño no económico o daño extrapatrimonial, pero todos ellos se refieren a lo mismo.

Baudry-Lacantinerie y Barde⁶ lo definen como:

... Todo perjuicio que no atenta al individuo en su fortuna o en su cuerpo... El daño comprende: la desconsideración que significa para la persona atacada el resultado del ataque, el dolor causado por la pérdida de una persona querida, los sufrimientos físicos, la pena, las inquietudes que son, a veces, la consecuencia del hecho dañoso.

Carbonnier expresa:⁷ "daño moral es el que no produce detrimento patrimonial alguno."

Von Thur⁸ afirma que los daños morales son: "los quebrantos y dolores físicos o de orden moral que se le producen al hombre cuando ilícitamente se atenta contra su persona o se invade la esfera de sus personales intereses."

Ortiz Ricol,⁹ sostiene que:

El daño moral es... daño inferido en derechos de la estricta personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afección que de la realidad material, económica... es la lesión ocasionada en los bienes no económicos de una persona, o la repercusión afectiva desfavorable producida por los daños materiales.

Como observamos, todos los autores citados, al igual que los que se quedaron en el tintero, pero que pueden ser consultados, coincidieron en referirse al daño moral como aquel detrimento no patrimonial, afectivo, que sufre una persona por la conducta ilícita de otro, lo cual nos lleva a concluir que se trata de algo subjetivo difícilmente valo-

⁶ Baudry-Lacantinerie y Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 2a. ed., París, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1905, t. III, 2a. parte, pp. 1099 y 1100.

⁷ *Op. cit.*, p. 65.

⁸ Thur, A. von, *Tratado de las obligaciones*, Madrid, Editorial Reus, 1934, t. I, p. 88.

⁹ Ortiz Ricol, Gregorio, "Valoración jurídica del daño moral", *Revista de Derecho y Legislación*, Caracas, año XLVIII, núms. 572-573, enero-febrero de 1959, p. 24.

nable. Conclusión que apuntamos por el momento para desarrollarla más adelante.

Ahora bien, este daño debe ser cierto, personal y causado por un hecho ilícito.

III. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO MORAL: LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

No cabe la menor duda que debemos buscar los fundamentos de la responsabilidad civil por daño moral en el campo de la filosofía del derecho, ya que se trata precisamente del área de valores: la axiología.

Ihering¹⁰ expresó que:

La jurisprudencia romana llegó en esto (daño moral) a la idea de que, en la vida humana, la noción de valor no consiste solamente en dinero; sino que, al contrario, además del dinero, existen otros bienes a los que el hombre civilizado atribuye un valor y que quiere ver que los proteja el derecho.

Así pues, no por carecer de un contenido económico estos valores van a quedar desprotegidos por una norma jurídica.

Si retrocedemos en el tiempo observaremos que el origen del derecho está precisamente en normas morales que fueron sancionadas por la comunidad. Actualmente encontramos resabios de ese lejano amanecer jurídico en el concepto de las buenas costumbres a las que el juzgador debe recurrir y evaluar por voluntad del legislador, en determinados casos, como por ejemplo el enfrentarse a una laguna legislativa.

Sin detenernos mucho en el tema, quisiéramos resaltar la importancia que existe en el vínculo que liga a las normas morales y las normas jurídicas, para determinar la validez del concepto: patrimonio moral.

Este vínculo a que se hace referencia no es más que el derecho natural entendido como un conjunto de juicios o criterios supremos rectores de la vida social que enuncian un deber de justicia, cuyas leyes consagran las prerrogativas del hombre, de la persona humana.

A su vez esta persona como concepto técnico-jurídico es una síntesis que aglutina lo individual y lo social del ser humano en forma armónica y equilibrada.¹¹ Síntesis que nos lleva a pensar en la solidaridad

¹⁰ Citado en Fueyo Laneri, Fernando, "Sobre el daño extrapatrimonial en el incumplimiento del contrato", *Jurídica*, Buenos Aires, III, 1965, p. 70.

¹¹ Ver González Uribe, Héctor, "El tema del hombre como preocupación general de la filosofía jurídica y social de nuestros días", *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, UNAM, vol. IV, México, 1982.

como fuente de una conciencia de pertenencia o un grupo o comunidad, motivando la búsqueda de una convivencia pacífica en donde todos vivan con un mínimo de dignidad humana.

Dignidad que no se encuentra exclusivamente en los mínimos de bienestar material ya que éstos son, en nuestra opinión, simples apoyos o complementos de un bienestar que podemos calificar de espiritual o, si este concepto no nos gusta, de un bienestar síquico.

Tal bienestar se alcanza cuando las necesidades materiales han sido satisfechas y cuando la parte afectiva no se ha visto agredida por factores externos. Es decir, cuando el sentimiento de seguridad material y afectiva priva en la persona.

En concreto coincidimos con Jiménez Gómez¹² cuando expresa que el fundamento de la responsabilidad civil por daño moral reside en la prioridad que tienen los bienes no materiales de la persona, aquellos para los que no es posible establecer una valoración pecuniaria. Textualmente afirma:

...al proteger el patrimonio moral de la persona no sólo se está ampliando la tutela del orden jurídico a un bien o clase de bienes más, sino que se le está dotando de un medio eficaz para evitar el desmoronamiento de la sociedad.

Con esto llegamos al punto más subjetivo de nuestro tema: los derechos de la personalidad.

Ya he externado mi opinión¹³ sobre la denominación de tales derechos. Es innegable que el término técnico "personalidad", tiene una connotación específica. Es la manifestación de la persona en el mundo objetivo; manifestación única, indivisible y abstracta que permite que las personas (físicas o morales) actúen en el contexto jurídico como sujetos de relaciones concretas y determinadas.¹⁴

Sin embargo, al hablar de derechos de la personalidad se está haciendo mención de derechos propios del ser humano,¹⁵ con lo cual el concepto personalidad adquiere un nuevo significado. Ahora bien, como se trata de profundizar sobre el tema, por el momento, aceptamos, sin conceder, el término tal y como se ha venido entendiendo hasta ahora.

De Cupis¹⁶ los define como: "aquellos derechos esenciales, derechos

¹² Jiménez Gómez, Juan Ricardo, *op. cit.*, p. 33.

¹³ Barrera Graf, Jorge, *et al.*, *cit.*, p. 57.

¹⁴ Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil*, 2a. ed., México, Porrúa, 1976, p. 305.

¹⁵ Debe hacerse la aclaración que con ello no se está identificando a los derechos de la personalidad con los derechos humanos, ya que son dos ámbitos diferentes de tutela jurídica que se complementan sin confundirse.

¹⁶ Cupis, Adriano de, *I diritti della personalità*, Milán. Dott A. Giuffrè Editore, 1973, t. I, pp. 13-15.

que constituyen el mínimo necesario del contenido de la propia personalidad... son derechos innatos que no se agotan en su contenido."

Ferrara¹⁷ como: "...aquellos que garantizan el goce de nosotros mismos, asegurando al individuo el señorío de su persona y la actuación de sus fuerzas físicas y espirituales."

Castán Tobeñas¹⁸ afirma que son: "...Los bienes constituidos por determinados atributos o cualidades físicas o morales del hombre, individualizados por el ordenamiento jurídico."

Como se desprende de las definiciones propuestas, el contenido de tales derechos es difícil de determinar. Por el momento, y para los efectos de esta exposición, adoptaremos la clasificación propuesta por la doctrina italiana, cuyo criterio es enumerar los derechos de la personalidad en atención al objeto sobre el que recaen, así tenemos:

a) Derechos cuyo objeto es la parte social pública de la persona: derecho al honor; derecho al título profesional; derecho a la reserva (epístolas, domiciliaria, telefónica, profesional, imagen, etcétera); derecho al nombre; derecho a la presencia estética; derecho de convivencia.

b) Derechos cuyo objeto es la parte afectiva de la persona (familiares o de amistad).

c) Derechos cuyo objeto es la parte físico-somática de la persona: derecho a la vida, derecho a la libertad, derecho a la integridad física, derechos relacionados con el cuerpo humano, derechos sobre el cadáver.

IV. EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL

1. *Concepto*

Mediante el resarcimiento, nos dice De Cupis,¹⁹ se pretende equilibrar los intereses afectados en la medida en que fueron perjudicados. Se trata, pues, de un mero acto de reparación, de restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraban antes del hecho ilícito que ocasionó el daño.

Cabe hacer notar que el legislador normalmente emplea el término indemnización como una acción diferente al resarcimiento. Sin embargo, tanto la indemnización como el resarcimiento son un remedio de

¹⁷ Citado en Barrera Graf, *et al.*, p. 56.

¹⁸ Castán Tobeñas, José, "Los derechos de la personalidad", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, julio-agosto, 1952, p. 34.

¹⁹ Cupis, Adriano de, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Barcelona, Ed. Bosch, 1975, p. 751.

carácter pecuniario para establecer el interés dañado. Inclusive si consultamos el diccionario de la Real Academia, indemnización es sinónimo de reparación y compensación al igual que el resarcimiento.

Tratándose de daño moral parece importantísimo señalar una corriente que identifica el término necesariamente como una sanción y no propiamente como una indemnización. El por qué de esta importancia lo desarrollaré más adelante en la exposición de las reformas; por el momento simplemente queda apuntada.

2. Cuantificación

Los sistemas hasta ahora seguidos por todas las legislaciones que sancionan la responsabilidad civil por daño moral para cuantificarlo se ubican en dos grandes grupos: aquellos que cuantifican en relación a un daño material del cual se deriva el daño moral, y aquellos que dejan al criterio del juzgador su cuantificación.

Hasta antes de las reformas que nos ocupan, el sistema seguido por nuestro ordenamiento civil en su artículo 1916 se ubicaba en el primero en la medida en que el juez podía acordar en favor de la víctima de un hecho ilícito o de su familia, una indemnización a título de reparación moral, misma que no podía exceder de la tercera parte del importe de la responsabilidad civil, es decir del daño material.

Empero, en su artículo 143 sigue el segundo sistema ya que la indemnización a título de reparación moral que debe pagar el prometido que sin causa grave se rehúse a cumplir con su compromiso de matrimonio, será en los términos del citado precepto "prudentemente fijado en cada caso por el juez, teniendo en cuenta los recursos del prometido culpable y la gravedad del perjuicio causado al inocente".

3. El titular de la acción de reparación del daño moral

Parece sencillo determinar que las legislaciones que sancionan el daño moral identifican como titulares de la acción de reparación en primer lugar a la víctima y en segundo, si aquélla muere, a los herederos de la misma.

Sin embargo, ya que estamos en presencia de algo tan subjetivo como son los sentimientos y los afectos, en el segundo caso se han planteado interesantes cuestionamientos doctrinales frente a la posición de los juzgadores que literalmente han cerrado las puertas a toda acción de reparación que no sea justificada por un lazo de parentesco.

Los cuestionamientos se resumen en una sencilla reflexión: el lesio-

nado en sus afectos por un hecho ilícito no es siempre el heredero más próximo, y se debe tener cuidado al juzgar un caso concreto para no dejar sin protección los sentimientos de dicha persona por la falta de un nexo de parentesco que, siendo extremistas, puede no ser más que un mero accidente biológico.²⁰

Tal planteamiento nos obliga a presentar nuestra postura: por convicción personal sostenemos que el legislador no puede limitar la titularidad de la acción que nos ocupa; debe ser el juzgador, frente a cada caso concreto, ponderando los requisitos de existencia del daño y las razones expuestas por el actor, quien decida si procede o no tal acción.

V. LAS REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

1. *El proceso legislativo*

El proceso legislativo de las reformas que nos ocupan tiene su origen en el lema enarbolado durante la campaña presidencial de Miguel de la Madrid bajo el enunciado de que "la renovación moral de la sociedad sería compromiso y norma de conducta permanente... para fortalecer nuestros valores".

Congruente con esta idea envía al Congreso de la Unión, entre otras iniciativas, una para reformar los artículos 1916 y 2116 del ordenamiento civil para el Distrito Federal.

En esta iniciativa aparece el reconocimiento de los derechos de la personalidad y la necesidad de su tutela jurídica a través del fincamiento de la responsabilidad civil a cargo de quien los "conculque" obligándolo a reparar el daño moral mediante una compensación pecuniaria "desechando los escrúpulos pasados en valorar pecuniariamente un bien de índole espiritual".²¹

La Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados en su dictamen resalta²² que la renovación moral demanda una "conciencia solidaria" evitando que la conducta de unos afecte a otros injustamente:

...tiene como consecuencia ineludible, el establecimiento de una responsabilidad jurídica integral, ajustada a los requerimientos presentes de la vida en sociedad, que asegure a la persona que sufra

²⁰ Los autores que plantean estas reflexiones son, principalmente, De Cupis, Ripert, Jossierand y Brebbia, entre otros.

²¹ "Proceso legislativo de la iniciativa presidencial de reformas a los artículos 1916 y 2116 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, México, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, LII Legislatura, 1983, p. 7.

²² *Idem*, p. 13.

daños materiales o morales originados por la conducta de otro, una reparación equitativa.

Dicha Comisión modificó la reforma propuesta por el presidente en su forma con el objeto de evitar, en lo posible, según se afirma, interpretaciones que tornen ineficaz el esfuerzo realizado por el ejecutivo y el legislador.

En las discusiones del proyecto de decreto sólo se dejó oír la voz de la diputación panista en contra de "...objetivar lo subjetivo, valorar con el criterio al arbitrio individual la apreciación superlativa reflexiva que, sin lugar a dudas cada individuo tenemos de nosotros...".²³

Fue precisamente esta diputación quien introdujo el concepto de mordaza como adjetivo para las reformas aduciendo que atentan contra la libertad de expresión.²⁴

Las demás diputaciones, haciendo gala de recursos oratorios y de conocimientos jurídicos esgrimidos a conveniencia, apoyaron el dictamen de la Comisión, el cual fue aprobado y pasó a la Cámara de Senadores.

En ellas las Comisiones Unidas, Segunda de Justicia y Segunda de Gobernación, apoyaron el proyecto enviado por la Cámara Baja y se adicionó un artículo 1916 bis. Para estas alturas del proceso legislativo el cuarto poder (la prensa), como lo llamó el diputado panista Gabriel Salgado,²⁵ había usado toda su fuerza para evitar la aprobación de tal proyecto aduciendo que era violatorio de las libertades consagradas en los artículos 6o. y 7o. de la Constitución.

De hecho se califica de tibia a la Cámara de Senadores por haber incluido el artículo 1916 bis cediendo a las presiones de la prensa.

Tal proceso culminó con la aprobación del proyecto y la posterior publicación del decreto de reforma.

2. Las reformas a los artículos 1916 y 2116

El artículo 1916 en la iniciativa presidencial definía al daño moral como la lesión que una persona sufre en sus derechos de la personalidad tales como sus sentimientos, afecciones, creencias, decoro, honor, reputación, secreto de su vida privada e integridad física, o bien, en la consideración de sí misma.

²³ *Idem*, p. 19.

²⁴ *Idem*, p. 23.

²⁵ *Idem*, p. 93.

Introduciendo así, en la legislación civil mexicana, el concepto de derechos de la personalidad en forma explícita.

El texto final suprimió la mención de los derechos de la personalidad concretándose a enunciarlos y aclarando la última parte de este párrafo, quedando de la siguiente manera:

Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

A pesar de la subjetividad que conlleva, se debe aplaudir el interés por una definición clara que tuvo el legislador en esta ocasión a fin de evitar problemas posteriores como los que nos encontramos a cada momento en nuestro Código.²⁶

Sin embargo, ¿no hubiera sido mejor, desde el punto de vista de la sistemática jurídica, atacar el problema a fondo e incluir un capítulo específico sobre los derechos de la personalidad a fin de limitar sus contenidos y alcances evitando con ello la entera subjetividad como está hasta ahora?

El segundo párrafo del texto definitivo consigna la responsabilidad civil de quien por un hecho u omisión ilícitos produzca un daño moral. Textualmente expresa:

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

Son tres los grandes aportes de este segundo párrafo que se diferencia sustancialmente de la iniciativa presidencial. Los tres grandes aportes en relación al antiguo artículo 1916 son:

1º Le da un trato autónomo al daño moral desligándolo en este precepto del daño material;

2º Incluye dentro de las formas posibles de causar un daño moral no sólo los hechos y omisiones ilícitas sino el uso de mecanismos, ins-

²⁶ Señalamos solamente la indefinición de conceptos tales como "justo título", o "familia", por ejemplo.

trumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollan, por su naturaleza explosiva e inflamable, por la energía eléctrica que conduzcan o por otras causas similares, es decir, la responsabilidad objetiva, y

3º No dispensa, como el artículo antiguo, al Estado y a sus funcionarios de la responsabilidad del daño.

El párrafo tercero nos indica quiénes son los titulares de la acción de reparación aclarando, en principio, que su ejercicio no es transmisible a terceros por actos entre vivos. Estipula que: "La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida," dejando así, como debe de ser, la tarea de evaluar la calidad de víctima al juzgador y evitando la ambigüedad del antiguo 1916 cuando expresaba que la indemnización era acordada en favor de la víctima o de su familia, si aquélla moría. Actualmente los herederos, no la familia en general, son quienes pueden continuar el ejercicio de la acción de reparación iniciada por la víctima en vida.

El párrafo cuarto presenta, desde mi punto de vista, el aspecto más conflictivo de la reforma: la indemnización. Dicho párrafo establece:

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

Con este párrafo se unifica el criterio para cuantificar el daño moral dejando, en los dos casos que se contemplan: rompimiento injustificado de los esponsales y hechos ilícitos, al criterio del juzgador el monto de la indemnización.

Aceptando la responsabilidad de incurrir en un subjetivismo similar o mayor al que crítico en el legislador, no puedo más que expresar que toda mi forma de pensar y de vivir entra en conflicto con el legislador cuando se trata el tema de la reparación pecuniaria del daño moral.

Emplear los conceptos resarcimiento, reparación, restitución, compensación, en relación con el daño moral, implica que los sentimientos pierden su naturaleza íntima, subjetiva, para convertirse en algo material, valuable y objetivo.

Es cierto que un gran número de legislaciones en el ámbito internacional han introducido este concepto como un adelanto en la materia.

En otra ocasión²⁷ puse un ejemplo que me permito repetir para apoyar mi afirmación: una calumnia, hecho ilícito, puede provocar una desavenencia conyugal tal que, mientras se averigua su certeza o falsedad, degenera en divorcio. Magro consuelo sería, para el cónyuge calumniado, la indemnización prudentemente fijada por el juez y la publicación del extracto de la sentencia en los términos del párrafo quinto que expondremos a continuación, cuando por ese hecho perdió a su cónyuge y su estabilidad afectiva misma que no retomará fácilmente aunque hubiere una reconciliación. En términos de la psicología ese ilícito, la calumnia, dejó, en nuestro ejemplo, una cicatriz irreparable.

¿Qué mayor lesión en los sentimientos de un ser humano que el sufrimiento de sus seres queridos?, cuando el uso irresponsable de materias peligrosas desfigura a su hijo, cuando un degenerado viola a su hija, son heridas psicológicas, lesiones en los sentimientos, violaciones a un derecho de la personalidad, irreparables.

Sostengo, y esto es una convicción personal con hondas raíces, que el daño moral no puede ser valuado pecuniariamente sin infligir una ofensa mayor a la víctima. No es posible, de ninguna manera, que algo tan personal, tan subjetivo como el honor y el afecto tengan una valor objetivo; en consecuencia, cualquier indemnización que se establezca carecería del carácter de compensatorio que el legislador quiso otorgarle.

Una corriente doctrinal identifica el término resarcimiento como una sanción en contra del culpable y no como una indemnización a favor de la víctima. Considero, pues, que el legislador, después de definir los derechos de la personalidad y la responsabilidad del ofensor, debió remitir al ordenamiento penal para castigar a este último. O, como se consagra en otras legislaciones como la alemana y la suiza, por ejemplo, limitar la acción de la víctima a demandar del juzgador que haga cesar la conducta que daña sus intereses; la indemnización sólo procedería en casos específicos como la usurpación del nombre, la nulidad del matrimonio, el divorcio, la maternidad en los casos de promesa incumplida de matrimonio y la publicación de documentos confidenciales.

Tratándose de intereses personales más generales, el juzgador en esos países tiene la facultad de sustituir la indemnización por otro tipo de reparación,²⁸ solución más humana.

E inclusive, el Código Civil etíope en sus artículos 2105 y 2106 señala que, en primer lugar, el perjuicio moral no puede ser resarcido

²⁷ Barrera Graf, J., *et al.*, *cit.*, p. 60.

²⁸ Artículo 49 del Código de Obligaciones de 1911.

mediante una indemnización, a menos que esté expresamente señalado por la ley, y en este caso, la víctima puede nombrar una institución de beneficencia a fin de que a ella se aplique la pena pecuniaria fijada.

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

Este párrafo constituye toda una novedad en nuestro sistema y fue el que exacerbó los ánimos de la prensa. En cuanto a la técnica jurídica, la comisión que elaboró el proyecto se olvidó sustituir el vocablo "acto" por el de "hecho", como sí lo hizo en el párrafo segundo.

La reforma al artículo 2116 permite que, atendiendo a los criterios consignados en el artículo 1916, se incremente la indemnización por el deterioro de una cosa atendiendo al "precio estimativo o de afecto", cuando el responsable la destruyó o deterioró con el objeto de lastimar los sentimientos o afectos del dueño.

3. *El artículo 1916 bis*

El artículo segundo de las reformas que nos ocupan adiciona nuestro Código Civil con un artículo 1916bis.

Ya había externado que tal adición no fue más que el resultado de un compromiso de tipo político cuya raíz se encuentra en el descontento que la iniciativa presidencial provocó en los medios de difusión, opinión que concuerda con la externada por Gabriel Salgado, diputado panista,²⁹ ante la legislatura.

Precisamente en virtud de que es un compromiso político, es una adición carente completamente de sentido y de toda técnica jurídica.

Dicho artículo reza:

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

²⁹ Proceso legislativo, *cit.*, p. 93.

En todo caso, quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta.

Me permito hacer notar que el primer párrafo sale sobrando ya que existiendo una jerarquía en nuestra legislación en cuya cúspide se encuentra la carta magna y no pudiendo ningún ordenamiento contravenir, es irrelevante que sostengan que el ejercicio de una garantía constitucional no puede ser constitutivo de un hecho ilícito a pesar de que alguien pudiera ser herido en sus sentimientos por tal ejercicio.

En cuanto al segundo párrafo, éste debió haber sido incluido en el párrafo tercero del artículo 1916, ya que contiene dos de las características del daño moral —certeza y relación directa entre el daño y la conducta— en donde se consigna el tercero de ellos.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Para concluir quiero volver a insistir que considero de elemental justicia la protección de nuestros derechos extrapatrimoniales, pero de igual manera estimo que las reformas al Código Civil no representan una tutela efectiva de ellos. Debemos pensar que es más fácil prevenir que lamentar. Serían pues mucho más eficaces una serie de disposiciones, incluso de carácter administrativo, que previnieran el posible daño moral. Y en caso de darse, yo hubiera propuesto no una indemnización para la víctima, sino una sanción para los responsables, aplicable posiblemente a instituciones de asistencia.

Además, debemos recordar que facultades tan extensas como las concedidas al juzgador en el artículo 1916, funcionan en sociedades que han superado muchas, si no todas, las deficiencias que padecemos en México. Aquí se puede prestar a una serie de abusos por parte de quienes deberían proteger a la víctima de un daño moral.

Estando así las cosas me pregunto: ¿fue la intención del legislador proteger los derechos de la personalidad, la dignidad humana, o tuvo otro motivo?

Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y NOROÑA