



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS

“La dimensión punitiva de la compensación del daño moral y su relación con la reparación integral en el derecho de daños en México”

TESIS

QUE COMO PARTE DE LOS REQUISITOS PARA OBTENER GRADO DE MAESTRO EN DERECHOS HUMANOS

PRESENTA

JOSÉ LUIS LAUREAN DIOSDADO

DIRIGIDO POR

DRA. KARLA ELIZABETH MARISCAL URETA

CENTRO UNIVERSITARIO
QUERÉTARO, QRO.
SEPTIEMBRE DE 2024

La presente obra está bajo la licencia:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>



CC BY-NC-ND 4.0 DEED

Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional

Usted es libre de:

Compartir — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato

La licenciante no puede revocar estas libertades en tanto usted siga los términos de la licencia

Bajo los siguientes términos:



Atribución — Usted debe dar [crédito de manera adecuada](#), brindar un enlace a la licencia, e [indicar si se han realizado cambios](#). Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que usted o su uso tienen el apoyo de la licenciante.



NoComercial — Usted no puede hacer uso del material con [propósitos comerciales](#).



SinDerivadas — Si [remezcla, transforma o crea a partir](#) del material, no podrá distribuir el material modificado.

No hay restricciones adicionales — No puede aplicar términos legales ni [medidas tecnológicas](#) que restrinjan legalmente a otras a hacer cualquier uso permitido por la licencia.

Avisos:

No tiene que cumplir con la licencia para elementos del material en el dominio público o cuando su uso esté permitido por una [excepción o limitación](#) aplicable.

No se dan garantías. La licencia podría no darle todos los permisos que necesita para el uso que tenga previsto. Por ejemplo, otros derechos como [publicidad, privacidad, o derechos morales](#) pueden limitar la forma en que utilice el material.



Universidad Autónoma de Querétaro
Facultad de Derecho
Maestría en Derechos Humanos.

“La dimensión punitiva de la compensación del daño moral y su relación con la reparación integral en el derecho de daños en México”

Tesis

Que como parte de los requisitos para obtener el grado de
Maestro en Derechos Humanos.

Presenta:

Jose Luis Laurean Diosdado

Dirigido por:

Dra. Karla Elizabeth Mariscal Ureta
Presidente

Dr. Salvador Cervín Serrano
Secretario

Dr. Lutz Alexander Keferstein Caballero
Vocal

Dr. Jesús Armando Martínez Gómez
Suplente

Dr. Israel Covarrubias González
Suplente

Centro Universitario
Querétaro, Qro.

SEPTIEMBRE 2024

Resumen

El “daño moral” existe desde el Código Civil Federal de 1928, sin embargo, en la práctica judicial, ha sido una figura poco relevante y poco arraigada debido a su carácter extrapatrimonial y, por lo tanto, intangible. Esta situación cambió con la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos de 2011 y, también, gracias a la construcción de estándares de reparación integral por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de precedentes provenientes del *Common Law*. A través de las anteriores, la esfera psíquica del individuo adquiere una importancia real como bien jurídico tutelado de la integridad personal. En México, existen, de manera reciente, algunas sentencias icónicas respecto de la figura de daños punitivos en caso de muerte, donde prevalece la reparación económica como medida reparatoria hacia la víctima y disuasiva para el agente responsable del daño. El presente trabajo abordará la importancia de la compensación -en su dimensión punitiva- como una medida real de no repetición, en el marco de una reparación integral, sin dejar de lado los demás elementos como la rehabilitación y satisfacción. Además, la presente tesis busca ser una guía, tanto didáctica como práctica para identificar y evaluar casos de responsabilidad civil, a fin de delimitar las expectativas tanto de víctimas como de abogados a través del análisis de una sentencia en un caso de responsabilidad civil extracontractual por riesgo creado. El análisis de la misma abarca desde la presentación de demanda, contestación, excepciones y defensas; material probatorio, sentencia de primera instancia, apelaciones y resolución de toca civil para correlacionar el marco teórico con la práctica forense.

Palabras clave: daño moral, daños punitivos, responsabilidad civil extracontractual, reparación integral.

Summary

Moral damages exist since the Federal Civil Code of 1928, however, in judicial practice it has been a not very relevant and little rooted figure due to its extra-patrimonial and intangible nature, this situation changed with the constitutional reform on Human Rights of 2011 and also thanks to the construction of comprehensive reparation standards by the Inter-American Court of Human Rights and precedents from the Common Law, through which the individual's psychic sphere acquires real importance as a legal asset protected by right of personal integrity. In Mexico, there are already some iconic sentences regarding the figure of punitive damages in the event of death where economic reparation prevails as a reparative measure towards the victim and as a deterrent for the agent responsible for the damage. This work addresses the importance of compensation -in its punitive dimension- as a real measure of non-repetition, within the framework of comprehensive reparation, without neglecting other elements such as rehabilitation and satisfaction. In addition, this thesis seeks to be a guide, both didactic and practical, to identify and evaluate civil liability cases in order to delimit the expectations of both victims and lawyers through the analysis of a sentence in a tort case. due to risk created, from the filing of the claim, answering exceptions and defenses, probative material, judgment of first instance, appeals and appeal resolution in order to correlate the theoretical framework with the forensic practice.

Palabras clave: comprehensive reparation, moral damages, punitive damages, tort law.

Dedicatoria

A los pilares de mi vida: mi madre, mi hija, mi padre.

Agradecimientos

A mi Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro, a este Programa Titúlate y sobre todo a cada uno/a de mis docentes quienes son una gran fuente de inspiración.

Contenido

Dedicatoria	5
Agradecimientos	6
INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO PRIMERO	10
1. El “daño moral” y la resolución recaída al Toca Civil 2753/2016 del índice de la Segunda Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Querétaro	10
1.1. Evolución doctrinal.....	10
1.1.1. Concepto de obligación	11
1.1.2. Concepto de daño	12
1.1.3. Concepto de responsabilidad	12
1.1.4. Naturaleza de las reparaciones	13
1.1.5. Obligaciones que nacen de los actos ilícitos y responsabilidad objetiva	21
1.1.6. Elementos de la responsabilidad civil extracontractual, criterios de imputación	23
1.2. Teoría tripartita de la reparación del daño.....	27
1.3. El daño moral	29
1.4. Dimensión punitiva de la compensación por daño moral	30
1.4.1. Parámetros de cuantificación del monto de la compensación por daño moral: 31	
1.4.2. El enriquecimiento ilegítimo de la víctima	33
1.5. Excepciones en contra de la responsabilidad civil	33
1.6. Ilícitudes en el ejercicio de la libertad de expresión y divulgación de información. 35	
1.7. Responsabilidad civil médica	47
1.8. Compensación del daño moral como elemento de la reparación integral en función del parámetro de regularidad constitucional	58
CAPÍTULO DOS	68
CONCLUSIONES	86
BIBLIOGRAFÍA.....	95

INTRODUCCIÓN

El daño moral y la reciente adopción de su faceta punitiva en el sistema jurídico mexicano han adquirido una importancia de gran relevancia en virtud de la constitucionalización de las reparaciones a violaciones de los derechos humanos, mismos que encuentran vigencia incluso en relaciones entre particulares. Por lo anterior, resulta útil para cualquier abogado que litigue derecho de daños el estudiar la relación presente entre los daños punitivos y los elementos de la reparación integral del daño, como la restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y medidas de no repetición.

Los daños punitivos, provenientes del sistema jurídico del *Common Law*, comprenden dos dimensiones muy específicas: la de ejemplaridad y la de disuasión, efectos que -desde la resolución del Amparo Directo 30/2013, resuelto por la Primera Sala de la SCJN en fecha 26 de febrero de 2014- se comenzaron a contemplar desde la sede judicial a través de su incorporación por la vía jurisprudencial.

En la presente tesis, analizaremos la influencia que tuvo la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 6 y 10 de junio de 2011 y en la adopción de los daños punitivos en México; así como la relación e impacto que tienen los efectos buscados con la concesión de daños punitivos en la cristalización de la reparación integral de origen interamericano. Aunado a lo anterior, comprobaremos los criterios de otorgamiento de esta faceta punitiva de la reparación integral y su aplicación en los casos de litigio de daños en sede nacional.

Para analizar esta novedosa figura de origen anglosajón que se incorpora a la teoría de las obligaciones, especialmente de la responsabilidad civil, estudiaremos una sentencia relativa a un juicio de responsabilidad civil objetiva extracontractual. En esta, analizaremos los derechos reconocidos o tutelados, los resolutivos y, en caso de existir, la concesión de daños punitivos.

A pesar de que, desde el año 2013, el daño moral ha tenido cierto auge, aún existen muchas incógnitas sobre el significado de “reparación integral”, sobre todo cuando el daño recae en el bien jurídico de la integridad física o la vida. No existe un método único para cuantificar el daño sufrido en la vida o en la corporalidad de la persona; sin embargo, existen elementos relacionados con la normatividad y la libre valoración de la prueba a fin de que el juez sea quien determine el quantum indemnizatorio. En tal sentido, los daños punitivos se relacionan directamente con los elementos de la reparación integral tales como la satisfacción de la víctima y las medidas de no repetición. Respecto de este último elemento, se debe considerar al agente causante del daño en lo particular, pues este debe resentir una consecuencia proporcional al daño causado en función de su capacidad económica.

El estudio realizado, toma como punto de partida, el análisis del concepto de daño moral, la reparación y la responsabilidad civil, en función de los criterios emanados de la vertiente judicial, en atención a que la maestría en derechos humanos tiene una perspectiva profesionalizante.

Agradezco a la Universidad Autónoma de Querétaro y a mi Facultad de Derecho por haberme brindado la oportunidad de cursar la Maestría en Derechos Humanos y por permitirme aportar académicamente, a través del Programa Titúlate. Espero que este trabajo sea de utilidad para otros abogados que compartan mi interés y pasión por el derecho de daños.

CAPÍTULO PRIMERO

1. El “daño moral” y la resolución recaída al Toca Civil 2753/2016 del índice de la Segunda Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Querétaro

Las resoluciones que se analizarán son las correspondientes al juicio ordinario civil por responsabilidad civil objetiva, con número de expediente 890/2013 del índice del Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil del Distrito Judicial de Querétaro. Sobre todo, se detallará en el estudio la resolución recaída al toca civil 2753/2016 del índice de la Segunda Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Querétaro, resuelto en fecha 27 de abril de 2017.

Dentro del asunto citado, se analizó el derecho de la víctima a recibir una reparación por el daño sufrido en una de sus piernas por un hecho de tránsito debido a la imprudencia de uno de los operadores de una empresa refresquera. Este sujeto, en el ejercicio de las actividades comerciales de su patrón, lesionó a la víctima, lo que le provocó una incapacidad parcial permanente. Bajo este antecedente, en la presente tesis, se analizará si la resolución recaída al toca civil 2753/2016 del índice de la Segunda Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Querétaro cumple con los estándares de reparación integral y la existencia de daños punitivos. Los derechos que en este caso estuvieron en juego son el de recibir una reparación integral, así como el de la tutela judicial efectiva; lo anterior en relación con el principio de interés superior de la niñez.

1.1. Evolución doctrinal

Antes de entrar en el tema de la reparación integral en la responsabilidad civil como derecho humano y su relación indispensable con los daños punitivos, junto con la complementariedad natural entre la teoría de las obligaciones (aquellas que nacen de los hechos ilícitos o riesgo creado y la progresividad de los derechos humanos),

haremos un breve repaso relativo al concepto de obligación, las fuentes de las obligaciones y el concepto de responsabilidad.

1.1.1. Concepto de obligación

Para Borja Soriano (1939), “obligación es la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, queda sujeta para con otra, llamada acreedor, a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial que el acreedor puede exigir al deudor” (p. 71). Aun cuando el contenido de la prestación pudiera no ser de carácter económico, debe poder ser valorable en dinero; en particular, en el caso del derecho de daños, los daños a la integridad personal y a la vida, pueden calcularse en primer lugar con apoyo de la Ley Federal del Trabajo y, posteriormente, su valoración se realizará por el juzgador con base en periciales médicas en el caso de daños corporales. Este, con base en la libre valoración de la prueba, podrá determinar el quantum indemnizatorio. Así, ante el incumplimiento que actualice la fuerza coercitiva de la obligación, el deudor puede ejercitar una acción ante un juez y reclamar, en su caso, el cumplimiento de la obligación, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios.

De la anterior definición, podemos extraer tres elementos importantes a partir de los cuales podemos preguntarnos: (1) ¿quiénes son los sujetos vinculados por la relación jurídica?, (2) ¿cuál es y cómo ha surgido la relación jurídica que vincula a los sujetos? y (3) ¿cuál es el objeto o contenido de la obligación? En primer lugar, responderemos a la interrogante de cuál es el origen de la obligación, para lo cual recurriremos a la doctrina de la fuente de obligaciones.

En las institutas, el jurista Gayo (1985) nos dice que en cuanto a las obligaciones “estas comportan una división fundamental en dos especies: toda obligación en efecto nace de un contrato o de un delito” (p. 112). Borja Soriano (1939) distingue como fuentes de obligación el contrato, los cuasicontratos (como el enriquecimiento ilegítimo), la gestión de negocios, el pago de lo indebido, la declaración de la

voluntad, los hechos ilícitos y el riesgo creado. Por otra parte, la legislación nacional recoge lo establecido en diversas doctrinas, en donde se reconoce actualmente el Código Civil Federal como fuente de las obligaciones al contrato, la declaración unilateral de la voluntad, el enriquecimiento ilegítimo y consecuente pago de lo indebido, la gestión de negocios, los hechos ilícitos y el riesgo creado o responsabilidad objetiva.

Para responder a las preguntas ¿quiénes son los sujetos vinculados por la relación jurídica? y ¿cuál es y cómo ha surgido la relación jurídica que vincula a los sujetos?, repasaremos lo conducente respecto de las obligaciones que nacen de los actos ilícitos y la responsabilidad objetiva; es decir, estudiaremos los cuasidelitos y los cuasicontratos como fuente de obligaciones.

1.1.2. Concepto de daño

El artículo 2108 del Código Civil Federal, establece que, por DAÑO debemos entender cualquier menoscabo o pérdida sufrida en nuestro patrimonio, derivado del incumplimiento de una obligación. En virtud de lo anterior, podemos deducir que los daños pueden ser diversos, desde patrimonial, corporal o moral. La única condición es que el daño exista, ya que el deber de no dañar es genérico; sin embargo, en cada caso en particular, se determinará si el hecho dañoso es ilícito o es lícito, pero causante de un daño. Es necesario diferenciar qué tipo de bien jurídico se lesiona para efectos de su reparación o compensación, ya que dependiendo del resultado de la valoración de entidad cualitativa -bien jurídico tutelado y su grado de afectación- del daño se podrá determinar su gravedad (Suprema Corte de Justicia, 2020, p. 175).

1.1.3. Concepto de responsabilidad

El concepto de responsabilidad trae implícito el deber de cumplir una obligación. En tal sentido, existe responsabilidad cuando, habiendo una fuente obligacional, esta

no es observada por el agente, con lo que podría ocurrir dolo o culpa. Como lo establece el artículo 1916 del Código Civil Federal, la responsabilidad admite graduación, lo que no siempre será de la misma magnitud. Para establecer el grado de la responsabilidad debe atenderse la gravedad de la conducta, considerando entre otros factores el tipo de bien jurídico tutelado puesto en riesgo derivado de la conducta considerada negligente, la existencia de agravantes respecto del hecho lesivo, y la importancia social de las obligaciones incumplidas en función del tipo de actividad realizada por el agente (Ejecutoria de amparo directo 35/2014, p. 96).

Dentro del grado de negligencia es importante señalar que se deberá tomar en cuenta la existencia de agravantes tales como “[...] la malicia, mala fe, intencionalidad, o si se trató de una actitud groseramente negligente [...]”; además “[...] el tipo de atención, acción, reacción y sanción [...]” (Ejecutoria de amparo directo 35/2014, p. 96), desplegado por el agente después de cometido el hecho lesivo.

Todo lo anterior se debe analizar contrastando la conducta dañosa con la impuesta por la fuente obligacional; por otro lado, el grado de responsabilidad puede calificarse de baja, media o alta.

1.1.4. Naturaleza de las reparaciones

A partir de la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos de fecha 10 de junio de 2011, se incorporaron al texto constitucional las obligación generales del de promoción, respeto, protección y garantía en materia de Derechos Humanos en cuanto a su, de acuerdo con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, en tal sentido, cuando exista una violación a un Derecho Humano el Estado debe prevenir, investigar, sancionar y reparar sus violaciones (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, Artículo 1º); por lo que la obligación de reparar, deja de estar regulada casi exclusivamente

en legislaciones secundarias de naturaleza civil y se incorpora a rango constitucional como un derecho humano.

Lo anterior marca un hito, considerando que desde la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (el 5 de febrero de 1917 hasta el año 2000, específicamente en la reforma al Artículo 20 constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de septiembre de 2000) no existía referencia a la “reparación del daño”. Esto explica por qué aún existe en la mente del ciudadano promedio la percepción de que la reparación del daño es una broma de mal gusto; así como los juicios sobre daño moral, una pérdida de tiempo más aun viendo las reparaciones ínfimas en materia penal. No obstante, al letargo que guardó nuestro texto constitucional, existe bastos antecedentes sobre el tema de reparaciones en el ámbito internacional, universal, europeo y americano.

En el ámbito internacional, el origen o punto de partida de las indemnizaciones lo encontramos con el “estándar de Chorzow” (derivado del caso de la “fábrica de Chorzow” del 13 de septiembre de 1928), primera resolución en la que un órgano jurisdiccional establece la reparación como un principio de derecho internacional y remedio ante el incumplimiento de obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico internacional por parte de un estado. El tipo de reparación establecido es de naturaleza resarcitoria (*restitutio in integrum*), y el beneficiario de la reparación puede ser tanto un estado como un particular representado por su estado ante el infractor.

Diversas fuentes extra convencionales de derecho internacional sirvieron como base para el desarrollo de la doctrina internacional sobre reparaciones; como la Opinión consultiva oc-2/82, de fecha 24 de septiembre de 1982, cuya materia de consulta su el efecto de las reservas respecto de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los Artículos 74 y 75, opinión consultiva que su párrafo 29 dice:

“[...] los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. El carácter especial de estos tratados ha sido reconocido, entre otros, por la Comisión Europea de Derechos Humanos cuando declaró “que las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención (Europea) son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes (“Austria vs. Italy”, Application No. 788/60, European Yearbook of Human Rights, (1961), vol. 4, pág. 140)”. (C.I. de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-2/82, Artículos 74, 74, 24 de septiembre de 1982)

Se sigue con la interpretación de que los derechos contenidos en la Convención Americana tratan acerca de derechos subjetivos en favor de los ciudadanos para hacerlos valer frente a su propio y otros estados y no únicamente derechos y obligaciones entre las altas partes contratantes. En el sistema universal de protección de los derechos humanos, también se comenzaron a generar diversos documentos extra convencionales de importancia en relación con las reparaciones a las víctimas de violación a sus derechos humanos, tales como el “Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales” expedido por el relator especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones

Unidas, Theo van Boven, mediante su informe definitivo presentado el 2 de julio de 1993, E/CN.4/SUB.2/1993/8. De igual forma, el también relator especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Louis Joinet, en fecha 2 de octubre de 1997, presentó su “Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos)” de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías E/CN. 4/SUB. 2/1997/20/REV.1.

En ambos trabajos, se comienza a esbozar la terminología sobre reparaciones, conceptos como restitución, compensación, rehabilitación, víctima y comienzan a surgir con ciertas deficiencias terminológicas. Es por eso que la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas decide encomendar a Mahmoud Cherif Bassiouni para realizar un estudio de los trabajos realizados por Theo van Boven y Louis Joinet. Por lo anterior, el 8 de febrero de 1999, se presentó el “Informe del Sr. M. Cherif Bassiouni, experto independiente sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, presentado de conformidad con la resolución 1998/43 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/1999/65. En el presente informe, M. Cherif Bassiouni hace el siguiente cuestionamiento: “[...] 76. También se plantea otra serie de cuestiones en relación con la graduación de las violaciones y con el problema de saber si existe una graduación en las modalidades de reparación. Por ejemplo, en el derecho penal nacional de la mayoría de los ordenamientos jurídicos [sic] se distingue entre la gravedad de las infracciones penales y se atribuyen diversas penas y derechos de las víctimas conforme a la gravedad de la infracción. ¿Debe el criterio de la gravedad de la infracción determinar regímenes distintos de reparación? [...]” (resolución 1998/43 de la Comisión de Derechos Humanos E/CN.4/1999/65, 8 de febrero de 1999). En este informe, también señala la falta de uniformidad en el uso de diversos términos y conceptos como restitución, compensación, rehabilitación, víctima, fuentes de los derechos humanos y medidas de reparación.

Finalmente, como resultado de los trabajos de Theo van Boven, Louis Joinet y M. Cherif Bassiouni, en la resolución 60/147 en fecha 16 de diciembre de 2005, la Asamblea General aprobó los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”. En los principios 18, 19, 20, 21, 22 y 23, se establece las directrices sobre reparación del daño de la siguiente forma:

[...] 18. Conforme al derecho interno y al derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva, según se indica en los principios 19 a 23, en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

19. La restitución, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.

20. La indemnización ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos

o de violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como los siguientes:

- a) El daño físico o mental; [*sic y passim*]
- b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales;
- c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante;
- d) Los perjuicios morales;
- e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.

21. La rehabilitación ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales.

22. La satisfacción ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes:

- a) Medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones;
- b) La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones;
- c) La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la

ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad;

d) Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella;

e) Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades;

f) La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones;

g) Conmemoraciones y homenajes a las víctimas;

h) La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles.

23. Las garantías de no repetición han de incluir, según proceda, la totalidad o parte de las medidas siguientes, que también contribuirán a la prevención:

a) El ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad;

b) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad;

- c) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial;

- d) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos;

- e) La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad;

- f) La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, el personal de servicios médicos, psicológicos, sociales y de las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales;

- g) La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales;

- h) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan. [...]”. (Resolución 60/147 de la Asamblea General de la ONU, 16 de diciembre de 2005).

Así mismo, y siguiendo el análisis propuesto en la ejecutoria de Amparo Directo en Revisión 5826/2015, de la Primera Sala de la SCJN de fecha 8 de junio 2016 (publicada el viernes 21 de abril de 2017 en el Semanario Judicial de la Federación), podemos visualizar la doble dimensión de la reparación: en primer lugar se trata de un deber específico específico por parte del Estado que, al determinarla, cumple

con la obligación de garantía, y en segundo lugar constituye un derecho fundamental derivado de estándares internacionales, es decir un derecho sustantivo en favor de los gobernados (Suprema Corte de Justicia, 2020, p. 151).

La reparación, y específicamente en la reparación por daño moral (que en estricto sentido se trata de una compensación o reparación imperfecta), debe atenderse a la situación económica del agente responsable. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que la reparación por daño moral tiene dos facetas: punitiva y resarcitoria (ejecutoria de amparo directo 35/2014, 15 de mayo de 2015, p. 99).

Por otro lado, la indemnización del daño moral (más correctamente dicho: la compensación del daño moral) tiene como objetivo que el agente responsable no pueda hacer una ponderación sobre la pertinencia de dañar o no dañar; es decir, si le es conveniente ignorar un deber, “[...] Se trata de imponer incentivos negativos para que se actúe con la diligencia debida, sobre todo en tratándose de empresas que tienen como deberes el proteger la vida e integridad física de sus clientes. A través de dichas sanciones ejemplares se procura una cultura de responsabilidad, en la que el desatender los deberes legales de cuidado tiene un costo o consecuencia real [...]” (ejecutoria de amparo directo 30/2013 “Mayan Palace”, 26 de febrero de 2014, p. 88). Además, según la interpretación de la Primera Sala, la faceta punitiva del daño moral se desprende de una interpretación literal y teleológica del artículo 1916 del Código Civil Federal. De lo anterior, se desprenden las dimensiones “disuasiva” y “ejemplar” de los daños punitivos otorgados como compensación del daño moral.

1.1.5. Obligaciones que nacen de los actos ilícitos y responsabilidad objetiva

1.1.5.1. Concepto de ilicitud y de responsabilidad civil

El Artículo 1910 del Código Civil Federal de 1928 publicado en el Diario Oficial de la Federación (2019) establece que el elemento de “ILICITUD” y de obrar en contra de las “BUENAS COSTUMBRES” como conductas que dan origen del surgimiento de la obligación de reparar el daño a menos que la víctima haya actuado con culpa o de forma inexcusablemente negligente. Los actos ilícitos son aquellos que, desde el punto de vista civil, causan un daño a otra persona (ya sea en relaciones de vecindad, incumplimientos, relaciones familiares), por dolo o culpa del agente. De igual forma, el que sufre un daño por causa de un riesgo creado tiene derecho a exigir la reparación del daño que ha sufrido. Lo anterior se considera en función de la obligación surgida de tal acto ilícito o responsabilidad civil, como consecuencia de la violación del deber jurídico de no dañar a nadie.

El Artículo 1913 del Código Civil Federal (publicado en el Diario Oficial de la Federación en 2019) establece la responsabilidad civil objetiva, también llamada riesgo creado, que surge cuando una persona causa un daño sin la existencia del elemento de ilicitud, en virtud del desarrollo de una actividad riesgosa por la utilización de sustancias, mecanismo, instrumentos o aparatos que en sí mismos, y por su uso normal puedan generar un daño, en virtud de la velocidad que puedan desarrollar, o que por sus características físicas o químicas puedan generar dicho daño, y en tal sentido, aun cuando no obre ilícitamente el agente se verá obligado a reparar el daño.

1.1.5.2. Tipos de responsabilidad civil

- a) **Contractual:** corresponde a la obligación de reparar los daños e indemnizar los perjuicios que se causan por el incumplimiento de las obligaciones previamente contraídas. Lo anterior se entiende a partir de la violación de un derecho que es correlativo de una obligación que puede ser el dar, hacer o no hacer y cuyo deudor está individualmente identificado en el contrato del que se originan (Lombana 2009).

- b) **Extracontractual:** no deriva del incumplimiento de un acuerdo de voluntades, sino de un hecho que violenta la ley en sentido amplio; a saber, de un derecho absoluto que es correlativo de un deber de abstención a cargo de un sujeto pasivo universal e indeterminado (Lombana 2009).

1.1.6. Elementos de la responsabilidad civil extracontractual, criterios de imputación

Este punto se refiere a criterios de imputación de acuerdo con la conducta ya sea lícita, ilícita, de hacer o de omisión. Se trata, por ejemplo, del “nexo causal” que es una relación causa-efecto entre la conducta lesiva y el daño provocado por consecuencia directa e inmediata de la conducta, ya que, si no la hay, no surge la obligación de reparar el daño. Es un requisito tácito y a la vez fundamental: se trata del vínculo externo entre el daño y el hecho dañoso generado por la persona, cosa o situación (bien dadas por las tres a la vez), de modo que el daño que se pretende reparar debe estar en relación causal adecuada con el hecho ilícito o riesgo creado al cual se atribuye su producción.

1.1.6.1. Criterios de imputación subjetiva

En este punto, se incluye los siguientes:

1. **Dolo:** conducta que se hace con conocimiento o intención de causar daño. El Código Civil Federal en su artículo 2106 señala que la responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia para hacerla efectiva es nula.

2. **Culpa:** conducta negligente o violación de un deber de cuidado. El Código Civil Federal, define la culpa en lo dispuesto por su Artículo 2025. En este se señala que existe negligencia o culpa cuando, estando obligado a la conservación de la cosa (o situación), se realicen u omitan los actos contrarios tendientes a su conservación.

1.1.6.2. Criterios de imputación objetiva

En estos se contempla el “riesgo” que es aquel que implica una conducta que genera una situación de riesgo o peligro produciendo un daño. A la teoría de la responsabilidad objetiva se le denomina “teoría del riesgo creado”, misma que es regulada por el Código Civil Federal en su Artículo 1913. Cuando un daño se produce bajo los criterios de imputación objetiva, se entiende que no existe un hecho ilícito, sino que, derivado de un riesgo creado se causan los efectos lesivos. Al día de hoy, hay legislaciones como el Código Civil para el Estado de Sonora que establecen que no puede existir daño moral en la responsabilidad extracontractual de carácter objetivo, lo cual es evidentemente erróneo; sin embargo, la responsabilidad objetiva es particularmente interesante por ejemplo en el ejercicio de la profesión médica, en la que se emplean diversas sustancias e instrumental riesgoso que aun siendo aplicado o utilizado con la debida diligencia pueden causar daños.

En tal sentido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo directo en revisión 538/2021 resolución de fecha 10 de noviembre de 2021, emitió la tesis jurisprudencial Tesis: 1a./J. 115/2022 (11a.)¹. Se adoptó como criterio jurídico que por más lícita que pueda ser cierta conducta riesgosa, no se puede esperar que la persona que se vio lesionada en sus derechos de diversa índole (propiedad, la vida, la salud o la integridad física o emocional) sea la única que soporte los perjuicios materiales o inmateriales de la conducta lesiva.

Aunado a lo anterior, en muchos ocasiones el criterio de imputación no es claro, y la conducta lesiva es difusa, ya que no puede ser determinada mediante una apreciación primaria por tratarse de actos complejos, como es el caso de daños

¹ Tesis [J]: 1a./J. 115/2022 (11a.), Undécima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, agosto de 2022, Tomo III, pág. 2626, Reg. digital: 2025166. RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA. EL QUE REGULE CONDUCTAS RIESGOSAS, PERO LÍCITAS, NO IMPLICA UNA LIMITACIÓN PARA REPARAR LOS DAÑOS MORALES.

derivados de un acto médico; por ejemplo, en la administración de anestesia, donde a juicio del suscrito, se puede imputar responsabilidad objetiva o subjetiva derivado del análisis del debido cumplimiento de las fuentes obligacionales. En ese caso en particular, serían en primer lugar normas oficiales, guías de práctica clínica y guías de referencia rápida, ya que en caso de no cumplir con todas las normas en materia de anestesiología podría imputarse una responsabilidad subjetiva; pero en caso de haber tenido una debida diligencia, el criterio de imputación sería objetivo.

Lo anterior de acuerdo con la contradicción de tesis 93/2011 resuelta por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de la cual se derivó la tesis de jurisprudencia 1a./J. 22/2011 (10a.). En esta, claramente se establece que la administración negligente de la anestesia actualiza la responsabilidad extracontractual de carácter subjetivo; siendo que se trata de cuestiones médicas, la carga de la prueba respecto del elemento subjetivo corresponderá al médico a fin de acreditar que existió una debida diligencia en las distintas etapas que abarca el cuidado anestésico.

1.1.6.3. Criterios de imputación aquiliana

Opera en los casos en que una persona distinta del causante deba responder por los daños ocasionados por la conducta dañosa, así los padres responden por los daños causados por sus hijos; los patrones, por los que ocasionan sus trabajadores, y el Estado, por los de sus servidores. Este criterio de imputación a juicio del suscrito se encuentra en desuso, ya que de cierta forma se fusiona con la responsabilidad objetiva, toda vez que se considera como un hecho propio la falta de cuidado respecto de las personas que de uno mismo dependen y cuya conducta ha causado el daño.

Lo anterior fue motivo de interpretación por parte de los Tribunales Colegiados de Circuito en la Novena Época, por lo que se emitieron las tesis orientadoras

II.1o.C.T.85 C² y VI.2o.C.341 C³, en las que se establece que la responsabilidad aquiliana opera en los casos en que, de los resultados de la conducta dañosa, deba responder una persona distinta del causante; es decir, por la conducta de terceros que dependen del responsable, al causarse la referida responsabilidad aquiliana en la que el elemento se encuentra desvanecido porque se acepta que la conducta lesiva es imputable a otra persona, pudiendo incurrir en este tipo de responsabilidad, por ejemplo el Estado por la conducta de sus servidores públicos, los hoteleros respecto de sus empleados, los padres en relación con sus hijos menores de edad; los maestros o quien tutele a los alumnos dentro de la institución educativa.

La anterior situación, que por lo menos en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, ha sido superada ya que por mandato constitucional contenido en el artículo 109 último párrafo establece que la responsabilidad del Estado, con motivo de su actividad administrativa irregular, es objetiva y directa. Sin embargo, este criterio no es puramente objetivo, ya que como establece dicho párrafo, deberá probarse un elemento subjetivo que corresponde a una actividad administrativa irregular. Esto constituye también un elemento subjetivo de trasgresión de una fuente obligacional o ilicitud, lo que en teoría situaría este tipo de responsabilidad como una subjetiva de la cual debe responder un tercero ajeno a la misma.

Dichas imprecisiones han sido recogidas incluso en jurisprudencia obligatoria emitido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Tesis [J]: P./J. 42/2008⁴ en la que se establece que se entenderá como "responsabilidad objetiva" del Estado, aquella derivada de una actividad irregular de la entidad mencionada. Se puede definir como actividad irregular los actos de la administración pública realizados de manera ilegal o anormal, es decir, sin atender a las

² Tesis: II.1o.C.T.85 C, T.C.C., Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, noviembre de 1996, página 512, Registro digital: 201002, RESPONSABILIDAD CIVIL POR HECHOS PROPIOS, AQUILIANA Y OBJETIVA. DIFERENCIAS.

³ Tesis: VI.2o.C.341 C, T.C.C., Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, junio de 2003, página 1063, Reg. digital: 184018, RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA, AQUILIANA Y OBJETIVA. DIFERENCIAS.

⁴ Tesis [J]: P./J. 42/2008, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVII, junio de 2008, página 722, Registro digital: 169424 RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO OBJETIVA Y DIRECTA. SU SIGNIFICADO EN TÉRMINOS DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 113 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

condiciones normativas o a los parámetros creados por la propia administración y que el particular no tiene el deber de soportar; es decir, que la responsabilidad más que objetiva, se trata de una responsabilidad “directa”. La propia constitución, así como el artículo 1^o5 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado establecen la existencia de una actividad irregular, es decir ilícita, pues en caso de ser una responsabilidad objetiva “pura” no habría que probar el elemento subjetivo; en otras palabras, los elementos de culpa o dolo.

1.2. Teoría tripartita de la reparación del daño

De los precedentes resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver los Amparos Directos en Revisión 482/2016⁶, 915/2019⁷ y 377/2017⁸, se citan dos fuentes de doctrina especializada⁹ para establecer una teoría tripartita en la interamericana sobre reparaciones. Esta doctrina ha sido reconocida como una de las aportaciones más innovadoras de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

De acuerdo con esta teoría tripartita, se identifican tres tipos de medidas reparadoras:

⁵ LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. “ARTÍCULO 1.- La presente Ley es reglamentaria del segundo párrafo del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus disposiciones son de orden público e interés general; tiene por objeto fijar las bases y procedimientos para reconocer el derecho a la indemnización a quienes, sin obligación jurídica de soportarlo, sufran daños en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado. La responsabilidad extracontractual a cargo del Estado es objetiva y directa, y la indemnización deberá ajustarse a los términos y condiciones señalados en esta Ley y en las demás disposiciones legales a que la misma hace referencia. Para los efectos de esta Ley, se entenderá por actividad administrativa irregular, aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares que no tengan la obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate”.

⁶ Sentencia recaída al Amparo en Revisión 482/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, febrero de 2017.

⁷ Sentencia recaída al Amparo en Revisión 915/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: ministra Norma Lucia Piña Hernández, 27 de mayo de 2020.

⁸ Sentencia recaída al Amparo en Revisión 377/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: ministro José Ramón Cossío Díaz, 06 de diciembre de 2017.

⁹ Véase: Burgogue-Larsen, Laurence, y Úbeda de Torres, Amaya, *The Inter-American Court of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 224; y Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, 3^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 285-401.

1. La **restitución** del derecho violado (*restitutio in integrum*) únicamente cuando eso sea posible.
2. La **compensación** económica por los daños materiales e inmateriales causados (es decir los daños y perjuicios, como daños emergentes, lucro cesante; daño corporal y daño moral).
3. **Otras medidas** de reparación **no pecuniarias**, dentro de las cuales se encuentran las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición.

En virtud de que la *restitutio in integrum* respecto de la transgresión de un derecho o una libertad es relativamente fácil de identificar en cuanto a su reparación, nos centraremos en la compensación de los daños corporales y de los daños morales, mismos que desarrollare con mayor amplitud.

1) El **daño físico o daño corporal** se presenta cuando existe una vulneración del bien jurídico de la integridad física o psíquica. El segundo párrafo del artículo 1915 del Código Civil Federal establece que, cuando el daño produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo en sus artículos 502, 513 y 514, al atender las tablas de enfermedades de trabajo y de evaluación de las incapacidades permanentes. Para esto, se tomará como base la Unidad de Medida y Actualización y se extenderá al número de unidades establecidas en las citadas tablas.

Dentro del presente rubro, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al emitir la tesis 1a. CXCv/2018 (10a.)¹⁰ estableció que el derecho humano a la reparación integral en casos que afecten derechos humanos, es incompatible

¹⁰ Tesis [A]: 1a. CXCv/2018 (10a.), Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, diciembre de 2018, Tomo I, pág. 402, Reg. digital: 2018806, **REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO POR VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS. TOPES MÍNIMOS Y MÁXIMOS DE LA CUANTIFICACIÓN DE LAS INDEMNIZACIONES, SU INCONSTITUCIONALIDAD.**

con la existencia de topes, tarifas o montos máximos y mínimos que impidan que la cuantificación de una indemnización atienda a las características específicas de cada caso. Esto no se refiere a las tablas de enfermedades de trabajo y de evaluación de las incapacidades permanentes, sino las que imponen un tope máximo a la indemnización por daño moral; como el límite contenido en el Artículo 14 de la ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado¹¹ y, probablemente, también el Artículo 21 del Convenio de Montreal¹² que estén contra la reparación integral establecida en el artículo 63.1 de la Convención American de Derechos Humanos.

2) El **daño inmaterial o daño moral** se refiere al dolor o aflicción emocional que pesa sobre la víctima a causa del daño sufrido. El daño moral no necesariamente afecta al patrimonio de la víctima sino a sus sentimientos, afectos o creencias (sin embargo, puede tener también efectos patrimoniales). El Código Civil Federal, en la primera parte del primer párrafo de su Artículo 1916, establece que por daño moral se entiende el perjuicio que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, en la consideración que de sí misma tienen los demás. Como ya se mencionó, la tesis 1a. CXCIV/2018 (10a.) establece que los topes, tarifas o montos máximos y mínimos que impidan la cuantificación individualizada de la reparación integral es incompatible con el derecho humano a la reparación integral.

1.3. El daño moral

¹¹ Artículo 14 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado "... los montos de las indemnizaciones se calcularán de la siguiente forma ... II. ... La indemnización por daño moral que el Estado esté obligado a cubrir no excederá del equivalente a 20,000 veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, por cada reclamante afectado ...".

¹² Convenio [de Montreal] para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999 Organización de Aviación Civil Internacional, Artículo 21 – "Indemnización en caso de muerte o lesiones de los pasajeros 1. Respecto al daño previsto en el párrafo 1 del Artículo 17 que no exceda de 100 000 derechos especiales de giro por pasajero, el transportista no podrá excluir ni limitar su responsabilidad. 2. El transportista no será responsable del daño previsto en el párrafo 1 del Artículo 17 en la medida que exceda de 100 000 derechos especiales de giro por pasajero, si prueba que: a) el daño no se debió a la negligencia o a otra acción u omisión indebida del transportista o sus dependientes o agentes; o b) el daño se debió únicamente a la negligencia o a otra acción u omisión indebida de un tercero".

Dentro del género “responsabilidad civil” tenemos tres especies: el daño material, el daño corporal y el daño moral. Dentro de este último encontramos tres subespecies¹³:

- 1) Daño al honor
- 2) Daño estético
- 3) Daño a los sentimientos

La compensación del daño moral tiene dos tipos de proyecciones¹⁴:

- 1) Presentes
- 2) Futuras

1.4. Dimensión punitiva de la compensación por daño moral

La dimensión punitiva del daño moral encuentra su fundamento en el párrafo cuarto del Artículo 1916 del Código Civil Federal¹⁵ (D.O.F. última reforma 03 de junio 2019), donde se establece que 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 (este último criterio es inconstitucional). Siguiendo lo establecido en el criterio jurisprudencial 1a./J. 136/2022 (11a.)¹⁶, los daños punitivos son un elemento de la reparación integral que está en función de la importancia del derecho lesionado y el grado de responsabilidad del causante del daño; lo anterior será procedente únicamente

¹³ Sentencia recaída al Amparo Directo 30/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 26 de febrero de 2014, pág. 44

¹⁴ Sentencia recaída al Amparo Directo 30/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 26 de febrero de 2014, pág. 46

¹⁵ Código Civil Federal. Artículo 1916. – “...El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso...”

¹⁶ Registro digital: 2025569, Instancia: Primera Sala, Undécima Época, Materias(s): Constitucional, Civil, Tesis: 1a./J. 136/2022 (11a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 20, diciembre de 2022, Tomo I, pág. 654, Tipo: Jurisprudencia.

cuando la gravedad de la conducta merezca un alto grado de reproche social que justifique esta sanción agravada. Por lo tanto, no son procedentes de oficio en cualquier caso de responsabilidad civil extracontractual, ya sea objetiva o subjetiva, y su naturaleza en sí misma no es reparatoria, sino que sirve al propósito estatal de prevenir futuras violaciones a derechos humanos en las relaciones entre particulares.

La compensación del daño moral, en su dimensión punitiva, busca tener un efecto disuasivo de las conductas dañosas; es decir, busca prevenir conductas ilícitas o negligentes a futuro. Dicha medida cumple una doble función:

1) Función disuasiva¹⁷: busca evitar que las personas causen daños para evitar pagar una compensación o indemnización y, de igual forma, pretende que resulte conveniente sufragar los gastos necesarios para prevenir incurrir en el riesgo creado o capacitar a los empleados para evitar causar daños a otras personas.

2) Función ejemplar¹⁸: la compensación busca ejemplificar las erogaciones económicas que una persona física o moral tendrá que realizar en función de una justa indemnización, dentro de la cual se inserta esta faceta punitiva.

1.4.1. Parámetros de cuantificación del monto de la compensación por daño moral:

Del aspecto cualitativo del daño moral en estricto sentido¹⁹, se desprende lo siguiente:

1) Tipo de bien jurídico o interés lesionado:

¹⁷ Sentencia recaída al Amparo Directo 30/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 26 de febrero de 2014, pág. 87

¹⁸ Sentencia recaída al Amparo Directo 30/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 26 de febrero de 2014, pág. 88 "...A través de dichas sanciones ejemplares se procura una cultura de responsabilidad, en la que el desatender los deberes legales de cuidado tiene un costo o consecuencia real..."

¹⁹ Sentencia recaída al Amparo Directo 30/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 26 de febrero de 2014, pág. 94.

- a. Daño al honor (vergüenza, relaciones interpersonales)
- b. Daño estético (secuelas, cicatrices visibles, belleza, armonía biológica)
- c. Daño a los sentimientos (traumas, trastornos)

2) Existencia del daño y su nivel de gravedad:

- a. Repercusión que la minoración o modificación disvaliosa del espíritu de la víctima, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, en función del daño físico y daño psicológico en el contexto social de la víctima.

3) Aspecto patrimonial o cuantitativo derivado del daño -y daño moral-.

- a. Respecto de la víctima.
 - i. Daños emergentes y lucro cesante.
 - ii. Aspecto cualitativo.
- b. Respecto de la responsable.
 - i. Grado de responsabilidad: todos los aspectos negligentes y agravantes, incluso la actitud procesal de la responsable de mala fe, actitudes maliciosas (daños punitivos como consecuencia de una responsabilidad agravada).
 - ii. Situación económica: en el daño moral, al tener una faceta punitiva y resarcitoria (compensatoria, reparación imperfecta), debe valorarse la capacidad de pago de la responsable a fin de

disuadirla de cometer actos similares en el futuro (tomar en cuenta, por ejemplo, el capital social de la persona moral).

1.4.2. El enriquecimiento ilegítimo de la víctima

El enriquecimiento ilegítimo previsto en el artículo 1882 del Código Civil Federal²⁰ tiene como presupuesto que no exista una causa ilegítima para enriquecerse; mientras que, en el caso de una compensación por daño moral, esta se encuentra identificada a partir del derecho a una justa indemnización, inscrita en el derecho a la dignidad humana.

Como se ha establecido, el derecho a una reparación integral es el derecho a ser resarcido integralmente; por lo tanto, el criterio de razonabilidad del *quantum* indemnizatorio estará en función del grado de responsabilidad del culpable, no existe una formula establecida. Por tal motivo, el juzgador deberá motivar su razonamiento con base en el análisis del aspecto cualitativo del daño moral en estricto sentido, a fin de que la indemnización se encuentre plenamente justificada y que con ella también se logren fines sociales deseables, tal como lo establece el criterio jurisprudencial 1a./J. 136/2022 (11a.)²¹. Únicamente de esa forma la sentencia que imponga una cantidad de compensación estará justificada y no dará lugar al enriquecimiento ilegítimo.

1.5. Excepciones en contra de la responsabilidad civil

Pareciera que los asuntos de responsabilidad civil extracontractual pudieran prestarse a una suerte de chantaje social por los bienes jurídicos tan trascendentes que se ven involucrados, tales como la integridad personal y la vida de la víctima. No obstante, también está en juego la seguridad patrimonial del presunto

²⁰ Código Civil Federal. Artículo 1882.- "El que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido".

²¹ Registro digital: 2025569, Instancia: Primera Sala, Undécima Época, Materias(s): Constitucional, Civil, Tesis: 1a./J. 136/2022 (11a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 20, diciembre de 2022, Tomo I, página 654, Tipo: Jurisprudencia.

responsable, lo anterior se aprecia claramente en el Amparo Directo en Revisión 4555/2013²² resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolución en la que se estudiaron las excluyentes de responsabilidad en materia de responsabilidad civil objetiva. Dentro de la ejecutoria, la Corte señaló que “[...] cuando hay pruebas o indicios de negligencia por parte de la víctima, no puede ser aplicable, sin más, la regla general de la responsabilidad objetiva a cargo del agente, sino que corresponde al juzgador valorar el acervo probatorio para determinar el grado de responsabilidad atribuible, tanto a la víctima como al agente encargado del uso del aparato peligroso [...]”²³.

En el apartado “Elementos de la responsabilidad civil extracontractual, criterios de imputación”, revisamos el elemento correspondiente al “nexo causal” definiéndolo como la relación de causalidad entre la conducta lesiva y el daño causado, mismo que debe ser necesariamente consecuencia directa e inmediata de la conducta. En tal sentido, el Amparo Directo en Revisión 4555/2013 elabora el contenido de la excepción relativa a la negligencia inexcusable de la víctima, refiriendo que “[...] la procedencia de la responsabilidad objetiva depende de que el uso del aparato sea la causa del daño ocasionado. De manera que si se comprueba que fue otra la causa que ocasionó el daño, la cual no pudo haber sido prevista o evitada por el agente, su responsabilidad cesa. [...]”²⁴.

1) Negligencia inexcusable (excepción que debe invocar en la contestación de demanda): la conducta de la víctima puede generar una ruptura del nexo entre el uso de un artefacto peligroso (responsabilidad objetiva) y el daño producido, lo que ocasionaría la eliminación o disminución de la responsabilidad del agente. Por lo anterior, resulta determinante para decidir sobre su exoneración o para graduar el

²² Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 4555/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 26 de marzo de 2014.

²³ Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 4555/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 26 de marzo de 2014, énfasis original, pág. 24, par. 3.

²⁴ Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 4555/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 26 de marzo de 2014, énfasis original, pág. 35, par. 4.

monto de la indemnización; para valorarlo, siguiendo la doctrina derivada del Amparo Directo en Revisión 4555/2013²⁵, se debe establecer:

- a. La normalidad de la conducta
- b. Circunstancias y demás condiciones en las que se encontraba la víctima al producirse el daño
- c. Conductas negligentes, repentinas o irresponsables de la víctima
- d. Factores más o menos previsibles

1.6. Ilícitudes en el ejercicio de la libertad de expresión y divulgación de información.

El presente trabajo de investigación aborda principalmente la responsabilidad civil extracontractual derivada del riesgo creado y la vulneración al bien jurídico de la integridad física; sin embargo, resulta interesante realizar un breve análisis de las causas generadoras de responsabilidad civil en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información y la virtual inmunidad de periodistas y empresas editoriales respecto de funcionarios públicos. Se especifica que el análisis se realiza frente al derecho de honor de funcionarios públicos por tener el deber de soportar mayores injerencias en su derecho citado. Además, se aclara que dentro de la responsabilidad civil por daños al honor, se utilizan términos jurídicos homónimos pero con significados distintos o similares como negligencia inexcusable y dolo eventual.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido los presupuestos previos de la responsabilidad ulterior por la emisión de expresiones invasoras del honor de funcionarios públicos al tenor de lo establecido en la tesis [a] 1a. CCXXI/2009²⁶, de título “Libertad de expresión y derecho a la información”. La

²⁵ Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 4555/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, 26 de marzo de 2014, énfasis original, pág. 27, par. 3.

²⁶ Tesis [A] 1a. CCXXI/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXX, diciembre de 2009, p. 283, Reg. Digital 165763, de título LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. LA RESPONSABILIDAD POR INVASIONES AL HONOR DE FUNCIONARIOS U OTRAS

responsabilidad por invasiones al honor de funcionarios u otras personas con responsabilidades públicas sólo puede darse bajo ciertas condiciones, más estrictas que las que se aplican en el caso de expresiones o informaciones referidas a ciudadanos particulares”:

1. Cobertura legal y redacción clara:
 - a) Las causas por las que pueda exigirse responsabilidad deben constar en una ley, en sentido formal y material.
 - b) Las leyes que establecen limitaciones a las libertades de expresarse e informar deben estar redactadas en términos claros y precisos para garantizar la seguridad jurídica.
2. Intención específica o negligencia patente:
 - a) "Malicia efectiva", esto es, se haya emitido con la intención de causar ese daño.
 - b) Con conocimiento de que se estaban difundiendo hechos falsos o con clara negligencia en el control de su veracidad.
3. Materialidad y acreditación del daño:
 - a) Quien alega que cierta expresión o información causa daño en su honorabilidad tenga la carga de probar que el daño es real, que efectivamente se produjo.
4. Doble juego de la *exceptio veritatis*.

PERSONAS CON RESPONSABILIDADES PÚBLICAS SÓLO PUEDE DARSE BAJO CIERTAS CONDICIONES, MÁS ERICTAS QUE LAS QUE SE APLICAN EN EL CASO DE EXPRESIONES O INFORMACIONES REFERIDAS A CIUDADANOS PARTICULARES.

- a) Quien se expresa, debe siempre poder bloquear una imputación de responsabilidad ulterior probando que los hechos a los que se refiere son ciertos. Complementariamente, no puede ser obligado a probar, como condición *sine qua non* para evitar esa responsabilidad (que los hechos sobre los cuales se expresó son ciertos).

5. Gradación de medios de exigencia de responsabilidad.

- a) Medidas leves para reaccionar a afectaciones leves y medidas más graves para casos más graves.

6. Minimización de las restricciones indirectas.

- a) No generar dinámicas de distribución de responsabilidad entre ciudadanos, periodistas, editores y propietarios de medios de comunicación que lleven a unos a hallar interés en el silenciamiento o la restricción expresiva de los demás.

Para que, en el ejercicio de la libertad de expresión se cometan ilícitos o excesos no tutelados constitucionalmente, se deben cumplir ciertos supuestos. El primero corresponde a la difusión de información falsa, en función del estándar de “malicia efectiva”, también llamada “real malicia”; en el segundo, se trata de expresiones insultantes, gratuitamente injuriosas, o absolutamente vejatorias.

Las normas descritas en el párrafo anterior contienen varios conceptos abstractos. Para conocer exhaustivamente el sentido del dispositivo que regula el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, debemos recurrir a una interpretación literal para conocer el significado común de los términos utilizados; también, realizar una interpretación sistemática para dar sentido al dispositivo legal de acuerdo con el sistema jurídico. Todo lo anterior enmarcado dentro de la interpretación conforme o

de regularidad constitucional, es decir de acuerdo con la Constitución y estándares internacionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, podría entenderse que la teoría de la obligación tiene una lectura somera e irreflexiva, ya que parecería que el derecho a la libertad de expresión es absoluto; sin embargo, al utilizar diferentes tipos de interpretación jurídica, nos daremos cuenta que no es así.

En cuanto al primer supuesto, la Ley de Responsabilidad civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal, nos da ciertos parámetros para entender la “malicia efectiva”:

[...] **Artículo 30.-** Los servidores públicos afectados en su patrimonio moral por opiniones y/o informaciones, conforme al artículo 33 de la ley, difundidas a través de los medios de comunicación e información, deberán probar la existencia de la malicia efectiva demostrando: I. Que la información fue difundida a sabiendas de su falsedad; II. Que la información fue difundida con total despreocupación sobre si era falsa o no; y III. Que se hizo con el único propósito de dañar [...].

[...] **Artículo 26.-** [...] La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona con fines peyorativos, publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga dará lugar a la reparación del daño que por la difusión de la misma se genere. Mientras no sea condenado por sentencia ejecutoriada, el probable responsable tiene derecho a hacer valer el respeto a su propia imagen [...].

[...] **Artículo 33.-** Los servidores públicos tendrán limitado su derecho al honor, a la vida privada y a su propia imagen como consecuencia del ejercicio de sus funciones sometidas al escrutinio público [...].

[...] **Artículo 34.**- Para efectos de este apartado. Se reputarán informaciones de interés público: [...] I. Los datos y hechos sobre el desempeño, en el sentido más amplio, de los servidores públicos, la administración pública y organismos privados que ejerzan gasto público o cumplan funciones de autoridad [...] II. Los datos sobre acontecimientos naturales, sociales, políticos, económicos y culturales que pueden afectar, en sentido positivo o negativo a la sociedad en su conjunto [...].

Lo anterior ha sido interpretado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la siguiente jurisprudencia (se transcribe de manera literal):

Registro digital: 2020798, Instancia: Primera Sala, Décima Época, Materias(s): Constitucional, Tesis: 1a./J. 80/2019 (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 71, octubre de 2019, Tomo I, página 874, Tipo: **Jurisprudencia.** **LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA REQUIERE NO SÓLO QUE LA INFORMACIÓN DIFUNDIDA HAYA SIDO FALSA, SINO QUE SE HAYA DIFUNDIDO A SABIENDAS DE SU FALSEDAD O CON LA INTENCIÓN DE DAÑAR (INTERPRETACIÓN DE ESTE ÚLTIMO ESTÁNDAR).** En la jurisprudencia 1a./J. 38/2013 (10a.) de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: "LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SUS LÍMITES A LA LUZ DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DUAL Y DEL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA.", se sostuvo que la principal consecuencia del sistema de protección dual es la doctrina de la "real malicia" o "malicia efectiva", conforme a la cual, la imposición de sanciones civiles derivada de la emisión de opiniones, ideas o juicios, corresponde exclusivamente a aquellos casos en que existe "**información falsa**" (en el caso del derecho a la información) o que haya sido producida con "real malicia" (aplicable tanto al derecho a la información como a la libertad de expresión), esto es, **con la única intención de dañar**. Conforme a esa

doctrina, **sólo puede exigirse a quien ejerce su derecho a la libertad de expresión o de información, responsabilidad ulterior por las opiniones o información difundida –de interés público– si se actualiza el supuesto de la "malicia efectiva"**. Ahora bien, para que se actualice ésta no es suficiente que la información difundida resulte falsa, pues ello conllevaría a imponer sanciones a informadores que son diligentes en sus investigaciones, por el simple hecho de no poder probar en forma fehaciente todos y cada uno de los aspectos de la información difundida, lo cual, además de que vulneraría el estándar de veracidad aplicable a la información, induciría a ocultar la información en lugar de difundirla, socavando el debate robusto sobre temas de interés público que se persigue en las democracias constitucionales. Entonces, **la doctrina de la "real malicia" requiere no sólo que se demuestre que la información difundida es falsa sino, además, que se publicó a sabiendas de su falsedad, o con total despreocupación sobre si era o no falsa, pues ello revelaría que se publicó con la intención de dañar**. Cabe agregar que, en torno al nivel de diligencia o negligencia del informador, la doctrina de la "malicia efectiva" señala que la mera negligencia o descuido no es suficiente para actualizarla, pues para ello se requiere un grado mayor de negligencia, una **negligencia inexcusable, o una "temeraria despreocupación", referida a un dolo eventual**, lo que presupone la existencia de elementos objetivos que permiten acreditar que el autor, si bien no tenía conocimiento directo sobre la inexactitud de los datos aportados, **era consciente de esa inexactitud por las circunstancias de hecho del caso concreto y, además, disponía de los recursos que le permitían verificar, de manera inmediata y sin mayor esfuerzo**, aquella inexactitud, y a pesar de ese estado de conciencia y de contar con los medios idóneos para corroborar la información, **prescinde de ellos y decide exteriorizar los datos**. Por tanto, la intención de dañar no se acredita mediante la prueba de cierta negligencia, un error o la realización de una investigación elemental sin resultados satisfactorios, sino que se requiere acreditar **que el informador tenía conocimiento de**

que la información era inexacta, o al menos duda sobre su veracidad, y una total despreocupación por verificarla, pues sólo así puede acreditarse la intención de dañar.

Con relación al artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, relativo a la libertad de expresión, el relator especial para la libertad de opinión y expresión de la Antigua Comisión de Derechos Humanos, ahora llamado Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en 1996, aprobó “Los principios de Johannesburgo”²⁷. Estos tratan de una serie de principios voluntarios que han sido invocados en sus resoluciones anuales sobre la libertad de expresión durante todos los años desde 1996. El principio 20, relativo a las “Protecciones generales del imperio de la ley”, nos abre la puerta a realizar un juicio de igualdad, ya que expresamente protege el derecho a la propia imagen de una persona acusada de un delito relacionado con la libertad de expresión. Por ello, naturalmente, dicho derecho a la propia imagen es extensivo a toda persona y no únicamente en dichos delitos:

“[...] Toda persona acusada de un delito relativo a la seguridad y que involucre la expresión o la información tiene derecho a todas las protecciones del imperio de la ley que forman parte del derecho internacional. Éstas incluyen, pero no se limitan a, los siguientes derechos:
(a) el derecho a ser presumido/a inocente [...]”.

Derivado de lo anterior, podemos sintetizar la forma correcta de operativización del término “real malicia” o “malicia efectiva”, entendido como la intención de dañar o como elemento de ilicitud en el ejercicio de la libertad de expresión, de la siguiente forma:

a) La información debe ser falsa

²⁷ Los Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información. (1996/2005). ARTÍCULO 19. Londres.

b) La información debe ser publicada a sabiendas de su falsedad

O bien,

c) La información debe ser publicada con total despreocupación sobre si era o no falsa, que constituye la llamada “negligencia inexcusable” o “temeraria despreocupación”, equiparable a un dolo eventual, bajo las siguientes formas:

- I. El autor o difusor de la información debe ser consciente de la inexactitud de la información por las circunstancias de hecho del caso concreto.
- II. Depende de que el autor o difusor de la información tuviera a su disposición recursos que le permitían verificar, de manera inmediata y sin mayor esfuerzo la exactitud o inexactitud de la información.
- III. Teniendo el autor o difusor de la información, los medios idóneos para corroborar la información, prescinde de ellos.
- IV. El autor o difusor de la información, aún así, decide exteriorizar los datos.

En relación al segundo supuesto, la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, nos da ciertos parámetros para entender dónde situar el límite de la libertad de expresión en cada caso en particular con base en si existen aquellas insultantes, gratuitamente injuriosas o absolutamente vejatorias. Dicho límite lo encontramos en la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, del que se cita lo siguiente:

“[...] Artículo 14.- El carácter molesto e hiriente de una información no constituye en sí un límite al derecho a la información, para sobrepasar el

límite de lo tolerable, esas expresiones deberán ser insultantes, insinuaciones insidiosas y vejaciones, innecesarias en el ejercicio de la libertad de expresión y derecho a la información. Por lo tanto, la emisión de juicios insultantes por sí mismas en cualquier contexto, que no se requieren para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice, supone un daño injustificado a la dignidad humana [...]”.

“[...] Artículo 25.- No se considerará que se causa daño al patrimonio moral cuando se emitan opiniones, ideas o juicios de valor sobre cualquier persona, siempre y cuando no se utilicen palabras, frases o expresiones insultantes por sí mismas, innecesarias para el ejercicio de la libertad de expresión. Las imputaciones de hechos o actos que se expresen con apego a la veracidad, y sean de interés público tampoco podrán ser motivo de afectación al patrimonio moral [...]”.

Lo anterior ha sido interpretado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los siguientes dos criterios, el primero jurisprudencial y el segundo aislado:

Tesis [J]: 1a./J. 31/2013 (10a.) **LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LA CONSTITUCIÓN NO RECONOCE EL DERECHO AL INSULTO**. Si bien es cierto que cualquier individuo que participe en un debate público de interés general debe abstenerse de exceder ciertos límites, como el respeto a la reputación y a los derechos de terceros, también lo es que está permitido recurrir a cierta dosis de exageración, incluso de provocación, es decir, puede ser un tanto desmedido en sus declaraciones, y es precisamente en las expresiones que puedan ofender, chocar, perturbar, molestar, inquietar o disgustar donde la libertad de expresión resulta más valiosa. Así pues, no todas las críticas que supuestamente agravien a una persona, grupo, o incluso a la sociedad o al Estado pueden ser descalificadas y objeto de responsabilidad legal, aunque el uso de la libertad de expresión para criticar

o atacar mediante el empleo de términos excesivamente fuertes y sin articular una opinión, puede conllevar una sanción que no resultaría violatoria de la libertad de expresión. En este sentido, es importante enfatizar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no reconoce un derecho al insulto o a la injuria gratuita, sin embargo, tampoco veda expresiones inusuales, alternativas, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, aun cuando se expresen acompañadas de expresiones no verbales, sino simbólicas. Consecuentemente, el derecho al honor prevalece cuando la libertad de expresión utiliza frases y expresiones que están excluidas de protección constitucional, es decir, cuando sean absolutamente vejatorias, entendiendo como tales las que sean: a) ofensivas u oprobiosas, según el contexto; y, b) impertinentes para expresar opiniones o informaciones, según tengan o no relación con lo manifestado. Respecto del citado contexto, su importancia estriba en que la situación política o social de un Estado y las circunstancias concurrentes a la publicación de la nota pueden disminuir la **SIGNIFICACIÓN OFENSIVA** y aumentar el grado de tolerancia.

Tesis [A]: 1a. CXLIV/2013 (10a.). **LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LAS EXPRESIONES OFENSIVAS U OPROBIOSAS SON AQUELLAS QUE CONLLEVAN UN MENOSPRECIO PERSONAL O UNA VEJACIÓN INJUSTIFICADA.** Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que las expresiones que están excluidas de protección constitucional son aquellas absolutamente vejatorias, entendiendo como tales las que sean: (i) ofensivas u oprobiosas, según el contexto; e (ii) impertinentes para expresar opiniones o informaciones según tengan o no relación con lo manifestado. Así, en torno al primer requisito en comento, esta Primera Sala ya ha establecido que, si bien la Constitución no reconoce un derecho al insulto o a la injuria gratuita, tampoco veda expresiones que puedan resultar inusuales, alternativas, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias.

En consecuencia, las expresiones ofensivas u oprobiosas no deben confundirse con críticas que se realicen con calificativos o afirmaciones fuertes, pues la libertad de expresión resulta más valiosa ante expresiones que puedan molestar o disgustar. Así las cosas, y tomando en consideración esta permisibilidad constitucional en torno a manifestaciones fuertes o molestas, se arriba a la conclusión de que las expresiones se pueden calificar como ofensivas u oprobiosas, por conllevar un menosprecio personal o una vejación injustificada, en virtud de realizar **inferencias crueles que inciten una respuesta en el mismo sentido, al contener un desprecio personal.**”

De las tesis anteriormente citadas, además de los elementos que más adelante se sintetizaran, podemos observar que existe un límite implícito, un tanto difuso y sujeto a la interpretación pero a la vez, infranqueable constituido por la libertad de expresión, este coto vedado corresponde al respeto de la dignidad humana, en relación con lo anterior la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 5°, establece el Derecho a la Integridad Personal, entendida como integridad física, psíquica y moral. Así mismo, en su artículo 11 establece el derecho a la honra y dignidad, cuyo límite corresponde a las injerencias arbitrarias o abusivas, así como los ataques ilícitos contra la honra y reputación, conductas ilícitas generadoras de daño moral.

Derivado de lo anterior, podemos sintetizar la forma correcta de entender y dar operatividad a los parámetros específicos respecto a la licitud o ilicitud de comunicaciones respecto de la significación de las mismas y de si estas contienen significaciones ofensivas, es decir si se trata de expresiones constitutivas insulto, injuria gratuita o si se trata de expresiones absolutamente vejatorias, que naturalmente no estarán cubiertas o protegidas constitucionalmente dentro del derecho a la libertad de expresión en virtud de causar daño a la dignidad de la víctima, de la siguiente forma:

1. Las expresiones insultantes: la injuria gratuita y las expresiones absolutamente vejatorias son constituidas por críticas o ataques mediante el empleo de términos excesivamente fuertes y sin articular una opinión, frente a las cuales prevalece el derecho al honor.
 - a) Son frases y expresiones impertinentes para expresar opiniones o informaciones.
 - b) Son frases y expresiones ofensivas u oprobiosas:
 - i. Menosprecio personal
 - ii. Vejación injustificada
 - iii. Inferencias crueles
 - iv. Contienen un desprecio personal
 - c) Las frases y expresiones se deben analizar según el contexto, con atenuantes:
 - i. La importancia del contexto estriba en la situación política o social de un Estado
 - ii. Las circunstancias concurrentes a la publicación de la nota pueden disminuir la significación ofensiva y aumentar el grado de tolerancia

Siempre que no sean vejatorias, ofensivas y oprobiosas, se protegen las expresiones inusuales, alternativas, indecentes, escandalosas, excéntricas o contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, aun cuando se expresen acompañadas de expresiones no verbales, sino simbólicas (Beuchot, 2005). La libertad de expresión escrita, al tratarse de un ejercicio lingüístico conectado a una intención comunicativa (Gutiérrez O., 2015), en su dimensión semiótica en cuanto a signos verbales, debe analizarse en su esfera semántica para extraer la significación y determinar en el caso particular si el sentido de la comunicación está protegido constitucionalmente o, si, por el contrario, se le puede atribuir una significación ofensiva que se considere ilícita.

1.7. Responsabilidad civil médica

La responsabilidad civil derivada de mala práctica médica presenta ciertas particularidades a tomar en cuenta, ya que no están expresamente contempladas en las leyes de la materia como son los códigos civiles o en las leyes de responsabilidad patrimonial del Estado. Principalmente han sido desarrolladas por decisiones judiciales que dotan de contenido teórico y procesal al ejercicio de acciones de responsabilidad en este ámbito. Una de dichas particularidades es la responsabilidad objetiva de las instituciones médicas por representación aparente atendiendo a la condición de vulnerabilidad²⁸ del paciente frente a la relación asimétrica de poder frente a un hospital privado.

Otra particularidad de los juicios de responsabilidad civil en el ámbito médico se presenta ante la inversión de la carga probatoria en perjuicio del personal médico, lo cual significa que el paciente únicamente está obligado a probar el daño y el nexo causal. El médico es quien debe probar su debida diligencia médica o *lex artis* (o licitud de sus acciones), lo anterior cobra relevancia ante los criterios de “oportunidad perdida” y “causalidad no interrumpida”.

Respecto de lo anterior, es de señalarse el carácter esencial del expediente clínico y consentimientos informados, en primer lugar, en la determinación de la *lex artis ad hoc*; en segundo lugar, en la defensa del acto médico a fin de contar con los elementos para que dada la eventualidad de un proceso judicial, el acto médico pueda ser defendido por medio de una prueba pericial médica que cumpla con los estándares internacionales más estrictos a fin de que el juzgador tenga el mayor grado de certeza respecto del actuar diligente del médico.

²⁸ Tesis [A] 1a. CXX/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 16, marzo de 2015, Tomo II, página 1118, registro 2008752. SERVICIOS DE SALUD PRESTADOS POR HOSPITALES PRIVADOS. SUS USUARIOS CONSTITUYEN UN GRUPO EN CONDICIÓN ASIMÉTRICA, AUN CUANDO NO SE IDENTIFIQUE CON UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA O UN ESTEREOTIPO.

Representación aparente. El debido cumplimiento de las normas aplicables a la responsabilidad medica interesan no únicamente a quienes ejercen dicha profesión, sino también a las instituciones privadas que brindan servicios médicos, ya que estas instituciones pueden ser responsabilizadas por actos cometidos por terceros que brindan servicios en sus instalaciones; tal como se resolvió en el amparo en revisión 584/2013²⁹ donde la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que la “representación aparente”³⁰ se actualiza cuando el medico responsable se conduce regularmente como si fuera empleado de esa institución médica. Esto puede ser apreciado constatando circunstancias como el hecho de la localización cotidiana localización en la institución, el estar sujeto a la estructura de este, desempeñar sus actividades laborales de forma constante y regular en ese lugar y dar consultas ahí, sin que sea suficiente para eximir de responsabilidad a la institución el hecho de que el hospital informe al paciente que el médico tratante no es su empleado. No obstante, lo anterior no implica una responsabilidad automática para las instituciones médicas privadas, ya que el juzgador será quien en cada caso concreto determine si la institución participó en la provocación del daño o bien si la institución privada cumplió con sus obligaciones de vigilancia³¹ sin que pudiera haber evitarlo, anticiparlo o prevenido el daño³².

²⁹ Sentencia recaída al Amparo en Revisión 584/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: ministro Olga Sánchez Cordero de García Villegas, 4 de noviembre de 2014.

³⁰ Tesis [A.]: 1a P./J. 18/91, Semanario judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, tomo II, marzo de 2015, p. 1113. Reg. digital 2008749. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS HOSPITALES PRIVADOS POR ACTOS COMETIDOS POR TERCEROS QUE DESEMPEÑAN FUNCIONES EN SUS INSTALACIONES. SE ACTUALIZA SI EXISTE UNA REPRESENTACIÓN APARENTE.

³¹ REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE ATENCIÓN MÉDICA, Última reforma publicada DOF 17-07-2018, artículos 18 y 19: ARTICULO 18.- Los establecimientos en los que se presten servicios de atención médica, deberán contar con un responsable, mismo que deberá tener título, certificado o diploma, que, según el caso, haga constar los conocimientos respectivos en el área de que se trate. Los documentos a que se refiere el párrafo anterior, deberán encontrarse registrados por las autoridades educativas competentes; ARTICULO 19.- Corresponde a los responsables a que hace mención el artículo anterior, llevar a cabo las siguientes funciones: I.- Establecer y vigilar el desarrollo de procedimientos para asegurar la oportuna y eficiente prestación de los servicios que el establecimiento ofrezca, así como para el cabal cumplimiento de la Ley y las demás disposiciones aplicables; II.- Vigilar que dentro de los mismos, se apliquen las medidas de seguridad e higiene para la protección de la salud del personal expuesto por su ocupación; III.- Atender en forma directa las reclamaciones que se formulen por irregularidades en la prestación de los servicios, ya sea las originadas por el personal del establecimiento o por profesionales, técnicos o auxiliares independientes, que en él presten sus servicios, sin perjuicio de la responsabilidad profesional en que se incurra; IV.- Informar, en los términos que determine la Secretaría, a las autoridades sanitarias competentes, de las enfermedades de notificación obligatoria, así como adoptar las medidas necesarias para la vigilancia epidemiológica, tomando en cuenta lo dispuesto en la Ley, y V.- Notificar al Ministerio Público y, en su caso, a las demás autoridades competentes, los casos en que se les requieran servicios de atención médica para personas con lesiones u otros signos que presumiblemente se encuentren vinculadas a la comisión de hechos ilícitos.

³² tesis [A] 1a. CXVIII/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 16, marzo de 2015, Tomo II, página 1113, registro 2008748. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS HOSPITALES PRIVADOS. NO SE ACTUALIZA SI SE ACREDITA QUE LA INSTITUCIÓN CUMPLIÓ CON SUS OBLIGACIONES DE VIGILANCIA Y QUE EL DAÑO

Determinación de la *lex artis ad hoc*. De acuerdo con lo resuelto en el Amparo en Revisión 117/2012³³, Amparo Directo 51/2013³⁴ y contradicción de tesis 93/2011³⁵, todos resueltos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de los cuales derivaron diversas tesis orientadoras, siguiendo las pautas establecidas en dichos precedentes, es que podemos tener un grado aceptable de certeza jurídica respecto de cómo la Corte entiende la determinación de *la lex artis ad hoc* y la atribución de cargas probatorias a las partes y criterios de imputación dentro de un proceso jurisdiccional.

Ante un reclamo judicial por mala práctica médica, el juzgador deberá valorar el acto médico y sus fases diagnóstica, terapéutica y recuperatoria a fin de determinar de manera conjunta, más aún cuando se trata de un acto médico complejo donde participaron sucesivamente una multiplicidad de profesionistas médicos sanitarios. Lo anterior ha sido recogido en las tesis 1a. XXVII/2013 (10a.)³⁶, 1a. XXIV/2013 (10a.)³⁷, 1a. XXII/2013 (10a.)³⁸, y 1a. CCXXIX/2016 (10a.)³⁹, mismas que establecen que para la exigencia de responsabilidad en contra de un médico ha de atenderse, en primer lugar, al diagnóstico y determinar si este fue correcto o equivocado partiendo de si el profesional realizó o no todas las comprobaciones necesarias; atendió al estado de la ciencia médica, para emitir el diagnóstico. De lo contrario,

CAUSADO AL USUARIO DERIVA ÚNICAMENTE DE LOS ACTOS U OMISIONES DEL PERSONAL MÉDICO QUE INTERVINO.

³³ Sentencia recaída al Amparo en Revisión 117/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 28 de noviembre de 2012.

³⁴ Sentencia recaída al Amparo Directo 51/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 2 de diciembre de 2015.

³⁵ Sentencia recaída a la Contradicción de tesis 93/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, marzo de 2011.

³⁶ Tesis 1a. XXVII/2013 (10a.), Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVI, enero de 2013, Tomo 1, Pág. 638, Registro Digital: 2002570. MALA PRÁCTICA MÉDICA. DIAGNÓSTICO ERRÓNEO COMO ELEMENTO PARA DETERMINAR SU EXISTENCIA.

³⁷ Tesis [A]: 1a. XXIV/2013 (10a.), Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVI, enero de 2013, Tomo 1, Pág. 621, Registro Digital: 2002440. ACTO MÉDICO. DISTINTAS ETAPAS O FASES QUE LO CONFORMAN PARA EFECTOS DE DETERMINAR LA EXISTENCIA DE UNA POSIBLE MALA PRÁCTICA MÉDICA

³⁸ Tesis [A]: Tesis: 1a. XXII/2013 (10a.), Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVI, enero de 2013, Tomo 1, página 637, Registro Digital: 2002564. LIBERTAD PRESCRIPTIVA DEL MÉDICO. PARTE INTEGRADORA DEL DERECHO AL TRABAJO DE LOS MÉDICOS.

³⁹ Tesis [A]: 1a. CCXXIX/2016 (10a.), Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 34, septiembre de 2016, Tomo I, Pág. 517, Registro Digital: 2012516. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL EN MATERIA MÉDICO-SANITARIA. SUPUESTOS DE VALORACIÓN EN UN ACTO MÉDICO COMPLEJO.

constituye un riesgo innecesario para el derecho a la vida y a la salud de los pacientes que no está cubierto dentro de la libertad prescriptiva del médico; posterior a ello, se deberá analizar la fase terapéutica y la fase recuperatoria de forma conjunta, ya que segmentar el acto médico sería incongruente al estar estrechamente vinculadas; es mucho más relevante cuando se trata de un acto médico complejo donde participan diversos médicos de distintas especialidades, ya sea en un acto médico único o en el tratamiento de un padecimiento donde han intervenido a lo largo del tiempo disantos médicos. De lo anterior, puede atribuirse una conducta negligente a un profesionista, si de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, convalida la negligencia del médico que le precedió u omite cumplir con sus deberes de cuidado que lo llevarían a intentar corregirlo o a informarlo a los responsables para hacerlo. Según la *lex artis* médica, tal conducta puede considerarse a su vez como culposa en sentido amplio y dar pie a una responsabilidad si se acredita que tal acto propició o incidió directamente en la producción del daño.

En tal situación será del interés de las partes aportar dictámenes periciales en materia de medicina legal y forense que, para su desahogo, tomará, como base para valorar el acto médico, en primer lugar, al expediente clínico que en su carácter de biografía patológica, que, representa el antecedente más próximo para conocer los padecimientos, enfermedades o síntomas que presentó el paciente y que justificaron la intervención del médico o médicos involucrados. De estos dictámenes, el operador jurídico corroborara si el acto médico tuvo fundamentos técnicos como protocolos o guías médicas expedidas por la Secretaría de Salud o por la autoridad competente que para efectos legales constituyen la positivización⁴⁰ de la *lex artis*, o si su justificación se encuentra criterios terapéuticos aceptados por la comunidad médica; por ello es conveniente que el expediente clínico se apegue lo más posible a las disposiciones reglamentarias⁴¹ aplicables para su elaboración en virtud de que

⁴⁰ Tesis 1a. XXVI/2013 (10a.), Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVI, enero de 2013, Tomo 1, Pág. 636, Registro Digital: 2002531. GUÍAS O PROTOCOLOS MÉDICOS EXPEDIDOS POR LA SECRETARÍA DE SALUD O POR LA AUTORIDAD COMPETENTE EN LA MATERIA. SU FUNCIÓN PARA EFECTOS DE DETERMINAR UNA POSIBLE MALA PRÁCTICA MÉDICA.

⁴¹ Diario Oficial de la Federación. (2012). NORMA Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012, Del expediente clínico. Ciudad de México: DOF.

un historial clínico incompleto o deficiente constituye un riesgo innecesario para el derecho a la vida y a la salud de los pacientes. Este es un riesgo que no encuentra justificación dentro del riesgo implícito que conlleva el ejercicio de la medicina y que de acuerdo con la Tesis: 1a. XXVIII/2013 (10a.)⁴² ante la ausencia o deficiencia en el expediente clínico, se actualizara una presunción legal en contra de los médicos tratantes respecto de la existencia de una presunta mala práctica médica.

De lo expuesto, es importante establecer que el deber de probar o carga probatoria recae en los médicos responsables de acuerdo con la Tesis 1a. CCXXVII/2016 (10a.)⁴³. A dichos profesionales, es a quienes les corresponde probar que el elemento subjetivo de la responsabilidad civil o culpa es inexistente a través de la comprobación de su debida diligencia médica; al paciente, le corresponde probar únicamente la existencia del daño y el nexo causal, lo anterior en virtud de que exigir que sea el paciente quien demuestre por sí solo la negligencia en la atención médica podría actualizar lo que la doctrina denomina como *probatio diabólica*⁴⁴, misma que es inadmisibles en casos donde se involucran derechos humanos como la integridad física o la vida. En tal sentido, opera la inversión de la carga probatoria en favor del paciente, en atención a los principios de facilidad y proximidad probatoria de los médicos atendiendo a sus conocimientos científico-técnicos y a que las pruebas idóneas para probar la debida diligencia o bien para desvirtuar la culpa o la violación de un deber de cuidado las poseen ellos mismos, o bien, están en poder de la institución hospitalaria.

⁴² Tesis 1a. XXVIII/2013 (10a.), Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVI, enero de 2013, Tomo 1, Pág. 638, Registro Digital: 2002569. MALA PRÁCTICA MÉDICA. AUSENCIA O DEFICIENCIA DE LA HISTORIA CLÍNICA

⁴³ Tesis [A]: 1a. CCXXVII/2016 (10a.), Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 34, septiembre de 2016, Tomo 1, Pág. 515, Registro Digital: 2012513. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL EN MATERIA MÉDICO-SANITARIA. DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), VOTO RAZONADO DEL JUEZ A.A. CANÇADO TRINDADE, par. 21 "En mi entender, la *probatio diabólica* es enteramente inadmisibles en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos".

Siguiendo la doctrina derivada de la citada contradicción de tesis 93/2011⁴⁵, la responsabilidad de los médicos y personal sanitario, excede las obligaciones que las partes puedan plasmar en un contrato de prestación de servicios; por lo que será inútil presentar dicho contrato donde se excluya la responsabilidad del médico, ya que la integridad personal y la vida, son bienes jurídicos indisponibles. Por regla general, la responsabilidad médica necesita del elemento subjetivo (con excepción de los hospitales en función de la “representación aparente”⁴⁶), es decir de la culpa (negligencia, impericia, imprudencia) para actualizarse; por lo que para determinar si existe responsabilidad, se debe verificar si el acto médico se ejecutó de acuerdo con los estándares de la profesión médica, donde se toma en cuenta tanto disposiciones reglamentarias (Normas Oficiales Mexicanas), como la *lex artis ad hoc*, o de la *lex artis* de la profesión. Para tales efectos el expediente clínico debidamente integrado será el medio de convicción más inmediato para verificar la debida diligencia del médico.

Excepciones⁴⁷ y defensas⁴⁸ procesales contra de la responsabilidad civil y la prueba científica en materia médico-sanitaria:

La responsabilidad medica generalmente es subjetiva, pero también puede ser objetiva o aquiliana. Para efectos prácticos, existen dos formar en que se imputará la responsabilidad médica; la primera, cuando se alegue la culpa (negligencia, impericia, imprudencia), del médico (como responsabilidad subjetiva); la segunda cuando del daño deba responder otra persona o una institución hospitalaria (ya sea por responsabilidad objetiva y representación aparente), no haber cumplido un deber de supervisión o por haber que el daño fue causado por un riesgo creado.

⁴⁵ Sentencia recaída a la Contradicción de tesis 93/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, marzo de 2011, segundo párrafo, pág. 15-19.

⁴⁶ Ver: tesis 1a. CXIX/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 16, marzo de 2015, Tomo II, página 1113, registro 2008749. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS HOSPITALES PRIVADOS POR ACTOS COMETIDOS POR TERCEROS QUE DESEMPEÑAN FUNCIONES EN SUS INSTALACIONES. SE ACTUALIZA SI EXISTE UNA REPRESENTACIÓN APARENTE

⁴⁷ Las “excepciones” son las afirmaciones del demandado en relación con los requisitos procesales o la fundamentación de la pretensión.

⁴⁸ Una “defensa” es una negación formulada por el demandado respecto a los hechos o el derecho invocado por el actor

Las excepciones y defensas dependerán del estudio del caso, pero de forma genérica podemos invocar dos excepciones (falta de acción y derecho y negligencia inexcusable de la víctima) y una defensa (la prueba científica sobre la pertinencia de *la lex artis ad hoc*).

Excepción de Falta de acción y derecho. Para la responsabilidad subjetiva, debemos invocar la excepción de falta de acción y derecho. Esta es una excepción genérica, pero no por eso sencilla de acreditar en materia medico sanitaria, ya que existen particularidades que no son aplicables a todos los juicios de responsabilidad civil. Normalmente la carga de la prueba recae en el actor (demandante), es decir que le corresponde a este el deber de probar la existencia del daño y el nexo de causalidad por el cual dicho daño se atribuye a cierta conducta u omisión.

En la responsabilidad civil medico sanitaria se aplican dos criterios probatorios específicos muy importantes a tomar en cuenta:

Inversión de la carga probatoria⁴⁹: el primero es la inadmisibilidad de la *probatio diabólica* que genera una inversión de la carga probatoria, lo que significa que el actor no está obligado a probar el nexo de causalidad, sino que únicamente debe probar la existencia del daño y la conducta u omisión que lo generó; es decir que cuando persona estime que un médico u hospital le causó un daño por una indebida *lex artis ad hoc* se actualiza la inversión de la carga de la prueba a favor del presunto agraviado, por lo que a los médicos u hospital corresponderá acreditar su debida diligencia en la atención médica del paciente atendiendo a los principios de facilidad y proximidad probatoria.

⁴⁹ Sentencia recaída al Amparo Directo 51/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 23 de abril de 2013, párrafo 256. "inversión de la carga de la prueba". Véase también: Tesis: 1a. CCXXVII/2016 (10a.), Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, septiembre de 2016, Tomo I, pág. 514, Reg. digital: 2012513, RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL EN MATERIA MÉDICO-SANITARIA. DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

Oportunidad perdida⁵⁰: o pérdida de oportunidad asistencial en patologías, se trata de una técnica probatoria para atribuir causalidad en escenarios de incertidumbre, donde, aunque no se puede probar que la actuación médica incorrecta causó el daño, sí se puede probar que esa actuación incorrecta hizo que se perdiera una oportunidad real y sería de evitar el daño, y no esté probado que se debiera a otras causas (tomando en cuenta que todo paciente es una persona vulnerable).

Causalidad no interrumpida: la pérdida de oportunidad también ha sido interpretada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero definiéndola como la “Causalidad No Interrumpida”⁵¹. Se señala que (atendiendo al elemento de causalidad), no se puede imputar causalmente el resultado dañino a una conducta inexistente o negativa; al tratarse de una omisión y toda vez que las omisiones no “causan”, sino que permiten la continuación de la causalidad (misma que debería haber sido interrumpida por la obligación jurídicamente exigible) es que se debe ponderar la probabilidad de que la interrupción de dicha causalidad hubiera derivado en un beneficio para la salud del paciente.

Por otro lado, en casos en que se alegue la responsabilidad objetiva por el uso de sustancias o materiales peligrosos, como anestesia, instrumental quirúrgico, prótesis, etc. además de acreditar la debida diligencia, la excepción procesal procedente será:

Excepción de negligencia inexcusable de la víctima: en la responsabilidad objetiva la conducta de la persona dañada, puede generar el desvanecimiento del nexo causal entre el riesgo creado y el daño producido, ocasionando la eliminación o

⁵⁰ Sentencia recaída al Amparo Directo 100/2018, Primera Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, Ponente: Magda. Martha Leticia Muro Arellano, 02 de octubre de 2019, párrafo 75. “oportunidad perdida”. Véase también: Tesis: III.1o.C.32 C, T.C.C., Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, enero de 2020, Tomo III, página 2663, Registro digital: 2021435, RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA EXTRA CONTRACTUAL POR ACTUACIONES MÉDICAS. SI QUIEN LA RECLAMA FORMA PARTE DE UN GRUPO VULNERABLE, PARA PROBAR EL NEXO CAUSAL ENTRE LA ACTUACIÓN Y EL DAÑO MATERIAL O MORAL, DEBE APLICARSE LA TÉCNICA PROBATORIA DENOMINADA “OPORTUNIDAD PERDIDA”.

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, Sentencia de 8 marzo de 2018, par. 151.

disminución de la responsabilidad del agente. A fin de determinar la absolución del demandado, o bien para graduar el monto de la indemnización cuando se acredite la responsabilidad, será necesario valorar los hechos de acuerdo con la normalidad de la conducta; las circunstancias y demás condiciones en las que se encontraba la víctima al producirse el daño; las conductas negligentes, repentinas o irresponsables de la víctima; así como los factores más o menos previsibles.

Defensa relativa a la pertinencia de la *lex artis ad hoc* (prueba científica o pericial medica): los hechos que pueden generar un resultado lesivo para el paciente son innumerables y se multiplican en función de la complejidad del padecimiento. Bajo esta premisa, es lógico que el médico sea riguroso en la prevención o mitigación de los riesgos dentro de su control; por eso es que debemos imaginarnos casos no tan evidentes de responsabilidad para visualizar la utilidad de la prueba científica en casos complejos en los que la *lex artis ad hoc* no esté plenamente identificada.

La prueba científica le permitirá al médico solventar las dos particularidades probatorias descritas, correspondientes a la inversión de la carga probatoria y a la oportunidad perdida, ya que en estos casos complejos existirá un elemento de incertidumbre. La admisibilidad de la prueba, generalmente, no es objetada, ya que los abogados y jueces muchas veces no están en condiciones de cuestionar los conocimientos científicos que se exponen en tales pericias; sin embargo, la verificación de la fiabilidad de tales dictámenes puede incidir de forma trascendental en la defensa del médico demandado.

Se hace la diferencia entre prueba científica y pericial médica, ya que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no distingue entre la evidencia científica utilizable en un juicio y la interpretación u opinión que de tal evidencia haga un experto en la materia, siendo situaciones distintas. Sin embargo, ya sea uno u otro caso, vale la pena preguntarnos ¿qué tipo de hallazgos científicos pueden y deben ser admitidos para orientar la toma de decisiones judiciales donde se involucra conocimiento científico que va más allá del conocimiento ordinario del derecho?

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se formuló esa pregunta, al resolver la Contradicción de tesis 154/2005-PS. En esta, se resolvió que “para que un órgano jurisdiccional pueda apoyarse válidamente en una *opinión⁵² de algún experto en una rama de la ciencia, es necesario que esa opinión tenga las siguientes características”⁵³ emitiendo también la tesis 1a. CLXXXVII/2006⁵⁴:

1. Que la evidencia científica sea relevante para el caso concreto en estudio, es decir, que a través de la misma pueda efectivamente conocerse la verdad de los hechos sujetos a prueba, y
2. Que la evidencia científica sea fidedigna, esto es, que se haya arribado a ella a través del método científico, para lo cual se requiere, generalmente, que la teoría o técnica científica de que se trate:
 - a. Haya sido sujeta a pruebas empíricas, o sea, que la misma haya sido sujeta a pruebas de refutabilidad;
 - b. Haya sido sujeta a la opinión, revisión y aceptación de la comunidad científica;
 - c. Se conozca su margen de error potencial, y
 - d. Existan estándares que controlen su aplicación.⁵⁵

Los puntos anteriores son el resultado de la adaptación al sistema jurídico mexicano del precedente del *common law* estadounidense establecido por el caso “Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals”⁵⁶ resuelto por la Suprema Corte de los Estados

⁵² Nótese que la corte está utilizando tanto “hallazgo científico” como “opinión de algún experto en una rama de la ciencia” cuando la opinión del experto debe estar sustentada en evidencias; pero también se da el caso de que se cuestione precisamente la propia evidencia científica en la que se apoye la opinión.

⁵³ Sentencia recaída a la Contradicción de tesis 154/2005-PS, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: ministro José Ramón Cossío Díaz, 18 de octubre de 2006. Pág. 24

⁵⁴ Tesis [A]: 1a. CLXXXVII/2006, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, marzo de 2007, Tomo XXV, Pág. 258, Registro Digital: 173072. CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS. CARACTERÍSTICAS QUE DEBEN TENER PARA QUE PUEDAN SER TOMADOS EN CUENTA POR EL JUZGADOR AL MOMENTO DE EMITIR SU FALLO

⁵⁵ Sentencia recaída a la Contradicción de tesis 154/2005-PS, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: ministro José Ramón Cossío Díaz, 18 de octubre de 2006. Pág. 24-25. Véase también la Tesis [A]: 1a. CLXXXVII/2006, Reg. Digital: 173072.

⁵⁶ Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (1993)

Unidos. En ella se establece el estándar para la admisión de testimonios de expertos en cortes federales, conocido como los “Criterios Daubert”, mismos que siguiendo a Carina Gómez Fröde en su artículo “La prueba pericial médica: criterios para su emisión, admisión y valoración”⁵⁷, impondrían al juzgador la necesidad de plantearse las siguientes interrogantes:

- a. ¿La teoría científica o técnica ha sido probada?
- b. ¿La teoría científica o técnica ha sido sujeta de revisión y publicación?
- c. ¿Cuáles son los conocimientos o potenciales errores de la teoría o técnica cuando es aplicada?
- d. ¿Existen estándares y controles? y ¿son estos mantenidos en el tiempo?
- e. ¿La teoría o técnica es aceptada, en términos generales, por la comunidad científica más importante?

Lo anterior cobra relevancia ante la ambigüedad lingüística de otros criterios judiciales como el establecido en la tesis de jurisprudencia obligatoria emitida por Tribunales Colegiados de Circuito I.3o.C. J/33 de título “PRUEBA PERICIAL, VALORACIÓN DE LA. SISTEMAS”⁵⁸ donde se hace referencia al sistema de valoración de la prueba relativo a la libre convicción. El juez utiliza reglas de la lógica, reglas de la razón y máximas de la experiencia, es decir una sana crítica, que, sin embargo, generalmente no está capacitado para realizar respecto de una prueba científica. En tal sentido la peritación debe ser congruente con las reglas técnicas o científicas aplicadas dentro de su pericia y aceptadas por sus pares; por lo que el valor probatorio de la pericial o prueba científica dependerá precisamente de elementos científicos como los establecidos por los Criterios Daubert y de la Contradicción de tesis 154/2005-PS y no de “que el perito es sincero, veraz y posiblemente acertado, cuando es una persona honesta, imparcial, capaz, experta

⁵⁷ Fröde, C. G. (2018). La prueba pericial médica: criterios para su emisión, admisión y valoración. *CONAMED*, 21(2), pp. 88-98.

⁵⁸ Tesis [J]: I.3o.C. J/33, T.C.C., Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, julio de 2004, Tomo XX, Pág. 1490, Registro Digital: 181056. PRUEBA PERICIAL, VALORACIÓN DE LA. SISTEMAS

en la materia de que forma parte el hecho sobre el cual dictamina⁵⁹ sino que la fiabilidad dependerá de la utilización de reglas técnicas y científicas, explicadas de forma, motivada, fundada y conveniente.

Siguiendo nuevamente a Carina Gómez Fröde en su artículo ya citado, nos propone que considerando las recomendaciones formuladas por los Criterios Daubert, al elaborar el marco teórico de la peritación se deberá recurrir a información científica reciente, enfocada al caso concreto, enfocada a las especialidades del caso, de acuerdo con los siguientes criterios:

- a. Sistemas: sistemas informáticos de Apoyo a la Decisión Clínica
- b. Sumarios: guías de Práctica Clínica basadas en la evidencia (GuíaSalud, *National Guideline Clearinghouse*, etc.)
- c. Sinopsis: sinopsis de revisiones sistemáticas (DARE, *ACP Journal*, Evidencias en pediatría, etc.)
- d. Síntesis: revisiones sistemáticas (Biblioteca Cochrane, JBI COOnNECT+, etc.)
- e. Sinopsis de estudios: sinopsis de estudios individuales (*ACP Journal*, Evidencias en pediatría, etc.)
- f. Estudios: estudios originales publicados en revistas (Medline, Embase CINAHL, etc.)

De acuerdo con los criterios expuestos, la peritación que tenga como objetivo defender el acto médico llevado a cabo deberá apoyarse en teorías o técnicas, probadas, que hayan sido sujetas de revisión y publicación. En su caso, se debe definir los estándares y controles, que las mismas sean aceptadas por la comunidad científica y que definir la tasa de error.

1.8. Compensación del daño moral como elemento de la reparación integral en función del parámetro de regularidad constitucional

⁵⁹ Tesis de jurisprudencia obligatoria emitida por Tribunales Colegiados de Circuito I.3o.C. J/33 de título "PRUEBA PERICIAL, VALORACIÓN DE LA. SISTEMAS"

La justa indemnización o reparación integral encuentra fundamento en lo dispuesto en el artículo 1° Constitucional y artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde se establece que cuando se decida que hubo violación de un derecho o libertad, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Como consecuencia de lo anterior, el cálculo de las indemnizaciones civiles no puede limitarse a un método reduccionista donde únicamente se aplique una fórmula matemática determinada, como la que se encuentra en los Códigos Civiles en relación con la Tabla de Valuación de Incapacidades establecida en el artículo 514 de la Ley Federal del Trabajo. La justa indemnización o reparación integral busca reparar el valor integral de la vida humana y en la integridad física de las personas.

La jurisprudencia interamericana forma parte de las fuentes que debe tener en cuenta el operador jurídico a la hora de establecer la reparación integral a fin de emitir un fallo respetando el parámetro de regularidad constitucional, según lo establecido en la tesis de jurisprudencia. Esta fue derivada de la polémica contradicción de tesis 293/2011, resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, donde dicho Tribunal Pleno aprobó la tesis [J] P./J. 21/2014 (10a.)⁶⁰ de título "Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos

⁶⁰ Tesis [J]: P./J. 21/2014 (10a.), Pleno, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo I, pág. 204, abril de 2014, Reg. digital: 2006225, de título JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.

Humanos”. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona, que dice:

[...] Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona [sic] obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos [...]”.

Como adición a lo anterior, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, posteriormente, emitió la tesis [J]: 1a./J. 29/2015 (10a.)⁶¹, de título Derechos humanos reconocidos tanto por la Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos, como en los tratados internacionales, para determinar su contenido y

⁶¹ Tesis [J]: 1a./J. 29/2015 (10a.), Primera Sala, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo I, pág.240, abril de 2015, Reg. digital 2008935, de título “Derechos humanos reconocidos tanto por la Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos, como en los tratados internacionales, para determinar su contenido y alcance debe acudir a ambas fuentes, favoreciendo a las personas la protección más amplia”.

alcance debe acudirse a ambas fuentes, favoreciendo a las personas la protección más amplia”, que dice:

[...] Acorde con lo sostenido por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.), las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se relacionan entre sí en términos jerárquicos, ya que se integran al catálogo de derechos que funciona como un parámetro de regularidad constitucional. Por tanto, cuando un derecho humano esté reconocido tanto en la Constitución Federal, como en los tratados internacionales, debe acudirse a ambas fuentes para determinar su contenido y alcance, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; en el entendido de que cuando exista en la Constitución una restricción expresa al ejercicio de un derecho humano, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional [...].

Derivado de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de fecha 10 de junio de 2011, se establece la obligación de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; además, el deber de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos. En tal sentido, la reparación integral se convierte en un derecho fundamental sustantivo.

Lo anterior fue interpretado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Tesis [J] 1a./J. 31/2017 (10a.)⁶², que dice:

⁶² Tesis [J] 1a./J. 31/2017 (10a.), Primera Sala, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo I, pág. 752, Reg. digital 2014098, de título DERECHO FUNDAMENTAL A UNA REPARACIÓN INTEGRAL O JUSTA INDEMNIZACIÓN. SU CONCEPTO Y ALCANCE.

[...] El derecho citado es un derecho sustantivo cuya extensión debe tutelarse en favor de los gobernados, por lo que no debe restringirse innecesariamente. Ahora bien, atento a los criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la reparación integral permite, en la medida de lo posible, anular todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que debió haber existido con toda probabilidad, si el acto no se hubiera cometido, y de no ser esto posible, procede el pago de una indemnización justa como medida resarcitoria por los daños ocasionados, lo cual no debe generar una ganancia a la víctima, sino que se le otorgue un resarcimiento adecuado. En ese sentido, el derecho moderno de daños mira a la naturaleza y extensión del daño a las víctimas y no a los victimarios. Así, el daño causado es el que determina la naturaleza y el monto de la indemnización, de forma que las reparaciones no pueden implicar enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores; además, no se pretende que la responsabilidad sea excesiva, ya que debe subordinarse a requisitos cualitativos. Por otro lado, una indemnización será excesiva cuando exceda del monto suficiente para compensar a la víctima, sin embargo, limitar la responsabilidad fijando un techo cuantitativo implica marginar las circunstancias concretas del caso, el valor real de la reparación o de la salud deteriorada; esto es, una indemnización es injusta cuando se le limita con topes o tarifas, y en lugar de ser el Juez quien la cuantifique justa y equitativamente con base en criterios de razonabilidad, al ser quien conoce las particularidades del caso, es el legislador quien, arbitrariamente, fija montos indemnizatorios, al margen del caso y de su realidad [...].

Específicamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Cantoral Benavides vs. Perú, Sentencia del 3 de diciembre de 2001 (reparaciones y costas) ha desarrollado como medida de reparación la de compensación del daño moral o daños inmateriales. Ahí se establece que:

(B. DAÑO INMATERIAL) 53. La Corte pasa a considerar aquellos efectos nocivos de los hechos del caso que no tienen carácter económico o patrimonial y que no pueden ser tasados, por ende, en términos monetarios. El mencionado daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria, así como las alteraciones de condiciones de existencia de la víctima o su familia. Es una característica común a las distintas expresiones del daño inmaterial el que, no siendo posible asignárseles un preciso equivalente monetario, solo puedan, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolación de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir.

Mientras tanto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala Sentencia de 26 de mayo de 2001 (Reparaciones y Costas), menciona:

68. Por otro lado, los daños provocados a otros familiares de la víctima o a terceros, por la muerte de ésta, pueden ser reclamados fundándose en un derecho propio. Sin embargo, este Tribunal ha señalado que para que el daño y el consecuente derecho a reparación se configuren, se deben dar determinadas circunstancias, entre las que se cuenta, la existencia de

relaciones de apoyo económico efectivas y regulares entre la víctima y el reclamante y la posibilidad de presumir válidamente que ese apoyo hubiera continuado dándose si la víctima no hubiese muerto. Respecto de estos reclamantes el onus probandi corresponde a los mismos, sean o no familiares de la víctima, entendiéndose el término “familiares de la víctima” como un concepto amplio que abarca a todas aquellas personas vinculadas por un parentesco cercano, es decir, a los hijos, padres y hermanos, los cuales podrían ser tenidos como familiares y tener derecho a recibir una indemnización, en la medida en que cumplan los requisitos fijados por la jurisprudencia de este Tribunal²³. Debe tenerse en cuenta, también, que según la jurisprudencia más reciente de la Corte, se puede presumir que la muerte de una persona ocasiona a sus hermanos un daño moral²⁴. Para efectos del caso *subjudice*, la reparación a los familiares será analizada en la sección correspondiente, bajo las circunstancias de cada una de las víctimas y del acervo probatorio que las partes hayan aportado a este Tribunal.

(B. DAÑO MORAL) 84. La Corte pasa a considerar aquellos efectos nocivos de los hechos del caso que no tienen carácter económico o patrimonial y no pueden ser tasados, por ende, en términos monetarios. El mencionado daño moral puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria. Es una característica común a las distintas expresiones del daño moral el que, no siendo posible asignárseles un preciso equivalente monetario, solo puedan, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una suma de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y en segundo lugar, mediante la

realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolución de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir.

Además, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Loayza Tamayo vs. Perú Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones y Costas), se lee:

142. En lo que se refiere a los señores Julio Loayza Sudario y Adelina Tamayo Trujillo de Loayza, la Corte considera que es aplicable la presunción de que sufrieron moralmente por la suerte de la víctima, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona experimente dolor ante el suplicio de un hijo. Esta presunción no ha sido desvirtuada por el Estado. La Corte estima equitativo conceder a cada uno de los padres de la víctima una indemnización de US\$ 10.000,00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de daño moral.

[...]

147. Por lo que respecta a la reclamación de daño al “proyecto de vida”, conviene manifestar que este concepto ha sido materia de análisis por parte de la doctrina y la jurisprudencia recientes. Se trata de una noción distinta del “daño emergente” y el “lucro cesante”. Ciertamente no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el “daño emergente”. Por lo que hace al “lucro cesante”, corresponde señalar que mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias,

potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.

148. El “proyecto de vida” se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte.

149. En el caso que se examina, no se trata de un resultado seguro, que haya de presentarse necesariamente, sino de una situación probable --no meramente posible-- dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos. Esos hechos cambian drásticamente el curso de la vida, imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito.

Por otro lado, en el Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros). Reparaciones, supra nota 2, párr. 105, expresa:

105. En cuanto al daño moral, los tribunales internacionales han señalado en reiteradas ocasiones que la sentencia de condena constituye per se una forma de reparación. Sin embargo, la Corte considera que esto no es suficiente en cuanto al sufrimiento moral causado a la víctima y a sus familiares en un caso como el presente, y que aquél debe ser reparado,

por vía sustitutiva, mediante una indemnización pecuniaria, la cual debe ser fijada conforme a la equidad, en consideración de que el daño moral no es susceptible de una tasación precisa.

CAPÍTULO DOS

Los hechos que dieron origen al juicio que utilizo como ejemplo para esta tesis y han sido tomados del expediente civil, incluido el escrito inicial de demanda, la sentencia definitiva civil, la resolución que recayera al toca civil; así como el expediente penal y de diversos documentos técnicos, como dictámenes periciales o certificaciones médicas, siendo los siguientes:

El día 26 de mayo de 2012, aproximadamente a las 3:30 de la tarde, en compañía de sus dos hermanas de 8 y 10 años, la niña R.A.L.S de 6 años de edad, salió caminando con dirección a la tiendita de su comunidad ubicada en el Municipio de Corregidora, Estado de Querétaro. Los abogados de la parte demandada argumentaron que esto se trataba de una imprudencia de los padres, sin embargo, hay que tener en cuenta que este es un uso muy común en las comunidades rurales donde no existen las mismas problemáticas que en las zonas urbanas.

Lamentablemente, en el momento en que las tres niñas caminaban hacia la tiendita, un camión tipo FREIGHTLINER FL70 35 K, con carrocería color rojo, acababa de terminar de descargar productos en dicha tiendita, por lo que se dispuso a retirarse y se puso en marcha. Al circular, se encontró a medio camino sobre la Calle M. a las tres niñas, quienes únicamente pudieron pegarse contra la pared ya que esta vialidad rural de terracería no contaba con banquetas o acotamientos a sus extremos. En ambos lados de la calle, había pared, por lo que en ese momento el único cuidado que dependía de ellas era mantenerse inmóviles, ya que el chofer del camión rojo tipo FREIGHTLINER no detuvo su marcha.

Percatándose de que el chofer no frenaría, las tres niñas le trataron de hacer señas, sin éxito. El conductor siguió avanzando hasta llegar al punto donde se encontraban las tres menores, cuando, debido a las irregularidades y lodo en la terracería, aunado a que existió un primer contacto con el estribo trasero que se encuentra a la altura de los ejes traseros en este tipo de camiones, R.A.L.S. fue atropellada: el

camión rojo tipo FREIGHTLINER, con sus llantas traseras izquierdas, pasó sobre una parte de la pierna derecha de la menor R.A.L.S.

Después de ocurrido el atropellamiento, el chofer del camión rojo tipo FREIGHTLINER huyó del lugar y dejó a su copiloto en el sitio del siniestro, quien, junto con un vecino y la madre de la menor, ayudaron a sacar la pierna de R.A.L.S. de las llantas traseras izquierdas del camión repartidor. De este suceso, la menor sufrió un trauma severo, ya que la gran parte de la piel y músculos de su pierna le quedaron colgando, y estaba llena de tierra y piedras, incluso exponiendo el hueso.

Al lugar, después de 1:30 horas de espera llegó una patrulla de tránsito y se realizó el parte de accidente con número 461/2012, por un elemento de Seguridad Pública Municipal de Corregidora. En el lugar, se determinó la responsabilidad del conductor del camión rojo tipo FREIGHTLINER, “[...] de las investigaciones realizadas en el lugar de los hechos, se deduce la siguiente mecánica de colisión: Circula el vehículo A sobre la vía referida realiza maniobras en reversa para salir al momento de salir del lugar el peatón se encontraba ya sobre la vía el vehículo A ingresa a la vía no toma precaución del peatón al momento de salir toca al peatón el cual cae y se produce el impacto. Observaciones. El vehículo A se mueve metros adelante y detiene su marcha retirándose del lugar de los hechos... la vía es una vía de tipo terracería no cuenta con haceras [sic] no cuenta con la capacidad vial para dos vehículos y se toma de doble sentido de circulación [...]”.

Aproximadamente a las 6:30 p.m., es decir 3 horas después del atropellamiento, llegó al lugar una ambulancia de la Cruz Roja y fue hasta ese momento que se le brindaron los primeros auxilios a R.A.L.S; fue inmovilizada su pierna y se le suministró suero para hidratarla. A las 8:00 p.m., la ambulancia llegó al Hospital de Especialidades del Niño y la Mujer, “Dr. Felipe Núñez Lara”; en otras palabras, después de 4 horas y 30 minutos de haber sido atropellada, finalmente estaba junto con su madre en un hospital.

En el Hospital de Especialidades del Niño y la Mujer, “Dr. Felipe Núñez Lara”, le notifican a la madre de nombre R.R.J. que no había ningún cirujano que pudiera atender a R.A.L.S. Momento en el cual, sin previo aviso, se presenta el abogado de nombre M.M.A.J. quien firmó el egreso voluntario y comunicó a R.R.J. que trasladarían a R.A.L.S. al hospital privado Medica E. ubicado por la zona de Felipe Ángeles.

Siendo ya el siguiente día, es decir, el 27 de mayo de 2012, aproximadamente a las 00:30 horas, la víctima llega al Medica E. donde después de aproximadamente media hora la ingresan a quirófano para hacerle un limpieza quirúrgica y cierre primario de heridas. Aproximadamente a las 6:00 a.m. pasaron a R.A.L.S. a una habitación, quien presentaba un dolor muy intenso ya que la herida debía dejarse de cierta forma expuesta para una posterior intervención, solo se le colocó un drenaje para evacuar fluidos. El pediatra que participó en el procedimiento lo describe de la siguiente forma: “[...] El día 26 de mayo del 2012, la paciente es atropellada por camión de carga y sufre lesión grave de extremidad inferior derecha por compresión. Por la madrugada del día 27 de mayo de 2012, es atendida por el Dr. X, traumatólogo ortopedista y es sometida a limpieza quirúrgica y cierre primario de heridas con la descripción de los hallazgos siguientes: Herida abierta, extensa, sucia y expuesta por más de diez horas, que abarca desde tercio medio del muslo, hasta tercio medio de la pierna, que lesionó tejidos superficiales y profundos: Piel, tejido subcutáneo, vasos sanguíneos, nervios, huesos, desinserción de grupos musculares y que generó choque hipovolémico [...]”.

En la diligencia penal consistente en interrogatorio de perito llevada a cabo en fecha 6 de octubre de 2016, con referencia al choque hipovolémico, ante la pregunta del asesor jurídico de la víctima, sobre en qué consiste la colocación de un catéter subclavio venoso central llevado a cabo en el Hospital del Niño y la Mujer de Querétaro, el perito particular en medicina legal manifestó lo siguiente:

[...] puede decir qué significa colocar un catéter subclaveo venoso central, para la corrección de choque hipovolémico por hemorragia; colocar ese tipo de catéter es un procedimiento médico quirúrgico extremo para salvar la vida de un paciente que se está desangrando, es un procedimiento muy delicado porque se tiene que colocar arriba de la clavícula para localizar la vena que pasa justamente por debajo de la clavícula, y entonces ese catéter se introduce de tal forma que llega hasta el corazón y ahí se pueden administrar los medicamentos de una forma más óptima a que si se buscan en las extremidades cuando un paciente esta chocado no se le ven las venas y por lo tanto se le tiene que buscar una vena más gruesa y la más accesible es la que se encuentra arriba de la clavícula por eso ese catéter se coloca para que llegue a una distancia exacta a la cavidad del corazón de tal forma que a un paciente que se le coloca este procedimiento es porque está en peligro su vida y no existe otra manera de aportarle líquido, medicamento y sangre. Que es lo que significa corregir un choque hipovolémico por hemorragia, por choque hipovolémico nos referimos que el paciente está perdiendo sangre y en un afán de corrección, gracias a esa vía, se le puede aportar y en este caso corregir lo que se haya perdido de sangre, por eso el término de corrección, viéndolo de forma actual, le salvaron la vida gracias a ese procedimiento. Es decir, que quedo corregida la hemorragia [...].⁶³

El traumatólogo ortopedista lo describe de la siguiente forma: “[...] Se informa de la niña [...], con antecedentes (a decir de familiar) de ser arrollada por un camión el día 26 de mayo del presente, presentando [sic] herida por miembro pélvico derecho, con auxilio de paramédicos posterior a 1 hora en sitio de accidente, con pérdida hemática importante, siendo atendida en SSA hospital del niño y la mujer, estabilizando hemodinámica mente y siendo trasladada a esta unidad hospitalaria, donde al ingreso, observamos al paciente con palidez de tegumentos, miembro pélvico derecho con vendaje con mancha hemática, llenado capilar distal de 3 seg,

⁶³ TSJQRO, judicial, penal, expediente: 268/2014, J 9°, actuación interrogatorio del médico, p. 141

extremidad hipodérmica, radiografías con lesión fisiaria de fémur distal tipo IV de Salter y Harris, se decide ingreso a quirófano para exploración, aseo quirúrgico, desbridación, la cual se realiza encontrando herida de tercio proximal de muslo a tercio distal de pierna, con abundante material contaminante (tierra, piedras, etc.) desinserción muscular de vasto medial de cuádriceps, se realiza aseo y colocación de drenajes, se cierra herida traumática y colocamos férula de reposo [...] por parte de ortopedia se tiene un estrecho manejo de lesión fisiaria con inmovilización y supervisión de no movilización de extremidad, la cual, el día de hoy se toma radiografía y observamos consolidación y buena reducción, sin embargo, por ser lesión de cartílago de crecimiento puede tener secuelas de valgo o forzado [...].”

Así, R.A.L.S. permaneció alrededor un mes, cuando por fin aproximadamente el día 30 de mayo de 2012, le informan a ella y a su madre que mandarían a R.A.L.S. a que tomara sesiones en la cama hiperbárica para ayudar a que la piel muerta se cayera de la herida y estar en posibilidades de injertarle piel en una cirugía que programaron para el día 21 de junio de 2012. El día llegó y trasladaron a R.A.L.S. al quirófano nuevamente; en esta intervención quirúrgica tomaron injertos de piel de 50 secciones del cuerpo de R.A.L.S.; estas fueron la espalda, glúteo y ambas piernas. En fecha 25 de septiembre de 2012, R.A.L.S. volvió a ingresar a quirófano, esta vez para realizarle una liberación de tendón, ya que como veremos más adelante, comenzó a presentar una condición conocida como “pie equino”.

Después de la segunda operación, la empresa demandada comenzó a mostrarse reacia a seguir sufragando gastos médicos en favor de la recuperación de R.A.L.S. Hasta que el día 17 de enero de 2013, un doctor quien iba por parte de la empresa demandada, le notificó a R.R.J. que por el momento su hija no fuera a tomar consulta con ningún otro médico, porque la empresa todavía no terminaba de pagar las cuentas que se habían generado; incluso algunos estudios que se realizaron a su hija, en las instalaciones del hospital médica “E” le fueron negados con el argumento de que tenían la instrucción de mandarlos directamente a la empresa o al citado médico.

Hasta el momento ninguna acción legal había sido tomada, únicamente existía una denuncia de hechos en la agencia especializada en hechos de tránsito (AEDT/34/2013), donde las lesiones fueron clasificadas en el Certificado Previo de Lesiones, con número de documento pericial 7660 como “[...] 2.- avulsión perdida de piel, tejido celular subcutáneo y adiposo, 3.- fractura acetabular de rodilla derecha. VI. CLASIFICACIÓN MÉDICO LEGAL. – lesiones que por su riesgo quirúrgico SI ponen en peligro la vida y tardan más de quince días en sanar, deja secuela para la marcha y deambulación, así como para movimiento de rodilla y tobillo derechos, esta condición puede variar en función del diagnóstico del especialista, tratamiento, rehabilitación y evaluación de la persona certificada [...]”.

En una actualización al certificado previo de lesiones, en fecha 8 de septiembre de 2012, en el documento con número pericial 11877, se certificó “[...] V. RESULTADOS. – 1. – presenta cicatriz de forma irregular que va desde el tercio medio, cara posterior de muslo derecho, corre por la cara lateral y posterior de rodilla derecha y va hasta la cara antero interna, tercio medio pierna derecha. 2. – presenta limitación para la extensión de la extremidad inferior derecha, a expensas de cara posterior de rodilla derecha. 3. - presenta limitación para la deambulación a expensas de pierna derecha. 4. – presenta limitación en los arcos de movilidad de tobillo derecho. NOTA: continua con la misma clasificación [...]”. Sin embargo, curiosamente un año después del accidente, la agente del ministerio público no había ordenado la elaboración de un dictamen pericial en hechos de tránsito terrestre y mecánica de lesiones y tampoco una reconstrucción de hechos.

Cuando la pericial en hechos de tránsito terrestre fue realizada por el perito oficial (T.T. 2113), esta fue contraria a los intereses de R.A.L.S.; es decir, la agente del ministerio público pretendió culpar a la menor de haber sido atropellada. El dictamen oficial de tránsito terrestre realizado el 19 de octubre de 2013, concluyó lo siguiente: “[...] LUGAR Y FORMA DEL ATROPELLO. El hecho se produce cuando el conductor del camión placas SY-96-465 al circular sobre la calle X, en dirección al

sur y al encontrarse al sur de la calle X (citada como referencia) efectúa contacto con la parte externa del neumático posterior izquierdo, en contra de la pierna derecha de la menor de nombre R.A.L.S.; quien de alguna manera expone sin el debido cuidado, su pierna derecha, en contra de dicho neumático del camión. Resultando de esa manera las lesiones que presentó el peatón. CONCLUSIONES. El Conductor del camión placas SY-96-4565 al circular no estuvo en condiciones de evitar el hecho, ya que el contacto entre la pierna derecha de la menor y el neumático posterior derecho, quedó [sic] estuvo fuera de su campo visual [...]”.

Con base en el dictamen oficial de tránsito terrestre, el Ministerio Público determinó el no ejercicio de la acción penal y por lo tanto la consulta de archivo, ante lo cual la coadyuvancia presentó recurso de inconformidad que en su momento estuvo regulado en el artículo 253 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Querétaro (actualmente dicho recurso ahora innominado está regulado en el artículo 258 del Código Único Nacional), para lo cual se presentó el dictamen pericial privado en materia de tránsito terrestre de fecha 20 de marzo de 2014 donde el perito indicó:

[...] DETERMINACIÓN. - En base al análisis anterior, en el que se obtuvieron resultados, producto de una aplicación técnica, se determina que la dinámica del hecho se suscita de la siguiente forma: Circulaba el conductor del camión, haciéndolo este de reversa, metiéndose a la calle M para así quedar de frente e integrarse a la circulación normal de la calle M, momento en el cual se da cuenta de la presencia de los peatones que caminaban sobre la calle M y teniendo este conductor desarrollado su Reacción Condicionada [sic], no realiza ninguna medida preventiva y se incorpora a la calle M en la cual como se dijo ya se encontraba haciendo uso de esta los peatones los que por tal circunstancia tienen el derecho de paso, por lo que al continuar su marcha el vehículo este realiza contacto con [...] se considera que, con su estribo con uno de los peatones, al cual desequilibra para en aparentes condiciones de normalidad encontrándose en el momento, un flujo vial considerable, y al llegar a ocasionar su caída,

lo que a su vez origina que tengan contacto los neumáticos posteriores izquierdos del camión con el cuerpo del peatón [...].

Dentro de la averiguación previa en fecha 28 de noviembre de 2012, aun en calidad de testigo, el conductor del camión rojo tipo FREIGHTLINER declaró lo siguiente:

[...] el día 26 veintiséis de mayo de 2012 dos mil doce, ingresé a laborar a las 06:30 seis horas con treinta minutos, asignándome un camión repartidor, esto en compañía de mi compañero F, el cual actualmente labora para la empresa denominada ****, siendo que ese día me entregaron mi ruta de entrega [...] aproximadamente a las 15:30 quince horas con treinta minutos llegamos a la Comunidad de **** y procedimos a distribuir la mercancía por las diversas tiendas de la Comunidad y ya casi al terminar de distribuir esa comunidad de ****, me detuve enfrente de una miscelánea denominada “****” la cual se ubica sobre calle M, después comencé a surtir dicha tienda y ya cuando nos disponíamos a surtir la siguiente tienda, la cual se localiza a una distancia aproximadamente 400 cuatrocientos metros de distancia de la calle principal, es importante manifestar que al momento de que me disponía para avanzar de la miscelánea denominada “****” hacia la siguiente tienda, forzosamente tenía que realizar la maniobra de reversa, ya que como los camiones son muy grandes y las calles muy angostas, tenía que echarme de reversa, fue entonces que me eché de reversa y me incorporé a la calle M, la cual sale a la calle principal y avancé de manera normal y ya había circulado como una distancia de aproximadamente 100 cien metros, a una velocidad de aproximadamente 15 quince metros por hora, ya que las condiciones de las calles no permiten ir más rápido, tal es así que al momento de que iba circulando perfectamente me di cuenta que a una distancia de aproximadamente 15 quince metros sobre la misma calle por la que circulaba, caminaban de lado izquierdo 03 tres niñas con dirección hacia mí, y ya casi al encontrarnos, observé que las tres niñas se quedaron paradas y recargadas sobre una barda que se localiza de lado izquierdo

de la calle, resulta importante manifestar que de la barda en la cual se encontraban paradas las niñas a la calle existe una distancia de aproximadamente 01 un metros, entonces yo seguí mi marcha y ya cuando terminaba de pasar a la altura de donde estaban paradas las niñas, observé por el espejo retrovisor que un perro corrió detrás de las niñas y en ese momento tiró a una de ellas, al parecer la más pequeña a la cual tiró hacia el frente y cayó cerca de las llantas traseras, es solo que como el carro es muy grande vi que la niña cayó cerca de las llantas traseras, y en ese momento decidí frenar de lleno y al estar detenido ahí me quedé en el mismo lugar, ya que temía que si movía el carro fuera a pisar a la niña y de inmediato le pedí a mi compañero que se bajara y se fijara qué había pasado, el cual de inmediato descendió del camión y se fue hacia la parte posterior de lado izquierdo y por el espejo retrovisor de ese mismo lado me hizo señas de que echara el camión hacia atrás y así lo hice, así mismo, por el espejo retrovisor me di cuenta de que mi compañero tomó a la niña que se cayó con ambos brazos y la sacó de debajo del camión y yo procedí a avanzar una distancia de 5 cinco metros de distancia aproximadamente para estacionarme bien y descendí del camión dirigiéndome hacia donde estaba mi compañero para ver qué era lo que había pasado, fue cuando me di cuenta que la niña que traía mi compañero en los brazos estaba llorando y sangraba de una de sus piernitas, pero no recuerdo cual [...].

Ante la renuencia de la empresa de continuar cumpliendo con los gastos médicos, la Señora R.R.J. decidió emprender acciones legales. Por lo que en fecha 6 de mayo de 2013, la Señora R.R.J. en representación de su hija R.A.L.S., en la vía ordinaria civil, demandó el pago de los daños y la indemnización de los perjuicios incluido el daño corporal y daño moral establecidos en los artículos 1793, 1796, 1798 y 1799 del Código Civil para el Estado de Querétaro en relación con la Ley Federal del Trabajo. En fecha 31 de mayo de 2013 la demanda fue admitida y se ordenó el emplazamiento a la empresa. Dicha demanda fue contestada en fecha 26 de agosto de 2013.

En la vía ordinaria civil, se ejercitó la acción de “pago de daños y perjuicios” y “daño moral derivados de la responsabilidad civil objetiva”. Dichas acciones se desglosaron en las siguientes prestaciones:

[...] (I) El pago total por reparación del daño pecuniario, consistente en los daños y perjuicios derivados de los gastos que hemos tenido que erogar hasta la fecha, además de los que se sigan generando, así como la atención médica y psicológica hasta que nuestra hija recupere en la medida de lo posible su salud física como emocional.

(II) El pago de la indemnización establecida en el artículo 1796 del Código Civil para el Estado de Querétaro, en relación con la Ley Federal del Trabajo, consistente en el cuádruplo del salario mínimo diario más alto vigente para Querétaro, multiplicado por el porcentaje correspondiente a la lesión de la cual en su momento se probará su clasificación.

(III) el pago del daño moral ocasionado por la demandada en términos de los artículos 1798 y 1799 del Código Civil para el Estado de Querétaro, mismo que deberá ser determinado por su señoría teniendo en cuenta la situación económica de la demandada y de las víctimas.

(IV) el pago de gastos y costas que se originen por el presente juicio [...] ⁶⁴.

Las prestaciones fueron expuestas de forma correcta contemplando la teoría tripartita de la reparación del daño que puede extraerse de la propia redacción del Código Civil del Estado de Querétaro y Código Civil Federal. En este documento, se distingue los daños que pueden ser “patrimoniales” y “corporales”. Estos últimos están tasados según lo dispuesto en la Ley Federal del Trabajo, además del daño “inmaterial” correspondiente al daño moral equivalente a los daños punitivo, mismo

⁶⁴ TSJQRO, judicial, expediente 890/2013, leg. s/n, juicio ordinario civil sobre reparación del daño “Refrescos Victoria del Centro”, demanda del 6 de mayo de 2013, Folio D15562/13-03C E.

que es la parte sustancial de este tipo de demandas de responsabilidad civil extracontractual.

Las excepciones invocadas por la empresa demandada fueron las siguientes:

- [...] CAPITULO DE EXCEPCIONES Y DEFENSAS [...] Opongo a favor de mi representada las siguientes excepciones y defensas: [...] A).- La excepción genérica Sine Actione Agis o falta de acción y derecho, cuyo objeto es el arrojar la carga de la prueba a la parte actora, quién tiene la obligación legal de acreditar los extremos de la acción intentada, pero como puede observarse del escrito inicial de demanda la actora no acredita los supuestos daños y perjuicios que demanda, ni tampoco acredita el supuesto daño moral que dice se le causo, ya que no demuestra que mi representada hubiere cometido un hecho ilícito que derive del incumplimiento de una obligación, por lo tanto esta excepción debe ser declarada procedente [...] B). - La falta de legitimación activa en la parte actora para demandar a mi representada las prestaciones a que se refiere en su escrito inicial de demanda, ante este H. Juzgado. No ha desplegado [...] C). - La excepción de defecto legal en la forma de proponer la demanda; ya que como se dice anteriormente, la parte actora omite indicar claramente cuál es la pérdida o menoscabo sufrido en su patrimonio que derive de un incumplimiento por parte de mi representada, y cuál es la privación de la ganancia lícita que debió haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación. Así mismo en ese orden de ideas, omite señalar y acreditar cual es el acto ilícito cometido por mi representada, es más, ni siquiera lo acredita, para que tenga el derecho de exigir el pago de un supuesto daño moral que ahora demanda. El elemento ilicitud es sumamente importante, ya que al derivar de un hecho jurídico, el cual es fuente de obligaciones, es cuando surge a la vida jurídica la reclamación del daño moral y no antes por consecuencia la presente excepción debe ser declarada procedente en razón de que existe un defecto legal en la forma en que fue propuesta la demanda, este último razonamiento

se ve reforzado con las siguientes criterios jurisprudenciales en los que el elemento ilicitud es preponderante para la procedencia legal del daño moral; y vuelvo a reiterar que en este caso particular no se demuestra ni se acredita de ninguna forma que mi representada hubiere obrado ilícitamente en contra de la parte actora para que sea sujeta a la condena de pagar un daño moral inexistente [...] ⁶⁵.

Las tesis aisladas invocadas por la empresa demanda citadas en la excepción C) son la tesis: I.3o.C.375 C, “Daño moral. Su reclamación no puede sustentarse en la simple presentación de una demanda, a no ser que ésta se base en hechos falsos, calumniosos, injuriosos o de naturaleza semejante”; también la tesis: i.4o.c.300 c, registro digital: 163713, “Teoría de la prueba objetiva del daño moral. Sólo es aplicable cuando el daño se presume”. Resulta evidente que ninguno de los dos criterios eran idóneos para apoyar sus excepciones y defensas, incluso la segunda de las tesis apoya a la parte actora, ya que la teoría de la prueba objetiva del daño moral indica que ante un daño físico o psíquico severo, el daño se presumirá, tal como lo establece el artículo 1798 del Código Civil para el Estado de Querétaro.

Durante el proceso, la parte demandada presentó una excepción superveniente relativa a la negligencia inexcusable de la víctima con base en el dictamen pericial oficial de tránsito terrestre -T.T. 2113-, realizado el 19 de octubre de 2013, en los siguientes términos:

[...] EXCEPCION SUPERVENIENTE NEGLIGENCIA INEXCUSABLE DE LA VICTIMA - Misma que se hace consistir en el hecho de que la parte actora de conformidad al peritaje de causalidad (Dictamen de Tránsito Terrestre T.T.2113), el cual se agrega en copia simple (Anexo 1) y el cual me comprometo a presentar una vez que me sea entregada copia certificada misma que ha sido solicitada al Agente del Ministerio Público, lo que acredito

⁶⁵ TSJQRO, judicial, civil, expediente: 890/2013, J 3°, contestación de demanda, agosto 13, 2013, folio P218964/13.

con el acuse de recibido que se anexa a la presente (Anexo 2), con lo que se demuestra que es negligencia de la menor y no del conductor del vehículo que se generara el accidente, por lo que al no existir una responsabilidad, carece de acción la parte actora para demandar el pago de las prestaciones que reclama. En este sentido, el artículo 269 del Código de Procedimientos Civiles para el estado de Querétaro, establece que el actor debe probar sus acciones, esto es en ningún momento del procedimiento la actora ha ofrecido medio de convicción que acredite que la causa generadora de las lesiones a que hace referencia sean provocadas por negligencia del conductor del vehículo, sin embargo, con el peritaje (Dictamen de Tránsito Terrestre T.T. 2113) que en este momento se ofrece y que además se ofrece como prueba superveniente se acredita que la causa generadora fue provocada por la parte actora y que existe y debe ser procedente la Negligencia Inexcusable de la víctima, en consecuencia no deben ser procedentes las acciones intentadas por la parte contraria. En conclusión, de conformidad al peritaje (Dictamen de Tránsito Terrestre T.T.2113) que fuera emitido por la Procuraduría General de Justicia, se desprende que a la fecha la parte actora no puede demostrar la causa generadora del daño, dado que existió negligencia por parte de la contraria [...] ⁶⁶.

Dentro de la causa civil, además se desahogaron la pericial en materia de medicina legal y la pericial en psicología. Las conclusiones dentro de la pericial en medicina legal fueron las siguientes:

[...] ASUNTO: DICTAMEN PERICIAL MEDICO [...] IX. [...] CONCLUSIONES
[...] 1. Valorar el estado general y físico actual de la menor: CLINICAMENTE ESTABLE, CON VESTIGIOS DE CICATRIZ LOCALIZADA EN LA EXTREMIDAD INFERIOR DERECHA, LOCALIZADA EN LA REGION

⁶⁶ TSJQRO, judicial, civil, expediente: 890/2013, J 3°, excepción superveniente demandada, octubre 29, 2013, folio P297676/13.

POSTFROMEDIAL DE LA MISMA, DESDE EL TERCIO MEDIAL DEL MUSLO HASTA EL TERCIO MEDIAL DE LA PIERNA, EN UN AREA DE 38 CENTIMETROS POR 9 CENTIMETROS, DE FORMA IRREGULAR. ADEMAS TIENE ATROFIA DE LA MUSCULATURA DE LA EXTREMIDAD INFERIOR DERECHA, TANTO DEL MUSLO COMO DE LA PIERNA, SIENDO MAS EVIDENTE EN AREAS DE CICATRIZACION. MANTIENE LA POSTURA DEAMBULA. PERO EN POSICION VICIOSA DE LA ARTICULACION DEL PIE DERECHO. ES DECIR, SOLO APOYA LA PUNTA DEL PIE DERECHO [...]

2. Valorar las secuelas físicas que, en su caso, tiene actualmente la menor respecto del accidente de tránsito en el que se vio involucrada, especialmente en relación al antecedente identificado como "TRAUMA GRAVE POR APLASTAMIENTO DE EXTREMIDAD INFERIOR DERECHA" Y/O "LESION DE AVULSION DE PIERNA DERECHA Y LESION FISIARIA DE FEMUR DISTAL" SE REALIZO INSPECCION MÉDICA Y SE DOCUMENTO: CICATRIZ EN EXTREMIDAD INFERIOR DERECHA; ATROFIA MUSCULAR DE EXTREMIDAD INFERIOR DERECHA; RIGIDEZ DE LA ARTICULACION DEL TOBILLO DERECHO Y LIMITACION DE LOS ARCOS DE MOVILIDAD DEL PIE DERECHO. [...]

3. Determinar las alteraciones en la salud e incapacidades físicas que tiene actualmente la menor, derivadas del accidente de tránsito. INCAPACIDAD FISICA, POR AFECTACION FISICA ESTRCUTURAL TANTO PERDIDA DE TEJIDO MUSCULAR EN MUSLO DERECHO PIERNA DERECHA, COMO ATROFIA DE MUSCULATURA DE LA EXTREMIDADE INFERIOR DERECHA Y POR LA DISMINUCION Y PERTURBACION DE LA FUNCION PARA LA MARCHA Y LA POSTURA. POR AITERACIONES EN LA DORSIFLEXION DEL PIE DERECHO, POR RIGIDEZ DEL TOBILLO DERECHO, EN LA ROTACION INTERNA DEL PIE DERECHO; EN LA ROTACION EXTERNA DEL PIE IZQUIERDO, EN LOS ARCOS DE MOVILIDAD DEL PIE DERECHO. [...]

4. En su caso, clasificar la incapacidad como total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, con el porcentaje de la disminución orgánico funcional. LA INCAPACIDAD FISICA,

CORRESPONDE A PARCIAL PERMANENTE, PORQUE DISMINUYE LAS FACULTADES PARA LA POSTURA Y LA DEAMBULACION. POR LA RIGIDEZ QUE LIMITA LA DORSIFLEXION Y MANTIENE UNA POSTURA VICIOSA EN LA POSTURA Y LA MARCHA, CORRESPONDE A UNA ANQUILISIS, 168 DEI. CUELLO DEL PIE EN ACTITUD VICIOSA DEL 30 AL 55%. ASI MISMO POR LA RIGIDEZ ARTICULAR, CON DISMINUCIÓN DE LOS MOVIMIENTOS POR LESIONES ARTICULARES, TENDINOSAS O MUSCULARES 178. DEL CUELLO DEL PIE, CON ANGULO DE MOVILIDAD DESFAVORABLE, DE 10 AL 20%. POR LA CICATRIZ RETRÁCTIL, LOCALIZADA EN LA PIERNA DERECHA, SECUNDARIA A LESION, REPARADA QUIRURGICAMENTE CON INGERTOS DE PIEL. QUE NO PUEDE SER RESUELTA QUIRÚRGICAMENTE QUE LIMITEN LA EXTENSIÓN DEL 170° A 135°, DE 20 A 30%. POR LA PERDIDA DE TENIDO MUSCULAR Y ATROFIA DE LOS MUSCULOS DEL MUSLO DERECHO. CORRESPONDE A LA CALIFICACION DE MUSCULOS. AMIOTROFIA DEL MUSLO, SIN ANQUILOSIS NI RIGIDEZ ARTICULAR 30%. POR LA PERDIDA DE TENIDO MUSCULAR Y ATROFIA MUSCULAR A NIVEL DE LA PIERNA DERECHA, CORRESPONDE UNA CALIFICACION PARA AMIOTROFIA DE LA PIERNA, SIN ANQUILOSIS NI RIGIDEZ ARTICULAR 30%. [...] DE ACUERDO AL ARTÍCULO 479. - INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL ES LA DISMINUCIÓN DE LAS FACULTADES O APTITUDES DE UNA PERSONA PARA TRABAJAR. Y CONSIDERANDO. EL PROMEDIO DE VIDA DEL MEXICANO ES DE 77.14 AÑOS, DE ACUERDO AL BANCO MUNCIAL PARA EL 2012. LA ESPERANZA DE VIDA ES DE CASI 75 AÑOS, NACIONAL DE ACUERDO AL INEGI. Y PARA EL ESTADO DE QUERETARO ES DE 75.2. PARA EL 2014. ASI MISMO EL SALARIO MINIMO PARA EL ESTADO DE QUERETARO QUE CORRESPONDE A LA REGION B, PARA EL PRÍMERO DE ENERO DEL 2015, ES DE 66.45 PESOS DIARIOS, DE ACUERDO A LAS TABLAS DE SALARIOS MINIOS VIGENTES. EN ESE RAZONAMIENTO SIENDO DE 9 AÑOS DE EDAD, AL MOMENTO DE ELABORACION DEL PRESENTE

DICTAMEN Y CONSIDERANDO UNA VIDA LABORAL PRODUCTIVA ESTRUCTA DESDE LOS 18 AÑOS DE EDAD, CON UN PROMEDIO DE VIDA A LOS 75 AÑOS, LE CORRESPONDE A 57 AÑOS. LA EVOLUCION DE LA POSTURA Y DEAMBULACION VICIADA A PARTIR DE LA PIERNA DERECHA, REQUIERE UNA VALORACION MEDICA POR TRAUMATOLOGIA Y ORTOPEDIA ANUAL COMO MINIMO [...] 5. Determinar en su caso, el tipo de tratamiento, terapia o cirugía a la que resulta necesario sea sometida, con efectos resarcitorios. EL TRATAMIENTO CONSISTE EN CIRUGIAS A LAS CUALES YA HA SIDO SOMETIDA, PARA REPARAR LOS TEJIDOS AFECTADOS, ENTRE LAS ESPECIALIDADES DE TRAUMATOLOGIA Y CIRUGIA PLASTICA. LA TERAPIA PSICOLOGICA ES NECESARIA DESDE EL PUNTO DE VISTA MEDICO, EN DONDE EL EXPERTO DETERMINARA EL TIEMPO PERTINENTE [...] ⁶⁷.

En fecha 22 de julio de 2016, se dictó sentencia definitiva, la que fue parcialmente estimativa en favor de la parte actora. Resulta pertinente destacar que para efectos de garantizar el interés superior de la menor R.A.L.S. dentro del juicio seguido ante el Juez de Primera Instancia, la parte actora solicitó la coadyuvancia de la entonces Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia en el Estado de Querétaro, misma que fue aceptada por la entonces Procuradora, Lic. Guadalupe Patricia Cabrera Orozco, en fecha 20 de junio de 2013. Sin embargo, inconformes con la resolución de Primera Instancia, la parte actora, el tercero coadyuvante y la parte demandada interpusieron recursos de apelación, donde se modificaron los resolutivos de la forma que se lee a continuación:

[...] En virtud, los puntos resolutivos de la sentencia impugnada deberán de quedar al tenor literal siguiente: PRIMERO. Dentro del juicio se realizó al estudio de los presupuestos procesales de competencia, vía y personalidad,

⁶⁷ TSJQRO, judicial, civil, expediente: 890/2013, J 3°, dictamen pericial médico, octubre 22, 2015, folio P293195/15.

los cuales quedaron debidamente acreditados. SEGUNDO. La parte actora XXXXXX y XXXXXX en representación de la menor XXXXXX lograron acreditar los elementos de su acción de responsabilidad civil objetiva y compensatoria de daño moral; en tanto que la parte demandada XXXXXX, acreditó su excepción de falta de acción y derecho, respecto de los reclamos de los actores XXXXXX y XXXXXX, y por ende, de ellos se absolvió a la demanda. TERCERO. En consecuencia, respecto de la prestación reclamada en el punto (i) del escrito inicial de demanda, lo procedente es condenar a la demandada XXXXXX, al pago que resulte de la cantidad por concepto de los costos adeudados y que se generen por la atención de tratamientos médicos y quirúrgicos R.A.L.S. por concepto de resarcimiento del daño; lo cual habrá de ser cuantificado a juicio de peritos, de manera integral, en especialidades como traumatología, cirugía, fisioterapia o rehabilitación y psicología; a determinarse en ejecución de sentencia. Es necesario que por lo menos se incluyan y se lleven a cabo los siguientes tratamientos médicos: *Terapias diarias de rehabilitación física, para la reeducación funcional. Estiramientos y técnicas de desensibilización, con un médico especialista en medicina forense y rehabilitación con la Dra. XXXXXX, que fuera su médico tratante. *Aparatos ortopédicos que requiera la menor, como zapatos ortopédicos a la medida, para evitar daño a la columna vertebral y mejorar aún más la postura. *En su caso, prótesis de cadera. *Nutrición proteica. *Valoración y tratamiento oftalmológico. *Terapias psicológicas. Así como también habrán de considerarse los costos por el transporte de ida y vuelta del hogar de la menor al lugar donde se lleven a cabo las terapias de rehabilitación física, como fue asentado en la parte considerativa de esta resolución. CUARTO. De igual forma, referente a la prestación que se reclama en el punto (i) del escrito inicial de demanda, lo procedente es condenar a la demandada XXXXXX, al pago de la cantidad de \$ XXXXXX, a favor de la actora R.A.L.S., por concepto de indemnización derivado de la responsabilidad civil objetiva acreditada. QUINTO. Asimismo, se condena a la demandada XXXXXX, al pago de la cantidad que resulte por

cursos de regularización necesarios para que la niña supere su retraso educativo; lo cual habrá de ser determinado por el profesional con el que la menor sea canalizada, cantidad con la que por lo menos pueda alcanzar acorde a su edad, el grado de educación básica media superior que le corresponda; como fue especificado en la parte considerativa. SEXTO. Por lo que ve a la prestación que se reclama en el punto (iii) del escrito inicial de demanda, de conformidad con el artículo 1799 del Código Civil para el Estado, se condena a la parte demandada la persona moral XXXXXX, al pago de la indemnización resultante por concepto de daño moral, por la suma de \$ XXXXXX. SEPTIMO. Se condena a la demandada XXXXXX, al pago de gastos y costas que el presente juicio origine. OCTAVO. Asimismo, para dar vigencia plena a la obligación derivada de la necesidad de adoptar en el dictado de la presente resolución la aplicación del protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes. Elaborado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Febrero 2012, se procedió a la transcripción de puntos trascendentales de su contenido [...].⁶⁸

⁶⁸ TSJQRO, judicial, civil, expediente Toca Civil: 2753/2016, Segunda Sala Civil, sentencia de apelación, abril 26, 2017.

CONCLUSIONES

Como se ha establecido, en el derecho privado los daños punitivos tienen como fundamento los Artículos 1916 del Código Civil Federal (1799 del Código Civil del Estado de Querétaro y demás relativos de las entidades federativas), específicamente en las porciones normativas relativas a la facultad de los jueces para determinar el *quantum* indemnizatorio con base en los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y demás situaciones particulares del caso específico. La anterior ha derivado de la resolución de la sentencia recaída en el amparo directo 30/2013 “J. Ángel García Tello y otra” y relacionado con el 31/2013 “Admivac, S.A. de C.V.”, ambas de fecha de fecha 26 de febrero de 2014, del cual surgió la tesis aislada 1a. CCLXXI/2014 (10a.) de título “Daños punitivos. Encuentran su fundamentación legal en el artículo 1916 del código civil para el distrito federal”⁶⁹ refiriendo que el juez no deberá únicamente resarcir el daño a la víctima, sino también considerar las circunstancias agravantes del daño para ponderar el *quantum* indemnizatorio.

La doctrina desarrollada en el sistema interamericano de protección de derechos humanos ha desarrollado un estándar de reparaciones cuyo destinatario es el estado que ha violado derechos humanos; sin embargo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su interpretación jurisprudencial y consultiva forman parte del parámetro de regularidad constitucional en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Federal, por lo que dichas fuentes internacionales dotan de contenido incluso al derecho privado interno. Lo anterior ha sido objeto de interpretación consultiva por parte de la Comisión Interamericana a petición del estado mexicano en la Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, “condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados” en la que se alude a la teoría *Drittwirkung* que establece que los derechos fundamentales deben ser respetados por los poderes públicos, así como particulares en relación con otros

⁶⁹ Tesis 1a. CCLXXI/2014 (10a.), Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, julio de 2014, Tomo I, p. 143, Reg. digital 2006959, de título “DAÑOS PUNITIVOS. ENCUENTRAN SU FUNDAMENTACIÓN LEGAL EN EL ARTÍCULO 1916 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL”.

particulares. En este caso particular, se refiere al derecho a una reparación integral cuyo estándar contempla la compensación, rehabilitación, satisfacción y medidas de no repetición.

A diferencia del derecho público, dentro del derecho privado el juez está impedido de incidir en la vida interna de una persona moral, por lo que sus sentencias únicamente pueden versar sobre la reparación del daño, ya sea este de carácter material o inmaterial. Por esta última razón, la reparación integral se armoniza constitucionalmente a través de la doctrina de los daños punitivos en el marco de una reparación integral mediante los cuales se pretende alcanzar tales medidas reparatorias por medio de sus facetas disuasiva y ejemplar; además, se debe valorar el grado de responsabilidad de quien causó el daño, a diferencia del derecho público donde este tipo de daños son improcedentes. Esa doble faceta de los daños punitivos que fue contemplada por primera vez en los amparos directos 30/2013 “J. Ángel García Tello y otra” y relacionado con el 31/2013 “Admivac, S.A. de C.V.” ya mencionados, se establece que:

[...] Además, mediante la compensación se alcanzan objetivos fundamentales en materia de retribución social. En primer lugar, al imponer a la responsable la obligación de pagar una indemnización, la víctima obtiene la satisfacción de ver sus deseos de justicia cumplidos. Así, mediante la compensación la víctima puede constatar que los daños que le fueron ocasionados también tienen consecuencias adversas para el responsable. [...] Por otra parte, la compensación tiene un efecto disuasivo de las conductas dañosas lo que prevendrá conductas ilícitas futuras. Dicha medida cumple una doble función: ya que las personas evitaren causar daños para evitar tener que pagar una indemnización, por otra parte, resultará conveniente desde un punto de vista económico sufragar todos los gastos necesarios para que evitar causar daños a otras personas [...]⁷⁰.

⁷⁰ Expediente: 30/2013, tipo de asunto: amparo directo, ministro: Arturo Zaldívar Ielo de Larrea, tema: juicio ordinario civil indemnización o compensación por concepto de daño moral. Órgano jurisdiccional de origen y datos del expediente

No obstante, es claro que la doctrina de los daños punitivos y la de reparación integral pertenecen a sistemas jurídicos distintos. Los daños punitivos pertenecen al derecho privado derivado del *Common Law* y la reparación integral pertenece al derecho internacional público derivado del sistema interamericano de protección a derechos humanos. Sin embargo, el poder judicial federal y locales han armonizado ambos estándares de forma satisfactoria en el derecho privado a través del ya referido amparo directo 30/2013.

Esta nueva concepción de la reparación del daño moral se ha venido consolidando a través de la fusión o armonización de los criterios de cuantificación de los daños punitivos y la doctrina de la reparación integral derivada de la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de derechos humanos. Lo anterior está contenido en las tesis de jurisprudencia 1a./J. 31/2017 (10a.) de título “Derecho fundamental a una reparación integral o justa indemnización. Su concepto y alcance”⁷¹ y PC.V. j/4 C (11a.) de título “Indemnización por daño moral. Procede incluso cuando se trata de responsabilidad civil objetiva o riesgo creado (legislación del estado de sonora) [sustitución de la jurisprudencia PC.V. J/26 C (10a.)]”⁷², en las que se establece que la reparación integral es un derecho sustantivo en favor de los gobernados que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, implica anular en la medida de lo posible los efectos del acto ilícito. De no ser esto posible, procede el pago de una indemnización mirando la extensión del daño sufrido por la víctima; por esta razón, deben ser los jueces y no los legisladores a través de límites o parámetros predefinidos, quienes deberán cuantificar el *quantum* indemnizatorio con base en criterios de razonabilidad; pues los primeros son quienes conocen las particularidades del caso, incluyendo en los

respectivo: segundo tribunal colegiado en materia civil del primer circuito (exp. origen: d.c. 78/2013, relacionado con el d.c. 79/2013).

⁷¹ Tesis [J] 1a./J. 31/2017 (10a.), Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, abril de 2017, Tomo I, p. 752, Reg. digital 2014098, de título “Derecho fundamental a una reparación integral o justa indemnización. Su concepto y alcance”.

⁷² Tesis [J] PC.V. J/4 C (11a.), Undécima Época, Undécima Época, de título “Indemnización por daño moral. Procede incluso cuando se trata de responsabilidad civil objetiva o riesgo creado (legislación del estado de sonora) [sustitución de la jurisprudencia PC.V. J/26 C (10a.)].”

casos de responsabilidad civil objetiva, la reparación por daño moral en concordancia con lo establecido en los artículos 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 63, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Al incorporarse el estándar de reparación integral al parámetro de regularidad constitucional, se actualiza su aplicación en el derecho privado y no únicamente a la violación de derechos humanos cometido por autoridades o servidores públicos estatales. En tal sentido para alcanzar los objetivos de una reparación integral, se deberá contemplar la concesión de daños punitivos cuando, de los hechos y de la actitud procesal de las partes, se advierta una conducta negligente, de mala fe o maliciosa por parte del responsable, en relación con el tipo de daño causado. Se debe reiterar que será importante que el juez tome en cuenta la conducta procesal del responsable a fin de poder ir erradicando la cultura de evasión de las responsabilidades de los agentes dañosos por medio del desgaste judicial.

Dentro de la resolución recaída al toca civil 2743/2016 del índice de la Segunda Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Querétaro, de fecha 26 de abril de 2017, observamos que los magistrados otorgaron especial importancia a la conducta posterior al daño ocurrido, así como la actitud procesal de la demandada.

[...] desde el escrito de demanda dijo que habla absorbido los gastos médicos de la infante por "sentido de humanidad", es decir, que por compasión o altruismo ante el evento acontecido solventó los gastos, lo que significa su falta de aceptación para asumir la responsabilidad de todas las consecuencias que acarrearón la utilización el objeto peligroso de su propiedad que originaron el daño en la menor [...]⁷³

⁷³ TSJQRO, judicial, toca 2753/2016, leg. s/n, juicio ordinario civil sobre reparación del daño "Refrescos Victoria del Centro", apelación, f. 61, último párrafo.

[...] Lo que inclusive se puede constatar aún más, al presentar un convenio en esta instancia para dar por concluido el juicio principal, de donde se deduce que no estaban incluidas todas las prestaciones reclamadas, sino sólo el pago por el monto condenado en primer instancia por concepto de daño moral e indemnización derivada de la responsabilidad objetiva acreditada, dejando fuera la condena de los costos adeudados y que se generen por la atención y tratamiento médicos y quirúrgicos a R.A.L.S. , por concepto de resarcimiento del daño [...] ⁷⁴.

[...] Acontecimientos de los que se deduce la mala fe del demandado, pues con ello se patentiza la actitud maliciosa o dolosa de obrar en provecho propio y en perjuicio el ajeno; conducta que es necesario sancionar a fin de aliviar al perjudicado y castigar al demandado por su conducta y al mismo tiempo, servir de ejemplo [...] ⁷⁵.

Con base en la conducta de la parte demandada, los magistrados comienzan su argumentación a fin de acreditar la procedencia de daños punitivos, al establecer la doble faceta de este tipo de compensaciones, la capacidad económica de la responsable y el tipo de derechos lesionados.

[...] Cabe mencionar que el daño moral tiene una faceta punitiva y resarcitoria, por lo que debe valorarse la capacidad de pago de la responsable para efectivamente disuadirla de cometer actos similares a futuro [...] ⁷⁶.

⁷⁴ TSJQRO, judicial, toca 2753/2016, leg. s/n, juicio ordinario civil sobre reparación del daño "Refrescos Victoria del Centro", apelación, f. 62, primer párrafo.

⁷⁵ TSJQRO, judicial, toca 2753/2016, leg. s/n, juicio ordinario civil sobre reparación del daño "Refrescos Victoria del Centro", apelación, f. 62, segundo párrafo.

⁷⁶ TSJQRO, judicial, toca 2753/2016, leg. s/n, juicio ordinario civil sobre reparación del daño "Refrescos Victoria del Centro", apelación, f. 62, tercer párrafo.

[...] En este sentido se retoma el argumento expuesto con antelación, en cuanto a que, en el contexto de esa actividad empresarial, de la que la demandada se beneficia económicamente, es que se produjo la grave afectación en la salud de la niña R.A.L.S., por lo que, deberá de tomarse en consideración la situación económica de las partes precitadas, para el quantum indemnizatorio del daño moral, además de todos los demás aspectos que se hayan hecho patentes con anterioridad [...] ⁷⁷.

[...] Naturalmente los valores de la personalidad no admiten tasación en términos económicos, sin embargo, la única manera, reconocida por el ordenamiento, de paliar los efectos nocivos y antijurídicos ocasionados por la conducta dañosa, es el otorgamiento de una indemnización. No se hace con el fin de volver las cosas a su estado anterior, pues es imposible borrar las secuelas que el evento produjo, pero, al menos, les resarcirá por esas repercusiones gravosas que injustamente soportaron los actores, pero sobre todo la pequeña R.A.L.S. [...] ⁷⁸.

Derivado de la resolución recaída al toca civil 2743/2016 del índice de la Segunda Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Querétaro, de fecha 26 de abril de 2017, fue posible plantear a un convenio que respeta el principio del interés superior de la niñez en favor de la parte actora. Por anterior, en fecha 15 de mayo de 2017, con base en la autocomposición la parte actora y parte demandada, presentaron dicho convenio, mismo que fue sometido a la aprobación del Fiscal de Procesos adscrito a los Juzgados Civiles y Familiares del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Querétaro, y del Procurador de la Defensa del Menor y la Familia del Estado de Querétaro, quienes en fecha de 17 de mayo de 2017 manifestaron su conformidad con el mismo, dentro del expediente 890/2013, del índice del Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil del Distrito Judicial de

⁷⁷ TSJQRO, judicial, toca 2753/2016, leg. s/n, juicio ordinario civil sobre reparación del daño "Refrescos Victoria del Centro", apelación, f. 63, segundo párrafo.

⁷⁸ TSJQRO, judicial, toca 2753/2016, leg. s/n, juicio ordinario civil sobre reparación del daño "Refrescos Victoria del Centro", apelación, f. 64, segundo párrafo.

Querétaro. Dicho convenio, en su cláusula cuarta, contempla una indemnización por lo siguiente:

1. Daño moral
2. Atención médica
3. Indemnización por responsabilidad civil objetiva
4. Cursos de regularización
5. Gastos para tratamiento psicológico, y
6. Gastos y costas

[...] CUARTA. - Manifiesta "LA PARTE ACTORA" que las cantidades consignadas por "LA PARTE DEMANDADA", en la cláusula Segunda del presente convenio, satisfacen plenamente sus pretensiones, así como los puntos resolutive de la sentencia dictada con fecha 22 de Julio del año 2016 dentro del expediente 890/2013, radicado en el Juzgado Tercero de primera instancia civil de Querétaro, Querétaro; así como la sentencia dictada el día 26 de abril del 2017 dentro del toca de apelación 2753/2016 radicada ante la H. Segunda Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia en Querétaro; de acuerdo à las siguientes cuantificaciones:

1) La cantidad de xxxxxxxx por concepto de pago de daño moral a favor de R.A.L.S.; cantidad que satisface el punto resolutive sexto de la mencionada sentencia, haciendo mención que dicha cantidad será utilizada por "LA PARTE ACTORA" para la adquisición de algún bien inmueble o para ser depositada en algún fondo de inversión productiva en favor de R.A.L.S., que podrá ser retirada únicamente con autorización judicial, de conformidad con los requisitos que establece la legislación aplicable en la materia, para que los padres de la menor puedan realizar los actos señalados en este párrafo, siempre velando por el interés superior de la menor.

2) La cantidad de xxxxxxxx por concepto de costos adeudados y los que se generen por la atención y tratamientos médicos y quirúrgicos a R.A.L.S.,

por resarcimiento del daño; cantidad que satisface el punto resolutiveo tercero de la mencionada sentencia.

3) La cantidad de xxxxxxxxx por concepto de indemnización, derivado de la responsabilidad civil objetiva, a favor de R.A.L.S.; cantidad que satisface el punto resolutiveo cuarto de la mencionada sentencia

4) La cantidad de xxxxxxxxx por concepto de cursos de regularización necesarios para que R.A.L.S. supere su retraso educativo; cantidad que satisface el punto resolutiveo quinto de la mencionada sentencia.

5) La cantidad de xxxxxxxxx por concepto de gastos que se generen con motivo de los honorarios de los especialistas por el tratamiento psicológico a que deberá ser sometida R.A.L.S; cantidad que satisface el punto resolutiveo séptimo de la mencionada sentencia.

6) La cantidad de xxxxxxxxx por concepto de gastos y costas procesales por la tramitación del presente negocio; cantidad que satisface el punto resolutiveo octavo de la mencionada sentencia [...]⁷⁹.

De lo anterior, podemos observar que la medida punitiva como “medida de no repetición” originó un acuerdo entre las partes, donde se incluyó lo que la doctrina denomina como “debida indemnización” o compensación por la responsabilidad objetiva, daño moral y gastos y costas. Lo anterior constituye una medida de satisfacción al obtener la declaración de sus derechos violentados y ser suficiente para adquirir un bien inmueble digno o bien rendimientos financieros, “rehabilitación” al pactarse cantidades para atención médica y psicológica, una medida de restitución al incluirse el costo de cursos de regularización.

Además de que, durante todo el proceso, se contó con supervisión por parte de la Representación Social adscrita a Juzgados Civiles del Centro de Justicia de Querétaro y por la entonces Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia; también, una actuación acorde con el interés superior de la niñez por parte del

⁷⁹ TSJQRO, judicial, expediente 890/2013, leg. s/n, juicio ordinario civil sobre reparación del daño “Refrescos Victoria del Centro”, convenio del 15 de mayo de 2017.

Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil y de la Segunda Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Querétaro, lo cual constituye una medida de “satisfacción” y “no repetición”.

De lo anterior, podemos corroborar que la doctrina de la reparación integral del sistema interamericano de derechos humanos -derecho internacional de los derechos humanos- y la doctrina de los daños punitivos -derecho privado, common law-, propia del derecho privado son armonizables, en finalidad y contenido. Además, constituyen uno de los efectos de cristalización de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, lo que brinda las reparaciones en efecto horizontal en casos de daños que constituyan violaciones a derechos humanos entre particulares. No obstante, este es un tema aun novedoso, considerando también que la demanda que se estudia fue presentada el 6 de mayo de 2013 y resuelta en 17 de mayo de 2017, antes de que se aplicara por primera vez la doctrina de los daños punitivos (del common law, contenida en la compensación del daño moral) en México.

BIBLIOGRAFÍA

Beuchot, M. (2005). *Tratado de hermenéutica analógica*. México: Itaca.

Borja Soriano, M. (1939/2012). *Teoría General de las Obligaciones*. México: Ed. Porrúa.

C.I. de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Los Efectos de las Reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículos 74, 75), Serie A.

Constitución Política de los Estados Unidos de México [Const]. Artículo 1º, 5 de febrero de 1917 (México).

Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Loayza Tamayo Vs. Perú Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones y Costas)

Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Cantoral Benavides Vs. Perú Sentencia de 3 de diciembre de 2001 (Reparaciones y Costas) 53

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala Sentencia de 26 de mayo de 2001 (Reparaciones y Costas)

Cuadernillo de jurisprudencias (2020). Derecho de Daños, Responsabilidad Extracontractual.

Diario Oficial de la Federación (1928). Código civil federal, 26 mayo 1928, última reforma 03 de junio 2019.

Ejecutoria de amparo directo 35/2014, “Bullying”, Primera Sala de Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelto el 15 de mayo de 2015

Gayo (1985). *Instituciones jurídicas*. Barcelona: Editorial Iberia.

Gutiérrez O., S. (2015). *De pragmática y semántica*. Madrid: Arco/Libros.

Hernández G., A. (1960). *Derechos y obligaciones*. Madrid: Artes Gráficas Maribel.

Sánchez, U., E. (1969). El cuasicontrato. Recuperado de <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/leyen/cont/40/ens/ens19.pdf>

Suprema Corte de Justicia (2020). *Cuadernillo de jurisprudencias, derecho de daños, responsabilidad extracontractual*. México: Suprema Corte de Justicia-Centro de Estudios Constitucionales.

Lombana, A. T. (2009). *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. Ediciones Doctrina y Ley.

