**X. COMENTARIO DEL INSTITUTO DE
INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO
LA LARGA LUCHA CONTRA LA DESIGUALDAD.
DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE
DISCAPACIDAD Y CONDICIÓN ECONÓMICA**

*Dr. Francisco Ibarra Palafox**

**1. COMENTARIOS AL AMPARO DIRECTO
EN REVISIÓN 1387/2012**

1) La discriminación contra las personas con discapacidad agrede un principio rector del orden constitucional y un derecho humano, el derecho a la igualdad. Entre otras causas de la desigualdad también se encuentran el origen étnico, el género, la edad, el sexo, la nacionalidad, la condición social, la religión, las preferencias sexuales y el estado civil.

Sin el principio de igualdad es difícil comprender los modernos sistemas constitucionales creados en Occidente desde finales del siglo XVIII y principios del XIX.

2) Las agresiones cometidas contra las poblaciones nacionales y las minorías etnoculturales durante la Segunda Guerra

* Investigador Titular "B" de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Mundial originaron el derecho internacional de los derechos humanos; su documento inicial es la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, cuyos 30 artículos recogen estos derechos inicialmente reconocidos por la comunidad internacional.¹ A partir de este momento, esta disciplina jurídica se construye mediante sucesivos tratados y declaraciones internacionales en la materia.

3) El derecho internacional de los derechos humanos impactó significativamente a los sistemas constitucionales latinoamericanos. Diversas constituciones de la región los reconocieron expresamente en su articulado a finales del siglo XX; esto, producido en buena medida por las dictaduras militares y el conflicto social de la región que agredió múltiples derechos humanos.

Asimismo, el desarrollo jurisprudencial en la materia implementado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) desde finales de la década de los ochenta del siglo pasado impactó en los sistemas constitucionales de la región.

4) Tardíamente, en comparación con otros Estados latinoamericanos, México incorporó los derechos humanos en su texto constitucional mediante la reforma del 10 de junio de 2011. Ésta modificó el artículo 1o. constitucional para establecer que "todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de

¹ Para una introducción sobre el sistema internacional de los derechos humanos véase Burguental, Thomas, *Derechos Humanos Internacionales*, México, Editorial Gernika, 1996.

los que el Estado Mexicano sea Parte".² Esta redacción creó una cláusula de apertura mediante la cual se recepciona el derecho internacional de los derechos humanos en automático al Texto Constitucional.

5) Aun cuando distinguir entre diferentes etapas de los derechos humanos tiene esencialmente una utilidad pedagógica (de éstos se habla de primera, segunda y tercera generación), pues su defensa comprende un conjunto imposible de subdividir entre derechos originarios o posteriores; es posible afirmar que los derechos humanos de las personas con discapacidad son un conjunto reciente de los reconocidos y protegidos en instrumentos internacionales y nacionales.

En México, con motivo de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de agosto de 2001 que reconoció la autonomía de los pueblos indígenas, también se agregó un tercer párrafo al artículo 1o. constitucional para prohibir la discriminación por los siguientes motivos: origen étnico, género, edad, **capacidades diferentes, condición social**, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil y cualquier otro que atente contra la dignidad de las personas, siendo su objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. El 4 de diciembre de 2006 se sustituyó el término "**capacidades diferentes**" por "**discapacidades**". La misma reforma del 10 de junio de 2011 agregó "sexuales" a la palabra "preferencias" para explicitar el alcance de la reforma.

² Véase García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La Reforma Constitucional en Derechos Humanos*, México, Porrúa/UNAM, 2015

6) El 11 de junio de 2003 se publicó la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (en adelante LFPED), cuyo objeto primordial es reglamentar el artículo 1o. constitucional para promover la igualdad de oportunidades y trato. Esta ley fue reformada el 20 de marzo de 2014 para adecuarla a la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011.

Está dirigida a los poderes públicos federales, es decir, a las entidades y dependencias del Poder Ejecutivo Federal, de los Poderes Legislativo y Judicial, y a los organismos constitucionales autónomos. En su aplicación intervendrán los poderes públicos federales y el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (en adelante CONAPRED).

Con base en el principio de progresividad de los derechos humanos, esta ley federal amplía los motivos de la discriminación; así, entiende por discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, cuando se base en uno o más de los siguientes motivos: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o la filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales, la xenofobia, la segregación racial, el antisemitismo, la discriminación racial, las formas conexas de intolerancia y cualquier otro motivo.

7) La LFPED establece en su artículo 9o. treinta y tres causales de discriminación. Por tratarse el presente comentario de una sentencia que protegió el derecho al trabajo de una persona con discapacidad denegado por el probable empleador, es importante destacar las siguientes causales por la relación que poseen con el tema que nos ocupa:

- A. Prohibir la libre elección de empleo, o restringir las oportunidades de acceso, permanencia y ascenso en el mismo.
- B. Establecer diferencias en la remuneración, las prestaciones y las condiciones laborales para trabajos iguales.
- C. Limitar el acceso y permanencia a los programas de capacitación y de formación profesional.
- D. Impedir o limitar el acceso a la procuración e impartición de justicia.
- E. Impedir, negar o restringir el derecho a ser oídos y vencidos, a la defensa o la asistencia.
- F. Aplicar cualquier tipo de uso o costumbre que atente contra la igualdad, dignidad e integridad humana.
- G. Impedir el acceso a la seguridad social y a sus beneficios o establecer limitaciones para la contratación de seguros médicos, salvo en los casos que la ley así lo disponga.
- H. La denegación de ajustes razonables que garanticen, en igualdad de condiciones, el goce o ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

I. Realizar o promover violencia física, sexual, psicológica, patrimonial o económica por la edad, género, discapacidad, apariencia física, forma de vestir, hablar, gesticular, por asumir públicamente su preferencia sexual, o por cualquier otro motivo de discriminación.

J. Estigmatizar o negar derechos a personas con adicciones; que han estado o se encuentren en centros de reclusión, o en instituciones de atención a personas con discapacidad mental o psicosocial.

8) La ley establece tres medidas para prevenir la discriminación: de nivelación, inclusión y afirmativas. **a)** Las medidas de nivelación buscan hacer efectivo el acceso de todas las personas a la igualdad real de oportunidades eliminando las barreras físicas, comunicacionales, normativas o de otro tipo, que obstaculizan el ejercicio de derechos y libertades a los grupos en situación de discriminación o vulnerabilidad; entre las medidas de nivelación se encuentran la adaptación de los puestos de trabajo para personas con discapacidad, así como la derogación y abrogación de las disposiciones normativas que impongan requisitos discriminatorios de ingreso y permanencia a escuelas y trabajos; **b)** Las medidas de inclusión son aquellas disposiciones, de carácter preventivo o correctivo, cuyo objeto es eliminar mecanismos de exclusión o diferenciaciones desventajosas para que todas las personas gocen y ejerzan sus derechos en igualdad de trato; **c)** Las acciones afirmativas son las medidas especiales, específicas y de carácter temporal, a favor de personas o grupos en situación de discriminación, cuyo objetivo es corregir estos patentes de desigualdad en el disfrute o ejercicio de derechos y libertades, aplicables mientras subsistan aquéllos; estas medidas se adecuarán a la situación que quiera remediarse, deberán ser

legítimas y respetar los principios de justicia y proporcionalidad, no serán consideradas discriminatorias.

9) Aun cuando el CONAPRED puede promover denuncias o acciones colectivas, por actos que puedan dar lugar a responsabilidades con base en leyes federales, sus facultades son, principalmente, para diseñar, divulgar e implementar políticas públicas para prevenir y eliminar la discriminación en los poderes públicos federales. Sus atribuciones para hacer frente a la discriminación contra actores privados no estatales son muy limitadas y no se encuentran enunciadas en la ley.

En la sentencia que se comenta aquí, precisamente, se acredita esta hipótesis, en donde una persona es discriminada para acceder al trabajo por una empresa privada con motivo de una discapacidad. Ante la insuficiencia de la LFPED, la acción civil fue el medio más efectivo para exigir la reparación materializada por el acto discriminatorio.

Al respecto, es indispensable señalar que la LFPED debe reformarse para ampliar las facultades de la CONAPRED y obligar a los actores no estatales a implementar o corregir su actuar cuando sea claramente discriminatorio y violatorio de derechos humanos. Esto es más apremiante cuando la mayoría de las personas con discapacidad no cuentan con los recursos económicos suficientes para sufragar la asistencia jurídica indispensable para accionar civilmente contra los actores de derecho público o privado agresores de derechos humanos. Si la LFPED no pudiese modificarse, sugiero la creación de una ley especial para prevenir y erradicar la discriminación para agentes no estatales.

En el mismo sentido, por tratarse de una ley federal, ésta tampoco obliga a las autoridades locales de los tres Poderes de las entidades federativas ni de sus órganos constitucionales autónomos.

10) La reparación, conforme al Código Civil para el Distrito Federal (en adelante CC-CDMX) implicará el pago de una indemnización de actualizarse el daño moral previsto en su artículo 1916.

Este artículo dispone que por daño moral se entiende

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

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material.

11) De acuerdo con el anterior artículo, la reparación procede cuando el daño tiene su origen en la responsabilidad tanto contractual como extracontractual. Como dice Andreas Von Tuhr: "los actos ilícitos pueden ser de dos clases, los que consisten en el incumplimiento de las obligaciones contractuales... y los otros

en la violación de ciertos deberes generales que impone la ley (responsabilidad extracontractual)³.

A pesar de que estas instituciones tienen la misma fuente (hecho ilícito) y contenido (reparación del daño), por la forma de su regulación presentan ciertas diferencias, señala Juan Luis Alcántara Carrancá:

a) La capacidad para ser responsable civilmente, en materia contractual, requiere de capacidad general; en contraste, en la extracontractual, un incapaz puede obligarse (artículo 1911 del CC-CDMX).

b) En la responsabilidad contractual, cuando más de una persona incumple con la obligación asumida, salvo pacto en contrario, responden en forma mancomunada. En tanto, cuando más de una persona comete un hecho ilícito civil son responsables extracontractualmente en modo solidario (artículo 1917 CC-CDMX).

c) La prueba de la culpa en la responsabilidad contractual corresponde al demandado, pues se presume su culpa; en la responsabilidad extracontractual la prueba corre a cargo de la víctima demandante.

d) La prescripción de las acciones derivadas de las relaciones contractuales prescriben a los diez años (excepto cuando la ley

³ Von Turh, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003, T. I, p. 263, en González Alcántara, Juan Luis, *La responsabilidad civil de los médicos*, México, Porrúa, 2009, p. 70.

establece un plazo especial); la extracontractual prescribe a los dos (art. 1934 del CC-CDMX).⁴

12) En el ámbito internacional existen convenciones y documentos reconocidos por la comunidad internacional para corregir la discriminación por motivos de discapacidad.

Entre los instrumentos enunciados en la sentencia de amparo comentada en este apartado es conveniente subrayar los siguientes: Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Carta de la Organización de los Estados Americanos; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"; Convenio 111 Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

13) En este caso, una persona en busca de empleo encontró una vacante que señalaba expresamente la **no contratación de personas con discapacidades**. Al identificar la discriminación, esta persona con parálisis cerebral presentó una demanda por la vía ordinaria civil ante el Juez Quinto de lo Civil del Distrito Federal (ahora Ciudad de México) demandando la indemnización referida en el artículo 1916 del CC-CDMX por el daño moral causado por la discriminación dirigida contra ella; así como el pago de las costas y gastos originados por el juicio.

⁴ González Alcántara, Juan Luis, *op. cit.*, pp. 70-71, nota 3, p. 213, sobre la responsabilidad contractual y extracontractual y sus diferentes formas de prueba también véase Prevot, Juan Manuel, *Responsabilidad civil de los médicos*, Argentina, Editorial Abeledo Perrot, 2008, 483 p.

El Juez del Distrito Federal en su sentencia de primera instancia consideró improcedente la acción intentada y, en consecuencia, absolvió a la demandada de las prestaciones reclamadas y condenó, a la actora (en una evidente re-victimización) al pago de gastos y costas. La actora interpuso recurso de apelación; sin embargo, la Quinta Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal confirmó la sentencia y condenó a la accionante al pago de gastos y costas. Más aún, el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil del Primer Circuito negó el amparo solicitado; inconforme con esta resolución, la quejosa presentó recurso de revisión ante el mismo Tribunal Colegiado, cuyo Magistrado Presidente lo turnó para su conocimiento a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en lo subsecuente, SCJN), la cual ordenó su admisión como amparo directo en revisión 1387/2012, al considerar que el Tribunal Colegiado interpretó el artículo 1o. constitucional al pronunciarse sobre el principio de igualdad, así como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

14) El quejoso en el juicio de amparo señaló que "es incorrecto el argumento de la autoridad responsable consistente en que 'la sola publicación en internet de la oferta de trabajo por parte de la tercera perjudicada no afecta la esfera jurídica de la reclamante, ni resulta discriminatorio, toda vez que para realizar dicha afectación debe estar dirigida a una persona determinada y la publicación no está personalizada o individualizada al no referirse concretamente a ella'".⁵

⁵ Véase la versión pública de la sentencia dictada en el amparo directo en revisión 1387/2012, páginas 10 y 11, *op cit.*, nota 12, p. 54.

En consideración del quejoso, la publicación de la oferta de trabajo constituye en sí misma una violación a los derechos fundamentales al dirigirse a un grupo minoritario de personas que padece alguna discapacidad. Este hecho, en su opinión, es un acto discriminatorio prohibido por el artículo 1o. de la Constitución, al excluir a cualquier persona con discapacidad (el quejoso incluido) de la posibilidad de ocupar la vacante ofertada, limitando la libertad de acceso al empleo y alimentando la creencia de que las personas con discapacidad no pueden ejercer alguna profesión u oficio; al excluirse de la posibilidad de obtener el empleo mencionado, se le discrimina afectando su dignidad humana, dañando sus afectos y la consideración que otras personas le tienen, todo lo cual acredita la existencia de un daño moral.

15) La Sala Civil de la SCJN señaló que para poder determinar si existía daño moral era necesario considerar lo siguiente: a) Si la convocatoria era un acto discriminatorio; b) En caso afirmativo, si el acto discriminatorio generaba una afectación en la esfera de derechos de la recurrente; c) De resultar afectados los derechos fundamentales de la recurrente, determinar si la afectación le generaba un daño moral.

16) En este amparo directo en revisión la Primera Sala de la SCJN, después de realizar un detallado análisis del principio de igualdad y de los documentos internacionales indispensables para prevenir y eliminar la discriminación contra las personas con discapacidades, acertadamente concluyó que los empleadores deben facilitar el empleo de las personas con discapacidades, mediante la adopción de estrategias de gestión de las discapacidades en sus políticas generales de empleo. Estas estrategias deben comprender disposiciones que prevean la con-

tratación de personas discapacitadas en busca de empleo, igualdad de oportunidades y mantenimiento del empleo, conforme a las aptitudes, capacidades e intereses de las personas con discapacidad. De esta manera, en la preparación de la contratación deben respetar el principio de no discriminación durante todo el proceso respectivo, con el fin de garantizar la igualdad de oportunidades para los candidatos.

La SCJN emplea la diferencia utilizada por la Corte IDH entre los términos "distinción" y "discriminación". Distinción comprende aquellas calidades o cualidades admisibles, proporcionales, razonables y objetivas. En contraste, discriminación hace referencia a una distinción inadmisibles que vulnera derechos humanos; discriminación refiere a cualquier exclusión, restricción o privilegio carente de razonabilidad.

El principio de razonabilidad, señala la sentencia, opera como una herramienta del sistema jurídico en cuanto propone soluciones normativas frente a situaciones donde existen lagunas o problemas jurídicos. La razonabilidad es un componente ético que inspira a todo el ordenamiento jurídico y funge como una herramienta interpretativa en cuanto orienta la actividad de los creadores de las normas. En última instancia, la razonabilidad fundamenta el orden jurídico en cuanto legitima o reconoce la validez de otras fuentes del derecho y las sistematiza; el principio de razonabilidad exige una relación lógica y proporcional entre los medios y los fines de una medida.

17) La SCJN señala correctamente, que en el presente caso desempeña un papel esencial la libertad de trabajo prevista en el artículo 5o. de la Constitución dirigida a evitar que el Estado impida el ejercicio lícito de una profesión, trabajo, comercio o

industria, posee un carácter especial cuando se trata de la discriminación por discapacidad sin justificación razonable. En el mismo sentido, el artículo 133 de la Ley Federal del Trabajo,⁶ en su fracción I, prohíbe a los patrones "negarse a aceptar trabajadores por razón de origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otro que pueda dar lugar a un acto discriminatorio."

Consecuentemente, en el caso que nos ocupa no sólo se violó el derecho a la igualdad, sino que además se afectó la libertad de empleo. Esto es así, con base en una interpretación armónica de los artículos 1o. y 5o. constitucionales, desde una perspectiva *pro personae*.

18) Uno de los aspectos innovadores de esta sentencia lo constituye el hecho de regular relaciones entre particulares. En efecto, como ha señalado la Primera Sala de la SCJN, los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación son vinculantes no sólo frente a los órganos del Estado, además, poseen eficacia en ciertas relaciones entre particulares. Al respecto, tiene aplicación la siguiente tesis aislada:

DERECHOS FUNDAMENTALES DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN. GOZAN DE EFICACIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES.—Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que los derechos fundamentales gozan de plena eficacia, incluso en las relaciones jurídico-privadas. Asimismo, ha determinado que esta vigencia no puede sostenerse de forma hegemónica

⁶ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de abril de 1970

y totalizadora en todas las relaciones que se suceden de conformidad con el derecho privado, ante lo cual, el intérprete de la norma debe analizar las relaciones jurídicas en las que los derechos fundamentales se ven confrontados con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, a efecto de determinar cuáles derechos son sólo oponibles frente al Estado y cuáles otros gozan de la referida multidireccionalidad. En consecuencia, del análisis del contenido y estructura de los derechos fundamentales de igualdad y de no discriminación, se desprende que los mismos son vinculantes no sólo frente a los órganos del Estado, sino que adicionalmente, poseen eficacia jurídica en ciertas relaciones entre particulares. Tal situación no sólo reafirma la naturaleza normativa de la Constitución, sino que también justifica la introducción de tales derechos fundamentales en ámbitos de relaciones privadas. Por ello, en los asuntos de su conocimiento, los tribunales deben atender a la influencia de los valores que subyacen en los principios de igualdad y de no discriminación, fungiendo como un vínculo entre la Constitución y los particulares al momento en que resuelven un caso concreto.⁷

Amparo en revisión 410/2012.*****. 21 de noviembre de 2012. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

19) Asimismo, esta sentencia constituye un importante precedente respecto de la jerarquía normativa de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. En opinión de la Primera Sala de la SCJN, los agravios expuestos por el recurrente devienen fundados, en virtud de que el Tribunal Colegiado de

⁷ Tesis 1a XX/2013 (10a.), publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVI, Tomo 1, enero de 2013, página 627; Registro digital 2002504.

Circuito omitió realizar el análisis de constitucionalidad propuesto en los conceptos de violación en torno a la jerarquía normativa de los tratados internacionales que en su demanda de amparo refiere en relación con el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, así como el relativo a la libertad de acceso al empleo existente en la Constitución y los Instrumentos Internacionales. La omisión de este análisis normativo implicó una violación a los derechos del quejoso en la materia de amparo; en consideración de la SCJN, el Tribunal Colegiado sólo se avocó a analizar el artículo 1o. de la Constitución General de la República, así como las legislaciones federal y del Distrito Federal en materia de discriminación, ignorando el análisis de los documentos internacionales citados.

20) Igualmente significativa para la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad es la consideración realizada por la SCJN respecto a la inutilidad de acreditar fehacientemente todos los elementos que colocaban al agraviado en la posición de ser discriminado al momento de encontrar la oferta de trabajo citada, pues estimó que buscar acreditarlos implicaría revictimizarlo.

En efecto, el Tribunal Colegiado estableció la necesidad de verificar si el quejoso guardaba relación de igualdad con el conjunto de personas con las aptitudes requeridas para el desempeño de cierto empleo, para determinar si se vulneraba ese principio. Así, el órgano colegiado discriminaba partiendo de una situación de igualdad entre las personas, sin contemplar que las personas con discapacidad no se ubican en esa situación de paridad.

Con base en el principio de razonabilidad, el Tribunal Colegiado debió otorgar un trato diferenciado a la persona con discapacidad. La igualdad no siempre puede ser valorada a partir de un trato igual entre iguales; en ocasiones (cuando se enfrenta a una categoría sospechosa como la discapacidad) el trato desigual a quienes carecen de la supuesta situación de igualdad o paridad es indispensable para equilibrar esa situación fáctica de desigualdad.

Así, en amplia protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad fue evidente para la Primera Sala de la SCJN que resultaba innecesario acreditar los demás elementos señalados en la convocatoria, partiendo del supuesto de que ésta estaba predeterminada en lo general (nivel de estudios, requisitos académicos, rango de edad, etcétera). Se presupuso que el recurrente reunió el perfil establecido en la convocatoria desde el momento de su ingreso a consultar la bolsa de trabajo (excepción hecha de la discapacidad) sin que debiera acreditarlos fehacientemente.

De esta manera, es innecesario que una oferta de trabajo, para ser discriminatoria, deba estar dirigida a una persona en específico y no a un grupo, como pretendía el Tribunal Colegiado. Máxime si, como manifiesta la agraviada es insostenible que "la individualización se produce al haber quedado excluida para desempeñar el puesto ofrecido y no es posible determinar que no reunía los requisitos necesarios, si no se le permitió demostrarlos en virtud de haber sido excluida de inicio al limitarse el empleo a personas sin discapacidades".⁸

⁸ Véase la versión pública de la sentencia que recayó al amparo directo en revisión 1387/2012, pp 12-13, *op. cit.*, nota 12, p 54

La Primera Sala de la SCJN consideró que el Tribunal Colegiado avaló la exclusión de la recurrente de la convocatoria, al impedirle acceder a las etapas donde debía demostrar si cumplía con el resto de los requisitos; fue en este primer momento cuando se actualizó la discriminación, en la primera etapa de la convocatoria.

Justificadamente argumenta la Primera Sala de la SCJN, que el solicitar a quien es discriminado en un primer momento, que acredite reunir todos los requisitos para el puesto sería un "efecto residual discriminatorio en el que prácticamente se exige a la persona afectada se humille y presente su solicitud, acreditando los requisitos, a pesar de haber sido excluida *prima facie* desde el anuncio; lo que iría en contra de la dignidad de la persona humana".⁹ En consecuencia, la publicación de la convocatoria en sí misma es un acto discriminatorio porque excluye a un sector de la población, quienes padecen de una discapacidad.

21) Aspecto de la mayor importancia en la presente sentencia es considerar el daño moral desde una perspectiva de los derechos humanos y no sólo como un tema de estricto derecho privado. Este cambio de enfoque es relevante porque modifica las reglas de la prueba; en derecho civil, tradicionalmente, la carga de la prueba la tiene el actor, quien debe probar su pretensión. En contraste, en el terreno de los derechos humanos la carga de la prueba podría ser irrelevante si ello implica revictimizar a la persona agraviada en sus derechos humanos.

⁹ *Ibid*, pp. 67-68

En consecuencia, la interpretación del artículo 1916 del CC-CDMX debe ser acorde con lo previsto en el artículo 1o. constitucional y los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Mexicano. De esta manera, *el daño moral se presumirá cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física de las personas*; presunción que por su naturaleza está sujeta a prueba en contrario, la cual debe limitarse exclusivamente a determinar la existencia del acto vulnerador de derechos y no a hechos o requisitos ajenos al mismo. En el presente caso, la carga de la prueba se invirtió a la responsable del daño moral para efecto de acreditar que la convocatoria no implicaba una situación excluyente y discriminatoria.

22) La presente sentencia de amparo de la Primera Sala de la SCJN hubiese sido ejemplar, de no ser porque remitió a la Quinta Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, como autoridad responsable, la determinación del monto de la indemnización correspondiente por daño moral. Reconocer la existencia de un daño moral sin determinar dicho monto, dejó incompleto el trabajo realizado por nuestro Máximo Tribunal en esta resolución.

En efecto, la víctima debe esperar una nueva decisión de la autoridad jurisdiccional de la Ciudad de México para conocer el monto de su indemnización por daño moral. Aquí cabe preguntar: ¿Qué sucedería si el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (TSJDF) otorgara una indemnización insuficiente para reparar el daño moral ocasionado a la persona agraviada? Probablemente se vea en la necesidad de interponer una nueva

demanda de amparo directo para intentar ajustar el monto de la indemnización alegando el derecho a la justa indemnización y a la reparación integral. Así, después de años de litigio estaría casi como al principio.

Si la Primera Sala de la SCJN acertadamente determinó el daño moral con base en una noción progresiva de los derechos humanos, también estaba en condiciones de fijar el monto de la indemnización en ejecución de sentencia, pues la reparación del daño moral sólo es posible mediante una indemnización económica, como lo dispone el citado artículo 1916 del CC-CDMX.

En el presente caso era conveniente establecer el monto de una justa indemnización para que el amparo fungiera como una medida de reparación integral; máxime si la Primera Sala de la SCJN examinaba la protección de los derechos de una persona perteneciente a un grupo particularmente vulnerable, como son las personas con discapacidad. En este sentido, unir el reconocimiento de la violación de derechos humanos a su reparación habría garantizado la mayor protección de los derechos de las personas con discapacidad.

Considero que el amparo debe extender su radio de protección para constituirse como un medio de reparación en el caso de violaciones a derechos humanos. Su transformación de un juicio de protección de garantía individuales a un juicio para la defensa de los derechos humanos permite esta extensión. Bajo el análisis del principio de indivisibilidad de los derechos humanos, existen derechos humanos inseparables de su justa indemnización y reparación integral, éste era el caso.

2. COMENTARIOS AL AMPARO DIRECTO 30/2013 RELACIONADO CON EL AMPARO DIRECTO 31/2013

1) Para el presente comentario es importante resumir los siguientes antecedentes: en septiembre de 2010 un joven falleció por electrocución dentro de las instalaciones de un hotel ubicado en Acapulco. Ante la afectación padecida, los padres demandaron en la vía ordinaria civil a dos empresas hoteleras, reclamando las siguientes prestaciones: a) La indemnización por concepto de daño moral por el fallecimiento de su hijo; b) La responsabilidad objetiva de la demandada; c) Los daños y perjuicios generados por el traslado de su hijo fallecido al Estado de México; d) Los gastos funerarios y de exhumación y los gastos generados en el juicio.

2) El Juez Vigésimo Primero de lo Civil del TSJDF admitió el asunto y en agosto de 2012 dictó sentencia definitiva donde determinó: a) Respecto a la responsabilidad civil, la falta de legitimación de los padres del joven fallecido; b) En relación con el daño moral, condenó a una de las demandadas a pagar a los padres una indemnización por daño moral por la cantidad de \$8'000,000.00 (ocho millones de pesos 00/100 M.N.); c) Se absolvió a otra de las empresas demandadas del pago de la indemnización por daño moral, al no acreditarse su responsabilidad; y, d) No se hizo especial condena para el pago de los gastos judiciales.

3) Inconformes con esta sentencia, una de las empresas demandadas y los padres del fallecido presentaron recursos de apelación, de los cuales conoció la Tercera Sala Civil del TSJDF, que modificó la sentencia impugnada para condenar a dicha empresa al pago de una indemnización por daño moral por la

cantidad de \$1'000,000.00 (un millón de pesos 00/100 M.N.), sin establecer condena en costas.

4) En contra de la anterior resolución y de la sentencia definitiva emitida por del Juez Civil local, los padres de la víctima y la empresa demandada promovieron juicios de amparo directo, los cuales fueron remitidos al Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

5) En marzo de 2013, la quejosa solicitó que la SCJN conociera de los asuntos al reunir los requisitos de importancia y trascendencia, con el propósito de determinar la constitucionalidad del artículo 1916 del CC-CDMX. De oficio, el Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena decidió hacer suyo el escrito de esta solicitud y, en mayo de 2013, la Primera Sala determinó ejercer su facultad de atracción para conocer de los amparos directos comentados en este apartado.

6) Resumiendo, los conceptos de violación formulados por la actora en su demanda de amparo fueron los siguientes: a) Apreciación inadecuada de la autoridad de las pruebas ofrecidas para establecer el monto de la compensación económica; b) Violación al principio de congruencia por no acreditar la significativa solvencia económica de la empresa demandada, la cual posee un patrimonio mucho mayor al consignado en su escritura constitutiva; c) Violación al principio de interpretación *pro personae*, porque la autoridad responsable no eligió la interpretación de mayor protección de los padres del joven fallecido, como titulares del derecho humano cuya protección se demandaba; d) Que el tribunal de alzada omitió analizar todos los puntos de la litis, impidiendo a los quejosos plantearlos debidamente como agravio; e) La Sala de segunda instancia no motivó ni fundó la reso-

lución impugnada; f) La inconstitucionalidad del artículo 1916 del CC-CDMX, en la parte donde señala que la indemnización no se determina conforme al daño causado y ordena tener en cuenta la situación económica de la víctima, limitando con ello el derecho indemnizatorio y el resarcimiento del daño moral causado al discriminar a las personas con menos recursos económicos; g) La autoridad ignoró el impacto del fallecimiento del joven en la vida de los padres, el cual se relaciona con los bienes intangibles de la persona, como son sus sentimientos, decoro, afectos y creencias.

7) En el presente caso la Primera Sala de la SCJN destacó el elemento extra-patrimonial de la afectación, al tratarse de la lesión a un bien o interés de carácter no pecuniario, como base en un derecho subjetivo.

En consecuencia, la Sala retomó lo dispuesto en el amparo directo 8/2012, donde determinó que el daño moral puede clasificarse según el carácter del interés afectado y subdividirse en tres especies: a) El daño al honor o el daño a la parte social del patrimonio moral son aquellas afectaciones a una persona en su vida privada, honor o imagen propia; éste se encuentra regulado por la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal y ha sido desarrollado por diversos precedentes de la misma Sala, en asuntos relativos a la libertad de expresión; b) Daños estéticos cuando se afecte la configuración y aspectos físicos de las personas; c) Los daños a los sentimientos o a la parte afectiva del patrimonio moral cuando hieren a una persona en sus afectos; la Primera Sala consideró que en el presente caso, los actores demandaron la reparación de un daño moral de este último tipo.

8) El daño moral tiene proyecciones tanto presentes como futuras; es actual cuando ya se produjo al momento de dictarse la sentencia y comprende todas las pérdidas sufridas, tanto materiales como extrapatrimoniales. En contraste, el daño futuro es aquél no producido al dictarse la sentencia y se presenta como una prolongación o agravación del daño actual, un menoscabo futuro derivado de una situación actual.

9) Aun cuando en el presente caso se determinó como una cuestión firme que las víctimas carecían de legitimidad para demandar la responsabilidad patrimonial (éste era un derecho del joven fallecido), conforme a una interpretación teleológica del artículo 1916 del CC-CDMX la Sala estimó que la acción de reparación de daño moral puede reclamarse de manera autónoma a las demandas de responsabilidad patrimonial. Esta posibilidad jurídica tuvo su origen en la reforma al artículo 1916 del 31 de diciembre de 1982, en la cual se dispuso que el daño moral fuera autónomo del daño material.

10) Ahora bien, aunque el daño moral puede reclamarse de manera autónoma a los daños patrimoniales, aún depende de la acreditación de una responsabilidad de carácter civil. Así, la SCJN determinó que la empresa demandada, con su proceder generó una responsabilidad subjetiva.

Acertadamente la SCJN precisó que la responsabilidad de la empresa rebasaba el ámbito de la responsabilidad contractual, es decir, aunque el joven celebró un contrato de hospedaje con la prestadora de servicios donde se estipuló que el huésped usaba las instalaciones del hotel bajo su responsabilidad, esto no redimía a la empresa de sus responsabilidades extracontractuales procedentes de hechos dañosos, como sucedió con el

hecho de existir un lago artificial con energía eléctrica donde murió electrocutado el joven. La responsabilidad extracontractual es objetiva cuando no existe un elemento subjetivo como la culpa o negligencia de parte del prestador de servicios, o subjetiva cuando estamos en presencia de un elemento volitivo que implique la intención de dañar, o bien, por descuido manifiesto.

Efectivamente, la responsabilidad de los prestadores de servicios (por ejemplo hospitalarios, turísticos y/u hoteleros), por su incidencia social, rebasan los deberes estrictamente contractuales, se encuentran sujetos a una normativa de orden público y estándares de seguridad y calidad normativamente aceptados. Así, se debe examinar si se transgredieron normas de orden público en la prestación del servicio, o bien, si se ignoraron deberes generales de diligencia.

Aun cuando la empresa demandada alegó en su favor el consentimiento expreso del usuario de sus servicios hoteleros y del kayak del mismo hotel, este consentimiento nunca implicó la renuncia a bienes como la vida o la integridad personal. En este sentido, debe atenderse a lo dispuesto por el artículo 6o. del CC-CDMX cuando dispone que la voluntad de los particulares no exime de la observancia de la ley, ni la altera ni la modifica; sólo son renunciables los derechos privados que no afecten el interés público ni a terceros.

De esta manera, la SCJN dispuso que aun cuando el huésped aceptó los riesgos inherentes al uso de las instalaciones del hotel, el hecho dañoso ocurrió por la negligencia o descuido del prestador de servicios, actualizando una responsabilidad extracontractual; esto es evidente porque tales daños no pueden aceptarse mediante un contrato de prestación de servicios, al

tratarse de bienes jurídicos indisponibles, como la salud, la integridad física y la vida.

11) Siguiendo lo dispuesto en el punto anterior, esta sentencia es relevante porque sienta precedente no sólo para los prestadores de servicios hoteleros y turísticos, sino además para otros prestadores de servicios, como son los hospitalarios.

Cito los servicios hospitalarios privados ya que es común en este sector recibir a los pacientes en sus instalaciones mediante un "contrato de servicios hospitalarios" cuyo contenido se asemeja a los contratos hoteleros porque proporciona una habitación para la recuperación del paciente.

Es frecuente que los hospitales, al comparecer en juicio por la existencia de una negligencia o error médico, aleguen que ellos suscribieron un contrato donde se los exime de cualquier responsabilidad por la actuación del personal que presta los servicios en sus instalaciones o el empleo de instrumentos o materiales peligrosos. En armonía con la presente sentencia, esto no es posible, pues los centros sanitarios no están exentos de su responsabilidad de origen extracontractual por los daños que ocasionen al incumplir disposiciones de orden público o desatender sus actividades básicas de diligencia para asegurar la vida e integridad física de los pacientes.

12) La Primera Sala de la SCJN determinó una responsabilidad subjetiva de la empresa hotelera por una serie de conductas negligentes que dieron lugar a la muerte del hijo de las víctimas. Si la empresa hubiera cumplido con los deberes a su cargo, como darle mantenimiento a la bomba de agua, el lago artificial jamás habría estado electrificado, y se habría evitado la muerte

del joven. Era evidente la existencia de un nexo causal entre el hecho dañoso y la conducta negligente de la empresa.

13) Para acreditar la responsabilidad subjetiva es indispensable acreditar tres elementos: a) Hecho u omisión ilícitos; b) Daño causado; y, c) Nexo causal entre el hecho y el daño. La ilicitud posee dos fuentes distintas: el incumplimiento de un deber genérico de cuidado exigido en la prestación del servicio y el incumplimiento de una norma de orden público.

En lo relativo al incumplimiento de las obligaciones legales, conforme al artículo 284 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (en adelante CPCDF), sólo los hechos deben ser probados; esto implica que las partes no tienen la obligación de probar el derecho ni de citar todas las leyes aplicables al caso, partiendo de la base de que los Jueces son peritos en derecho. En consecuencia, la Sala consideró que la Ley General de Turismo y la Ley Federal de Protección al Consumidor, aun cuando no fueron invocadas por los actores en la demanda de origen, debieron ser aplicadas por la empresa hotelera, obligada a observarlas, máxime cuando esto es de orden público e interés social.

A partir de esto, la Sala precisó que en el artículo 61, fracción IV, de la Ley General de Turismo, se dispone que los turistas tienen derecho a recibir del prestador de servicios turísticos los bienes y servicios de calidad, acordes con la naturaleza y cantidad de la categoría ostentada por el establecimiento elegido. Asimismo, el artículo 1o., fracción I, de la Ley Federal de Protección al Consumidor establece como un principio básico de la relación de consumo, la protección de la vida, salud y seguridad del

consumidor contra los riesgos provocados por los servicios considerados peligrosos o nocivos.

Incluso, en una interpretación amplia del principio pro persona y ante el alegato de la demandada de los obligaciones estrictamente consensuales en su favor, la Primera Sala cita para acreditar la responsabilidad de la empresa hotelera los artículos 5.1 y 6.1 de la Norma Oficial Mexicana NOM-011-TUR-2001, relativa a los requisitos de seguridad, información y operación que deben cumplir los prestadores de servicios turísticos, los que tienen que observar las medidas de seguridad antes y durante la prestación del servicio para brindar mayor seguridad a la integridad física del turista.

14) Sobre el tema de la negligencia, la Sala consideró imposible exigir a todas las personas evitar dañar a otra en cualquier circunstancia; no en todos los casos donde esto ocurre se genera una responsabilidad subjetiva extracontractual; se requiere, además, la existencia de una culpa o negligencia.

La negligencia tiene lugar cuando el responsable no desea causar un perjuicio, pero genera un daño incumpliendo con una obligación de cuidado a su cargo; la diligencia requerida es la ordinaria de un hombre medio o de una persona razonable; tratándose de una profesional, la diligencia esperada es la de una persona con las capacidades promedio para ejercer esa profesión. Después de un análisis específico de los hechos acaecidos durante el deceso del hijo de las víctimas, la SCJN probó la existencia de conductas ilícitas de la empresa hotelera y la inexistencia de los actos diligentes de su parte.

15) Acreditada la ilicitud de la conducta hecha por la prestadora de servicios, en seguida la Primera Sala señaló las características que debe poseer el daño moral: a) Debe ser cierto, constatable su existencia cualitativamente, aun cuando no pueda determinarse su cuantía con exactitud, pues el daño eventual o hipotético no produce consecuencias resarcitorias; b) Por regla general, debe probarse como elemento constitutivo de la pretensión de los actores (artículo 281 del CPCDF); sin embargo, la Primera Sala de la SCJN subraya que el legislador reconoció la dificultad de probar el daño moral en algunas circunstancias, motivo por el cual reformó el artículo 1916 del CC-CDMX y estableció que el daño moral se presume cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física de las personas; en estos supuestos el actor es relevado de la carga de la prueba.

Esta presunción obedece a la necesidad de garantizar el principio pro persona en la defensa de los derechos humanos. En consecuencia, la doctrina y la Corte IDH aceptan el sistema de presunciones como adecuado para probar los daños de difícil acreditación, como se indica en los siguientes casos:

Esta Corte ha señalado desde su primer caso contencioso que para un tribunal internacional los criterios de valoración de la prueba son menos rígidos que en los sistemas legales internos y ha sostenido que puede evaluar libremente las pruebas. La Corte debe aplicar una valoración de la prueba que tenga en cuenta la gravedad de la atribución de responsabilidad internacional a un Estado y que, sin perjuicio de ello, sea capaz de crear la convicción de la verdad de los hechos alegados. Asimismo, el Tribunal ha establecido los criterios respecto de la carga de la prueba y ha destacado que en los procesos sobre violaciones de derechos humanos la defensa del Estado no

puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas, cuando es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio." (Corte IDH, caso González Medina y familiares vs. República Dominicana, párr. 132).

En este sentido, la Primera Sala de la SCJN señaló que tratándose del daño moral en los sentimientos como es complicado demostrar este tipo de afectación, según el legislador, basta probar el evento lesivo para que opere la presunción legal y tener por probado el hecho. Así, cuando se cause la muerte de un hijo se tiene por acreditado el daño moral a los padres, a quienes les atribuye la calidad de víctimas.

16) La Sala demostró la relación entre el hecho ilícito y el daño, es decir, el nexo causal entre la conducta del demandado y el daño causado al actor. El daño consistió en la afectación a los sentimientos de los actores por la muerte de su hijo, pues el lago donde cayó estaba electrificado debido a la conducta negligente de la empresa.

17) Finalmente, la Primera Sala de la SCJN, acertadamente, se decantó por el derecho a la justa indemnización y la reparación del daño moral. Más aún, en su decisión concurre un sistema complejo para la determinación de la responsabilidad civil y la reparación del daño moral. Este sistema se compone de tres elementos primordiales: a) el régimen de responsabilidades del derecho civil tradicional, particularmente, el capítulo de las obligaciones producidas por los actos ilícitos y lo dispuesto en el artículo 1916; b) las fuentes de derecho interamericano de los derechos humanos relacionadas con la reparación integral del daño; y, c) los "daños punitivos" provenientes de las considera-

ciones jurisprudenciales y doctrinales del *common law* respecto de la responsabilidad civil como medio para evitar futuras agresiones a los derechos, sobre todo cuando se está frente a agentes económicos preponderantes en el mercado.

Aun cuando la presente sentencia generó dos votos concurrentes y uno de éstos en oposición a la introducción de los "daños punitivos" en la jurisdicción federal mexicana, esta novedad es acorde con lo que sucede en otros tribunales del mundo frente a la transformación económica y los riesgos generados por las grandes empresas en el mercado. En efecto, este sistema complejo de responsabilidad civil perfilado por la presente sentencia del amparo directo va en la dirección seguida por tribunales de Alemania, España, Italia y Reino Unido, como lo señala Guido Alpa a raíz de la integración de Italia a la Unión Europea:

La adhesión de Italia a la Unión Europea ha implicado la recepción de numerosas reglas formuladas en sede comunitaria relativas al sector de la responsabilidad civil (además, de obviamente el sector de los contratos). Estas reglas, en ocasiones, fruto de la mediación entre diferentes tendencias y diferentes textos ya existentes en los ordenamientos de los Estados miembros o de nuevo cuño comunitario, fueron adoptadas mediante el instrumento de la directiva. Lo cual ha implicado para cada uno de los Estados miembros una adaptación en absoluto automática y, más bien, compleja: vale decir, ha implicado la redacción de un texto de actuación con la formulación de disposiciones, con la aplicación de principios generales, con la coordinación de disposiciones, tendencias jurisprudenciales, terminologías o conceptos preexistentes.

...

Pero hay más. La introducción de reglas de naturaleza especial —sean de derivación comunitaria o expresen exigencias inter-nas— impide la construcción del sistema de la responsabilidad civil. En este punto, no se trata de una opción teórica, tampoco de un fenómeno dialéctico entre los partidarios sistemáticos del derecho privado y los de la concepción iusrealista; se trata de un fenómeno actual irreversible, que conduce a una modificación de naturaleza estructural: la responsabilidad civil es un conjunto de reglas que no se reconducen al sistema, sino en el sentido de la identificación de la relación entre las reglas especiales y las reglas generales contenidas en el código civil.

En los últimos años se han multiplicado los regímenes especiales de responsabilidad civil. Nuevas tecnologías, nuevas formas de cooperación económica y nuevas formas sociales han creado nuevas ocasiones de daño. En lugar de confiar estas hipótesis a las reglas del código civil en materia de responsabilidad, gobernadas por criterios subjetivos y objetivos de imputación, el legislador ha preferido introducir —o ha planeado introducir— regímenes especiales de responsabilidad...¹⁰

En relación con los dos primeros elementos del sistema de responsabilidades diseñado en esta sentencia, se desprende que la indemnización por daño moral, cuando esté relacionada con la violación a derechos humanos, se encuentra estrechamente vinculada con el derecho a la justa indemnización y a la reparación integral reconocido en tratados internacionales suscritos por

¹⁰ Guido Alpa, *La responsabilidad civil*, Traducción de César E. Moreno More, Perú, Legales Ediciones, 2016, pp. 304-305

el Estado Mexicano, así como en la jurisprudencia de la Corte IDH.

Además, esta sentencia cita como precedentes lo dispuesto en los amparos directos en revisión 1621/2010 y 1068/2011 relativos a la oposición de los derechos humanos frente a particulares. En efecto, si frente al Estado tienen el carácter de derechos públicos subjetivos, frente a los particulares son derechos oponibles objetivamente.

Así, el derecho a una justa indemnización tiene vigencia en las relaciones entre particulares cuando se han agredido derechos humanos, la reparación del daño moral debe determinarse desde la perspectiva del derecho a la reparación integral, previsto en los artículos 1º. constitucional y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Al respecto, la Primera Sala de la SCJN refiere que la Corte IDH, en diversos precedentes, estableció como un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional productora de un daño implica el deber de repararlo adecuadamente;¹¹ igualmente, reconoció que los daños inmateriales deben indemnizarse.¹² Como lo estableció en el amparo directo en revisión 1068/2011 la reparación integral debe restituir las cosas al estado en que se encontraban antes de la agresión a

¹¹ Entre otros casos véanse Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196, párr. 156; Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25; Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 395; y, Caso Perozo y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 404.

¹² Véase Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88, párr. 53.

los derechos humanos, en caso de ser imposible, deberá establecer una justa indemnización conforme a la gravedad del derecho humano violentado.

18) Con relación al "daño punitivo", tercer elemento del sistema complejo de responsabilidad perfilado por la Primera Sala de la SCJN, aquí el derecho indemnizatorio posee un fuerte componente económico propio de su naturaleza sancionatoria que desaprueba el actuar ilícito de las personas y premia a quienes cumplen la ley; en otras palabras, el derecho debe imponer incentivos negativos para que las empresas actúen con la diligencia debida en el futuro; a mayor gravedad de la conducta reprochable, mayor deberá ser la indemnización.

Considero inevitable que esta noción del *common law* relativa a los daños punitivos se introduzca en el derecho mexicano. De hecho ha penetrado en regímenes de responsabilidad civil del derecho continental europeo para corregir las asimetrías del mercado donde se desenvuelven actores económicos cada vez más poderosos frente a personas cuya esfera de derechos es agredida por los mismos. Esto es consecuencia de la creciente necesidad de regular el mercado y de la inevitable comunicación entre los tribunales de diferentes Estados nacionales. Además, es imposible negar que la indemnización del daño moral y otras reparaciones por responsabilidad han implicado, desde sus orígenes, una noción de sanción para las conductas ilícitas generadoras de obligaciones en el ámbito civil; noción más evidente y dura en el *common law* con la configuración de las indemnizaciones disuasorias y el "daño punitivo".

Sin embargo, la noción de daños punitivos del *common law* debe utilizarse en casos excepcionales, como sucede en los países

Europeos mencionados, pues no es conveniente esperar que los tribunales realicen la actividad reguladora del Estado.

En efecto, la regulación del mercado mediante leyes emitidas por el Poder Legislativo y disposiciones administrativas emitidas por las autoridades regulatorias deben ser los principales instrumentos normativos para el control de los agentes económicos no estatales que violan derechos humanos; esto es particularmente evidente en el mercado laboral, los servicios hospitalarios, financieros, de telecomunicaciones y en los daños medioambientales.

La facultad reguladora del Estado debe ser ejercida por las autoridades que poseen presencia constante en las democracias constitucionales; ésta es justamente la posición de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, responsables de la protección de los derechos de la mayoría de la población, mediante leyes y disposiciones regulatorias. La presencia de los tribunales es siempre excepcional y subsidiaria, accionada por la demanda correspondiente de quienes consideran violentados sus derechos.

Sin embargo, aun cuando la figura de los daños punitivos y sus correspondientes indemnizaciones disuasorias sean excepcionales, un sistema constitucional de derechos no excluye la posibilidad de que adquieran firmeza para detener las conductas dañosas de los agentes económicos no estatales. Por el contrario, estos actores sólo detendrán tales comportamientos si junto a los instrumentos regulatorios correspondientes encuentran la jurisprudencia firme de los tribunales nacionales desaprobando sus conductas ilícitas en el mercado. En este sentido, sería conveniente que la SCJN sentara jurisprudencia para dejar en firme la noción de "daños punitivos" y disuadiera efectivamente las con-

ductas ilícitas de estos agentes no estatales, pues una tesis aislada no es obligatoria, sólo es orientadora de la interpretación.

19) Otra de las consideraciones dignas de subrayar de la presente sentencia es la declaración de inconstitucionalidad realizada por la Primera Sala de la SCJN respecto del artículo 1916 del Código Civil en la parte donde señala que la capacidad económica de las víctimas debe ser valorada para determinar el monto de la indemnización. Esto es discriminatorio de derechos humanos, al implicar que las personas con mejor posición socioeconómica reciban una mayor indemnización. Es más, la "condición social" constituye una categoría protegida por el artículo 1o. constitucional, el cual garantiza el principio de igualdad mediante la prohibición de la discriminación; así, la utilización de estas categorías debe examinarse con cuidado, pesa sobre ellas la sospecha de su inconstitucionalidad, y aunque la Constitución no prohíbe su uso, sólo serán constitucionales cuando posean una justificación racional adecuada.

20) Para concluir, la presente sentencia, aun cuando establece algunos criterios para la determinación de la indemnización, éstos son sumamente generales, por lo cual se deja a la libre consideración de los tribunales locales la determinación de los montos reparatorios. Así, con frecuencia en los juicios de responsabilidad civil, la parte agraviada, aunque obtenga una sentencia a su favor, debe recurrirla por el simple motivo de recibir una indemnización reducida que no da satisfacción al principio de reparación integral.

Junto a los daños punitivos, se esperaba que la Primera Sala de la SCJN hubiera establecido criterios más precisos para

la determinación de montos efectivamente disuasorios del comportamiento ilícito de los agentes económicos no estatales en el mercado.