

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**COMO ESTABLECER EN EL ORDENAMIENTO LEGAL DE LA
REPÚBLICA DE GUATEMALA EL DAÑO MORAL O AGRAVIO MORAL**

MARIO AUGUSTO ALCÁNTARA VELÁSQUEZ

GUATEMALA, JULIO DE 2008.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**COMO ESTABLECER EN EL ORDENAMIENTO LEGAL DE LA
REPÚBLICA DE GUATEMALA EL DAÑO MORAL O AGRAVIO MORAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARIO AUGUSTO ALCÁNTARA VELÁSQUEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, julio de 2008.

HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Héctor Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V: Br. Marco Vinicio Villatoro Lopez
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortíz Orellana

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

Presidente: Lic. José Luis De León Melgar
Vocal: Licda. Mayra Johana Véliz López
Secretaria: Licda. Laura Consuelo Montes Mendoza

Segunda Fase:

Presidente: Licda. Crista Ruiz de Juárez
Vocal: Licda. Dora René Cruz Navas
Secretaria: Licda. Ileana Noemí Villatoro Fernández

Razón: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

DEDICATORIA

AL PADRE ETERNO: Sea de Él toda la gloria.

A LA VIRGEN MARÍA: Abogada de las causas difíciles y desesperadas,
agradecimiento profundo.

A MI MADRE: Por haber sido ejemplo en mi vida y enseñarme
a perseverar y luchar por alcanzar las metas.

A MI ESPOSA: Gracias por el apoyo y amor incondicional brindado.

A MIS HIJOS: Shailyn Hellen Victoria y Mario Jose Démian
Como un ejemplo para seguir y superarse en su vida.

A LA UNIVERSIDAD
DE SAN CARLOS DE
GUATEMALA: Especialmente, a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. EL DAÑO.....	1
1.1. Antecedentes Históricos.....	1

CAPÍTULO II

2. Regulación del daño en general dentro de la legislación de la República De Guatemala.....	9
2.1. Antecedentes históricos.....	9
2.1.1 El período pre-independiente.....	9
2.2. Del período independiente.....	10

CAPITULO III

3. El daño moral o agravio moral.....	21
3.1 Conceptos y definiciones.....	21
3.2 Naturaleza del daño moral.....	41
3.3 Algunas clases de daño moral que pueden existir.....	47
3.4 El daño moral en la República de Guatemala.....	60
3.5 El daño.....	82
3.6 Clases de daño.....	85

CAPITULO IV

4. El daño moral en otras legislaciones.....	89
4.1 Algunos antecedentes	89
4.2 Baremo del precio del dolor(federación nacional de victimas del camino Francia.....)	91
4.3 Datos regionales de la ciudad de México.....	92
4.4 El daño moral.....	96
4.5 Pautas Generales.....	97
4.6 Hacia la racionalización en la reparación del daño.....	97
4.7 Daños a la persona.....	99
CONCLUSIONES.....	103
RECOMENDACIONES.....	105
BIBLIOGRAFIA.....	107

I N T R O D U C C I Ó N

El presente trabajo se realiza para poder tratar de comprender y determinar el cálculo o resarcimiento del daño moral ocasionado a otra persona; ya que no se encuentra establecido en nuestra legislación en este sentido únicamente está regulado, el pago por daños materiales cuantificables en dinero sin escudriñar que dicho daño material puede convertirse en moral o paralelamente mental. Este es un daño que no merma económicamente al perjudicado porque afecta intereses no dinerarios.

Existen los que dañan aspectos íntimos, sentimentales, afectivos, emocionales, como la angustia por la muerte del ser querido, los que afectan facetas de la personalidad, como el derecho a la integridad corporal, el derecho a un buen nombre, o a bienes no tangibles pero que innegablemente parten del patrimonio de una persona, se han clasificado esos daños como morales para diferenciarlo de los materiales.

Desde el punto de vista doctrinario: Algún sector de la doctrina argentina los clasifica en perjuicios o daños extraeconómicos: el término morales ha sido interpretado en diferentes formas y no en un aspecto claro y preciso que indique suficientemente el daño a que se refiere nuestra jurisprudencia y doctrina no son acordes en su tratamiento; por ejemplo para unos el daño moral es el que afecta aspectos no económicos de la persona, en síntesis los extrapatrimoniales. Por lo tanto quedaría incluidos aquellos que no son materiales. Por eso, para algunos, daño moral sería aquellos que corresponden a los extrapatrimoniales y patrimoniales los daños materiales.

Desde el punto de vista legal: Es importante destacar que nuestra legislación establece el daño y el perjuicio que se puede ocasionar a una persona, indica a que cantidad asciende el daño material y es cuantificable en dinero pero el daño moral es intrínseco e íntimo puesto solo la persona sabe, reconoce y siente

específicamente que es lo que le ha sucedido y de que forma le afecta personal, familiar y socialmente; en vista de que la pérdida del patrimonio es reparable pero la situación psicológica en la que se encuentra la persona individual es irreparable; asimismo el Artículo 1645 del Código Civil establece: “ Toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima”. Por lo que se determina claramente que se debe de reparar el daño causado pero el artículo no indica de qué forma se puede resarcir el daño moral puesto que los juristas no han podido medir a cuánto asciende el daño moral; ya que esto es algo íntimo pero se debe de resarcir por lo que la presente investigación tratará acerca de lo antes mencionado

Los métodos aplicados fueron: Analítico: con este método se descompone el todo en sus partes; es decir, en lo que respecta al caso para determinar ¿Por qué los guatemaltecos no hacemos conciencia que aparte de un daño patrimonial nuestro actuar puede ocasionar daños de naturaleza moral que vulneran aspectos íntimos de la personas, como su entorno; la familia, la sociedad y el propio estado. Sintético: Enlaza la relación abstracta, esencial, con las relaciones concretas; es decir, que con base en el análisis efectuado de todo el material que se obtenga en la investigación, se realizará la síntesis respecto a aquellas relaciones fundamentales que permitan explicar el tema objeto de análisis. Deductivo: Es un método de investigación que parte del análisis y estudio del todo; es decir, de lo general, con el propósito de obtener la médula central de nuestro objetivo principal; siendo éste la existencia de los daños no solo de naturaleza patrimonial, sino además los daños o agravios morales. Este método será utilizado en la investigación, ya que con los resultados obtenidos en el proceso de la recopilación de los datos, se comprobará la hipótesis planteada. Inductivo: Parte de lo individual, o particular, hacia las características generales de los fenómenos. Con base en el análisis y síntesis logrados mediante la aplicación de los correspondientes métodos a la información obtenida, será factible proceder a

realizar un análisis más amplio sobre los casos particulares, y llegar a aseveraciones y postulados de naturaleza más amplia para el tema de investigación. Estadístico: La utilización de este método se justifica debido a que se aplicará, tanto para la recolección de datos e información para efectos de tabulación cuantitativa, cuyo resultado represente e interprete, el correspondiente análisis.

Las técnicas aplicadas fueron: Observación indirecta, que consiste en consultar a expertos en estudios similares o parecidos, a quienes se les solicitará información sobre el problema objeto de investigación, tales como jueces y magistrados de las distintos ramos del derecho; asimismo, a personas particulares, funcionarios públicos, maestros y trabajadores en general de la iniciativa privada. Técnicas bibliográficas y documentales: Serán utilizadas ampliamente en el desarrollo de la investigación, a efecto de recopilar, ordenar, y clasificar la información que servirá de base para la elaboración del informe final.

Los capítulos que trata son cuatro, los cuales se describen a continuación: el primero desarrolla los antecedentes históricos del daño, el segundo donde se encuentra contenido el daño en la legislación de la República de Guatemala, conteniendo los antecedentes históricos, el tercer capítulo desarrollo de que se trata el daño moral, conceptos y definiciones de este así como las clases de daño, trata además de el daño moral o agravio moral dentro de la legislación de la república de Guatemala, desarrollada en sus conceptos y definiciones así como la naturaleza del daño moral y algunas clases de daño moral que pueden existir y el último capítulo trata del daño moral en otras legislaciones. .

CAPÍTULO I

1. El daño:

1.1 Antecedentes Históricos:

Según lo que nos indica la Licenciada Crista Ruiz Castillo de Juárez, en su obra titulada Historia del Derecho, que el origen del derecho fue por los sistemas esclavista y feudal: en virtud que los mismos asumen aspectos de gens, tribu, pueblo, nación y Estado, nos indica además que al provocarse la división de las actividades agrícolas y ganaderas estas se transforman y crean actividades económicas, comerciales y además las sociales, por lo que llegan a constituir el pueblo posteriormente la nación y el estado que es el último estadio de organización comunal por el que transita el grupo social.¹ Por lo que de esa forma se da el origen del derecho así mismo nos indica la autora de la obra antes citada, que la humanidad desde que se inicia como grupo social ha tenido diversos cambios, entre ellos tenemos los cambios prácticos, pacíficos y algunos violentos, así como el derecho como producto de la vida social, es producto del conjunto de agrupaciones sociales y objeto de evaluaciones y cambios.² De acuerdo a la historia del derecho comienzas tres formas grandes de resolver los conflictos sociales los cuales son la autodefensa, la heterocomposición, y la auto composición, de acuerdo a cada una de ellas se comprobó que cada causa así iba a ser el resultado puesto que si se causaba daño a una persona era de repararlo así como la autodefensa, que ojo por ojo y diente por diente, lo cual nos quiere decir que de acuerdo al daño causado así debida de pagarse con la misma moneda por lo que si una persona perdía la vida debía de perderla la otra que lo había causado; desde ahí podemos decir que empieza el origen del daño y la forma de resarcirlo.

De esa cuenta el daño puede ser material o moral por lo que existe una clara

¹ Crista Ruiz, Castillo de Juárez, **Historia del derecho**, pag. 5.

² Ibid, pág. 10

diferencia entre los dos; en este caso se desarrollará lo que es el daño en general de acuerdo a los antecedentes históricos se llegó a determinar que el nacimiento del daño en el derecho según lo explica la licenciada Crista Ruiz Castillo de Juárez en su libro titulado Historia del Derecho de lo cual nos indica que el daño se reparó a lo largo de la historia de muy diversas formas “El hombre primitivo no rigió su conducta, tanto social como jurídica, conforme principios de causalidad y consciencia del yo; todo lo contrario, influyo en él la retribución, la magia, la psicología colectiva; pensamientos mágicos contradictorios como el tótem y el tabú.”³

Estos medios de retribución a lo largo de la historia han sufrido cambios significativos, ya que el tótem y el tabú, eran sanciones de tipo espiritual o divino con lo que se perseguía desmotivar al posible infractor o causante de algún daño a realizarse para no acarrear con esta desobediencia, alguna maldición con la cual iba a pagar el daño causado de manera muy desproporcionada ya que el castigo por ser de carácter divino era desmedido y el daño sufrido podía ser cien veces mas grave que el causado.

Después de la etapa primitiva, la sociedad va evolucionando lo que trae consigo el desarrollo de los medios de retribución, por lo cual en la etapa social los humanos actúan de manera diferente en contra del daño causado, en vista de que la pena corporal pasa a ser una pena pecuniaria con lo cual surge el nuevo sistema denominado La Composición.

Con la constante evolución de la sociedad humana fueron surgiendo otros sistemas de arreglo y nace la figura del Juez quien administra, aplica y gradúa las penas, surge además las pruebas que sirven para valorar la culpabilidad o inculpabilidad del infractor. Por lo que el Juez aplica en nombre de la comunidad la pena, como por ejemplo la ley del talión.

³ Crista Ruiz, Castillo de Juárez, **Historia del derecho**, pag. 13.

La ley del talión como lo indica la Licenciada Crista Ruiz Castillo de Juárez “Tiene fundamento religioso; confiere a la autoridad sacerdotal el poder de la venganza como medida y como objeto. Se enuncia en la Ley la similitud de la venganza para que el transgresor padezca cual y como lo hizo, aplicándose, como dice la sentencia bíblica “ojo por ojo, diente por diente; con la vara que midieses será medido”. El padecimiento, por eso era considerado material y simbólico. El aspecto material, conocido como talión directo, obliga que el daño sea reparado según su intensidad. Así, por ejemplo, el homicidio, penado con la muerte; el robo con la restitución del objeto robado, etc. La sustitución del daño por otro, impone sanciones por azotes y tortura. El sentido simbólico sanciona en relación con el tipo de hecho cometido debido al significado que tiene para la comunidad, pretendiendo asimilar o simbolizar la sanción identificada con el daño producido. Por ejemplo, en Egipto se considera como símbolo de la belleza la nariz por ser la parte del rostro que incitaba el deseo sexual y, si una persona cometía adulterio, se le seccionaba esa protuberancia facial. El talión como medio de resarcir daños, fue consagrado por legisladores como Moisés, Pitágoras, Solón y los Decenviros romanos. Con el Talión termina la etapa de la justicia primitiva que impone el Estado, transformando, convirtiendo y conmutando la pena privada (resabio de la venganza) en pública”.⁴

La evolución del hombre que por naturaleza es social, conlleva nuevas formas de retribución un paso significativo fue “El Código de Hammurabí” que consistió en un documento tallado en piedra, él cual se encuentra dividido en varias partes, que contiene principios generales del derecho y normas de observancia obligatoria para los pueblos regidos, siendo importante destacar que él código ya establecía un procedimiento penal, aunque todavía no existe la figura de un abogado, pues los litigantes se representan así mismos, los cuales al no encontrarse de acuerdo con el fallo podían incluso apelar a un tribunal superior.

⁴ Crista Ruiz, Castillo de Juárez, **Historia del derecho**, pag. 19.

Otros vestigios de codificación de procedimientos para resarcir los daños causados los encontramos en el Código de Manú y Los Vedas, estos últimos escritos en la India que se encuentran organizados en cuatro libros, que en su conjunto establecen las leyes de los dioses, enseña al hombre a vivir conforme el sendero octuple, los derechos y obligaciones del matrimonio, conteniendo además unas normas de carácter internacional.

Alrededor de los años 570 y 632 de la era cristiana fue escrito El Corán que es el libro sagrado del Islam, escrito por Mamad en donde se desarrolla el derecho civil, indicando que el comercio y la industria son formas de generar riquezas y dinero, pero que es prohibido aprovecharlo en forma usuraria, se prohíbe la expropiación y la rescisión de título antiguos, en cuanto al resarcimiento de daños prescribe el talión para el delito de homicidio, pero al existir perdón se debe indemnizar a los ofendidos.

En el territorio que ahora es Guatemala, existió una raza muy avanzada tanto social como culturalmente que eran los Mayas y como es de suponerse también poseían formas de retribuir los daños causados así lo ilustra la licenciada Crista Ruiz Castillo de Juárez indicando lo siguiente: “La administración de justicia fue para todas las clases sociales, sin discriminación e incluso, se tuvo una jurisdicción delegada cuando se trataba de controversias entre individuos de diferentes pueblos. Para el efecto se admitía al juez que correspondía al ofendido, funcionario que cuidaba que el fallo fuera adecuado con evitar desavenencias y que el veredicto no fuera motivo de rivalidades o pasiones comarcales. Los jueces dictaban sus resoluciones en la misma audiencia públicamente, aunque el caso fuera de menor cuantía. Al fallar, tasaba el daño ocasionado y fijaba la indemnización, la cual se cubría con cacao o plumas aunque se podría pagar en especie. También se sancionaba con pago de multa. En el sistema probatorio, se utilizo el tormento y la ordalía, aceptándose también la prueba testimonial.”⁵

⁵ **Ibid**, Pág. 208.

Como puede observarse la humanidad en todas sus etapas de desarrollo, ha tratado de organizar formas de retribuir el daño ocasionado, ya que como es sabido en toda conglomeración de personas siempre habrá alguien que infrinja una norma ya establecida y que ocasione daño a otros miembros, el cual debe de ser retribuido unas veces para que no vuelva a ocurrir y otras únicamente con el afán de castigar al que comete un delito o retribuir a una persona que ha sufrido un menoscabo en su patrimonio, la historia nos ha ilustrado que desde la etapa primitiva hasta la etapa moderna se trata de compensar al que ha sufrido un daño de distintas formas, desde ocasionar un daño de igual o mayor magnitud o a indemnizarlo, en la actualidad los daños ocasionados deben ser compensados porque así se encuentra establecido en la ley, para evitar de que cada persona haga lo que mas le convenga, altere el orden social o tome la venganza en sus propias manos, pues marcaría un retroceso en el avance evolutivo del derecho y las ciencias sociales.

El Estado garantiza el bienestar social, regulando leyes que prohíben causar daños de unos miembros de la sociedad a otros, enmarcando estos daños por lo general en el mal sufrido desde el punto de vista material, que es lo que comúnmente sucede en nuestra legislación.

Los Legisladores han tratado a través del tiempo de mantener esa armonía de los miembros de sus pueblos y de éstos con otros pueblos en vista de que la humanidad se ha desarrollado de tal manera, que un recorrido que era de días, semanas o meses ahora se realiza en unas cuantas horas y es ahí al existir una interrelación mas amplia de la humanidad que se ha causado una gama mas extensa de daños y las formas de repararlos son igualmente extensas, ya que lo que es correcto para unos no lo es para otros.

En ese sentido podemos afirmar que por la infinita gama de relaciones sociales, los daños se diversifican, sus efectos son unos en unas personas infringidos a tales

daños y otros son los efectos en otras, lo que para una persona no tiene tanta importancia para otra puede ser vital, en otras palabras los daños no surten los mismos efectos en las personas, como por ejemplo podemos citar el caso de alguna persona que después de haber programado unas vacaciones en un país extranjero, el vuelo que ya estaba reservado con tiempo de anticipación, no salga a la hora programada, sufra un retraso significativo, si es un niño el efecto puede ser mayor y el daño no solo se relega a una pérdida de tiempo, sino a un conflicto en un fuero interno mucho más vulnerable, es posible que si el afectado es un adulto se conforme entonces con que la aerolínea le proporcione un lugar tranquilo para descansar y le provea de alimentos mientras se arregla la situación y parta el vuelo, pero tratándose de un niño el efecto o daño puede ser otro.

Ahora veamos la subjetividad del daño que se causa con el mismo ejemplo del retraso del vuelo, en vista de que si citamos al mismo adulto, pero en otra situación totalmente distinta, quizás este adulto tenga una cita muy importante de negocios y alguna compañía internacional quiere invertir en su empresa, el capital que la compañía extranjera es de mucha o vital importancia para el desarrollo y expansión de su empresa, él sabe de que los vuelos pueden sufrir retrasos por lo que reserva en un vuelo que salga con tres horas de anticipación, sin embargo este vuelo se retrasa por más de seis horas por fallas técnicas que no fueron lo suficientemente previstas, llega tarde la persona con la que había pactado la reunión es una persona sumamente ocupada y no lo puede atender sino hasta dentro de tres días, será entonces muy poco probable que se conforme solo con un lugar cómodo para descansar y que le provean de alimentación.

Incluso para agravar la situación del caso podemos agregar que pierde la cita y las probabilidades de inversión en su empresa, es entonces cuando el daño puede volverse subjetivo ya que los intereses afectados son más altos, el fuero interno de cada persona varía por lo que no se puede ponderar en dinero cuánto cuesta que a alguien se le retrase un vuelo, porque reaccionamos distintos, lo que no es diferente en cada caso en que existe un daño, pero este daño tiene una

característica propia no es material, porque no ocurrió que se le extraviaran las maletas, sale de esa esfera es más en nuestra legislación pueda que no este regulado este tipo de daño y mucho menos que se encuentre regulado resarcirlo de una manera adecuada, pues cada caso es diferente en cuanto a su afectación interna.

Siguiendo con el mismo caso pueda que el retraso del vuelo el niño que había sido mencionado como el más vulnerable o afectado, se quede tranquilo esperando el inconveniente si le regalan un helado o le proporcionan un juego electrónico para pasar el tiempo, con lo que podemos determinar que una situación puede tener muchas variantes, pueden pasar muchas cosas en el fuero interno de las personas y como se indico anteriormente el grado de afectación depende de cada persona.

1.2 Conceptos y definiciones.

En virtud que muchas personas y juristas desconocen desde cuando se produce el daño así como las clases y diferencias de daños que existen y cual es el impacto que produce a la sociedad y la diferencia del daño en general y el daño moral siendo totalmente estos diferentes, puesto que uno es la causa y el otro es el efecto; de dicho tema se investigó y se tratará en el presente capítulo el daño en general así como su clasificación y diferencias.

Según lo indicado en el diccionario Espasa el daño es: "... los desperfectos o destrozos físicos y apreciables que un agente externo, el delincuente, produce en los bienes, sean muebles o inmuebles. Aunque también se emplea la expresión daños morales, para hacer referencia a perjuicios de tipo psíquico que deban ser indemnizados, lo cierto es que la expresión daños, sin más, se contrae a las cosas, muebles o inmuebles, y en tal sentido, es importante resaltar que los daños se proyectan siempre sobre las cosas, no sobre las personas, las que, si son

agredidas, son objeto de lesiones”.⁶ También la licenciada Rosa Amelia Corea Villena de Báttén nos indica que el daño es “el detrimento que se causa al patrimonio de una persona”.⁷ de la definición antes indicada entendemos que un agente externo lo causa en este caso una persona llamada delincuente, ahora bien el caso que nos ocupa no es exclusivamente atribuible a un delincuente puesto que puede atribuirse a una persona que por negligencia, imprudencia o impericia cause un daño mayor que el que se quería causar o no tenga los conocimientos suficientes o actué de más para conseguir un resultado imprevisto de lo cual cause un daño patrimonial o extrapatrimonial, de lo cual quiero explicar, que el daño patrimonial es aquel que se causa a los bienes muebles o inmuebles de una persona ya sea esta individual o jurídica puesto que también a las personas jurídicas se les puede causar un daño patrimonial; y el daño extrapatrimonial como le llaman algunos juristas este se causa en la psiquis de la persona puesto que este es difícil de resarcir en virtud que solo en la mente del que sufrió el daño sabrá valorar cual fue el daño interno que se le causó en su alma o su espíritu y la forma como lo resarcirá esta persona; de esa cuenta establecemos que son sumamente diferentes el daño en general y el daño moral puesto que el primero es el causado al patrimonio de una persona y el segundo es el causado en el interior, en la mente y en el alma y espíritu de una persona el cual será el objeto de estudio en los siguientes capítulos.

⁶ Fundación Tomás Moro, **Diccionario Jurídico Espasa**, pag. 277

⁷ Revista Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Junio 2003, Pág, 81

CAPÍTULO II

2. Regulación del daño en general dentro de la Legislación de la República de Guatemala

2.1 Antecedentes históricos

En Guatemala el Derecho Constitucional empezó a utilizarse en el año de 1824. A continuación se presentará un listado de las distintas Constituciones que han regido a nuestro país a través de los años:

2.1.1 El período pre-independiente

Constitución de Bayona, por la abdicación de Carlos IV, en 1808, en favor de Napoleón, nombró éste a su hermano José I Bonaparte como rey de España. Éste último decretó la Constitución de Bayona, la cual tenía por mandato y ámbito espacial que "...Regirá para España y todas las posesiones españolas". Aquella carta fundamental contenía algunos mandatos de desarrollo orgánico-constitucional y fue emitida con principios de rigidez.

Esta Constitución rigió lo que entonces era la Capitanía General de Guatemala. Esta constitución fue promulgada con el objeto de darle el carácter de normas supremas a aquellos aspectos que el rey consideraba de absoluta importancia. Esta Constitución enumera ya, algunos de los derechos individuales, como la inviolabilidad de la vivienda y la detención legal.⁸

Constitución Política de la Monarquía Española, esta carta fundamental fue promulgada en Cádiz, el 19 de marzo de 1812. Se decretó por las Cortes Generales y extraordinarias de la nación española. La nueva constitución establecía en su capítulo VIII el proceso de Formación de las leyes y sanción real.

⁸ Maldonado Aguirre, Alejandro. **Las Constituciones de Guatemala**, Pág.5.

Destaca en el desarrollo orgánico-constitucional la organización del gobierno del interior de las provincias y de los pueblos. Además incorporó las instituciones reales de la función administrativa. La rigidez quedó determinada.

Dentro de lo novedoso de esta Constitución se hace un detalle de las atribuciones y funcionamiento de los tres poderes. Su objeto fue organizar el poder público. Posteriormente sobrevinieron movimientos bélicos que culminan con la declaración de independencia de 1821 y Centroamérica se independiza de España y pasa formar parte de México, formando así, la Federación de provincias Centroamérica, lo que motiva la necesidad de promulgar otra Constitución.

2.1.2 Del período independiente

Acta de Independencia de 1821, el 15 de septiembre de 1821 fue suscrita el acta de independencia, con evidente expresión originaria de soberanía radicada en el pueblo. En esta se impuso el principio de seguridad jurídica. Como no tenían un cuerpo constituyente y legislativo para conformar el sistema jurídico propio se continuó con el de la Constitución política de la Monarquía Española. Determinó, asimismo, la convocatoria del Congreso y la forma de su composición.

Acta de Independencia de 1823, el primero de julio de 1823 fue suscrita por los diputados al Congreso de la Unión Centroamericana el acta de independencia que, reafirmando el deseo independentista de 1821, proclamó la soberanía legitimada por verdaderos representantes del pueblo para las "Provincias Unidas del Centro de América". Entre sus declaraciones, tanto de tipo dogmático como de realidad constitucional, destacan aquéllas verdaderamente originarias y acordes a la condición política inestable y de muchas situaciones de facto, posteriores al 15 de septiembre de 1821. La rigidez del texto normativo del Acto de 1823 queda reducida a un hecho puramente práctico. El acta contiene la expresión de que los representantes de las Provincias se han congregado en virtud de convocatoria legítima para pronunciarse sobre su independencia, su unión y su gobierno.

Bases constitucionales de 1823, el Decreto que contenía las bases constitucionales de 1823 fue dado por la Asamblea Nacional Constituyente el 17 de diciembre de 1823 y sancionado por el Supremo poder Ejecutivo el 27 del mismo mes y año. El documento estableció cuáles eran los propósitos de la Constitución, la forma de gobierno, la nueva denominación de "Estados Federados del Centro de América" y la práctica de la religión católica, apostólica y romana, con exclusión del ejercicio público de cualquier otra. Ésta decía que el congreso era el que hacía las leyes y el Senado, compuesto de miembros elegidos popularmente, por cada uno de los estados, tendría la sanción de ley. Por primera vez se habla de ley constitucional. El carácter de rigidez de las bases constitucionales se torna impreciso.

Constitución de la República Federal de Centro América, esta fue decretada por la Asamblea Nacional Constituyente el 22 de noviembre de 1824. En sus declaraciones dogmáticas, declara su soberanía y autonomía; sus primeros objetivos, la conservación de los derechos humanos de libertad, igualdad, seguridad y propiedad. Esta federación adoptó un sistema Republicano y Representativo, instauró la División de Poderes, el régimen presidencial. En cuanto a la rigidez constitucional, la Constitución Federal estableció un capítulo específico. Esta inspirada en la Constitución Estadounidense y Francesa.⁹

Constitución Política del Estado de Guatemala, posteriormente el Estado de Guatemala promulgó, con el objeto de complementar esta Constitución Federal, la suya propia, el 11 de octubre de 1825. Establecía que sólo el legislativo y el ejecutivo tenían iniciativa de ley. Además establecía reglas especiales de aprobación acelerada para aquellas resoluciones que por su naturaleza fueren urgentes. Se limitó a la soberanía y estableció la administración municipal.¹⁰

⁹ **Ibid**, Pág. 15.

¹⁰ **Ibid**, Pág. 19.

Decretos de la Asamblea Nacional Constituyente de 1839, en 1838 empieza el proceso de desintegración de la Federación por lo que se da un vacío jurídico. Ante esta crisis el presidente de Guatemala convoca a una Asamblea Nacional Constituyente, la que promulga tres decretos:

Ley Constitutiva del Ejecutivo (1839)

Ley Constitutiva del Supremo o Poder Judicial del Estado de Guatemala (1839).

La Declaración de los Derechos del Estado y sus habitantes (1839).

Aunque esta trilogía de decretos de la Asamblea Nacional Constituyente, convocada por decreto del 25 de julio de 1839, aunque tuviera preceptos básicos para la futura Constitución Política, sólo determinó un período de ausencia de derecho constitucional. Estos rigieron por más de diez años.

Acta Constitutiva de la República de Guatemala, esta fue decretada por la Asamblea Constituyente el 19 de octubre de 1851. Se ratifica la disolución de la federación, se crea un sistema presidencialista, período presidencial de 4 años, con posibilidad de reelección. Se crea la separación de poderes, limitó al estatuto de deberes y derechos de los guatemaltecos y subordinaba las leyes constitutivas a las disposiciones básicas del Acta.¹¹

El primer presidente fue Rafael Carrera. Fue reformada el 29 de enero de 1855, y la reforma consistió en que Rafael Carrera se nombró presidente vitalicio.

Ley Constitutiva de la República de Guatemala, se da una revolución encabezada por Justo Rufino Barrios, la cual culmina con una nueva Constitución. Esta fue decretada por la Asamblea Nacional Constituyente el 11 de diciembre de 1879. En el proceso de formación y sanción de la ley no estableció requisito alguno para

¹¹ **Ibid**, Pág. 27.

leyes calificadas como constitucionales. Fue una constitución laica, centrista, sumaria. Se reconoció el derecho de exhibición personal y se volvió al régimen de separación de poderes, crea un legislativo unicameral y un ejecutivo bastante fuerte. La rigidez constitucional se estableció con bastante firmeza. Por primera vez se encuentra el mandato de la Constitución para que una determinada ley tenga el carácter de Constitución.

En esta Constitución los Derechos Humanos son llamados Garantías. Sufrió varias reformas, al derecho de trabajo, la prohibición de monopolios, las reservas del Estado en cuanto a correos, telégrafos radiotelegrafía, navegación aérea y acuñación de moneda, al derecho de petición a la libertad de emisión del pensamiento, propiedad, se regulan los casos en que una persona puede ser detenida, el debido proceso y el derecho a la correspondencia

Constitución Política de la República Federal de Centroamérica, esta fue decretada el 9 de septiembre de 1921 por los representantes del pueblo de los Estados de Guatemala, El Salvador y Honduras, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente, en cumplimiento del pacto de unión firmada en San José de Costa Rica el 19 de enero de 1921. Esta nueva carta constitutiva federal sólo fue un ensayo efímero. Tenían iniciativa de ley los tres órganos del Estado y las Asambleas de los Estados. En el desarrollo orgánico se establecían normas destinadas a regir algunas instituciones jurídicas nuevas. La rigidez constitucional quedó definida mediante la aprobación bicameral. Las reformas a la Constitución podrían acordarse por los dos tercios de votos de la Cámara de Diputados y los tres cuartos de la Cámara de Senadores.

Decreto de la Junta Revolucionaria de Gobierno y de la Asamblea Legislativa, por Decreto número 17 del 28 de noviembre de 1944 de la Junta Revolucionaria de Gobierno aprobado el 15 de diciembre de 1944 por Decreto número 13 de la Asamblea Legislativa, se declararon los principios fundamentales del movimiento conocido como Revolución del 20 de Octubre de 1944. Más que una declaración

dogmático-ideológica de un movimiento armado que se rebela contra el orden jurídico-político y busca un nuevo acorde a sus postulados, entendemos que aquellos principios, por ser posteriores a la espontaneidad y éxito del referido movimiento revolucionario, eran bases fundamentales de una nueva organización estatal. Es decir, bases constitutivas, dogmáticas y orgánicas para una nueva concepción del Estado guatemalteco. Éste además de contener los llamados principios, contenía mandatos expresos de constitucionalidad práctica, por su fuerza ejecutiva.

Por Decreto número 18 del 28 de noviembre de 1944, de la Junta Revolucionaria de Gobierno, aprobado el 9 de diciembre de 1944 por Decreto número 5 de la Asamblea Legislativa, se derogó totalmente la Constitución de la República.

Constitución de la República, del 11 de marzo de 1945, el 20 de octubre 1944 se gestó una revolución que derrocó al General Jorge Ubico, y el 11 de marzo de 1945 se decreta la nueva constitución. Tres son las características fundamentales de ésta constitución:

Aspiración moralizadora, es decir que los funcionarios y empleados públicos deben ser honestos.

Mejoramiento de la educación promoviendo una campaña alfabetizadora.

Mejoramiento del sistema penitenciario.

En ésta constitución se denomina con el nombre de garantías individuales y sociales a los Derechos Humanos. Dentro de las innovaciones de la Constitución están:

En el aspecto laboral se fijó un salario mínimo, se fijaron las jornadas de trabajo, descansos y vacaciones, el derecho a sindicalización libre, el derecho a la huelga y al paro, derecho a indemnización por despido injustificado, y la regulación del trabajo de las mujeres y de los menores.

Dentro de las garantías sociales se crea el Instituto Guatemalteco de Seguridad

Social, se prohíben los latifundios y se autoriza la expropiación forzosa de la tierra, se reconoce la autonomía universitaria, se crean normas para mejorar el magisterio nacional, se mejoran los poderes presidenciales, descentralización del poder, se crean las municipalidades, se mantiene la educación laica, y no se le reconoce personalidad jurídica a la Iglesia, se reconoce el principio de alternabilidad en el ejercicio de la presidencia y se reconoce el derecho de rebelión.

Bajo esta Constitución gobernaron Juan José Arévalo y Jacobo Arbenz Guzmán. Arévalo mejoró las condiciones de los trabajadores. Arbenz propuso la reforma agraria, lo que motivo un golpe de Estado.

Constitución de la República del 2 de Febrero de 1956, Carlos Castillo Armas fue nombrado presidente y el 2 de febrero de 1956 se decretó la nueva Constitución.

La Constitución se vio influenciada por dos tratados ratificados por Guatemala:
La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
La Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Ambas fueron firmadas en 1948. En esta Constitución se adoptó el término de Derechos Humanos. Dentro de sus innovaciones están: Se le reconoce personalidad jurídica a la Iglesia; limita el intervencionismo del Estado y los proyectos de transformación agraria; limita los procesos de expropiación de la tierra; mejoró el régimen legal de las universidades privadas; protegió las inversiones extranjeras y suprimió el derecho de rebelión.

Bajo esta Constitución gobernaron Carlos Castillo Armas y Miguel Idígoras Fuentes. Este último fue derrocado el 31 de marzo de 1963 por su Ministro de la Defensa, Coronel Enrique Peralta Azurdia.

La vigencia de la Constitución fue suspendida por el numeral tercero de la

Resolución Constitutiva de Gobierno, del 31 de marzo de 1963, del Ministro de la Defensa Nacional, altos jefes militares y comandantes de cuerpos armados, en nombre del "Ejército de Guatemala".

Evidentemente, fue un golpe de estado en contra del Presidente de la República, Comandante General del Ejército, en nombre de una institución que, constitucionalmente, estaba normada como obediente y no deliberante, digna y esencialmente apolítica, obligada al honor militar y la lealtad; además acto de rebelión constitutivo de delito penal. El golpe fue a la propia constitucionalidad. Además de romper el orden jurídico que la Constitución establecía, se produjo un retroceso en los principios republicanos de la separación de poderes al concentrar las funciones ejecutivas y legislativas en el Ministro de la Defensa Nacional.

Carta Fundamental de Gobierno, esta fue emitida por el jefe de Gobierno de la República, por Decreto-Ley número 8 del 10 de abril de 1963. Contenía una confusión de funciones administrativas y legislativas, entre las cuales, como la de mayor importancia, destacaba que el Jefe del gobierno sería el Ministro de la Defensa Nacional y quién ejercería las funciones Ejecutivas y legislativas. Era una virtual sustitución del titular del Organismo Ejecutivo y una pseudo sustitución de la soberanía popular radicada en los integrantes del Organismo Legislativo.

La Carta Fundamental de Gobierno no contenía mandato alguno para desarrollo orgánico constitucional. Todo se redujo a declaraciones normativas dogmáticas y a fijar el concepto de que el poder público radicaba en el Ejército Nacional.

El Jefe de Gobierno convocó a Asamblea Nacional Constituyente, la que, por derogatoria dictada sobre el Decreto-Ley 8, Carta Fundamental de Gobierno, y reconocimiento de validez jurídica a los Decretos leyes emanados de la Jefatura de Gobierno, decretó y sancionó la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, DEL 15 DE SEPTIEMBRE DE 1965, con vigencia a partir del 5 de mayo de 1966. Para el período de transición, la propia

Constitución de la República, por mandato expreso encargó al Ministro de la Defensa Nacional ejercer las funciones que correspondían al Presidente de la República. Período de transición que lo fue del inicio de la vigencia de la Constitución hasta la toma de posesión de la persona electa para tal cargo.

La Constitución contiene 282 artículos, profundiza la tendencia anticomunista, mejora el régimen legal de las universidades privadas; se crea la vice-presidencia de la República; reduce el período presidencial a 4 años, mantiene el principio de no reelección del presidente; denomina garantías constitucionales a los Derechos Humanos; crea el Consejo de Estado; crea la Corte de Constitucionalidad como tribunal temporal.

Bajo esta Constitución gobernaron: Méndez Montenegro, Arana Osorio, Kjell Laugerud y Romeo Lucas García.

El 23 de marzo de 1982 se da un golpe de Estado en contra del gobierno de Lucas García, dejó en el poder a una Junta Militar de Gobierno, integrada por los Generales José Efraín Ríos Montt, Egberto Horacio Maldonado Schaad y el Coronel Francisco Luis Gordillo Martínez.

Posteriormente, quedó en el poder el General Ríos Montt (1982-1983). Durante su gobierno se promulgó el Estatuto Fundamental de Gobierno.

En 1983 su Ministro de la Defensa Oscar Humberto Mejía Víctores le dio golpe de Estado, convoca a una Asamblea Nacional Constituyente y los diputados toman posesión el uno de julio de 1984.

Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, las elecciones de la Asamblea Nacional Constituyente se llevaron a cabo el primero de julio de 1984 para que se emitiera la Constitución de 1985 que es la que nos rige actualmente, la cual fue promulgada el 31 de mayo de 1985 y entró en vigencia el 14 de enero

de 1986.

Dentro de sus innovaciones están: adopta nuevamente el término de Derechos Humanos.

Consta de dos partes: Una parte dogmática que contiene derechos individuales y sociales; dentro de los sociales se incluyen las comunidades indígenas, el medio ambiente y el equilibrio ecológico; derecho a la huelga. En la parte orgánica contiene las relaciones internacionales del Estado; el Consejo Nacional de Desarrollo Urbano y Rural, la Comisión y el Procurador de los Derechos Humanos, las Garantías constitucionales y defensa del orden constitucional; la creación de la Corte de constitucionalidad como organismo permanente.

Bajo esta Constitución gobernaron Marco Vinicio Cerezo Arévalo, Jorge Serrano Elías, Ramiro de León Carpio, Alvaro Arzú Irigoyen, Alfonso Portillo Cabrera, Oscar Berger Perdomo y el actual presidente Alvaro Colom.

De lo anterior se establece que en nuestra legislación constitucional de acuerdo a los cambios que sufrió desde su creación hasta esta época la misma protege a las personas individuales así como a las jurídicas de los daños que puedan sufrir cuando se les violan sus derechos constitucionales específicamente los encontramos en el Artículo dos el cual establece: “Es deber del estado garantizarle a los habitantes de la república la vida, la libertad, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.”¹² De lo cual se determina que son los principios fundamentales o del derecho común que protege a la persona y le garantiza que si sufre algún daño ya sea este material de sus bienes muebles e inmuebles el Estado de Guatemala le protegerá y garantizará que de acuerdo a la legislación se resarcirá el agravio que se le ha causado.

En el Artículo cuatro de nuestra carta magna se le garantiza a la persona el

¹² **Constitución Política de la República de Guatemala.** Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

principio de igualdad esto nos recuerda que al daño causado así el mismo será resarcido, sin importar de que clase social sea la persona, todos son iguales ante estos derechos constitucionales.

El Artículo 44 regula todo lo relacionado a los derechos inherentes a la persona humana por lo que la constitución regula que es importante el interés social que prevalezca sobre el particular, esto denota claramente la supremacía constitucional específicamente nos indica que se encuentra regulado todo lo relacionado al resarcimiento del daño que se ha causado.

Así mismo quiero indicar que claramente se evidencia que nuestra legislación solo regula que es el daño pero no así en que consiste el daño moral puesto que en nuestra legislación solo aparece contemplado en el Código Civil en los Artículos 1434, 1645 al 1673, en el Código de Trabajo en el Artículo 78; en el Código Penal en los Artículos 119 y 121; y de la lectura de los mismos se establece que todo se relaciona a los daños patrimoniales y no hay referencia a los extrapatrimoniales y como se cuantifican y hasta que grado se puede indemnizar, no existe una tabla de valores como la legislación Italiana; y es claro y preciso entender que los juristas no regularon el valor de los daños morales causados en vista que existen diferentes formas de causar daños morales desde el quitarle un dulce a un niño hasta el momento de dejar sin vida a una persona.

CAPITULO III

3. El daño moral o agravio moral

3.1 Conceptos y definiciones

En nuestra legislación se encuentra regulado el daño moral o agravio moral en forma de responsabilidad por lo que tendremos que definir que es la responsabilidad:

para determinar la existencia de la *responsabilidad civil*, resulta necesaria la concurrencia de los elementos comunes de cualquier tipo o clase de responsabilidad, sean ellas de cualquier especie o teorías.¹³

Antijuridicidad: antes de abordar el tema de esta punto, cabe aclarar que la *antijuridicidad* debe ser consecuencia de un comportamiento humano, sea una acción o una omisión. El punto de origen de todo el fenómeno de la responsabilidad civil es un comportamiento, un acto humano al que se le pueda considerar como causante del daño.

Esta acción humana puede consistir en una acción positiva (*facere*) o en una acción negativa, omisión o abstención (*non facere*).

Debemos primero preguntarnos, si aquella acción u omisión, pueda ser

¹³ Monografías.com. **Responsabilidad Civil (Paraguay)** [wwwMonografias.com.htm](http://www.Monografias.com.htm). (16 de mayo de 2008).

considerada como fuente de responsabilidad, es preciso que pueda ser calificada como ilícita o antijurídica lo cual no resulta tan sencillo.

Ahora bien, en materia de *responsabilidad contractual*, la cuestión se presenta con bastante sencillez, dado que preexiste una obligación entre las partes y el comportamiento dañoso es el comportamiento de un deudor que contraviene su obligación y con ello viola al mismo tiempo el derecho del acreedor. Este análisis resulta sencillo, pues preexiste una obligación entre los intervinientes.

En todo caso el hecho generador de responsabilidad civil contractual es siempre un acto ilícito, en la medida en que consiste en una contravención del Ordenamiento Jurídico al darse una violación del derecho del acreedor que se encuentra protegido, y a su vez, una falta de cumplimiento de la propia obligación asumida por el autor del daño, la que en la mayoría de los casos se halla sancionada.

En cambio, en materia de responsabilidad extracontractual, en el Código Civil Paraguayo, siguiendo fielmente al francés, no exige este requisito, sino que en la acción y omisión dañosa intervenga cualquier género de culpa o negligencia. Aquí está lo difícil de la *antijuridicidad*, pues la expresión culpa o negligencia son de por sí vagas.

En efecto, en el Derecho Penal las conductas sancionadas están plenamente tipificadas en la ley. Pero fuera de él es imposible encontrar una serie de normas que minuciosamente obliguen a una conducta, dentro de una sociedad, para no causar daño a tercero, a fin de determinar con precisión cual o tal conducta es negligente.

Es por ello que lo antijurídico no penal, no consiste solamente en la violación de normas que impongan una conducta, sino también en la contravención del principio "*alterum non laedere*", que es un principio general del Derecho con origen en el Derecho Romano, traducida como una fuente de serie de deberes que nos obligan a comportarnos respecto a terceros con la corrección y prudencia necesarias para que la convivencia sea posible. Es entendida como el no dañar o perjudicar a otro, amparada a la vez por el principio romano del "*honeste vivere*" y "*suum cuique tribuere*".

Por ello es perfectamente posible que incluso el ejercicio de nuestro propio derecho cause daño resarcible si se ha ejercitado de modo anormal o excesivo. Estas disposiciones varían de acuerdo a los distintos sistemas normativos.

En conclusión, podemos afirmar en términos generales, que la antijuridicidad es sinónimo de ilicitud, aunque pueda entenderse con una mayor comprensión por abarcar no solamente los casos de violación directa de la ley, sino la hipótesis de infracción del deber impuesto en un contrato. Esta tesis sustentada por Bustamante Alsina, resulta la más adecuada para comprender el alcance de la *antijuridicidad* que abarca el tema de la responsabilidad civil.

Daño: "es otro de los presupuestos necesarios para que surja la obligación de reparar. Atendiendo a esa amplitud, el daño puede conceptuarse como la lesión de un bien jurídico. Cuando el daño se origina por lesión de los bienes y derechos de la persona se le suele denominar daño moral, y se indemnizan prescindiendo de que la lesión repercuta en el patrimonio del dañado."¹⁴

¹⁴ Monografías.com. **Responsabilidad Civil (Paraguay)** [wwwMonografias.com.htm](http://www.Monografias.com.htm). (16 de mayo de 2008).

La Jurisprudencia ha reconocido de manera reiteradísima la obligación de resarcimiento de los daños morales en sí mismos considerados, por lo que consideramos prudente que en materia de daños morales no es adecuado hablar de resarcimiento ni de reparación, porque de suyo son inestimables, sino más bien de compensación.

Esta compensación es compatible con el resarcimiento de daños patrimoniales, sin que pueda decirse que se indemniza a la víctima doblemente.

El daño indemnizable puede ser tanto actual como futuro y surgirá según racional certidumbre.

No obstante, la Jurisprudencia permite que ante la aparición de nuevos daños o agravación de los ya reconocidos en la sentencia condenatoria, se accione nuevamente en demanda de reparación.

Ante estas afirmaciones: ¿Qué ocurriría cuando la conducta calificada de ilícito civil dé como resultado la muerte de una persona? Al respecto debemos de destacar que el daño sería el morir, es decir, cuando la persona deja de existir con lo que nada puede adquirir ni transmitir a sus herederos por esa sola condición.

En fin, todo aquel perjuicio causado a un sujeto de derecho, a consecuencia de un comportamiento humano o derivado de algo, sea en su patrimonio o en su persona es entendido como daño. Por tanto, podemos concluir que los perjuicios resarcibles en materia civil serían lo conocidos como; el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral.

Relación de causalidad entre el daño y el hecho: entre el daño sufrido y el hecho que lo causó se requiere la existencia de una relación de la cual se pueda decir que aquél es producto de este.

La dificultad nace de la observación de la realidad, en la que se ve que las cosas no son tan simples. Esta dificultad resulta evidente pues sabemos que a todo fenómeno le precede no sólo un antecedente sino varios, los que nos obliga a precisar cuál o cuáles de ellos merece el calificativo de causa en el sentido jurídico, a fin de realizar la correspondiente imputación de su autor.

A grandes rasgos, consideramos acertado mencionar las múltiples teorías formuladas en este sentido por la doctrina, y las que pueden diferenciarse en dos grupos:

Teoría de la Equivalencia o de la condición "*sine qua non*":

Esta Teoría está regida, en términos generales, por el principio de que no puede hacerse ninguna diferenciación entre los diferentes antecedentes que pueden concurrir en el resultado dañoso, todos tendrán el rango de causa, siempre que se cumpla el siguiente postulado: *un hecho es una causa de otro cuando si hubiera faltado el antecedente no se hubiera producido el resultado*. Esta teoría resulta simple, pues se limita a englobar todas aquellas circunstancias de tiempo, espacio, lugar e intervinientes que presidieron al hecho dañoso, para considerarlo como causa.

Teorías que destacan dentro del conjunto de antecedentes para conceptuarlos como causa del resultado, evitando así la amplitud que tendría la responsabilidad con la teoría de la equivalencia:

Teoría de la Causa Adecuada: en esta, un sector de autores sigue la adecuación posible o razonable que lo ocasione.

Teoría de la Causa Próxima: otro sector de autores entiende que el hecho más próximo al daño debe ser su causa. En el cual se deberá excluir aquellas circunstancias que no sean inmediatas al hecho.

Teoría de la Causa Eficiente: al respecto, otro sector de autores mantiene también que el hecho más eficiente es el decisivo. Entendido como aquel determinante para lograr el efecto, que sería el acto dañoso.¹⁵

Factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad: los factores se resumen en dos; la subjetiva -dolo y culpa- y la objetiva. Es este el básico criterio legal de imputación, que se sustancia en la obligación de prever los sucesos y tomar las medidas correspondientes para evitar el resultado dañoso que originaría su acaecimiento.

Esta obligación de prever, este juicio de previsibilidad que ha de hacer toda persona diligente para que no le sean imputables los daños, no es más que una traslación a la órbita de la Responsabilidad Extracontractual. Al respecto, siendo amplísima la extensión de previsibilidad, creemos que la exigencia de prever hay que considerarla en la actividad normal del hombre medio con relación a las circunstancias del momento. Cuando la actividad desarrollada por el demandado genera riesgos cualificados hay una tendencia a imputarle la responsabilidad, y si ocasionare un daño, será responsable del hecho. Por lo que los factores de imputabilidad o atribución legal deben estar previamente establecidos y reglados por un sistema determinado de normas, a fin de evitar arbitrariedades al momento de determinarlos.

La responsabilidad civil en el Código Civil Paraguayo. La responsabilidad civil, en

¹⁵ Monografías.com. **Responsabilidad Civil (Paraguay)** [wwwMonografias.com.htm](http://www.Monografias.com.htm). (16 de mayo de 2008).

del Código Civil, regula separadamente la emergente del incumplimiento contractual (*responsabilidad contractual*) de la derivada de otra clase de hechos (*responsabilidad extracontractual*). Es por ello que el Artículo 420 y siguientes del código, hacen relación a la primera de ellas, mientras que los Artículos 1833 al 1871, regulan la segunda.

Podríamos considerar que ello ha derivado de la enseñanza clásica en la difusión de distinción entre la *responsabilidad contractual* y la *extracontractual*. Se ha dicho que la primera supone una obligación preexistente, formada por la convención de las partes, en tanto que la responsabilidad extracontractual supone la violación de un deber general de no dañar, derivado del *alterum non ledere*.

Asimismo, en lo que atañe a la *responsabilidad extracontractual*, cabe resaltar que si bien doctrinariamente la culpa del sujeto es admitida como causa o fuente principal de la obligación de reparar el daño, el Código Civil Paraguayo además permite obviar ese requisito por imperio de la ley. Motivo por el cual permite hablar de una obligación de reparar en aquellos supuestos en el cual se encuentra ausente la *culpa* del responsable.

Es por ello que el Código Civil Paraguayo agrupa en tres capítulos la responsabilidad extracontractual: (1) *responsabilidad por hecho propio*, (2) *responsabilidad por hecho ajeno*; y, (3) *la responsabilidad sin culpa*. En el capítulo referente a la responsabilidad por hecho propio, el principio dominante se halla, en el Artículo 1833, párrafo primero, en el cual se lo responsabiliza a la persona que comete un acto ilícito. Esto generaría la obligación de resarcir el daño causado por aquella.

El acto ilícito de que habla la norma 1833, debe ser causante de un daño, y para su identificación se debe ajustar a los caracteres dispuestos por el Artículo 1834, en la cual se establece que los actos voluntarios solamente tendrán el carácter de

ilícito cuando el acto u omisión fuera prohibido por un ley, ordenanza, u otras disposiciones normativas de autoridad competente, siempre que esta acción u omisión cause un daño y que recaigan en su autor culpa o dolo, por lo que consideramos que es un enumeración taxativa.

En lo que respecta al daño, la norma civil determina su extensión, pues ella se encuentra prevista en el Artículo 1835, en el que se determina que existirá daño siempre que se cause a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión.

Podemos afirmar que dentro del concepto de daño comprende cualquier lesión no sólo a su persona o patrimonio, sino también a los bienes espirituales o morales, lo que se ha admitido con el concepto de derechos de la personalidad.

Por otro lado, en lo referente a la responsabilidad por hecho ajeno, el Código Civil Paraguayo, determinar el principio fundamental aplicable a este capítulo. Principio que se encuentra en los Artículos 98, 1842 al 1845. Siendo estas norma el principio de la responsabilidad del principal. Estas disposiciones normativas citadas reconocen, en pocas palabras, que el que cometiere un acto ilícito actuando bajo la dependencia de otro o con su autorización, compromete también la responsabilidad de aquel, o sea, la del principal.

En particular, la norma establecida en el Artículo 98, establece que las personas jurídicas responden de los daños causados por sus órganos, por acción u omisión, cuando los hechos hubiesen sido ejecutados en ejercicio de sus funciones y en beneficio de la entidad. Igualmente responden por los actos de sus dependientes y las cosas de que se sirven. En relación a las personas jurídicas, los actos responsabilizan personalmente a sus autores.¹⁶

¹⁶ Monografías.com. **Responsabilidad Civil (Paraguay)** [wwwMonografias.com.htm](http://www.Monografias.com.htm). (16 de mayo de 2008).

Con el mismo criterio, este principio se extiende a los padres, los tutores y curadores, directores de colegios y artesanos, siempre que los hijos, menores o incapaces, alumnos o aprendices, habiten con aquellos, estén bajo su cargo o permanezcan bajo su custodia. Asimismo, corren con la misma suerte las autoridades superiores, los funcionarios y empleados públicos del Estado, las Municipalidades, y de los entes de Derecho Público. Responsabilizándoles, por imperio de la ley, en forma directa y personal, por los actos ilícitos cometidos en el ejercicio de sus funciones.

Finalmente, lo referente a la responsabilidad sin culpa, el Código Civil paraguayo en sus Artículos 1846 al 1854, regula las circunstancias en las que se deben responder civilmente por el acaecimiento de un daño. Responsabilidad que pueden derivarse por la creación de peligros con una actividad, por su naturaleza o por los medios empleados por una persona. Asimismo, se encuentra prevista la responsabilidad de los dueños o guardianes de una cosa inanimada y de los animales, siempre que a consecuencia de estos, ocurran daños a terceras personas. Es por ello que en lo que concierne a la teoría objetiva, López Cabana en una de sus obras, determina los supuestos en que se interrumpirían esta obligación por la existencia de causas ajenas al daño. Supuestos que podríamos afirmar en (1) *la existencia de la culpa de la víctima* el que comete un acto por hecho propio, el principio dominante se halla, en la culpa. (2) *la culpa de una tercera persona por quién no debe responder*, (3) *si la cosa fue usada contra la voluntad expresa o presunta*; y (4) *por caso fortuito o fuerza mayor*.

La responsabilidad sin culpa o de la teoría objetiva, cuyo fundamento deviene de la irrupción del maquinismo en el mercado, surgiendo con ello la creación de nuevos riesgos, es la que nos proporcionará las bases teóricas para una mejor comprensión de la *responsabilidad derivadas de cosa inertes ubicadas riesgosamente*, tema que será desarrollado a continuación.

Responsabilidad derivada de cosas inertes ubicada riesgosamente.

Consideraciones previas del tema, Los objetos inertes que causen algún daño o sean susceptibles de causarlos han generado responsabilidad desde la antigüedad. Es por ello que resulta oportuno analizar su origen y evolución normativa. Todo esto tiene su origen en la legislación romana el que será analizado, en las leyes de la siete partidas en España, en el Código de Napoleón, para luego concluir en la legislación civil paraguaya actual.

Su regulación en la Legislación Romana, dentro del proceso evolutivo de la legislación romana, la misma llegó, en las Institutas de Justiniano, a un punto de prever la consideración de ciertos hechos que no nacían precisamente de *delitos*, pero que comportaban situaciones tales que se asemejaban a aquellos. Al respecto, se hacía necesario el establecimiento de sanciones por el daño que aquellas causaban. Nació así la responsabilidad por los *cuasidelitos*, entresacamos dos casos que nos llaman la atención y que resulta interesante:

De effusis et deiectis. Este cuasidelito romano ocurría cuando un líquido arrojado (*effusum*) o un objeto sólido caído (*dejectum*) desde un edificio sobre la vía pública causaba algún daño. En consecuencia, el autor del hecho se encontraba obligado con la *Actio de Effusis et Deiectis* a resarcir el doble del daño causado.

El citado cuasidelito, y la acción correspondiente, se hallaban previsto en el *Digesto* (9,3,1,10-9,3,2) en donde se lee: "...*Si plures in eodem cenáculo habitent, unde deiectum est, in quembis haec actio debetur, cum sane impossibile est scire quis deiecisset vel effudisset...*". La traducción completa al español del texto del *Digesto* de Ulpiano que reflejan el edicto del pretor, nos daría a entender que: "...*Por tanto, si se hubiese arrojado o derramado algo en un lugar por donde la*

gente transita o se detiene, daré contra el que allí habitare, acción en el duplo por cuanto daño se hubiese causado o hecho por aquella cosa..." (Libro IX, Título III, Ley 1). En igual sentido, el Digesto, Libro 44, título VII, Ley 5, agregaba: "...Aquel que habitaba alguna casa propia o alquilada, o de balde, si echó o vertió desde ella alguna cosa de modo que cause daño a alguno, parece que se obliga por cuasidelito; lo mismo se dice del que tiene puesta o colgada alguna cosa por donde suele pasar gente, si cayere o causare daño a alguno..."

De acuerdo a aquellas disposiciones normativas del *Digesto*, podemos afirmar que el daño causado por haber vertido o arrojado algo, podría ser reclamado por la víctima a cualquiera de los habitantes del edificio de donde provino el daño. Si así fuere, el ofendido no necesitaba encontrar al verdadero causante del hecho dañoso, y podía intentar la acción *De effusis et dejectis* contra el que habita la casa, sea inquilino o propietario, a fin de condenar al pago de la pena equivalente al doble del perjuicio. Cuando había varios habitantes en la misma casa de donde provino el objeto causante del daño, y no se sabe el origen del mismo, los vecinos deberían responder *in solidum*.

Estas disposiciones normativas romanas, nos lleva a la conclusión que las acciones fueron concebida para promover la seguridad pública. Entendida en la seguridad de transitar libremente por las calles, los caminos, las plazas públicas, sin exponerse a ser muerto, herido, o dañado en su persona o bienes con las cosas que pueden caer o ser arrojadas desde los edificios próximos.

b. De positis vel suspendis. Cuando se ha colocado (*positum*) o suspendido (*suspendum*) sobre la vía pública un objeto que podría causar un daño, el inquilino está sujeto a la *Actio de Positis vel suspensis*, ejecutable por cualquier ciudadano, es decir, era una acción popular. El Digesto de Justiniano, Ley 5, establecía al respecto: "...en el cobertizo o alero del tejado que dan sobre aquel lugar por donde la gente transita o se detiene, nadie tenga puesta cosa alguna cuya caída pueda

ser dañosa para alguien. Contra el que hiciese lo contrario, daré acción por el hecho por diez sueldos o, si se dijera que lo hizo un esclavo, ignorándolo su dueño, mandaré que sea dado por noxa..."

En las Siete Partidas, la ley española llamada Siete Partidas, recogió la previsión normativa romana de la Acción de *effusis et dejectis*. En la 7ª. Partida, Título XV, Ley 25, se dispone: *"...E si muchos omes morasen en la casa, desde fuese echada la cosa que fiziesse el daño, quier fuesse suya, o la tuviesen alogada, o emprestada, todos desso uno son tenudos de pechar el daño, si no supiesen ciertamente qual era aquel por quien vino. Pero si lo supiesen el solo es tenudo de fazer emienda dello, e non los otros..."*. De estos términos, resulta destacar la similitud de esta norma española con su antecedente romano, y en especial, con la previsión del Artículo 1851 del código civil paraguayo y del Artículo 1119 del Código Civil argentino.

Asimismo, es conveniente citar a la Ley 26 de las Siete Partidas, pues ella alude a las cosas que se cuelgan en las casas como enseñas a *"...semejanza de caballo, o de león, o de toro, o de otra cosa semejante..."* y manda que el dueño las sujete con cadenas de hierro. Si se sospechase que la cosa así puesta puede caer, y producir un daño, se autoriza a cualquier ciudadano a denunciar a quien la colgó y si la denuncia fuera exacta *"....por la pereza que hobo en non la tener atada como debía, que peche 10 maravedíes de oro..."* mitad para el denunciante y mitad para la cámara del Rey. Si el daño se produjo, se reiteran las sanciones resarcitorias indicadas en la Ley anterior.

Como se verá, estas disposiciones normativas españolas, guardan semejanza con los Artículos 1853 y 1854 del Código Civil paraguayo, pues estos determinan la responsabilidad del propietario, usufructuario o guardián de una animal que cause un daño.

En el Código de Napoleón, en este cuerpo normativo, considerado uno de los hitos en la evolución del Derecho, y fuente principal de nuestro derecho civil, se concibe las mismas normas desarrolladas en los sistemas normativos anteriores, agregando además la responsabilidad sin culpa y a aquella derivada de daños producidos por cosas, el Artículo 1384 del Code decía: "*Se es responsable no solamente del daño que se causa por el propio hecho, sino también de aquél que es causado por el hecho de personas de las que se debe responder o de las cosas que se tiene bajo la guarda*".

Resulta evidente la evolución normativa en materia de responsabilidad civil, como se pudo apreciar en el Código de Napoleón, se observa las fuentes que sirvieron de base para el principio de la responsabilidad indirecta y de la responsabilidad sin culpa. Tipos de responsabilidades admitidas íntegramente en los Códigos Civiles paraguayo y argentino.

En la legislación paraguaya actual se prevé igualmente la responsabilidad civil por daños producidos por cosas. Responsabilidad regulada en el Capítulo III, del Título VIII, del Libro Tercero, del Código Civil, en sus Artículos 1847 y 1851. Al respecto las normas que regulan estas circunstancias, en el primer de ellos se determina lo siguiente: "*El dueño o guardián de una cosa inanimada responde del daño causado por ella o con ella, si no prueba que de su parte no hubo culpa, pero cuando el daño se produce por vicio o riesgo inherente a la cosa sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder...*". el segundo Artículo establece que: "*El que habita una casa o una de sus partes, responderá por el daño proveniente de las cosas que de ella caigan o fueren arrojadas en un lugar indebido*".

Estas disposiciones normativas de carácter civil, contempladas en la doctrina de la responsabilidad sin culpa, tienen su evolución histórica desde la legislación romana, puesto que tienen su fundamento en el principio de no dañar a nadie y en la seguridad de que deben gozar los habitantes de una población en su persona y cosas.

En este punto realizaremos un enfoque analítico del problema de la responsabilidad derivada de cosas inertes ubicadas riesgosamente. Tema que podríamos ubicar en el marco de la teoría de la *responsabilidad sin culpa u objetiva*. Al respecto partiremos de la semántica de cada palabra que compone la oración "*responsabilidad derivada de cosas inertes ubicadas riesgosamente*". Esto nos ayudaría a comprender el alcance y significado de cada una de ellas. Lo que a su vez, nos daría un poco de precisión a fin de comprender el alcance de este tipo de responsabilidad derivada de las cosas.

La expresión "*responsabilidad civil*" ya hemos tratado de definir al principio de esta obra, no obstante, considero prudente tomar como definición lo dicho por el jurista paraguayo Ríos Ávalos. Al respecto el citado autor sostiene que *la Responsabilidad Civil es una carga que recibe el agente por imperio de la ley, en virtud de los factores de atribución de la misma, por tratarse del autor de una conducta dañosa, o por guardar una relación con el autor del daño o la cosa o actividad productora del daño*".¹⁷ Esta es la responsabilidad que deberá originarse cuando ocurra un daño, cargando el autor la obligación de reparar el daño por su relación con la cosa que produjo el hecho.

¹⁷ Monografías.com. **Responsabilidad Civil (Paraguay)** [wwwMonografias.com.htm](http://www.Monografias.com.htm). (16 de mayo de 2008).

Para que el sujeto obligado de reparar un daño proveniente de una "cosa", debemos hacer el esfuerzo de entenderla en qué sentido debe ser utilizada. Al respecto la palabra "cosas" en su sentido jurídico, es entendida como todo objeto corporal susceptible de tener un valor. Esta definición legal es sustentada por el Artículo 1872 del Código Civil paraguayo.

Por tratarse de un sustantivo, este es entendido en dos acepciones. La primera como cosa mueble, en el sentido de su posibilidad de movimiento por una fuerza extraña, y la segunda, como cosa inmueble por accesión de aquellas cosas muebles que se encuentran realmente inmovilizadas por su adhesión física al suelo. Estos extremos están contemplados en los Artículos 1878 y 1875 de nuestro Código Civil.

En consecuencia, todos aquellos muebles que para su movilización necesitan de una fuerza exterior, como los que por accesión son considerados inmuebles, podemos afirmar que son cosas susceptible de causar un daño. Ejemplo de cosas muebles inertes por tanto serían; un piedra, un trozo de madera, una barra de hierro, una bolsa con arena, etc, y, de ejemplos de inmuebles por accesión podemos citar a; a una columna de concreto, un estructura de metal, un árbol, un cartel de propaganda, una salida de agua, etc., siempre que estos se encuentren adheridos en forma definitiva al suelo.

Siguiendo con la metodología analítica, examinaremos ahora la palabra "*inerte*". Al respecto, esta expresión no es mencionada ni definida por el Código Civil Paraguayo.¹⁸ Pero la norma contemplada en el Artículo 1847 incorpora en su redacción la palabra "*inanimada*", pero no alude a su significado. Es por ello que

¹⁸ Monografías.com. **Responsabilidad Civil (Paraguay)** [wwwMonografias.com.htm](http://www.Monografias.com.htm). (16 de mayo de 2008).

necesitaremos precisar el concepto de la palabra "*inerte*". En consecuencia, recurriremos a su concepción establecida en el Diccionario de la Real Academia española. Esta la define como un adjetivo calificativo que significa: inactivo, ineficaz, incapaz de reacción, así también en otra acepción es considerado como inmóvil o paralizado. Ante estos calificativos, consideramos que la expresión "*inanimada*" utilizada por el Código Civil Paraguayo, hace alusión a lo inactivo, incapaz de reacción, inmóvil o paralizado. Por tanto, creemos razonable concluir que la palabra "*inerte*" tiene el mismo significado de los calificativos citados, por ser todos estos sinónimos.

Continuando con los análisis gramaticales, debemos entender que la palabra "*ubicadas*", significa la indicación de un lugar donde se halla situado, colocado o instalado algo. Consecuentemente, esta definición de por sí trae inserta la acción de situar, colocar o instalar algo. Acción que es la consecuencia de fuerza externa. En la contextura de nuestro tema, esta fuerza externa, deberá ser comprendida, necesariamente, por la acción del hombre, pues es este sentido que será abordado el tema.

Por último, la palabra "*riesgosa*", es sinónimo de peligroso, entraña contingencia o proximidad de un daño. Este adjetivo calificativo resulta vago, dado que no existen parámetros que puedan determinar que algo o una acción puedan ser considerados como riesgosos o no riesgosos. Por tanto, esta expresión quedaría a la discrecionalidad del juez para analizar una situación como riesgosa o no. En consecuencia, solamente la doctrina y la jurisprudencia nos darían las circunstancias y cosas que puedan tener un carácter riesgoso.

Atento al análisis realizado, podemos arribar a la siguiente conclusión: para que podamos hablar de una "*responsabilidad civil derivada de las cosas inertes ubicadas riesgosamente*". Primeramente debemos entender que esta circunstancia se encuadra dentro de la teoría de la responsabilidad sin culpa u objetiva. Siendo esta responsabilidad aquella que obliga a un resarcimiento al dueño o guardián de la cosa generadora del daño. Obligación que su consecuencia sería la colocación por el dueño o guardián de un objeto inmóvil en un sitio o lugar donde genere un peligro o una posibilidad de dañar.

Para hablar de la obligación, por parte del dueño o guardián de la cosa ubicada riesgosamente, de reparar el daño causado por ella, debe entenderse que necesariamente conviene la concurrencia de los elementos comunes de cualquier tipo de responsabilidad, como ser: (1) *la antijuridicidad*, (2) *el daño* (3) *la relación de causalidad* y (4) *el factor de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad*.

Asimismo, para que el dueño o guardián de la cosa dañosa, pueda eximirse de la obligación de reparar el daño, deberán probar la ruptura de la relación causal. Rompimiento que acaecería con la existencia de causas ajenas al daño, como ser (1) *la existencia de la culpa de la víctima* el que comete un acto delictivo por hecho propio, el principio dominante se halla, en el actor culpa. (2) *la culpa de una tercera persona por quién no debe responder*, (3) *si la cosa fue usada contra la voluntad expresa o presunta*; y (4) *por caso fortuito o fuerza mayor*.

Responsabilidad penal derivada del problema, consideró oportuno además mencionar que una conducta humana productora de una daño en la esfera civil y en especial en el marco de la responsabilidad civil derivadas de cosas inerte ubicada riesgosamente, podría acarrear responsabilidades penales al autor del hecho. Responsabilidad que se configuraría en la realización de dos conductas

típicas establecidas en el Código Penal paraguayo.

Estas acciones típicas serían las contempladas en el Artículo 214, numeral 1), inciso 3 y la establecida en el Artículo 216, numeral 1) incisos 2 y 3. Al respecto, en la primera normativa penal se prevé la realización de un delito de peligro titulado como "*Intervenciones peligrosas en el tráfico aéreo, naval y ferroviario*".

Esta norma penal castiga al que produjera un obstáculo o realizara intervenciones en el tránsito, con una cosa o cualquier otra, sea aéreo, naval o ferroviario, siempre que sean suficientes para peligrar la seguridad de las personas en el tráfico.

Este tipo de conducta, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito civil, podrá ser castigada. Pues el castigo recaería sobre la persona autora del hecho, independientemente de su calidad de dueño o guardián de la cosa productora del obstáculo. Es por ello que se lo denomina un delito de peligro, pues no se requiere la existencia de un resultado, para configurar la conducta penal. No se requiere de la existencia de daños a los transeúntes, para la configuración del hecho punible.

En la segunda de las normas mencionadas, el Artículo 216, se describe el tipo penal de "*Intervenciones peligrosas en el tránsito terrestre*". Norma en la cual también podrá ser susceptible de sanción penal la persona que como responsable de la construcción de una carretera o de la seguridad del tránsito causara o tolerara un estado gravemente riesgoso de dichas instalaciones. Asimismo, con la misma suerte será sancionada la persona que con su actuar produjera un obstáculo, con cosas, siempre que dichas conductas sean suficientes para peligrar la seguridad del tránsito terrestre.

Es considerada una norma penal de peligro, la de "*Intervenciones peligrosas en el tránsito terrestre*", pues también castiga un posible resultado y no el resultado en sí. Es por ello que podemos afirmar que estos tipos de normas penales se diferencian de la responsabilidad civil, donde el requisito fundamental para la procedencia de la obligación de reparar es el daño causado.

Como se podrá apreciar, estas normas penales en cierta medida podrán ser invocadas en un hecho que genere responsabilidad civil por los daños causados por las cosas inertes ubicadas riesgosamente. Hechos que para su relevancia penal, deberá acreditarse todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, su antijuridicidad y reprochabilidad del autor o responsable de aquel.

Es por ello que cuando queremos hablar de la responsabilidad derivada de las "cosas", entendida como todo objeto corporal susceptible de tener un valor, resulta oportuno ser conciente de que estamos dentro de la responsabilidad sin culpa u objetiva.

Podemos afirmar que en el tema principal de esta obra el responsable de una indemnización, como se pudo ver, será la persona que sea el propietario, usufructuario o guardián de la cosa que fuera ubicada riesgosamente y cause un daño, ya fuere este patrimonial o extrapatrimonial.

Para ello, se deben, además, los otros presupuestos para la existencia de cualquier especie de responsabilidad. Como ser la *antijuridicidad*, entendida esta

como cualquier acto contrario a lo dispuesto por normas válidas y que se contradigan al principio *alterum non laedere*. Principio fuente de una serie de deberes que nos obligan a comportarnos respecto a terceros con la corrección y prudencia necesarias para que la convivencia sea posible.

La relación causal entre el daño y el hecho, es otro de los requisitos fundamentales para que podamos hablar de responsabilidad civil. Relación que debe ser eficiente entre el hecho y su resultado, dado que en la doctrina se admiten varias teorías que tratan de este requisito.

Además, podemos conocer que otro de los requisitos necesarios para la existencia de responsabilidad civil son los *factores de imputabilidad o atribución legal*. Atribución que deriva de la responsabilidad sin culpa contemplada en los Artículos 1846 al 1854 del Código Civil paraguayo, y en especial, lo contemplado en el Artículo 1847. Esta última sería aplicada para la obligación de reparar un daño por consecuencia de la ubicación riesgosa de cosas inertes.¹⁹

Al respecto, si una persona fuera perjudicada por una cosa, invocando ante los órganos jurisdiccionales la procedencia de todos los presupuestos necesarios para la existencia de la responsabilidad del dueño o guardián de la cosa que ocasionó el daño, el demandado, para que no tenga la obligación de responder, deberá soportar la carga de la prueba. Probando que de su parte no hubo culpa. Para ello, el demandado, deberá acreditar la responsabilidad de la víctima, o de un tercero por quien no deba responder jurídicamente. Como así también probando que la cosa dañina fue usada contra su voluntad o que el daño fue consecuencia de fuerza mayor o caso fortuito.

Podemos afirmar, por ultimo, que la responsabilidad de una persona dueña o guardiana de una cosa ubicada riesgosamente, su conducta podrá encuadrarse dentro del ámbito del derecho penal, dado que nuestra legislación penal prevé conductas típicas que podrían ser aplicadas a los responsables de ellas. Estas conductas, como lo vimos, están descriptas en los Artículos 124 y 216 del Código Penal paraguayo.

Es por ello que cuando abordamos el tema de la responsabilidad civil, no deberíamos analizarlo solamente de una perspectiva civil, dado la posibilidad de que también se pueden dar concurrencias con otras ramas del derecho, como ser la esfera Penal, y por que no, la Constitucional. Pues nada impediría a que una norma que regula la responsabilidad civil en sistema normativo dado, sea incompatible con el orden constitucional de aquella.

3.2 Naturaleza del daño moral:

En la revista Jurídica de Junio de dos mil tres, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, en el Sistema de Pos-Grado, Maestría en derecho Civil y Procesal Civil, narran los autores que: el daño moral es íntegramente subjetivo, y va en proporción directa con la parte afectiva del ser humano; es decir el grado de reacción ante las mismas circunstancias puede acarrear diferentes estados psicológicos dependiendo del sujeto, puede que a una persona le ofenda lo que a otra no, por ello la apreciación económica es discrecional del juzgador.

Los derechos que se protegen al implementarse la figura del daño moral son

¹⁹ Monografías.com. **Responsabilidad Civil (Paraguay)** [wwwMonografias.com.htm](http://www.Monografias.com.htm). (16 de mayo de 2008).

aquellos que protegen la paz, integridad, honorabilidad, y la salud mental y espiritual. Puede recaer sobre la persona afectada directamente por la ilegalidad, así como también indirectamente a los familiares o terceros con legítimos derechos. Ello no implica que cualquiera persona podrá interponer una demanda por daño moral, sólo podrán impetrarla las personas que hayan sido víctimas del mismo o sus representantes legales.

Para que no haya escepticismo al respecto, aclaro que si una persona es afectada directamente por la ilegalidad de un acto, puede interponer dicho proceso. Igualmente las personas que a raíz de un acto u omisión ilegal sean afectados indirectamente, por su relación con el perjudicado, podrán interponer el citado proceso. Esto se aclara más, por conducto de la Ley 31 de 1998 sobre protección a las víctimas ya que el Artículo 2 de dicha ley, contempla quienes son las víctimas por una acción antijurídica.

Algunos autores han establecido que únicamente las personas naturales podrán interponer este tipo de demandas, ya que las jurídicas no son susceptibles de percibir una acción afectiva. Sin embargo otros afirman, que si bien es cierto no son capaces de tener sentimientos, sí tienen lo que se conoce como respetabilidad, honorabilidad y prestigio. Por lo cual, a criterio de la mayoría de los filósofos del derecho, bien puede demandar, una persona jurídica por daño moral, siendo uno de los casos cuando el Estado de Guatemala ha sido condenado en Sentencia por el pago de la reparación civil solidaria y subsidiariamente cuando alguno de los empleados públicos o funcionarios haya cometido algún delito se cita como ejemplo: el empleado público de la secretaria ejecutiva de la Presidencia que maneja convoyes, comete el delito de lesiones culposas y se le haya sentenciado para la reparación civil solidaria y subsidiariamente con su patrono siendo el Estado de Guatemala.

Delimitado el daño en sentido jurídico dentro de una esfera más amplia del daño en sentido vulgar aparece claro que aquella noción no puede quedar reducida en

modo alguno, al menoscabo de intereses económicamente valorables.

Esto que hoy aparece evidente, no ha sido un principio admitido en todo el tiempo de Castro autor citado por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, ha puesto de relieve como el derecho codificado ha centrado su atención en la regulación de los bienes económicos relegando a un segundo termino toda la problemática de los bienes de la personalidad, y a esta postura se han unido el positivismo jurídico que a tendido a separar el derecho de la moral y el pensamiento capitalista favorable a la eliminación de todo lo no medible en dinero.

El resultado de todo ello, ha sido la elaboración de un concepto restringidísimo del daño jurídico, al que se identificaba sustancialmente con la pena económica sufrida o con la ganancia dejada de obtener. A consecuencia de ello y por estar fuera de lo económicamente valorable, es que lo que importaba, la tesis de que la esfera moral de la persona intangible, e inviolable como esta, quedaba acogida a la exclusiva tutela del ordenamiento penal.

Daño no patrimonial y daño moral: Los autores de la obra antes relacionada indican que el daño no patrimonial y daño moral don contrapuestos puesto que el daño patrimonial y daño no patrimonial, por lo que trata de determinar la peculiar posición que la categoría del daño moral o culpa, o plantear como problema previo, el de investigar si deben de considerarse como sinónimos.

Varios tratadistas, entre ellos Rovelli autor citado por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, nos indica y establece que es postura muy extendida la que quienes equiparan las categorías de daño moral y daño extrapatrimonial siendo corriente definir aquel por contraposición al daño patrimonial.

La persona humana nos indica los autores de la revista antes referida aparece como una unión indisoluble de cuerpo y alma, y ninguno de tales componentes tiene valor producible a término monetario, estando fuera de toda unidad de

medida. Construir como sinónimos daño extrapatrimonial y daño moral implicaría tanto como adoptar una de esas dos alternativas: o pensar que la parte incluye al todo, lo que sería absurdo, o negar la relevancia jurídica a los supuestos de lesión física, lo que sería inocuo. Parece pues, que la categoría del daño moral debe considerarse como una parcela de los daños extrapatrimoniales. Solo en un caso, ambas tendrán idéntico contenido, y es el supuesto de daño no patrimonial a persona jurídica, que es siempre constitutivo de daño moral. Ello es lógico porque, carentes de cuerpo como la persona física, un ataque de esta naturaleza hecho a aquellas habrá de traducirse, necesariamente, en un ataque a cosa con lo que adquiere carácter patrimonial.

La categoría de los daños extrapatrimoniales aparece, como se ha visto englobando los daños físicos a la persona humana y los denominados daños morales, y el problema que nos ocupa en este momento, es el de delimitar el concepto de daño moral. Examinando el criterio de quienes lo definen por contraposición al daño patrimonial, y apuntadas las razones por las que debe rechazarse dicha postura, encaminamos a continuación la sostenida por quienes dan al daño moral una noción más estricta.

Algunos autores siguen la tendencia de definirlos mediante el empleo de un sistema de lista, pero como dice Cupis autor citado por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, la técnica más corrientemente empleada es la identificación del daño moral con el dolor y los sufrimientos físicos o psíquicos injustamente causados, si bien ciertos autores excluyen determinada clase de dolores, exigiendo que en ellos concurren ciertos requisitos. Alvarez Vigaray, nos recuerda que Savatier separa del concepto de daño moral los dolores y sufrimientos experimentados a consecuencia de una pérdida pecuniaria, en tanto que Scognamiglio autores citados por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, incluye, dentro del daño moral, solo aquellos dolores que se producen en dependencia de un daño físico a la persona humana. Colasso, define el daño moral como aquel que viene constituido por la repercusión psíquica del acto ilícito aquel conjunto de

dolores y ansiedades y sufrimientos que se manifiestan en la esfera del sentimiento.

No obstante, y aun cuando todas estas definiciones tienen la común virtud de emplear la expresión DAÑO MORAL, en el sentido estricto que parece más propio, presentan puntos de crítica acusados.

El sistema de lista es el que los tiene más evidentes. Se ha reprochado a esta técnica, y siempre con razón, la dificultad de englobar todos los supuestos pensables en un momento dado, y el que, aunque ello fuera posible en algún caso, la lista quedaría pronto superada. Ambos fallos son constatables en las enumeraciones, pretendidamente exhaustivas de daños morales. Respecto al primer punto, bastaría para comprobarlo el remitirnos a la doctrina que, en Italia y Alemania, han criticado la postura de sus respectivos cuerpos legales por haber limitado, taxativamente, los supuestos de daños morales que consideran indemnizables. En el derecho Italiano se reducen a los casos de ilícito penal.

Resulta también rechazable el criterio de las repercusiones del acto ilícito para calificar el daño, puesto que con el mismo se quita fijeza a la distinción entre lo que sea patrimonial y lo que no tenga tal carácter, y es que, como se señaló antes, hay casos en que el ataque a un bien extrapatrimonial puede tener repercusiones económicamente valorables traducirse, de modo reflejo en un beneficio económico.

Tampoco parece válido limitar el daño moral a los sufrimientos o padecimientos físicos o psíquicos o, por decirlo a las perturbaciones del ánimo. El daño no patrimonial comprende la lesión física y el daño moral.

Para determinar la esencia del daño moral, el camino que parece más seguro es el que nos lleva a proceder mediante una serie de aproximaciones sucesivas incluyendo de modo progresivo los supuestos de límites más claros. La primera

aproximación se centra en el daño jurídico dentro de una categoría más amplia de daño en sentido vulgar. El segundo paso ya dentro del daño en sentido jurídico, nos enfrenta con la naturaleza del bien atacado para calificar el daño como patrimonial o extrapatrimonial según que aquel tenga uno u otro carácter. Ello delimita unos claros supuestos de daño moral, el ataque al honor, y así mismo, acoger el dolor y la angustia que derivan del atentado físico.

El examen de esta postura alcanza su plenitud cuando un gran número de sentencias, al incidir sobre un problema concreto, permite una perspectiva de conjunto que haga posible apreciar los criterios, comparar las posiciones y, en general elaborar inductivamente una teoría que pueda tener un valor específico. En términos generales puede decirse que nuestra jurisprudencia está en la línea de afirmaciones en que el tribunal supremo se ha centrado para determinar el concepto de daño moral, son los siguientes:

- a) Su espíritu extrapatrimonial en razón al objeto a que el daño afecta “la honra y el decoro son cosas que están por encima del comercio humano” y “el daño moral está constituido por los perjuicios que, sin afectar a las cosas materiales susceptibles de ser tasadas, se refieren al patrimonio espiritual.
- b) Lo normal es que una lesión física o muerte derive un daño moral, son contados los casos en que producidos aquellos se alega éste; pero en tales supuestos, el tratamiento del daño aparece relegado a un segundo plano. Hay casos en que no es así, en dichos supuestos la tendencia es considerar como daño moral el “dolor psicofísico que la lesión mortal hace sufrir a la víctima”
- c) Se aprecia la tendencia a ejemplificar los supuestos más notables de daño moral, tales como la salud, el honor y la libertad. En relación al honor, “su tutela en la vía civil es amplia”, debiendo comprender aquella noción “todas las manifestaciones del sentimiento de estimación de la persona”, tales

como “el honor civil, comercial, científico, artístico y profesional”.

- d) Hay sentencias españolas que definen expresamente el daño moral, señalan “el daño esta constituido por los perjuicios que, sin afectar a las cosas materiales, susceptibles de ser tasadas, tanto en su totalidad como parcialmente en los diversos menoscabos que pueda experimentar se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales de la salud, el honor la libertad y otros análogos”.

3.3 Algunas Clases de daño moral que pueden existir

Doctrinariamente, hay numerosos intentos de sistematización de los daños morales. Se expondrán las más significativas;

- a) El primer criterio clasificatorio, lleva a distinguir aquellos daños que pudieran denominarse “morales puros”, de los llamados “patrimoniales indirectos” o “morales impropios”. Los primeros aquellos que trascienden de la esfera del sentimiento. Los segundos tienen, repercusiones patrimoniales. Adoptar esta distinción supone que previamente califiquemos el daño como patrimonial, o extrapatrimonial en razón del bien que resulta directamente afectado y no sus posibles consecuencias de tipo patrimonial. Bonasi autor citado por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, que sigue este último criterio, niega la existencia de los daño morales impuros, puesto que, por no tener repercusión en el patrimonio de quien los sufre, entran dentro de la orbita del daño patrimonial. Esta contraposición tiene un valor limitado a priori debido a que no puede determinarse con carácter general si un determinado daño tendrá o no repercusión en el patrimonio de quien los sufre. La importancia de la distinción se acentúa de modo considerable a la hora de fijar la cuantía de la indemnización mayor o menor según que el daño haya trascendido o no, respectivamente, al patrimonio de quien lo sufre. En términos similares, si bien poco precisos, se pronuncia Loro autor

citado por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, al distinguir entre un daño no patrimonial subjetivo, representado por la angustia, el dolor, la preocupación, el sufrimiento por la muerte de un pariente o el dolor físico y un daño no patrimonial objetivo, representado por el socorro perdido, afectivo y material del esposo difunto.

- b) El tratadista Gabba autor citado por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, distingue en la jurisprudencia de su época dentro de los daños extrapatrimoniales, las ofensas al cuerpo, las ofensas al decoro de una persona, quitar o disminuir beneficios que una persona tiene derecho a esperar de otra en virtud de una ofensa corporal o de un daño patrimonial causado a este último, y las aflicciones morales o padecimientos del ánimo causados por cualquier clase de ofensas a la víctima directa de éstos o a las personas a ésta pertenecientes.

Reparación del daño moral: En general se dice que en las sentencias en que se admiten una reclamación por daño moral, se impone al causante del mismo bien la entrega de una suma de dinero, bien la reparación del daño en forma específica cuando es posible y más frecuentemente una reparación que engloba aquellos dos variantes. Del estudio de tales modalidades se detallan a continuación:

Uno de los más graves problemas que se plantean desde el momento en que se admite la relevancia para el derecho civil, del daño moral, es el de la reparación del mismo. Parece indudable que los Artículos de nuestro Código Civil dedica a los daños, venían pensando para aquellos supuestos en que el menoscabo se sufre en uno de los bienes que, por decirlo con Cupis autor citado por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, están en el orden de la riqueza material. Destruído o dañado un bien de tal naturaleza, el ordenamiento jurídico condena al autor del menoscabo a reponer el patrimonio afectado a su estado primitivo. El dinero, que es medida del valor de las cosas patrimoniales, jugará aquí todo su papel; determinada la cuantía del daño, aquél suplirá la pérdida sufrida, llenará el vacío

patrimonial producido, cumplirá una función rectora: Un resarcimiento en suma.

Se ha tenido la idea que sólo son admisibles en Derecho civil los daños “resarcibles”, que late implícitamente en quienes se oponen a la indemnización de los daños morales, la que con más fuerza ha obstaculizado la admisibilidad, en la vía civil, del daño moral, el Código Civil español define el daño jurídico, es lógico que se diga en alguna jurisprudencia que “no siendo valorable el honor en los delitos contra él, no es posible fijar la cantidad en que consista el perjuicio”, por lo tanto, no puede imponerse al delincuente, como responsabilidad civil derivada de la criminal, la de pagar una indemnización al ofendido. Al modo de ver de Francisco de Asís García Serrano autor citado por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, el núcleo de la cuestión se centra en la desorbitada importancia que se ha concedido a la idea de resarcimiento. Si para reparar el daño, se dice, es preciso determinar previamente la cuantía, la posibilidad de que procesa, cuando de daños morales se trata, queda excluida por su imposibilidad material de aquellos a unidades de medida, como por falta de idoneidad del dinero para subsanar el mal causado. Se alega además por alguno que es repugnante, injurioso y hasta inmoral, que el sujeto dañado acepte una suma de dinero como reparación de la afrenta sufrida.

Este modo de pensar, no resulta defendible. Es de todo punto erróneo considerar que el daño jurídico civil sea tan sólo el daño resarcible. Reparar y resarcir no son términos sinónimos; el resarcimiento sería, una forma de reparación que se caracteriza por el hecho de que su cuantía está objetivamente determinada. Tal es la pérdida tal es la indemnización. Determinada aquella, lo que solo es posible en el plano de la riqueza material, la indemnización se traducirá en una cantidad de dinero que, al coincidir con el valor perdido, colme el vacío patrimonial causado. El criterio defendido por Gabba autor citado por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, de que la indemnización del daño moral no es posible por no poderse determinar la cuantía del mismo, se vuelve de este modo contra su propio autor. La realidad ni

siquiera la indemnización de los perjuicios patrimoniales puede conseguirse plenamente, sino tan sólo por vía de aproximación. En aquél ámbito, un bien patrimonial tapa, aunque sea defectuosamente, un vacío patrimonial, pero ¿Cómo podrá decirse lo mismo cuando el bien dañado no tiene tal carácter.

El argumento es ciertamente de peso, pero no puede resultar decisivo, Podría contestarse que siendo admisible que la función más apropiadamente del dinero sea la de medir valores económicos no es posible negar que el hambre tiende a extender la medida económica más allá de los valores de dicha naturaleza. En los supuestos de daño moral es de justicia dar al ofendido una reparación y, en muchos casos, no será posible más reparación y, en muchos casos, no será posible más reparación que la pecuniaria.

Esto plantea una segunda cuestión, que es el medio reparador por excelencia en el campo de lo patrimonial, fuera del mismo pierde mucho de su valor. La reparación en forma específica resultará, normalmente, la más adecuada para la reparación del daño, del mismo modo que el resarcimiento lo es en el campo de lo patrimonial.

Delimitemos las nociones de reparación y resarcimiento “Reparación”, sería una rúbrica genérica en que tendrían cabida dos formas de verificarla. De una parte resarcimiento cuando de daños patrimoniales se trata el “quantum” aparece objetivamente determinado, aunque no pueda apreciarse subjetivamente. La reparación en forma específica, juega en el campo de los bienes extrapatrimoniales en los que la imposibilidad de cifrar la cuantía del daño es total, objetiva y subjetivamente.

A finales del siglo XII., según nos dice Orlandis autor citado por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, muchos derechos han abandonado ya el sistema de multa fija, y dejan su graduación al arbitro judicial o al acuerdo de las partes. Y creo que puede decirse que es en ese momento en que la idea de indemnización pasa a

ser la predominante, máxime si se tiene en cuenta que la separación entre las esferas penal y civil se va haciendo más clara a la par que se robustece el poder que rige el grupo. Las Partidas delimitarán con claridad las dos alternativas; el ofendido puede, en efecto, elegir una de estas dos formas de reparación: o el castigo del culpable, o la percepción de una suma de dinero, suma que el dañado tasa y que el Juez, “si entendiere que la a demás, deugela templar segund su eluedrio”. No es óbice a ello el empleo indistinto que en ocasiones se hace de los términos “pena” y “enmienda”, ya que el principio es perfectamente claro.

Esta revolución es afín a la experimentada en los ordenamientos germánico y romano. En aquél, como dice Planitz, “el pago del Wergeld y la Busse servía de hecho para compensar los daños sufridos, y esta compensación se fue convirtiendo poco a poco en su finalidad primordial”, imponiéndose en el siglo XIX la opinión de considerarlos como una indemnización de daños, tesis que acoge y que habla, en tales casos, de “justa indemnización”. Por lo que al Derecho romano se refiere, Iglesias señala que “en la época clásica, la pena privada tiene carácter punitivo, cual la pública. El delito es una ofensa inferida al individuo y la pena, por más que sea pecuniaria, cumple una función de expiación. En la época Justiniana, la pena privada degenera en una sanción tendente al resarcimiento, pero no hasta el punto de perder por completo su viejo afecto expiatorio. La acción penal, con el fin de expiación, suele ser trasformada ahora en mixta, de manera que una restricción del efecto típico de la pena corresponde una mayor consideración del resarcimiento y de la reparación material del daño.”²⁰

A criterio de Ihering, las funciones que puede desempeñar la condena de una cantidad de dinero son: pena, resarcimiento por equivalencia reparación por compensación. Descartadas las dos primeras, las función compensatoria o satisfactoria única que queda y es la menos inadecuada. Se ha partido de la idea de que el dinero no es forma idónea de reparar el daño moral; aunque no deja de ser una realidad, que por medio del dinero pueda el sujeto dañado proporcionarse

²⁰ Revista Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Junio 2003, Pág, 142

otras sensaciones placenteras que disminuyan su insatisfacción. Y no puede repugnar que ello suponga tratar desigualmente al sujeto dañado en atención a su mejor o peor situación económica o social.

Se sostiene asimismo que la cantidad que se entrega al que sufre un daño moral juega el doble papel de punitiva y compensatoria. La postura no parece defendible, porque si una forma pura explica suficientemente el cometido y las peculiaridades del dinero de dolor, ocioso resulta recurrir a formas híbridas.

La Jurisprudencia Civil del Tribunal Supremo sigue el criterio que se viene defendiendo La afirmación de que el dinero de dolor no constituye verdadero y propio resarcimiento, una sentencia española de fecha 7 de febrero de 1972 que señala “como los derechos de la personalidad no se acomodan a una estimación pecuniaria”, el dinero “no puede cumplir su función de equivalencia como en materia de reparación del daño material”. La función compensatoria del dinero es, en éstos casos, la usualmente admitida. Entre las nociones del “compensación” y “satisfacción”, la condena de dinero... tiene tanto de punitiva como de compensatoria”, la alusión es, no obstante, puramente incidental.²¹

La cuestión es de una importancia extraordinaria práctica. El problema que se plantea es el de ver cuales hayan sido las circunstancias que la jurisprudencia ha tomado en consideración.

- a) El primer punto es el hecho de que del daño moral deriven o no repercusiones patrimoniales, lo cual es lógico. A juicio de Francisco de Asís García Serrano autor citado por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, no obstante reconociendo que la brevedad del plazo legal para solicitar la indemnización por daño moral puede dar origen a que una repercusión de tipo patrimonial se produzca transcurrido el mismo, la simple previsibilidad de que dicha repercusión se origine no debe resultar decisiva. En este

²¹ Revista Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Junio 2003, Pág, 142

punto se debe exigir la prueba de la realidad de dichos daños patrimoniales, así como la expresa determinación de su cuantía.

- b) La gravedad del acto causante del daño. Este se explica perfectamente porque siendo la repercusión psíquica que el acto causa en quien lo surge mayor o menor según sea aquel doloso o culposo, es lógico que la indemnización sea, en el primer caso, mayor que en el segundo.
- c) Además, se toman en consideración las condiciones peculiares de la persona ofendida, como es que el daño moral es más grave cuando refleja en el crédito comercial de quien, como el que lo sufre era comerciante.
- d) Ciertamente, la gravedad de la ofensa puede y debe graduarse en razón a quien la sufre, se ha tomado también en consideración la posición social del ofendido.
- e) El medio empleado, así como la mayor o menor difusión de la ofensa, pesan decisivamente a la hora de determinar la cuantía de la indemnización.
- f) No consagrado jurisprudencialmente, parece que deberá pesar también la mayor o menor relación que pueda mediar entre ofensor y ofendido, ya sea por razón de parentesco, de gratitud, e incluso de otro tipo.

La reparación en forma específica, es posible afirmar que la reparación en forma específica es al daño moral lo que el resarcimiento al daño patrimonial. Al igual que el dinero juega plenamente su papel cuando se reponer una pérdida económica se trata, la reparación en específico es, normalmente, la forma más idónea para restablecer el menoscabo sufrido en el patrimonio moral y efectivo del sujeto dañado.

Esta forma de reparación es, por otro lado, la más antigua. Ya se ha dicho que tratándose de daños morales fue antes la pena que la indemnización, como quiera que su cuantía, casi siempre muy reducida, había de dividirse normalmente en varias partes, la reparación puramente nominal que con ello se conseguía es el precedente de esos supuestos en que, como dicen los Mazeaud autor citado por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, los tribunales se contentan con pronunciar una condena simbólica a un franco en concepto de daños y perjuicios. Sin embargo, no todo quedaba reducido a esto; así; tratándose de insultos, y aparte la entrega de cantidad, se exigía normalmente la retracción del culpable. La fórmula “e sobre esto jure que aquel mal quel disso no lo sabie en el”, era la usual en nuestros Fueros en este punto.

Claro es que, como dice Rotonda autor citado por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, el resarcimiento es específico habrá de revestir la forma más adecuada en cada caso. Así por ejemplo, tratándose de un sujeto ofendido en su reputación, la reparación podrá consistir en un mentís por medio de la imprenta, en la publicidad de la Sentencia condenatoria del culpable, y así sucesivamente.

Sin embargo, habrá casos en que la reparación en específico no sea posible o, más frecuentemente, sea insuficiente para remediar el daño sufrido. En tales supuestos, y como ya se dijo, cabe perfectamente admitir la entrega de una suma de dinero que compense, en cierto modo, la deficiencia de la reparación en específico. Este es al menos el camino más seguro para atajar a raíz el previsible aluvión de demandas tendentes a la indemnización de cantidad, que se producirá de seguirse una línea de optimista apreciación monetaria de los daños morales.

En nuestro Derecho puede perfectamente entenderse así. Aunque en alguna Sentencia (así en la de 22 de octubre de 1932) el Tribunal Supremo haya declarado que la deuda de reparación a que da lugar el Artículo 1,902 del Código Civil tenga naturaleza pecuniaria, y no la de una prestación de hacer para reponer las cosas dañadas a su primitivo estado, ello no circunscribe el supuesto a que

nos referimos. La tesis de que “indemnizar y reparar tiene siempre idéntico contenido, o sea, el que fija con carácter general el Artículo 1,106 como deuda del valor de la pérdida sufrida”, es correcta cuando de daño patrimonial se trata, ya que en tales casos la reparación en específico podrá ser injusta por lo onerosa. Pero cuando se trate de un supuesto de daño moral esa forma de reparación es normalmente la más adecuada, por ser la más idónea para restablecer el quebranto entendiéndose así, la Sentencia de 7 de febrero de 1962, que copia un razonamiento de Gangi autor citado por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, señala que la tutela del honor en la vía civil otorga al ofendido, “no sólo el poder de accionar contra el ofensor para el resarcimiento de los daños, sino también la facultad de hacer cesar, si es posible, el acto injurioso, y pueda ser divulgado”. En la amplitud de tales términos se acogen tanto la propia actividad del ofendido, encaminada a hacer cesar la ofensa (singularmente por el derecho que regula el Decreto de 31 de marzo de 1966), como la que se dirige a obtener la pública retractación del ofendido, así como la inserción en la Prensa periódica, y a costa de aquél, de la sentencia condenatoria. Esta última forma de reparación, sobre todo ha sido muy frecuente en nuestra jurisprudencia.

Interesante en este punto es la Sentencia de 25 de febrero de 1928, dictada en caso de estupro y acción civil que del mismo se deriva, que señala que “la dore de la madre seducida y la declaración de filiación, son la reparación específica ordenada en el Artículo 464 del Código penal, al que, sin citarlos alude el último párrafo del Artículo 135 del Código civil”²²

La prueba del daño moral, se ha pretendido ver en la dificultad de la prueba del daño moral un argumento en contra de la posibilidad de indemnizarlo. En realidad, quienes así procedan no hacen sino intentar llevar al campo de lo extrapatrimonial unos principios y criterios que sólo tiene validez en el campo de lo patrimonial. Al verse que la aplicación de los mismos no es posible fuera de aquella órbita, se niega la posibilidad de indemnizar el daño moral. Ya se vio que lo mismo ocurría

²² Revista Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Junio 2003, Pág, 144

cuando de fijar la cuantía del daño se trataba, pero claro que, en ambos casos, no se trata tanto de una imposibilidad cuanto de una simple dificultad que no es un obstáculo para negar la validez en la vía civil del daño moral. Algunas legislaciones pueden efectivamente acogerlo; aceptado esto, la tarea que se impone es buscar vías que posibiliten su aplicación.

En lo que el problema de la prueba se refiere, acreditado completamente el hecho del que se pretende a derivado de un daño moral (accidente, la noticia difamadora) el juez apreciara “según reglas del criterio humano”, si tal hecho es adecuado para producir el daño moral que se pretende haber sufrido. Precisamente esa llamada al “criterio humano”, que supone un examen del caso según el sentir común, es la mejor garantía contra alegaciones caprichosas de daños morales que no existirán, muchas veces más que en la susceptibilidad del alegante. Por otra parte al “objetivarse” su apreciación, se excluye esa posibilidad por más engañosa, de que el Juez se guíe por los signos externos de dolor. La exigencia de que dolor “profundo” encontrará así cauce de desenvolvimiento idóneo y, como decimos su apreciación se hará mas sobre las base un criterio objetivo (esas reglas del criterio humano) que a la sensibilidad del perjudicado que suele ser morbosa. Precisamente en el momento en que esa conexión entre el hecho y el daño alegado, según esas reglas del criterio humano se debilite, será preciso acudir a otra “prueba objetiva” normalmente no será preciso hacerlo cuando exista verdaderamente un daño moral, pero si la conexión no se aprecia y el daño moral existe, el sujeto dañado siempre tendrá en su mano otros cauces probatorios, Con todo el supuesto será raro en la práctica.

El problema de la legitimación, es un supuesto verdaderamente problemático el de determinar la legitimación activa para reclamar por el daño moral surgido cuando la persona, directa y primordialmente dañada fallece antes de ejercitar la acción, sea su muerte provocada por el hecho dañoso, sea con independencia del mismo. ¿Se trasmite en tal caso su acción a los herederos¿

El problema es complejo y cualquier solución que se le de, será discutible. La doctrina se inclina por la transmisibilidad de la acción, pero esta solución se apoya en el Código penal, y en el contenido patrimonial que normalmente tiene no resulta plenamente satisfactorio. Conviene partir es este punto de una premisa que resulta indispensable. Ya se ha dicho que, tratándose de daños morales, la reparación de la forma específica es la más adecuada pensable en términos generales. En la mayoría de los casos esa reparación es la única que puede restablecer la situación anterior por el juego de la más elemental idea de equidad; pero teniendo en cuenta que en muchos supuestos esa forma de reparación no logra llenar por completo su finalidad por la naturaleza del daño carece de idoneidad para remediar el menoscabo es admisible la entrega de una suma de dinero que, compensando en el primer caso la deficiencia de la reparación en específico, la sustituya en el segundo.

Y resulta necesario tener en cuenta tanto la doble modalidad de reparación cuanto su respectiva finalidad. En línea teórica la reparación en forma específica es la única en estos casos puede resarcir el daño causado. Cuando el daño moral consiste en una deshonra la persona ofendida fallece antes de ejercitar la acción, la reparación, en específico puede pese a ello, seguir cumpliendo su finalidad. Muerta la persona subsiste en cambio su memoria, y al heredero, como defensor de la "personalidad pretérita" del causante incumbe obtener la reparación. Ahora bien, ¿Da derecho a solicitar una entrega de dinero? La cuestión es dudosa porque difícilmente podría explicarse el papel que dicha suma jugaría. Es evidente que no constituye resarcimiento y parece que los argumentos que se dieron para rechazar la función unitiva son de peso. Queda pues la función compensatoria, pero, ¿a quien va a compensar la cantidad? Es obvio que no hay difunto y, ¿puede decirse que valla a compensar al heredero si este no ha sufrido el quebranto como propio?, porque si fuera así el derecho no lo ejercitaría como heredero, sino como ofendido.

Y si ello es dudoso, la dificultad se acentúa cuando la reparación en forma

específica no es posible y hay que admitir la entrega de una cantidad de dinero como sustitutiva de aquella. Tal ocurre en los supuestos de daño moral por causa de muerte.

En tales casos, producido el daño, la equidad justifica su reparación y es forzoso acudir al dinero habida cuenta la improcedencia absoluta de la reparación en específico en la justicia de que procesa alguno. Una primera visión del problema nos dice que, teniendo contenido económico, la acción se transmite a los herederos, pero la cuestión es confusa. En primer porque la jurisprudencia con un criterio amplio de equidad salva la frecuentemente indemostrada condición de herederos quienes reclaman en dinero de dolor, y las dos explicaciones posibles que justificarían su poder resultarían satisfactoria. De Castro autor citado por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, señala que “los hijos y descendientes, los padres y ascendientes, el cónyuge viudo son herederos forzosos, cualidad plenamente eficaz desde la aceptación esta existe (tacita), por el mero hecho de demandar la indemnización alegando la condición de herederos pero ello sería tanto como admitir que el legitimario tiene forzosamente que ser heredero, cosa que no parece defendible desde el momento en que se piensa la posibilidad de que el legitimario reciba su porción por la vía de legado o donación.

Las soluciones jurisprudenciales en estos casos son equitativas y por ello justas, pero difícilmente podrían tener una base jurídicamente satisfactoria. Para Diez Picazo autor citado por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, que no parece que deban ser legitimados quienes estén ligados “Iure sanguinis” a la víctima. A juicio de Francisco de Asís García Serrano es mas conveniente que puedan solicitar quienes estén ligados a aquella por vínculos afectivos de dependencia económica y comunidad de vida, siempre que o repose en una relación reprobada por la ley o por las normas de moral socialmente establecidas.

Resulta interesante detenerse, siquiera sea brevemente, a examinar este supuesto. Indudablemente, la lógica nos dice que la persona que ve roto el vínculo

esponsalicio ha de experimentar con ello un quebranto moral por la desaparición de la perspectiva de contraer el matrimonio que le ilusionaba. ¿Puede considerarse justa la norma contenida en el Artículo 44 del Código civil español al limitar la indemnización a los gastos hechos en consideración al matrimonio prometido. A primera vista pudiera parecer que no, que la no consideración del plano afectivo, que es el que da justificación y sentido al vínculo esponsalicio, desnaturaliza una regulación en la que lo accesorio esto es la indemnización por los gastos hechos en consideración al matrimonio proyectado, priva sobre lo fundamental, sobre esa comunidad de afectos que se rompe y que era la que justificaba la realización de tales gastos.

Un caso muy peculiar de daño moral es aquel que supone a la afrenta hecha a la memoria del difunto. El supuesto es ciertamente problemático pudiera pensarse que, como desde el punto de vista técnico el cadáver no es persona, sino una “cosa mueble de naturaleza especial”, aunque no pertenezca en propiedad a alguien, no siendo “otro” ni “de otro”, se excluiría la posibilidad de que el supuesto que nos ocupa pudiera tener cabida en los términos del art. 1902 del Código civil español.

El razonamiento sin embargo, no resulta satisfactorio. La lógica nos dice que la memoria del difunto esto es, aquel conjunto de cualidades que le hacían respetado y querido no desaparece con su muerte. Anudándose tales cualidades mas que a su cuerpo a su alma, y perviviendo esta, aquellas en cierto modo perviven, y repugna al sentir social tales cualidades sean puestas impunemente, en este dicho.

Sin embargo, y aunque no se aprecie que de la ofensa a la memoria del difunto se halla derivado algún quebranto para quienes le sobreviven, queda la posibilidad de actuar que establece el Artículo 466 del Código penal español, que señala que “podrán ejercitar la acción de calumnia o injuria los ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos del difunto agraviado siempre que la calumnia o injuria

transcendiere a ellos y, en todo caso al heredero. No parece satisfactoria la posibilidad de solicitar una entrega de dinero como indemnización cuando no se alega el propio quebranto. En tal caso la reparación en forma específica será la única que deba concederse.

3.4 El daño moral en la República de Guatemala:

El daño moral o agravio moral, este es aquel que afecta intereses no económicos, o en el desmedro sufrido en los bienes extrapatrimoniales que cuentan con protección jurídica y si se atiende a los efectos de la acción antijurídica, el agravio moral es el daño no patrimonial que se inflige a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley el agravio moral tanto puede proceder de un acto ilícito civil como de un crimen y en cualquier supuesto, la responsabilidad de la indemnización del daño causado corresponde al agraviante.

Para determinar el cálculo o resarcimiento ya que el mismo no se encuentra estipulado en nuestra legislación en este sentido únicamente se encuentra regulado, que pago por daños materiales cuantificables en dinero sin escudriñar que dicho daño material puede convertirse en moral o paralelamente mental.

Este es un daño que no merman económicamente al perjudicado porque afecta intereses no económicos. Existen los que afecta aspectos íntimos, sentimentales, afectivos, emocionales, como la angustia por la muerte del ser querido, los que afectan facetas de la personalidad, como el derecho a la integridad corporal, el derecho a un buen nombre, o a bienes no tangibles pero que innegablemente hacen parte del patrimonio de una persona, se han clasificado esos daños como morales para diferenciarlo de los materiales, patrimoniales en la otra clasificación mientras estos lesionan el patrimonio económico, aquellos tienen que ver con otros aspectos diferentes e íntimos.

Algún sector de la doctrina argentina los clasifica en perjuicios o daños

económicos y perjuicios o daños extraeconómicos el término morales ha sido interpretado en diferentes formas y no ha sido un aspecto claro y preciso que indique suficientemente el daño a que se refiere nuestra jurisprudencia y doctrina no son acordes en su tratamiento, por ejemplo para unos el daño moral es el que afecta aspectos no económicos de la persona, en síntesis los extrapatrimoniales.

Por lo tanto quedaría incluidos aquellos que no son materias. Por eso, para algunos, daño moral sería aquellos que corresponden a los extrapatrimoniales de otros países serían patrimoniales los materiales y extrapatrimoniales los morales. También la Licenciada Angélica Nelly Salazar en la Revista Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala en el Sistema de Pos-Grado, Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil nos indica que el daño moral es “aquel perjuicio sufrido a la psiquis de una persona, es la trasgresión a los derechos personalísimos de una persona a través de un agravio a la dignidad, honorabilidad, sosiego, integridad física, privacidad, o cualquier elemento que altere la normalidad facultativa mental o espiritual. Indica también que los llamados daños morales son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social, a la salud física o psíquica es decir, a los que la doctrina mayoritaria ha denominado derechos de personalidad o extramatrimoniales o bien el menoscabo o lesión a un interés no patrimonial privado por el hecho dañoso, es decir por el acto antijurídico”²³.

Es importante destacar que nuestra legislación establece el daño y el perjuicio que se puede ocasionar a una persona así mismo indica a que cantidad asciende el daño material y es cuantificable en dinero pero el daño moral es intrínseco e íntimo puesto solo la persona sabe, reconoce y siente específicamente que es lo que le ha sucedido y de que forma le afecta personalmente, familiar y social en vista que la pérdida del patrimonio es reparable pero la situación psicológica en la que se encuentra la persona individual es irreparable.

²³ Salazar, Angélica Nelly, Revista Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala en el Sistema de Pos-Grado, Maestría en Derecho Civil y

La Licenciada Yoleida Vielma Mendoza en su estudio llamado Una Aproximación al Estudio del Daño Moral Extracontractual nos indica lo siguiente:

“Es frecuente considerar que el daño moral es el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, la humillación, y, en general, los padecimientos que se han infligido a la víctima. Pero ¿qué son en verdad esos dolores, angustias, aflicciones, humillaciones y padecimientos? Si se analizan bien, podríamos decir, que sólo son estados del espíritu, consecuencia del daño. Así y a título de ejemplo, el dolor que experimenta la viuda por la muerte violenta de su esposo, la humillación de quien ha sido públicamente injuriado o calumniado, el padecimiento de quien debe soportar un daño estético visible, la tensión o violencia que experimenta quien ha sido víctima de un ataque a su vida privada, son estados del espíritu de algún modo contingentes y variables en cada caso y que cada uno siente y experimenta a su modo.

Estos estados del espíritu constituyen el contenido del daño en tanto y en cuanto previamente, se haya determinado en qué consistió el daño sufrido por la víctima. El Derecho no resarce cualquier dolor, humillación, aflicción o padecimiento, sino aquéllos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico, sobre el cual la víctima tenía un interés jurídicamente reconocido. Por lo tanto, lo que define al daño moral no es el dolor o los padecimientos, estos serán resarcibles en la medida que sean consecuencias de la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales, reconocidos a la víctima del daño por el ordenamiento jurídico. Y estos intereses, pueden estar vinculados tanto a derechos patrimoniales como a derechos extrapatrimoniales.”²⁴

En este sentido podemos decir, que los llamados daños morales son los infligidos

²⁴ Monografías.com. **Responsabilidad Civil (Paraguay)** [wwwMonografias.com.htm](http://www.Monografias.com.htm). (16 de mayo de 2008).

a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social, a la salud física o psíquica es decir, a los que la doctrina mayoritaria ha denominado derechos de personalidad o extrapatrimoniales. O bien, el menoscabo o lesión a un interés no patrimonial provocado por el hecho dañoso, es decir por el acto antijurídico. La noción de daño moral se desarrolla en base a dos presupuestos: la naturaleza del interés lesionado y la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado.

Y es en base, a estos dos presupuestos, que el daño moral es daño no patrimonial, y éste, a su vez, no puede ser definido más que en contraposición al daño patrimonial. Daño no patrimonial en relación con el valor negativo de su misma expresión literal, es todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial, por tener por objeto un interés no patrimonial, o sea que guarda relación a un bien no patrimonial

El problema analizado por la doctrina de este siglo, ha tenido por objeto establecer cuáles son los daños resarcibles en el plano no patrimonial. Problema que a la postre de las doctrinas modernas resulta estéril, toda vez que se ha afirmado que todo daño es resarcible, aun el no patrimonial, si ha sido provocado por un ataque antijurídico a un interés reconocido por el ordenamiento.

Así la doctrina clásica italiana, habla de daño moral objetivo y de daño moral subjetivo. Daño moral objetivo sería aquel menoscabo que sufre la persona en su consideración social; y en cambio, el daño moral subjetivo sería aquel que consiste en el dolor físico, las angustias o aflicciones que sufre la persona en su individualidad. Ejemplo del primero, es el daño provocado por las injurias o por las calumnias que ofenden al buen nombre, el honor o la reputación pública; ejemplo del segundo, las heridas u ofensas físicas.

En la doctrina francesa los MAZEAUD y TUNC autores citados por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, distinguen la parte social y la parte afectiva del patrimonio moral. Separan los daños que atentan contra la parte social del patrimonio moral que afectan al individuo en su honor, en su reputación y en su consideración, y los daños que atentan contra la parte afectiva del patrimonio moral que alcanzan al individuo en sus afectos, se trata, por ejemplo, del pesar experimentado por el hecho de la muerte de una persona que nos es querida.

La jurisprudencia española por su parte habla de daño moral puro y considera que daños no patrimoniales son daños morales puros, es decir, los que no acarrearán ni directa ni indirectamente consecuencias patrimoniales económicamente valiables y que se identifican con la perturbación injusta de las condiciones anímicas del sujeto lesionado.

Así la doctrina distingue entre daño moral directo y daño moral indirecto partiendo de la naturaleza de los intereses jurídicos afectados (no se toma en cuenta la naturaleza que presuponen esos intereses). En este sentido el daño moral es directo «si lesiona un interés tendiente a la satisfacción o goce de un bien jurídico no patrimonial»; el daño moral será indirecto si la lesión a un interés tendiente a la satisfacción o goce de bienes jurídicos patrimoniales, produce, además, el menoscabo a un bien no patrimonial.

Tal distinción no es novedosa y surge de la teoría general del daño, y se siguen los mismos parámetros para conceptualizar el daño patrimonial directo y el daño patrimonial indirecto. De este modo se establece, así como el daño patrimonial es una consecuencia posible pero no necesaria del hecho lesivo a un interés no patrimonial, el daño moral indirecto es la derivación del hecho lesivo a un interés patrimonial.

Entrar en el estudio del daño moral, es entrar en el estudio de la grave problemática que encierra su reparación. Esto es, la admisibilidad de indemnización de daños que como el daño moral son de naturaleza extrapatrimonial. La bibliografía en torno al tema es copiosa y la discusión doctrinal y jurisprudencial no tiene fin.

Pero, hoy parece universal e indiscutiblemente aceptada la indemnizabilidad del daño moral, cuyo significado jurídico y sociológico se inserta cada día más en el terreno de la protección de los derechos o bienes de la personalidad por parte del Derecho privado.

La reparación del daño moral ha experimentado un curioso proceso. En otros tiempos eran muchos los juristas que la rechazaban, por entender que los bienes morales no admitían una valoración pecuniaria, o que de ser admitida ésta habría de ser siempre insuficiente o arbitraria. Más aún, muchos consideraban a los bienes de la personalidad tan dignos, que rechazaban la sola idea de traducirlos a términos materiales.

Paradójicamente, este pensamiento ha tenido gran arraigo en los países anglosajones, tan respetuosos con los valores y la dignidad del individuo. En este sentido nos encontramos con el razonamiento de una sentencia norteamericana de principios de siglo, que, para desestimar la reclamación formulada por una joven por la publicación in consentida de su fotografía en un folleto publicitario de una empresa, dijo: Hay muchas obligaciones que son demasiado delicadas y sutiles para ser puestas en vigor mediante el rudo método de indemnizarlas en caso de violación. Acaso los sentimientos ofendidos encuentren la mejor protección en el derecho moral y en una opinión pública desfavorable.

Así vemos como algunas legislaciones siguen una vía intermedia entre la negación y el pleno reconocimiento de los daños morales. Ejemplo de ello, es el Código civil alemán, que admite la indemnizabilidad del daño no patrimonial sólo en los supuestos taxativamente señalados en la propia ley. Estos son: la lesión corporal, el daño a la salud, la privación de libertad y el delito contra la moral de la mujer obligada a cohabitar fuera del matrimonio.

Por otro lado, hay que tener en cuenta, que el daño moral no excluye la posibilidad de que el hecho productor afecte también de manera indirecta a intereses de carácter netamente patrimonial o material; ambos daños quedan, en teoría, perfectamente delimitados, aunque puedan ser objetos de una valoración unitaria. Sería por ejemplo, el caso de un comerciante que es objeto de una campaña injusta de ofensa a su honor. Esta afectará tanto a su prestigio o estima social (bien moral), como a la explotación de su negocio (pérdida de clientela, de crédito, etc. en suma, intereses materiales. Estos son los denominados en la doctrina italiana por DE CUPIS autor citado por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, daños patrimoniales indirectos, que se presentan como una consecuencia posible pero no necesaria del hecho lesivo del interés no patrimonial. Los daños no patrimoniales pueden ser fuentes, y frecuentemente los son, de daños patrimoniales, pero pueden también no serlo.

La resarcibilidad del daño patrimonial, de conformidad con el principio del resarcimiento integral, no plantea problema alguno, pudiendo ésta tener lugar in natura o mediante la reparación por equivalente con la valoración del daño en una suma de dinero, siendo ésta la forma más común.

El vigente Código civil italiano ha resuelto el problema en la práctica, con una

solución esencialmente de carácter negativo de la resarcibilidad de los daños no patrimoniales. Así, el Artículo 2.059 establece que el daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley; y tales casos se reducen a aquellos en que el hecho productor del daño tiene naturaleza delictual, Artículo 185.2° del Código penal italiano.

En España la práctica totalidad de la doctrina civilista moderna y la jurisprudencia del Tribunal Supremo admiten la resarcibilidad del daño no patrimonial. En tal sentido, nos dice DE CASTRO autor citado por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, el reconocimiento, en base a los principios tradicionales, del carácter indemnizable del daño moral, es un descubrimiento jurisprudencial que cambia el panorama jurídico. Con él, se abre paso a la consideración y protección de los bienes jurídicos de la personalidad en general. Por su parte, HERNANDEZ GIL autor citado por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, utilizando el reconocimiento de la indemnización del daño moral como argumento en contra de quienes siguen postulando la necesidad de la patrimonialidad de la prestación como objeto de las relaciones jurídicas obligatorias, considera la responsabilidad civil derivada del daño moral y la consiguiente indemnización del mismo como un principio general del Derecho con vigencia universal, especialmente acusada en el sector de Derecho comparado que representa el Derecho anglosajón.

Frente a esta tesis sostenida por la doctrina y la jurisprudencia moderna, se postula por algunos sectores doctrinales la no resarcibilidad del daño moral. Los reparos doctrinales hacia la reparación de los daños morales presentan una variada génesis.

Entre los diversos argumentos esgrimidos en contra de la reparación del daño moral, podemos enumerar los siguientes:

1. El postulado por quienes rechazan la resarcibilidad del daño moral en tanto y en cuanto afirman que la indemnización constituiría un enriquecimiento sin causa.

En relación con esta objeción GARCIA LOPEZ autor citado por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, señala, que se ha dicho en contra de la indemnización del daño moral que su admisión supondría desde el punto de vista jurídico un enriquecimiento sin causa. El mantenimiento de esta tesis podría resultar válido desde unos esquemas estrictamente patrimonialistas en los que se identificase toda la teoría general del Derecho con una visión reducida a las relaciones privadas de índole económica, donde únicamente se protegieran los derechos o bienes patrimoniales.

Hoy en día, sin embargo, semejante argumentación carece de base, porque admitida jurídicamente la responsabilidad civil por daños morales, el enriquecimiento patrimonial de la víctima del daño moral tendría su causa en la lesión de un bien jurídico tutelado por el Derecho civil. GARCIA LOPEZ autor citado por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, cita a BREBBIA como sustentador de la tesis conforme a la cual la reparación del daño moral constituye un enriquecimiento sin causa, argumenta este autor que afirmar la reparación del daño moral sufrido por un sujeto constituye para él mismo un enriquecimiento sin causa, importa lo mismo que sostener que los bienes personales como la vida, integridad física, honor, afecciones, etc, de ese sujeto se hallan fuera de la protección del Derecho, lo que no puede menos de constituir y constituyen de hecho en la inmensa mayoría de los países civilizados, el objeto preferente de la atención del legislador. Sin embargo, para los autores que afirman que la indemnización supondría un enriquecimiento sin causa, el sostenimiento de semejante postura no significaría en modo alguno que el Derecho no fuera a tutelar los bienes personales, pues el hecho de que escapen al ámbito iusprivatista

no se deduce que dejen de constituir el objeto de protección del Derecho penal.

Sin embargo podemos decir, que es inexacta la conclusión del autor español respecto a la posición del autor de referencia. BREBBIA no dice que la admisión de la indemnización del daño moral constituya un enriquecimiento sin causa, lo que señala es que hay que impedir que la indemnización por daño moral se convierta a favor del sujeto pasivo de la relación jurídica dañosa, en un enriquecimiento sin causa. Es clara su postura a favor de la admisión de la reparación del daño moral, pero ésta no debe constituir un enriquecimiento sin causa o injusto. El autor argentino lejos de proponer lo que dice GARCIA LOPEZ *idem*, manifiesta que aun aquí, dentro de este campo, donde, como en muchas otras materias de Derecho privado, predomina el libre arbitro del juez; éste deberá sujetar un juicio a una directiva de carácter general surgida de los principios básicos que presiden la institución del daño moral: la de evitar que la indemnización constituya para la víctima un enriquecimiento sin causa.

2. Otros fundan la irresarcibilidad de los daños no patrimoniales, en la idea de que intrínsecamente es imposible y es contra la razón y al sentimiento, reducir en dinero el interés relativo a bienes como el honor, la integridad física y todos los de esta índole.

Frente a este argumento, puede objetarse que la función del resarcimiento del daño no patrimonial no es amortizar el dolor, sino, más simplemente, asegurar al dañado una utilidad sustitutiva que los compense, en la medida de lo posible, de los sufrimientos morales y psíquicos padecidos.

A mi modo de ver, el pago de una suma de dinero a quien ha experimentado un

daño patrimonial, cumple una función de satisfacción por el perjuicio sufrido, como puede ser la lesión de sus sentimientos, su tranquilidad, su salud, etc. En ningún momento se está comerciando con dichos bienes extrapatrimoniales, ni con la entrega de tal cantidad de dinero se atenúa o desaparece la aflicción o daño moral sufrido, sino que su finalidad última es la satisfacción por la lesión sufrida.

En definitiva, la indemnización del daño moral no hace desaparecer el daño causado, pero, al igual que la antigua satisfactio, contribuye a esta finalidad en una noble dirección. Doble dirección que resulta de la generalización de la función que asume la indemnización del daño moral en los dos supuestos paradigmáticos de daños causados al honor y daños morales derivados del fallecimiento o de daños corporales grave.

Para el lesionado en su honor, la indemnización supone aumentar el ámbito de la libertad y la posibilidad de escapar del círculo en el que la difamación hubiese dejado sentir sus efectos. En caso de muerte o de lesiones corporales graves, es decir, aquéllas que conllevan un determinado grado de invalidez permanente, la indemnización tiene para la víctima una función semejante a la de un seguro de vida en el que se pacte la prima a favor de sus allegados o de un seguro de accidentes que contemple una prima en supuestos de lesiones graves, respectivamente. En fin, en estos casos, la indemnización sirve de solemne desagravio y de autorizada afirmación de la estimación social de los bienes lesionados. Tal es la tesis sostenida en la doctrina española por DE CASTRO Y BRAVO autores citados por la Licenciada Angelina Nelly Salazar.

3. Por otra parte, se ha dicho que la reparación del daño moral es incapaz de conseguir el fin que toda reparación persigue, ya que las reparaciones pecuniarias no pueden hacer desaparecer el daño moral.

Tal objeción se funda en un sentido demasiado restringido del concepto reparar. Como han puesto de relieve los MAZEAUD autor citado por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, hace más de medio siglo, los partidarios de la teoría negativa del resarcimiento de los daños morales han afirmado que reparar significa remettre les choses en l'état, hacer desaparecer el perjuicio, reemplazar aquello que ha desaparecido, lo que, en último término, les lleva a no admitir la posibilidad de reparación en la mayor parte de los daños morales, y, en definitiva, a negarla en todos aquellos supuestos en que la reparación in natura no puede ser obtenida.

Sin embargo, la necesidad de la reparación pecuniaria del daño moral, subsiste incluso, en aquellos supuestos en los que se contempla por el ordenamiento jurídico lo que buena parte de la doctrina ha calificado de reparaciones en forma específica de los daños morales, y que consiste, fundamentalmente, en la publicación en la prensa de la sentencia condenatoria del culpable o de la retractación de quien lesionó el honor del demandante; si bien, en estos supuestos, más que de una reparación del daño moral, se trata del resarcimiento en forma específica del daño causado a al honor. Con este mismo espíritu, en la Sentencia de 7 de febrero de 1962 el Tribunal Supremo español señala que la tutela del honor en la vía civil otorga al ofendido, no sólo el poder de accionar contra el ofensor para el resarcimiento de los daños, sino también la facultad de hacer cesar, si es posible el acto injurioso, y de hacer suprimir el medio con el que el mismo haya sido realizado y pueda ser divulgado.

Pero habrá casos en los que la reparación en forma específica no sea posible o sea insuficiente. En estos supuestos cabe admitir la entrega de una cantidad de dinero a modo de equivalente pecuniario del daño sufrido.

Como ya se ha advertido, la tesis sostenida de forma generalizada en el ordenamiento jurídico español, es la favorable al resarcimiento de los daños extrapatrimoniales o morales, tesis que han sustentado a su vez, en diversas concepciones de la misma.

Así, se entiende que el fin último de la reparación del daño extrapatrimonial es la satisfacción, en este sentido LASARTE autor citado por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, señala que sólo el daño patrimonial puede ser propiamente resarcido, mientras que los daños morales, no patrimoniales, no son resarcibles, sino sólo, en algún modo, compensables ^[13]. Esto es, consentir al dañado la adquisición de sensaciones placenteras tendentes a eliminar o atenuar aquéllas sensaciones dolorosas que el ilícito le ha causado y en las que se sustancia el daño no patrimonial. En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo Español, en Sentencia de 7 de febrero de 1972 donde expresa “el dinero no puede aquí cumplir su función de equivalencia como en materia de reparación de daño material, la víctima del perjuicio moral padece dolores, y la reparación sirve para establecer el equilibrio roto, pudiendo gracias al dinero, según sus gustos y temperamento, procurarse sensaciones agradables, o más bien revistiendo la reparación acordada al lesionado, la forma de una reparación satisfactoria puesta a cargo del responsable del perjuicio moral, en vez del equivalente del sufrimiento moral” ²⁵.

Tal tesis defendida por la doctrina y la jurisprudencia española, no he sostenida de igual modo en el ordenamiento jurídico italiano. BONILINI autor citado por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, a pesar de reconocer la autoridad de las opiniones expuestas señala, que la tesis enunciada no se muestra siempre adecuada para explicar la verdadera realidad y complejidad del fenómeno. Tal afirmación la fundamenta señalando que es extraño que las personas dañadas por

²⁵ Revista Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Junio 2003, Pág, 142

la muerte de un familiar puedan eliminar el sentimiento de desasosiego obligando al responsable a reconocerse como tal ante ellos, siendo probable que una suma de dinero pueda, en ocasiones, causar placer en quien la recibe. Sin embargo este placer no podrá nunca o, al menos, en la mayoría de los casos, no sólo equipararse al daño sufrido, sino que ni siquiera podrá acercarse a una especie de contraprestación, a un restablecimiento del equilibrio que el hecho ilícito ha roto. En este sentido DE ANGEL autor citado por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, nos dice, que acoger la tesis que podemos denominar de la “satisfacción” implica la solución de un problema que, indudablemente, se le presenta al juzgador, cual es el de determinar la cantidad de dinero capaz de proporcionar al perjudicado por un daño no patrimonial una sensación de placer idónea para hacer desaparecer el dolor sufrido, puesto que el daño moral escapa a toda posibilidad de estimación basada en criterios objetivos de unánime aceptación o, sin más, racionalmente convincentes.

Es por esta razón que BONILINI idem señala, que para alejar el peligro de una extrema subjetivización se puede avanzar en la idea, de que para realizar la determinación de la cuantía constitutiva de la indemnización por daño no patrimonial, el juez no ha de tener en consideración el dolor soportado específicamente por la víctima, sino más bien el que sufrirían la mayoría de los individuos en una situación análoga. Se trata de un intento de objetivación de la liquidación de las consecuencias dañosas no patrimoniales.

Al respecto y en orden a establecer una mayor justicia y una mayor igualdad entre las víctimas de daños corporales y morales, en la doctrina francesa VINEY, autor citado por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, se ha pronunciado a favor del establecimiento de un sistema de límites o “techos” en materia de indemnización de este tipo de daños. La autora francesa considera indispensable afrontar sin prevención la idea de una “tarificación” de estos daños, sobre bases objetivas que

vengan a colmar una de las lagunas más graves que se encuentra en el sistema francés de responsabilidad civil, y ello porque, en última instancia se hace necesario tomar conciencia del hecho de que las sumas que pueden dedicarse, en un determinado país y en un determinado momento, a la indemnización de las víctimas de daños, no deberían rebasar un cierto límite, pues el sistema indemnizatorio puede perturbar el dinamismo económico.

Por otra parte, es necesario señalar que incluso aquellos autores que se muestran reacios a la admisión de baremos indemnizatorios en la valoración de los daños a las personas, los aceptan en el concreto ámbito de los daños no patrimoniales.

En los supuestos de daños no patrimoniales, el establecimiento de baremos indemnizatorios oficiales garantizarían un tratamiento de igualdad en casos objetivamente equiparables, eliminando la arbitrariedad que supone el dejar la fijación de la cuantía indemnizatorio al criterio de cada juez en un terreno especialmente apto para que cada individuo deje entrever sus propias convicciones y sentimientos.

Siguiendo a GIANNINI autor citado por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, se puede afirmar que aunque se remita al poder discrecional del juzgador de instancia, la liquidación del resarcimiento debe respetar algunos criterios de principio, estando relacionada con la gravedad del hecho, con la entidad del dolor o aflicción de ánimo infligida a la víctima. En el caso de muerte de la persona ofendida, lo estará con la intensidad del vínculo de parentela que unía a la víctima con el supérstite, la edad, la sensibilidad de este último, etc. No teniendo relevancia, en ningún caso, las condiciones socioeconómicas ni el nivel cultural del causante del daño.

La doctrina española es unánime al afirmar, que dado que la reparación de los daños morales encuentra su fundamento último en el principio de la reparación integral del daño que es el objeto del sistema de responsabilidad civil extracontractual, es en orden a esta pretensión de integridad que el juzgador ha de situarse en el lugar de cada víctima, analizando todas las circunstancias de su vida pasada. Este hecho explica, además, la tendencia de la jurisprudencia a descubrir nuevos tipos de daños justificativos de indemnizaciones especiales, así el llamado “perjuicio social”, el denominado “perjuicio juvenil” o el daño a la “capacidad matrimonial”.

En cuanto a la naturaleza de la reparación del daño moral, dos grandes líneas de pensamiento han dividido, aunque cada vez menos, a la doctrina.

Por una parte, están quienes consideran que la reparación del daño moral constituye una pena, es decir una sanción al ofensor entre los que se ubica DEMOGUE, RIPERT Y SAVATIER autores citados por la Licenciada Angelina Nelly Salazar en la doctrina francesa.

Y por otra parte, la mayoría de los autores prefieren considerar que la reparación constituye un auténtico resarcimiento. Últimamente, se ha tratado de conciliar ambas ideas, reputando que la reparación tiene carácter sancionador y resarcitorio, simultáneamente. En este sentido se pronuncia SANTOS BRIZ autor citado por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, en la doctrina española como su principal defensor.

La tesis que reputa a la reparación del daño moral como sanción al ofensor, parte de considerar que los derechos así lesionados tienen una naturaleza ideal no

susceptibles de valoración pecuniaria y, por ello, no son resarcibles: lo que mira en realidad la condena, no es la satisfacción de la víctima, sino el castigo del autor, los daños e intereses no tienen carácter resarcitorios sino ejemplar.

A estos argumentos se han sumados otros, por ejemplo la inmoralidad de un reclamo resarcible basado en el dolor o la aflicción. En la doctrina italiana se ha dicho, que resulta escandaloso investigar cómo resarcir en dinero los sufrimientos de una madre cuyo hijo a muerto. Si bien esta reflexión se inserta en el contexto de aquellos autores que niegan cualquier tipo de reparación del daño moral, es recogida en su beneficio por quienes la aceptan sólo como pena privada o sanción al ofensor.

La doctrina mayoritaria considera que la reparación pecuniaria del daño no patrimonial es resarcitoria y no punitoria. A lo largo de más de un siglo se han acumulado argumentos y réplicas al respecto. El daño moral constituye una lesión o menoscabo a intereses jurídicos, a facultades de actuar en la esfera de actuar propia del afectado. Que sea difícil demostrar la realidad del dolor, del pensar, de las aflicciones, y más aun que ese dolor o en general sentimientos que el daño provoca no tengan precio, no significan que no sean susceptibles de una apreciación pecuniaria. Es claro que la apreciación pecuniaria no se hace con fines de compensación propiamente dicha, es decir, para reemplazar mediante equivalente en dinero un bien o valor patrimonial destruido, dañado, sustraído, etc. La apreciación pecuniaria cumple, más bien, un rol satisfactivo, en el sentido que se repara el mal causado aunque no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso, cuando se le otorga al ofendido el medio de procurarse satisfacciones equivalentes a las que le fueron afectadas.

Se ha replicado a quienes afirman que la reparación sería punitoria que, si como

ellos lo sostienen, constituye una inmorabilidad la entrega de una suma de dinero a la víctima en concepto del daño moral sufrido dicha inmoralidad subsistiría cualquiera fuere la finalidad que se atribuyere al pago de dicha suma de dinero. De este modo, constituye en realidad un absurdo afirmar que acordando a la suma de dinero una función penal perdería el carácter inmoral que tendría de otorgársele una finalidad de reparación, desde el punto de vista de la víctima, que ve ingresar a su patrimonio una determinada suma de dinero, el resultado en el mismo, siéndole indiferente, en el fondo, el fundamento teórico que se acuerde a dicho pago.

Desde otro punto de vista, se ha criticado la tesis de la resarcibilidad replicando al decir de LLAMBIAS autor citado por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, que “no es posible degradar los sentimientos humanos más excelsos mediante una suerte de subrogación real, por la cual los sufrimientos padecidos quedarían cubiertos o enjugados mediante una equivalencia de goces”. Es de advertir que esta objeción parte de un equívoco: la función resarcitoria del daño moral no es compensatoria. No se trata de dolor con dolor se paga, ni de poner precio al dolor.

Se observa que paradójicamente, quienes consideran inmoral la indemnización del daño moral acuden al argumento de que la pretensión resarcitoria se apoya en una filosofía materialista de la vida, y quienes propician tal pretensión han aducido que si sólo se consideraran reparables los daños materiales, patrimoniales, el principio de la reparación del daño sería incompleto y rudimentario, como si los seres humanos sólo reaccionaran o se agitaran al impulso de intereses materiales

Por último, es necesario puntualizar como lo hace LARENZ autor citado por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, que de lo que se trata, es de una aplicación de la teoría de las distintas funciones que pueden asignarse al pago de una suma de

dinero: función de compensación, función de satisfacción y función punitiva. En cuanto a la función de satisfacción que cumple la reparación del daño moral al ofendido, nos dice el autor “proporcionar al lesionado o perjudicado una satisfacción por la aflicción y la ofensa que se le causó, que le otorgue no ciertamente una indemnización propiamente dicha o un equivalente mensurable por la pérdida de su tranquilidad y placer de vivir, pero sí una cierta compensación por la ofensa sufrida y por la injusticia contra él personalmente cometida. Desde este punto de vista el dinero del dolor no sólo hace referencia al menoscabo sufrido por el lesionado, sino principalmente a la actuación del dañador, es decir, al mayor o menor carácter ofensivo y reprochable de su proceder”.

Pero para establecer la medida de la reparación del daño hay que acudir a las dos tesis enfrentadas. Por una parte los partidarios de la tesis punitiva, para salvar este aspecto, han complementado las pautas ya establecidas con una tercera, que consiste en vincular el daño moral con el daño patrimonial. De este modo la reparación del daño moral guarda razonable proporción con el monto del daño material es decir, patrimonial, reconocido.

El resarcimiento del daño moral recoge, implícitamente, la reparación de perjuicios patrimoniales. En palabra de la doctrina bajo el rubro de daños morales se incluye un plus al resarcimiento de daños materiales que se cuela, como de contrabando, disimulando muchas veces la falta de prueba de los daños materiales. Ante tal apreciación se ha dicho, que hay ilícitos que no producen daño patrimonial alguno, es decir que sólo afectan la esfera extrapatrimonial de la víctima por ejemplo: una intromisión a la privacidad o intimidad de la persona. En un supuesto tal, el parámetro del daño material como punto de referencia es imposible. Y en otros casos el daño patrimonial puede ser cuantioso y no existir, o apenas inferirse, un daño moral.

De otra parte se entiende, que si se está de acuerdo que el daño moral es la lesión o agravio a intereses extrapatrimoniales de la persona, y que este agravio afecta bienes jurídicos que el Derecho protege, la función indemnizatoria del dinero no puede encontrarse en el criterio de equivalencia, propio del resarcimiento de los daños patrimoniales. La tesis que unilateraliza la cuestión de la reparación desde la perspectiva del agente del daño descuida la perspectiva del titular del interés extrapatrimonial afectado.

Es verdad que poner la atención en la gravedad del ilícito puede, según las circunstancias, servir al juez para determinar el quantum indemnizatorio. Pero atendiendo a esta gravedad, el ilícito será computable si existe un factor subjetivo de responsabilidad implicado: sólo la culpa, negligencia o imprudencia o el dolo, es decir el ataque intencionado, deliberado del bien jurídico, pero no en los casos de responsabilidad atribuida por un factor objetivo, como el riesgo creado.

Resulta razonable concluir que, en esta materia, no es posible sentar un criterio apriorístico. La reparación del daño moral puede revestir y reviste comúnmente, el doble carácter de resarcitorio para la víctima y de sanción para el agente del ilícito que se atribuye. Entonces ¿Por qué excluir uno u otro, a la hora de medir, es decir de cuantificar el monto de la indemnización? La reparación cumple, entonces, una función de justicia correctiva o sinalagmática, que conjuga o sintetiza a la vez la naturaleza resarcitoria de la indemnización del daño moral para la víctima (entidad del bien jurídico lesionado, su posición social, la repercusión del daño en su ser existencial individual o personal y también de relación intersubjetiva, etc.) y la naturaleza punitiva o sancionatoria de la reparación para el agente del daño (su mayor o menor deber de prever las consecuencias del hecho ilícito, su situación económica, el factor de atribución de responsabilidad, etc).

La reparación del daño moral si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida a proporcionar en la medida de lo posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado. La jurisprudencia sostiene que el verdadero daño moral es aquel que no implica repercusión económica, no se habla de reparación, sino, de indemnización compensatoria por vía de sustitución.

Por último, debemos dejar claramente establecida la distinción entre moral y Derecho. Distinción que encuentra sus orígenes en las tendencias liberales individualistas. Si bien en la doctrina francesa de los últimos años del denominado Ancien Droit autor citado por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, se había abierto una vía para la consagración de un principio general de responsabilidad fundado sobre un ilícito, concebido como distinto de la infracción penal, pero vinculado como ella a la infracción moral. Los autores del código civil formados en la doctrina canonista trataron de vincular la responsabilidad civil a la responsabilidad moral, lo que tuvo como consecuencia principal colocar a la culpa en el centro del sistema de la responsabilidad civil; puesto que la moral, al tener como fundamento las nociones del bien y del mal, no exige la reparación del daño causado sino cuando lo haya sido mediando la culpa del responsable.

Determinar el grado de culpa exigible, es algo que ha recibido diversas respuestas según la concepción moral profesada. Para algunos, sólo el dolo obligaría, en conciencia, a reparar. Otros, más exigentes, entienden que la simple imprudencia o la negligencia, más o menos grave, crean el sentimiento de responsabilidad moral, desapareciendo ésta exclusivamente cuando no concurra en el evento dañoso culpa alguna o ésta sea extremadamente leve.

De lo que no parece haber duda en la doctrina es que la intención de los

legisladores de 1804 era dotar a la responsabilidad civil de raíces morales, entendida como la moral social. Sin embargo, para garantizar una estrecha correspondencia entre los principios jurídicos y los principios morales en el ámbito de la responsabilidad civil, no es suficiente tener en cuenta la culpa o no culpa del autor del daño, sino que es igualmente necesario examinar las necesidades y la situación personal de la víctima. Y, por otra parte, no debe olvidarse que una cosa es la utilización de términos provenientes de la moral y otra muy distinta, la subsunción de las conductas cuya valoración se realice sobre juicios morales en el ámbito del ilícito.

Debemos concluir señalando, como la doctrina basándose en estos postulados, han sido reiterativos al puntualizar, que se debe dejar la creencia de que el daño moral es un menoscabo, cuya entidad se agota en el ataque o lesión a derechos extrapatrimoniales, mientras que el daño material es pura y exclusivamente lesión o menoscabo a bienes materiales. Ya hemos visto que hay supuestos en el que el hecho dañoso lesiona un derecho extrapatrimonial como por ejemplo, la vida, la salud, y, sin embargo, esa lesión provoca también un daño patrimonial, así, la incapacidad para el trabajo, los gastos de curación y convalecencia que pueden derivarse de la lesión sufrida.

En tal sentido afirma la doctrina que cuando se distingue entre daño patrimonial y daño o agravio moral, o simplemente daño no patrimonial, el criterio de la distinción no radica en el distinto carácter del derecho lesionado sino en el diverso interés que es presupuesto de ese derecho. Sólo así es posible hablar del daño patrimonial indirecto, que es el perjuicio patrimonial o material que ha provocado un ataque a un derecho inmaterial extrapatrimonial, que coexisten o pueden coexistir de este modo, ambos intereses en un mismo derecho. Así, las lesiones que ha sufrido la víctima de un accidente, obligan al responsable a resarcir el daño patrimonial que esas lesiones provocan, pero también, en su caso el daño

extrapatrimonial o daño moral que el ataque a su integridad corporal conlleva, por ejemplo el daño estético. En el ejemplo propuesto un perjuicio de orden patrimonial (o lesión de un interés patrimonial), estaría representado por los gastos - daño emergente- que debió hacer la víctima para su restablecimiento físico y por la incapacidad laboral sufrida -lucro cesante- y simultáneamente, un perjuicio de orden no patrimonial en tanto se ha lesionado el interés a la incolumidad física que el derecho a la integridad corporal presupone y que ha sido menguado por el daño estético.

Por último, para comprender esto hay que tener presente, que el interés esta constituido por facultades de actuar en la esfera propia de la víctima, y que el daño lesiona ese interés que puede ser patrimonial o extrapatrimonial. Sin embargo la noción de interés es el centro de la tutela jurídica, porque es a través del reconocimiento a un interés humano que la persona legítima su facultad de obrar, tendiente a lograr la satisfacción o el goce de bienes jurídicos. Cuando el interés se considera no patrimonial, es porque los bienes jurídicos que garantiza no están referidos al goce o satisfacción de un bien apreciable en dinero, o como dice DE CUPIS autor citado por la Licenciada Angelina Nelly Salazar, “bienes comprendidos en la riqueza material, sino a la satisfacción o goce de un objeto insusceptible de apreciación pecuniaria”.

3.5 El Daño

El Licenciado Gilberto Martínez Rave, nos indica que el daño “es un componente esencial y determinante en la responsabilidad Jurídica Civil, tanto en la contractual como en la extracontractual”²⁶. Es el menoscabo de un interés cualquiera; es el impacto físico o material, que modifica una situación anterior; Es la lesión o menoscabo que se ocasiona a un interés, protegido o no por las normas, como un

derecho real o subjetivo; es un interés patrimonial del ofendido, el que se afecte para que exista el daño.

El interés que se lesiona tiene que ser lícito, es decir que no puede ir contra derecho ser un interés ilícito o ilegal. Precisando mejor, el interés que se protege puede no ser un derecho real o subjetivo pero tampoco puede ser ilícito o contra derecho. No necesita ser reconocido específicamente por el derecho, pero tampoco puede ir contra él.

Es comprensible que ninguna de las normas vigentes define el daño, como sí sucede en otras legislaciones. Por eso, aunque nuestro legislador utiliza frecuentemente el concepto daño, nunca lo definió. La doctrina y la jurisprudencia han ido indicando un concepto de daño, más o menos claro, aunque con las dificultades propias que se derivan de la pretensión de incluir la antijuridicidad formal como elemento esencial del mismo.

Uno de los requisitos del daño es que el interés lesionado debe ser propio o referido a la persona afecta, es decir, que no se puede reclamar el derecho a la indemnización cuando el daño es causado a otra persona, a no ser que se trate de hacer uso del derecho de representación, en cuyo caso quien intenta la acción lo hace por medio de su representante legal, quien procesalmente lo reemplaza.

Por ejemplo el caso de la muerte de una persona, podrá intentar la acción sus herederos, quienes han sido afectados con su muerte o a quienes se ha ocasionado daños económicos o morales. Reclaman, entonces, como perjudicados directos ya que han sufrido lesión en su propio interés. Algunos

²⁶ Martínez Rave, Gilberto, **Responsabilidad civil extracontractual**, Pág. 161.

codifican a los herederos como perjudicados indirectos, que intervienen en lugar de la víctima. Esta situación no podría darse sino en el caso en que ellos reclaman a nombre de la sucesión en donde reemplazan la titularidad que tenía el de cujus. Por eso algunos han sostenido que la lesión indirecta también otorga titularidad para reclamar el daño. La Corte ha aceptado que esos daños, que algunos llaman “de rebote”, se reclaman como directos. En Europa se abre paso el concepto de “daño moral de rebote”, aceptando como tal aquel que sufre una persona cuando observa a su padre, hijo o pariente próximo, sufriendo física o moralmente como consecuencia de un daño. Allí se le clasifica como uno de los perjuicios extrapatrimoniales, no pecuniarios, que debe ser indemnizado. En Colombia apenas empieza a mencionarse el tema.

Hay casos de perjuicios de terceros en donde se puede ocasionar daño propio, porque que el directamente perjudicado quien tiene interés, aunque terceros se beneficien de él. Cuando una persona es herida puede reclamar como daño la imposibilidad que tiene de obtener una productividad moral, generalmente la incapacidad para trabajar, pero si de él dependen otras personas, estas, como terceros, podrían pretender que se les indemnizara los perjuicios patrimoniales sufridos con la lesión de su pariente. La certeza del daño se refiere a la realidad de su existencia. Es la certidumbre sobre el mismo. El concepto está referido a su existencia y no a su monto o actualidad.

Certeza se refiere a la existencia y no a la futuridad del daño. Existen daños indemnizables pasados, como cuando el que se ocasionó ya fue superado, como en el caso de unas lesiones personales de las cuales la persona se ha recuperado totalmente. Puede ser igualmente presente si en el momento del fallo la incapacidad o invalidez continúa. Y puede ser futuro cuando el juez, al decidir, encuentra que las consecuencias del daño se prolongarán en el tiempo, por dejar secuelas permanentes o de por vida. Esta prolongación en el tiempo puede ser

definida si el tiempo de recuperación se puede establecer médicamente, o indefinidamente, si la persona muere y a sus cónyuges e hijos se lesiona patrimonialmente con su muerte.

Para que subsista el daño, no es necesario que el daño esté vigente en el momento de la decisión del juez o funcionario. Ya vimos que el daño puede ser pasado, presente o futuro, en relación con el fallo o decisión del funcionario. Mientras sea cierto será indemnizable.

La subsistencia del daño se entiende como pendiente de indemnización, de pago, en el momento del fallo y no como existencia física o material del daño. La pérdida de un brazo, como daño, puede existir en el momento de proferirse el fallo pero si ya fue indemnizado, pagado, entendemos que no está subsistente para los efectos indemnizatorios.

Si el daño es pasado, presente o futuro en el momento de la demanda, pero ha sido pagada su indemnización en el momento del fallo, ya no subsiste para efectos indemnizatorios aunque físicamente la lesión esté vigente.

3.6 Clases de daño

En el Código Civil se establece en los Artículos 1434, 1645 al 1673 a los perjuicios o daños materiales, que no define, pero que detalla o divide en daño emergente y en lucro cesante. Guarda silencio sobre los daños o perjuicios morales, como todos los códigos que tienen su raíz en el Código napoleónico, texto que desconoció los perjuicios morales.

Indican algunos tratadistas Franceses y Colombianos, que los perjuicios morales no eran indemnizables pues la ley no los había contemplado en las normas civiles, laborales, comerciales o contencioso administrativas, ni en ninguna otra rama del derecho.

A mediados de siglo se empezó a aceptar en la doctrina y en la jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, su existencia como perjuicio indemnizables y algunas normas los mencionaron y consagraron.

Encontramos en estos tiempos que ahora si existe y se plantea así la existencia de otros perjuicios indemnizables que incluyen el *Premium dolores, precio del dolor físico y psíquico, los denominados fisiológicos*, que atentan contra la integridad fisiológica o funcional del perjudicado y contra el disfrute de los placeres de la vida, que se dan en los daños a las personas, especialmente en el delito de lesiones personales o cuando se atenta contra la integridad física del perjudicado, también se incluyen los daños estéticos e incluso se están aceptando los morales de rebote, es decir los que se sufren por un padre o una madre al ver afectado psicológicamente a un hijo o a un pariente próximo con el cual existen relaciones afectivas.

El que más nos interesa en este tema es el daño moral puesto que existen otros muchos daños que no merman económicamente al perjudicado porque afectan intereses no económicos. Existen los que afectan aspectos íntimos, sentimentales, afectivos, emocionales, como la angustia por la muerte de un ser querido, los que afectan facetas de la personalidad, como el derecho a la integridad corporal, el derecho a un buen nombre, o a bienes no tangibles pero que innegablemente hacen parte del patrimonio de una persona.

El término morales ha sido interpretado en diferentes formas y no ha sido un concepto claro y preciso que indique suficientemente el daño a que se refiere. Nuestra jurisprudencia y doctrina no son acordes en su tratamiento. El licenciado Gilberto Martínez Rave nos cita como ejemplo el siguiente: “Para unos el daño moral es el que afecta aspectos no económicos de la persona, en síntesis los extrapatrimoniales. Por lo tanto quedarían incluidos todos aquellos que no son materiales. Por eso, para algunos, daños morales en Colombia serían aquellos que corresponden a los extrapatrimoniales de otros países. Serían patrimoniales los materiales y extrapatrimoniales los morales”.²⁷

Dentro de lo antes indicado existen otros daños que son: los perjuicios fisiológicos, daños corporales (dentro de estos está el daño moral que sufre una persona que ha perdido un miembro de su cuerpo, del acortamiento de un miembro que origina un andar defectuoso, de una secuela que perturba la armonía Corporal, deben ser indemnizados por el impacto emocional que produce en el afectado. El daño moral no solo resulta de ver morir un pariente o persona sentimentalmente vinculada con el perjudicado, sino también de los diferentes impactos emocionales que se sufran con la lesión).

Para concluir, cabe mencionar que realmente en nuestra legislación no se encuentra regulado los daños morales o agravios morales en virtud que en la antigüedad los legisladores no lo contemplaban puesto que eran muy difíciles de cuantificar puesto que estos daños muchos han hecho caso omiso a ellos pero son tan importantes como el derecho puesto que de esto depende que las personas como seres humanos valoremos a otras y todo empieza desde nuestras raíces en vista que si no observamos los valores y principios morales cometemos ilícitos de los cuales causamos a otras personas daños morales puesto que los

mismos no se pueden reparar de ninguna forma económica puesto que los mismos quedan en nuestras mentes y difícilmente se olvidan no están en nuestros recuerdos inmediatos pero si se encuentran en nuestros recuerdos profundos, porque basta solo una chispita o una luz par recordar algún momento o evento en el cual hallamos participado o estuvimos involucrados en el y el cual nos causó un grave daño moral puesto que los daños morales no se pueden comparar unos con otros siendo estos muy distintos y es difícil que un ser humano se pueda recuperar rápidamente de un daño moral puesto que esto afecta su psiquis como persona desde lo mas profundo de su ser.

²⁷ **Ibid**, pág.170

CAPITULO IV

4. El daño moral en otras legislaciones

El Licenciado Manuel Muñoz A. Abogado Profesor U.T. Fco. Sta. María-Talcahuano en su publicación llamada El precio del Daño Moral publicada en *MOBBING Y DERECHOS HUMANOS EN LATINOAMERICA* indica: “La reflexión que el Juez hace para determinar la cuantificación del Daño, no se encuentra exenta de dudas, especialmente debido a la falta de parámetros y sistemas que le ayuden expresar el quantum en la medida más justa posible, considerando además, que el Daño resarcible no es meramente eventual o hipotético, sino, debe reunir los requisitos de realidad y certeza”.²⁸

Continua manifestando el autor de la obra citada que; esta función tiene dificultades adicionales asociadas al concepto de reparación integral, desde que tanto en doctrina como en derecho comparado, no existe precisión alguna para señalar los límites dentro de los que debe expresarse la reparación en ausencia de una proposición legislativa. La jurisprudencia y la doctrina chilena han desarrollado el concepto de reparación integral, teniendo como base la concepción que el daño puede atacar tanto los bienes patrimoniales como extra patrimoniales de la persona, es decir, bienes protegidos jurídicamente que están más allá del comercio humano y las leyes del mercado que lo rigen. Así, el daño puede lesionar la dignidad de la persona; la salud y la vida; el honor; la intimidad, etc. bienes jurídicos que evidentemente no se encuentran en el mismo ámbito de los bienes muebles o inmuebles y, por efecto de ello, no pueden apreciarse en su valor conforme a las leyes de la oferta y la demanda.

²⁸ Muñoz A. Manuel. publicación **El precio del Daño Moral** publicada en *mobbing y derechos humanos en Latinoamérica*

Nos continua indicando el autor que existe otro asunto de no menor importancia, de la relación con las categorías distinguibles en el daño a las personas, y es precisamente allí donde radica un serio problema, pues, los daños a los bienes materiales generalmente, en su reparación no puede optarse por un valor mayor al precio de ellos probado en el juicio. Pero, en las personas, no ocurre lo mismo, pues, alguna doctrina reconoce, además, del daño psicológico o moral; los referentes a la pérdida de calidad de vida o de relación; daños a la estética personal; daño a la vida sexual; pérdida de un trabajo; etc., todos los que para un sector de la doctrina extranjera podrían constituir un tertium genus.

Elementos posibles de considerar en la determinación del daño moral.-

4.1. Algunos antecedentes

Como antecedente previo nos indica el Licenciado Manuel Muñoz, que en otros países se han preocupado de atender la necesidad de los jueces, abogados, las partes y las compañías de seguro en esta materia. En efecto, dos compañías australianas: GIO Inzúrranse Australia y Computer Sciences Corporation, han desarrollado un sistema que ha servido de base para su aplicación en Estados Unidos, el Reino Unido y la misma Australia, comportándose como un efectivo sistema de colaboración para los más amplios campos de los requerimientos humanos, judiciales como extra judiciales. Este sistema puede encontrarse en Internet bajo el nombre de Colossus, ver: www.gio.com.au y www.csc.com. En Francia luego de la Ley Badinter, del 5 de Julio de 1985, que entre su principal mandato se encuentra la de obligar a las aseguradoras de responsabilidad civil, a realizar una oferta a la víctima o a sus herederos y la publicación de las sumas pagadas por concepto de indemnización, sea por transacción o por sentencia, se ha logrado disminuir los juicios por reparación del daño a las personas, a nuestro

entender, por cuanto, las indemnizaciones tienen publicidad de los montos y antecedentes, de tal modo que no resulta incierta para las partes la estimación a priori, y porque de esta forma se reparan en forma suficiente todos los daños causados. En el país de allende los Andes, aún con dificultades económicas por todos conocidas, ha existido un interés en la homogeneidad de la cuantificación del daño a las personas. Los sistemas: Digesto Práctico La Ley-Daños, www.la-ley.com.ar y La base de montos indemnizatorios por daños personales, www.ijjusticia.edu.ar, dan cuenta del interés por adecuar la indemnización reparatoria con fines de difusión y publicidad haciendo más expedito el camino a los jueces, peritos y aseguradoras, y permitiendo, como consecuencia del conocimiento y criterios predecibles, un salto a favor de la mediación.

4.2. Baremo del precio del dolor (Federación Nacional de Víctimas del Camino, Francia.)

El ejemplo que cita el Licenciado Manuel Muñoz nos refiere que los tribunales franceses que ordenaron la creación de baremos y bases de datos, destinados a formar estadísticas que pudieran servir de antecedentes a los jueces y a las partes en la determinación del daño y que se pueden encontrar en www.minitel.fr también en www.fnvictimesdelaroute.asso.fr.

La Tabla es la siguiente:

Afección, dolores y molestias.....	Prettium Doloris.
1.-Muy Leves.....	500 a 750 euros.
2.-Leves.....	750 a 1800 euros.
3.-Moderados.....	1800 a 4000 euros.
4.-Medios.....	4000 a 6000 euros.

- 5.-Algo importantes.....6000 a 12000 euros.
- 6.-Importantes.....12000 a 18000 euros.
- 7.-Muy importantes.....18000 y más euros.

Nos indica el autor citado que estos montos no tienen comparación alguna con los que estamos acostumbrados a conocer en las indemnizaciones con características reparadoras y punitivas en el sistema de la comunidad inglesa y el norteamericano. En Europa, España, concretamente se acaba de condenar a una empresa al pago de 60.000 euros en un juicio por acoso laboral o mobbing (ver: www.mobbingopinion.com.es). Una cantidad que supera los 42.000.000 de pesos chilenos. Una cuestión que nos asombra resulta de la comparación entre la reparación física y el daño moral, siendo este último conforme a la tabla precedente muy superior a la reparación del daño físico.

4.3. Datos regionales de la ciudad de México

1.- Sentencia de 7 de Diciembre de 2004. Rol I. C. N° 1439/2004.
 Hecho: Brazo atrapado y triturado por una máquina.
 Monto de indemnización \$ 90.000.000.-

2.- Sentencia de 15 de Abril de 2004. Rol I.C. N° 3741/2003.
 Hecho: Quemadura con metal líquido.
 Monto de indemnización \$ 15.000.000.

3.- Sentencia de 31 de Marzo de 2003. Rol I.C. N° 1237/2003.
 Hecho: Fractura de hueso de una pierna en accidente.

Monto de indemnización \$ 5.000.000.

4.- Sentencia de 10 de Julio de 2002. Rol I.C. N°. 1893/2001.
Hecho: Amputación de un pié en accidente laboral.
Monto de indemnización, se eleva de 40.000.000 a 70.000.000 de pesos.

5.- Sentencia de 12 de Enero de 2002. Rol I.C. N° 167/1999.
Hecho: Lesión en una pierna en accidente laboral.
Monto indemnización Daño Moral \$ 20.000.000. Lucro cesante \$ 20.000.000.

6.- Sentencia de 13 de Julio de 1998. Rol I. C. 121/98.
Hecho: Pérdida de una pierna en accidente laboral.
Monto de indemnización \$ 30.000.000.

7.- Sentencia de 18 de Julio de 2001. Rol 1428-00 IC.
Hecho: Fractura de pierna en cámara de aguas lluvias.
Monto de indemnización \$ 6.000.000. (I. C.)

8.- Sentencia del 7 de Julio de 2003. Rol 3.291-01 IC.
Hecho: Fractura antebrazo por caída en hoyo de vereda.
Monto de indemnización \$ 10.000.000.

9.- Sentencia del 19 de Diciembre de 2001. Rol 1ra. Inst. 2308.(2º Civil Thno.)
Hecho: Muerte de menor aplastado por tubo de alcantarillado.
Monto de indemnización \$ 50.000.000 para cada uno de los padres y \$

30.000.000, para hermano. (avenimiento manifestado \$ 65.000.000.)

10.- Sentencia de 5 de Marzo de 2001. Rol I.C. 1176/2000.
Hecho: Lesiones por caída en alcantarillado.
Monto de indemnización \$ 5.000.000.

11.- Sentencia del 10 de Agosto de 2000. Rol N° 1977-99 IC.
Hecho: Muerte en hospital por infección generalizada luego de operación.
Monto de la indemnización: \$ 70.000.000 al cónyuge. \$ 40.000.000, a cada uno de sus dos hijos.

12.- Sentencia de 14 de Abril de 1998. Rol 4520.
Hecho: Muerte por herida de bala.
Monto de indemnización \$ 15.000.000.

13.- Sentencia de 27 de Mayo de 1997. Rol N° 2853.
Hecho: Lesiones a causa de un colector de aguas lluvias en mal estado. Monto de indemnización \$5.000.000.

14.- Sentencia de 28 de Agosto de 2002. Rol I.C. N° 161-2002.
Hecho: Tripulante pierde extremidad superior a la altura del codo. Posterior amputación a la altura del hombro.
Monto indemnización \$ 35.000.000.

15.- Sentencia de 18 de Diciembre de 2003. Rol I.C. N° 1703- 03.

Hecho: Mala praxis médica en trabajo de parto. Niño nace con incapacidad absoluta permanente. Monto indemnización \$ 100.000.000. Además, tratamiento de por vida a cargo del Establecimiento Hospitalario demandado.

16.- Sentencia de 22 de Octubre de 2004. Rol I.C. N° 1899-04.
Hecho: Trabajador muere en explosión de estanque de petróleo.
Monto indemnización \$ 30.000.000 para cónyuge y \$ 15.000.000 a cada uno de sus hijos.

17.- Causa Rol Nro. 2453. Trabajador muere en accidente laboral.
Avenimiento \$ 65.000.000.

18.- Sentencia de 27 de Julio de 2004. Rol I.C. 4496.
Hecho: Traumatismo de pelvis y cadera por caída en hoyo.
Indemnización \$ 25.000.000 a la víctima y \$ 5.000.000 a la madre.

19.- Sentencia de 29 de Septiembre de 2003. Rol I.C. N° 5340-2003.
Hecho: Accidente vial, con secuela permanente.
Monto de indemnización se eleva en beneficio de la víctima a \$ 300.000.000.
Además de montos menores a otros actores, en un total de 40.000.000.-

20.- Sentencia de fecha 23 de Marzo de 1999. Rol I.C. N° 1520-98.
Hecho: Muerte de menor por caída de un mástil en plaza pública.
Monto de indemnización a los padres \$ 25.000.000, a cada uno, más una indemnización de \$ 5.000.000 a cada uno de sus dos hermanos. Total \$ 60.000.000.

4.4. El daño moral

Manifiesta el Licenciado Manuel Muñoz A. Abogado Profesor U.T. Fco. Sta. María-Talcahuano en su publicación llamada El precio del daño moral publicada en **MOBBING Y DERECHOS HUMANOS EN LATINOAMERICA**, que si bien la doctrina y la jurisprudencia han establecido que procede la reparación del daño moral, dicho asunto no resulta pacífico en cuanto, a como debemos comprender este concepto y bajo que sistema o parámetro aplicaremos su cuantificación.

Algunos consideran el daño moral en relación al bien jurídico afectado, y serían todos aquellos que tienen una importancia esencial en la vida de una persona, cuya lesión viola la tranquilidad espiritual, la paz, sus relaciones de vida, el honor, la tranquilidad; en consecuencia, no requieren más requisitos para su reparación que la prueba del ilícito y la titularidad del imputado. Otros lo aprecian, para los efectos reparativos, en relación a sus efectos, entendiéndolo como una pérdida que va más allá del dolor que provoca, concretándose en una disminución profunda del ánimo, preocupaciones más allá de las normales o estados de irritabilidad que superan el propio dolor del daño.

En cuanto a la prueba del daño moral, se ha establecido que como todo daño este también debe ser probado por quien lo invoca como fundamento de la acción reparadora. Pero, surgen las siguientes preguntas emitidas por el Licenciado Muñoz A. ¿qué es lo que se prueba? ¿Puede probarse el dolor psíquico o moral de una persona, cuando se supone que este se encuentra radicado en lo más profundo del ser? Aún, ilustrando el Juez su decisión en base a pericias psiquiátricas o psicológicas, siempre habrá un riesgo de apreciación subjetiva. Por ello, es sustentable sostener que la exigencia procesal cambia de sujeto cuando se ha acreditado el hecho objetivo, la lesión o violación de un bien jurídico,

mediante una acción antijurídica y existe una determinación del sujeto actuante, en cuyo caso corresponde a este acreditar que su acción dañosa, objetivamente, no ha provocado lesión alguna.

4.5. Pautas Generales

En la imposibilidad de contar con base de datos, baremos o tablas destinadas a prestar información al Juez, se pueden considerar, a lo menos, las siguientes pautas generales:

- 1.- El dolor físico causado por el ilícito.
- 2.- El impacto moral del hecho sobre la víctima.
- 3.- El tiempo de postración, incapacidad o convalecencia.
- 4.- Consecuencias de la lesión física o psíquica, permanentes o temporales, parciales o totales.
- 5.- Condiciones personales de la víctima, en especial su edad.

4.6. Hacia la racionalización en la reparación del daño

El Código Civil Italiano citado por el Licenciado Manuel Muñoz, reconoce la existencia del daño biológico, tratado como una lesión a la integridad psico-física, reconociendo la dualidad indivisible de la persona, en cuanto es parte física y parte psíquica. Concepción que no es ajena a la perspectiva racionalizadora de la reparación del daño en la comunidad europea.

Para establecer principios generales que sean base de disposiciones constitucionales, en el mundo europeo, se dirige la mirada a la dignidad de la persona humana, pues, este es el pilar fundamental de la legislación internacional y su reconocimiento supera las fronteras continentales para convertirse en una base de solidez universal. Ello no implica otra cosa, que las lesiones sufridas por los seres humanos a su integridad, deba ser necesariamente reparada, independiente de las circunstancias o características individuales de la víctima.

Este concepto europeo de la reparación del daño no económico se encuentra vinculado, globalmente en el deber de cuidado que los Estados y organizaciones supra individuales tienen respecto a las personas.

Un principio estructural conocido también por nosotros es el de la igualdad. De la Constitución Mexicana con la Guatemalteca puesto que nos entrega su reconocimiento tal es el caso de los artículos dos, cuatro y 44 de nuestra carta magna Guatemalteca. Sin embargo, ello se desconoce generalmente en el sentido que hay una reticencia a sostener motivaciones y considerandos en el mandato constitucional. Esto debe llevarnos a una aplicación objetiva, uniforme e igualitaria de los principios que informan la reparación. No es posible en este caos de guarismos equiparar la reparación por un daño grave, que produce incapacidad absoluta en términos de desigualdad, respecto de aquellos leves o levísimos. Aún, todos ellos con el dolor de los parientes cercanos por el fallecimiento de la víctima.

Existe una falencia de baremo, principios generales, base de datos, recopilaciones indicativas y en consecuencia, una falta de objetividad en la apreciación de los términos de la reparación. Ello no implica negar el derecho de la víctima, dado que de esa forma se produce un retroceso en el desarrollo de la equidad, con todo lo

que ello implica, y un desconocimiento de los avances en las doctrinas jurídicas de la reparación del daño. El proceso evolutivo del derecho y su tenaz ímpetu por adecuar las normas que protegen al ser humano en el tráfico de una sociedad cada día más violenta y deshumanizada, constituye un logro de toda la humanidad, y los hombres de derecho no tienen otra alternativa que promover y enriquecer sus fundamentos.

4.7. Daño a la persona

Para una mejor comprensión del concepto, daño a la persona, debemos entender que en ella radica un bien jurídico fundamental: la vida. Un breve examen a las páginas de la obra de Tomás de Aquino, “La Summa Teológica”, nos permite percibir que la vida es un bien ético por excelencia. Pero, si ello no bastara, para su apreciación real, todos los instrumentos internacionales, proveen de principios laicos, tan poderosos como los del mundo cristiano, para establecer universalmente que tanto del punto de vista axiológico como jurídico, interesa la protección y el respeto a la persona humana, su salud y vida y su dignidad como tal.

Antecedentes legales, como ya se ha dicho, en nuestro país la regla general ordena que todo perjuicio, derivado de una acción ilícita, dolosa o culposa, debe ser reparado por el autor de dicha acción. No existen diferencias fundamentales se trate del daño contractual o extra contractual. Esta reparación debe ser integral, en cuanto, se extiende en todos los perjuicios patrimoniales, pero además, a los extra patrimoniales.

Continúa manifestando el autor antes citado, respecto a la apreciación de los perjuicios no patrimoniales y el cálculo de su monto, necesariamente debemos

seguir una política de principios sustentados en la esencia de los bienes jurídicos dañados, situándonos en la nueva dimensión respecto al valor de los derechos humanos reconocidos internacionalmente y por nuestra propia legislación, partiendo de la Carta Fundamental, en cuanto dispone que el Estado está al servicio de la persona humana, lo que no puede entenderse sino, en el sentido que toda actividad autorizada por el Estado, de carácter público como privado, debe llevar en sus fines este propósito.

Del mismo modo, el valor integral de los bienes no patrimoniales, obligan a pensar que la protección de la dignidad de la persona humana, ha sido reconocida universalmente y consecuentemente debe constituirse como elemento fundamental en la decisión reparadora.

En este orden de ideas la salud debe ser considerada, no solamente en relación a la víctima, pues, se sabe que es la seguridad social, en la que está involucrada la política del país, quien debe hacerse cargo de la recuperación, en su caso, o de la sustentación de la víctima y su grupo familiar. Sin perjuicio que toda víctima presenta por si misma la pérdida de una chance, desde que la sociedad no podrá sumar la fuerza creativa y de trabajo de uno de sus miembros, lo que evidentemente interesa a todos en lo personal y a la comunidad en general.

El principio sostenido por la Constitución Política de México en el sentido que en ese país no hay grupos privilegiados, y que ante la ley todos somos iguales en garantías y derechos, nos permite señalar que en la reparación no deben considerarse diferencia alguna.

La valoración de la vida humana, comprendiendo en ella su salud, su

reconocimiento como garantía del Estado en su naturaleza de derecho fundamental, la promoción y protección de la misma, son los pilares de toda sociedad pluralista, democrática y de hondo sentido humanista, condiciones que hoy distinguen a las naciones más civilizadas.

De lo cual determino que la constitución Mexicana se compara con la Guatemalteca en virtud que ambas regulan lo concerniente al daño en general pero no nos indican con exclusividad como se va a resarcir el daño moral o agravio moral, de esa cuenta considero que nuestra legislación debe de contener dicha reglamentación en vista que es necesaria para la psiquis de la persona.

El Licenciado Manuel Muñoz establece que no es posible terminar estas lucubraciones sin acudir a la ayuda del Profesor José Luis Cea Egaña, quien en la Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo, N° 11 de este año, en un trabajo sobre el principio de la Independencia, expresa: "Más todavía y lo destaco con énfasis: Careciendo de ese valor esencial, tampoco puede la judicatura cumplir el rol más importante que detenta en nuestros tiempos, el cual es, simultáneamente, fuente de crecimiento de su poder como órgano estatal soberano y causa de sus mayores y más difíciles dilemas. Así es, efectivamente, desde que en la protección, previamente hecha o ex post, del respeto en todo momento y circunstancia de la dignidad personal y de los derechos humanos, hallan los jueces la función más noble, decisiva, compleja y delicada que la democracia y el constitucionalismo les hayan confiado hasta la fecha".

De todo lo anteriormente expuesto podemos concluir que a pesar que otras legislaciones han dado pasos hacia delante en cuanto al cálculo para indemnizar el daño moral, el mismo ha sufrido una serie de inconvenientes, en vista de no existir en nuestra legislación parámetros que guíen a los jueces y la decisión que

deben tomar los mismos es complicada desde todo punto de vista, pues el hecho de que cada persona reaccione de forma diferente ante un daño causado hace que la indemnización que para unos es suficiente para otros no alcance para nada, es por ello lo complejo de cómo resarcir el daño moral o agravio moral, debiendo los juristas de la actualidad establecer un parámetro para resarcir dichos daños de una forma equitativa y que resulte justa.

CONCLUSIONES

1. No existe en nuestro ordenamiento jurídico una legislación que regule el daño moral o agravio moral; puesto que no es reparable en dinero pero algunos aspectos son necesarios y relevantes porque este daño afecta a la persona en forma individual, familiar y social, así como a toda la sociedad guatemalteca.
2. Se constató que las autoridades facultadas por la Constitución Política de la República de Guatemala, no han presentado ninguna iniciativa de ley, en la cual se indique qué es el daño moral, así como qué tipos y clases de daños morales pueden existir en vista de que hay diversidad, desde los daños morales ocasionados por pérdidas materiales, por derechos íntimos o personales, familiares y sociales.
3. Los legisladores no han hecho nada por fomentar los valores y principios morales en todos los habitantes de la República de Guatemala, a efecto de evitar que se ocasionen daños patrimoniales, psicológicos y físicos; para que éstos no tengan como consecuencia los daños morales en virtud de que afectan a la persona, a la sociedad y al Estado.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario que los legisladores, a través de los medios de comunicación hagan conciencia a los habitantes de la República de Guatemala, en lo que respecta a establecer en la legislación nacional, en qué consiste el daño moral, así como determinar las clases de daño moral que existen; desde el daño moral material hasta el daño sentimental, íntimo o personal, familiar y social.
2. Se debe determinar, en una iniciativa de ley propuesta por la Universidad de San Carlos de Guatemala, qué tipos y clases de daños morales pueden existir en vista de que, desde que se causa un daño material, también se está ocasionando un daño moral; asimismo, que se indique de qué forma afectan al individuo dentro de la sociedad, puesto que estos daños no son cuantificables en dinero.
3. Que las instituciones sociales, ayuden y apoyen al sujeto afectado psicológica y materialmente por el daño moral que se le ha ocasionado, así como señalar en cada caso el procedimiento a seguir en virtud que en nuestra legislación no se encuentra regulado.

BIBLIOGRAFÍA

ACEVEDO BLANCO, Roberto. **Manual de derecho penal**. Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 1983.

DE AQUINO, Santo Tomás. **Tratado de la justicia**. 2ª.; ed. Trad. De Carlos Ignacio González, México: Ed. Porrúa, 1981.

BARRIENTOS PELLECCER, César Ricardo. **Curso básico sobre derecho procesal penal en Guatemala**. Guatemala: Ed. Llerena, S.A., 1993.

BARRIENTOS PELLECCER, César Ricardo. **Derecho procesal penal guatemalteco**. 2ª. ed. Guatemala: Ed. Magna Terra Editores S.A., 1995.

BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica**. Bogotá, Colombia: Ed. Siglo XXI, 1986. BINDER, Alberto. **Introducción al derecho procesal penal**. Argentina: Ed. Alfa Beta. S.A., 1993.

BINDER, Alberto. **Política criminal, poder penal y sociedad democrática**. Guatemala: (s.e.), Reproducción del ICCPG., 2001.

BOVINO, Alberto. **Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos**. Revista ¿Más derecho?. Año 1- Noviembre de 2000. No 1. Fabián. Buenos Aires, Argentina: Ed. Diplacido.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal español**. Parte general. Barcelona, España: Ed. Ariel, S.A., 1984.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 14ª. ed.; revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá Zamora y Castillo. Buenos Aires, Argentina: Ed. Eliasta, S.R.L., 1979.

CASTILLO DE JUAREZ, Crista Ruiz. **Historia del derecho**. 8ª.ed.; revisada, ampliada y actualizada. Guatemala, C.A.; Ed. Impresos Praxis 1999.

CASTILLO DE JUAREZ, Crista Ruiz. **Teoría General del Proceso**. 6ª.ed.;

revisada y actualizada. Guatemala, C.A; Impresos Praxis 1998.

COSTA, Fausto. **El delito y la pena en la historia de la filosofía**. Trad. de Mariano Ruiz Funes, 2ª. Ed.; México: Ed. UTEHA, 1953.

DE AQUINO, Santo Tomás. **Tratado de la justicia**. 2ª.; ed. Trad. De Carlos Ignacio González, México: Ed. Porrúa, 1981.

FENECH, Miguel. **Derecho procesal penal**. 1vols.; 3ª. ed.; Barcelona, España: Ed. Labor, S.A., 1960.

FUNDACION, Tomás Moro. **Diccionario jurídico Espasa**. (s.e). Madrid, España: 1991.

GARCÍA VALDEZ Carlos Alberto. **Ley penitenciaria**. Madrid, España: Ed. Tecno, 1985. GARCÍA BASALO, J. Carlos. **Algunas tendencias actuales de la Ciencia penitenciaria**. Managua, Nicaragua: Ed. Talleres el Gráfico Impresiones, 1970.

GARCÍA VALDEZ, Carlos. **Comentarios a la legislación penitenciaria**. Madrid, España: Ed. Civitas, 1982.

GARCÍA VALDEZ, Carlos. **Teoría de la pena**. Madrid, España: Ed. Tecnos, 1985.

GÓMEZ REMOLINA, Germán E. **Programa de criminología**. UDENAR, Univ. Nacional, Pasto. Bogotá, Colombia: (s.e.), 1995.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. **Las consecuencias jurídicas del delito**. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1984.

MADRAZZO, Carlos. **Educación, derecho y readaptación social**. México: Editado en Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1979.

MALDONADO AGUIRRE, Alejandro. **Las constituciones de Guatemala** Guatemala: (s.e) (s.f).

- MARTINEZ RAVE, Gilberto. **Responsabilidad civil extracontractual**
Santa Fe de Bogota, Colombia: Ed. Temis S.A. 1998.
- MAPELLI CAFFARENA, B. **Principios fundamentales del sistema penitenciario español.** Barcelona, España: Ed. Bosch, (s.e) 1983.
- MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal parte general.** Barcelona, España: Ed. PPU, 1984.
- MIER OSEJO, Edgar Etall. **Criminología: Análisis de los Artículos 10 y 42 de la Ley 65 de 1993.** Mecanografiado. UDENAR, Pasto, 1995.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal.** Barcelona, España: Ed.Tecnos, S.A., (s.f.)
- NEUMA, Elias. **Prisión abierta.** 2ª ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. De Palma, 1984.
- RESTREPO FONTALVO, Jorge. **Criminología. Un enfoque humanístico.** Bogotá, Colombia: Ed. Forum. Pacis, 1993.
- Universidad de San Carlos de Guatemala. **Revista jurídica,** Guatemala: Ed. Universitaria 2003
- W. HASSEMER. **Fines de la pena en el derecho penal de orientación Científico social, en derecho penal y ciencias sociales.** Barcelona, España: Ed. MIR Universidad Autónoma de Barcelona, 1982.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal parte general.** 3ª. y 6ª. ed. Buenos Aires, Argentina, 1982 y 1990.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología.** Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 1993.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sistemas penales y derechos humanos en**

América Latina. (s.l.i.): Ed. Hammurabi (s.f.)

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-73, 1973.

Código Civil. Decreto Ley, Peralta Azurdia Enrique Jefe del Gobierno de la República, Decreto 106.

Código de Trabajo. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 1441

Código Procesal Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 51-92, 1992.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 289, 1989.

Ley del Organismo Judicial (derogada) Decreto 1762 del Congreso de la República.