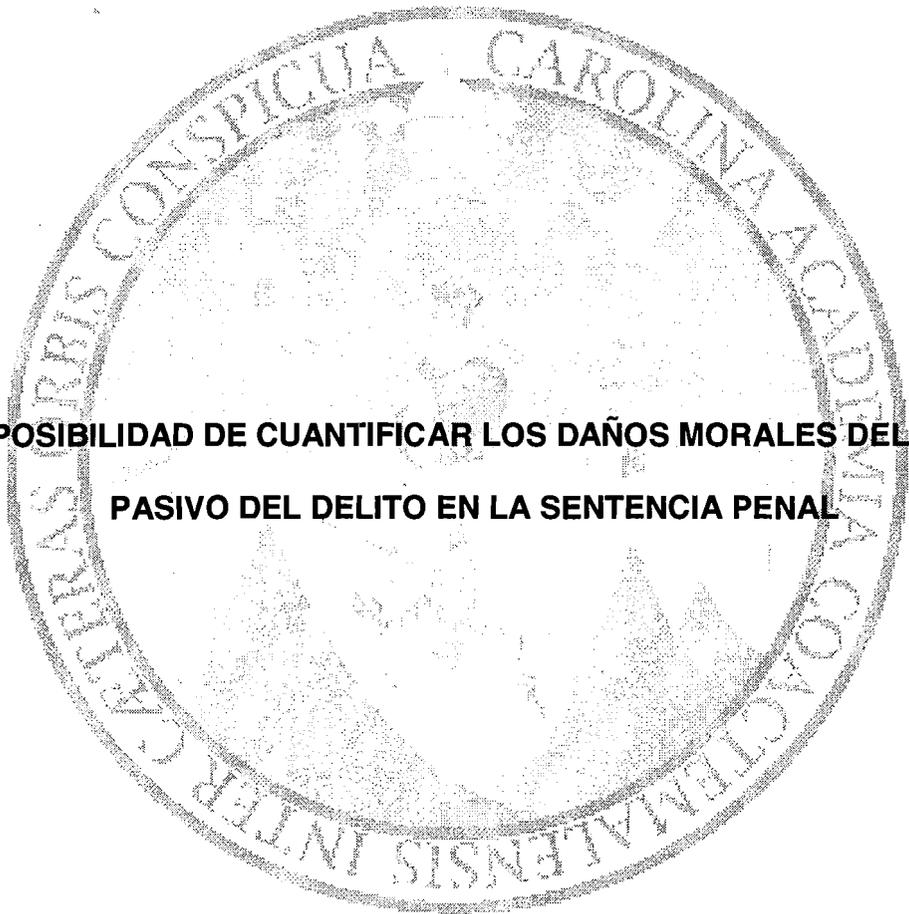


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure, likely a religious or historical figure, surrounded by a Latin inscription: "SISNETHI INTER CAECITIA COACTA ACADÉMIA CAROLINA CONSPICUA TERRAS".

**LA IMPOSIBILIDAD DE CUANTIFICAR LOS DAÑOS MORALES DEL SUJETO
PASIVO DEL DELITO EN LA SENTENCIA PENAL**

RENATO EMANUEL LÓPEZ MALDONADO

GUATEMALA, ABRIL DE 2012

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

**LA IMPOSIBILIDAD DE CUANTIFICAR LOS DAÑOS MORALES DEL SUJETO
PASIVO DEL DELITO EN LA SENTENCIA PENAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

RENATO EMANUEL LÓPEZ MALDONADO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, abril de 2012

**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. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO: Lic. Marco Vinicio Villatoro López

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase

Presidenta: Licda. Edna Mariflor Irungaray López
Vocal: Lic. Emilio Gutiérrez Cambranes
Secretario: Lic. Marco Tulio Escobar Herrera

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Leonel Armando López Mayorga
Vocal: Licda. Lilibian Irasema Araujo Pérez.
Secretario: Lic. David Sentés Luna

RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público)



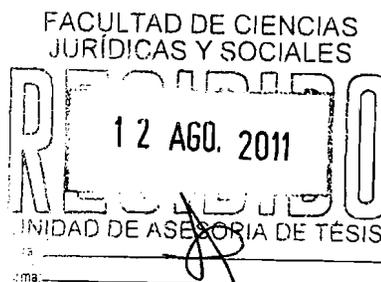
*Lic. Italo Guido Aresti Orellana
Abogado y Notario
Colegiado No. 7,136.*

*7ª. Avenida 5-10 zona 4, Edificio Centro Financiero Torre I Nivel 6.
Teléfono: 2420-3182*

Guatemala ciudad, 20 de Julio de 2011.

Licenciado:

Carlos Manuel Castro Monroy.
Jefe Unidad Asesoría de Tesis.
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad de San Carlos de Guatemala.



Respetable Licenciado:

En cumplimiento al nombramiento de fecha seis de mayo del año dos mil once, dictado para revisar el trabajo de tesis de grado académico del Bachiller Renato Emanuel López Maldonado, intitulado **“LA IMPOSIBILIDAD DE CUANTIFICAR LOS DAÑOS MORALES DEL SUJETO PASIVO DEL DELITO EN LA SENTENCIA PENAL”**, De la revisión practicada, se establece que:

- a) Habiendo determinado que el tema propuesto es de significativa importancia ya que la hipótesis planteada fue comprobada en el desarrollo del trabajo realizado, se basa en aspectos doctrinarios recientes y los complementa con un contenido científico y técnico, desarrollando el proceso Investigativo en forma adecuada.
- b) La estructura del trabajo se analizó y se determinó que en el presente, se ha observado la aplicación científica de los metodos: deductivo, el cual señaló el problema a investigar, el sintético, el cual indica los procesos para establecer diferencias del daño moral y el daño patrimonial, el historico, util para obtener informacion sobre los derechos de daños. Utilizando las técnicas de investigacion siguientes: documental y fichas bibliograficas, satisfaciendo los objetivos propuestos en la investigación.
- c) En la redacción del trabajo de tesis el bachiller utilizó las técnicas y metodología adecuadas a la presente investigación al utilizar una redacción clara y práctica para la fácil comprensión del lector, determinándose que la hipótesis formulada se comprobó con los elementos legales que identificaron la imposibilidad de cuantificar los daños morales y los que se toman en consideración para cuantificarlos en sentencia, por lo que considero que observó todas las exigencias reglamentarias.



Lic. Italo Guido Aresti Orellana

Abogado y Notario

Colegiado No. 7,136.

7ª. Avenida 5-10 zona 4, Edificio Centro Financiero Torre I Nivel 6.

Teléfono: 2420-3182

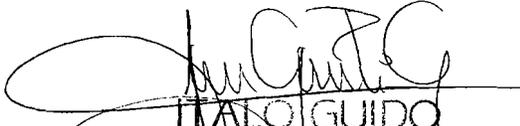
- d) En la bibliografía utilizada en el presente trabajo es actual, puedo mencionar que es la adecuada ya que tiene relación con el fondo de la investigación.
- e) Las conclusiones emitidas son el resultado del estudio e investigación realizado, además derivan del desarrollo del mismo ya que fue comprobada la hipótesis planteada en el trabajo.
- f) Con respecto a las recomendaciones son una contribución científica para el ordenamiento jurídico de Guatemala, dando a conocer la situación jurídica actual con respecto a la poca atención ;

Por lo expuesto concluyo que el trabajo de tesis del bachiller **RENATO EMANUEL LÓPEZ MALDONADO**, no se limita a cumplir únicamente con los presupuestos de presentación y desarrollo, sino también a la sustentación de teorías, análisis y aportes tanto de orden legal como de academia, ello en atención a las normativas y presupuestos reglamentarios regulados para el efecto, resultando como punto relevante el contenido analítico inserto en todo el trabajo de investigación.

Me es grato reconocer el mérito del trabajo realizado y la contribución científica que se aporta, en consecuencia, considero que el trabajo de tesis reúne los requisitos necesarios para ser aprobado, de conformidad con el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Por lo considerado, como revisor, apruebo y emito **DICTAMEN FAVORABLE** para que el presente trabajo de tesis del bachiller **RENATO EMANUEL LÓPEZ MALDONADO**, sea aceptado para su discusión en el examen público de graduación.

Respetuosamente,


ITALO GUIDO
ARESTI ORELLANA
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, veintidós de agosto de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **SERGIO ALEJANDRO GIRÓN**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **RENATO EMANUEL LÓPEZ MALDONADO**, Intitulado: **“LA IMPOSIBILIDAD DE CUANTIFICAR LOS DAÑOS MORALES DEL SUJETO PASIVO DEL DELITO EN LA SENTENCIA PENAL”**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: “Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estime pertinentes”.


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
CMCM/ brsp.



Licenciado **SERGIO ALEJANDRO GIRON**

Revisor de Tesis

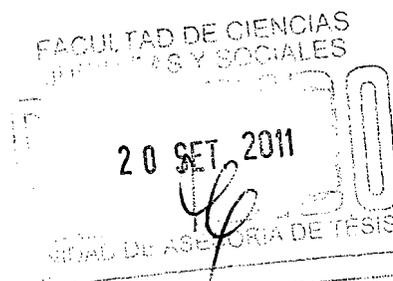
Colegiado 6163

7^a. Avenida 5-10 zona 4, 6to. Nivel, Torre I, Edificio Centro Financiero

Teléfono: 2420 3182

Guatemala, 20 de septiembre de 2011

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Licenciado Castro Monroy:

Le informo que de conformidad con el nombramiento emitido por el despacho a su cargo de fecha veintidós de agosto del año dos mil once, procedí a la revisión del trabajo de tesis del Bachiller **RENATO EMANUEL LÓPEZ MALDONADO**, que se denomina: **“LA IMPOSIBILIDAD DE CUANTIFICAR LOS DAÑOS MORALES DEL SUJETO PASIVO DEL DELITO EN LA SENTENCIA PENAL”**. Después de la tutoría encomendada, le doy a conocer lo siguiente:

1. El contenido de la tesis es científico y técnico, además el ponente utilizó la legislación y doctrina acordes, redactando la misma de forma adecuada, empleando un lenguaje apropiado y se desarrollaron de manera sucesiva los distintos pasos correspondientes al proceso investigativo.
2. Los métodos que se emplearon fueron: deductivo, con el que se señaló la problemática actual, el inductivo, estableció sus características, el sintético, indicó lo relativo a los mecanismos que permitieron establecer las diferencias cualitativas entre lo que es el daño moral del patrimonial y el histórico con el cual se obtuvo la información de los derechos de daños. Se utilizaron las siguientes técnicas de investigación: fichas bibliográficas y documental, las cuales fueron de utilidad para la recolección de la información actual y suficiente para el desarrollo de la tesis.
3. La redacción utilizada es la adecuada. Los objetivos determinaron y establecieron que la legislación guatemalteca relacionada con este tema no está actualizada, lo cual pone en desventaja a la víctima puesto que si no se encuentra en ley no se puede reclamar. La hipótesis formulada fue comprobada, dando a conocer los elementos jurídicos que determinan la imposibilidad de cuantificar los daños morales y las condiciones que se toman en cuenta para cuantificarlos en la sentencia.



Licenciado **SERGIO ALEJANDRO GIRON**

Revisor de Tesis

Colegiado 6163

7ª. Avenida 5-10 zona 4, 6to. Nivel, Torre I, Edificio Centro Financiero

Teléfono: 2420 3182

4. El tema de la tesis es una contribución científica y de útil consulta tanto para profesionales como para estudiantes, en donde el ponente señala un amplio contenido doctrinario y jurídico, desarrollando una argumentación adecuada sobre el resarcimiento de los daños morales, así como la imposibilidad de cuantificarlos de manera objetiva, siendo actualmente cuantificados de manera subjetiva, que tienen como base el cálculo de los daños patrimoniales.
5. Las conclusiones y recomendaciones se redactaron de manera sencilla y constituyen supuestos certeros, que dan a conocer la problemática actual.
6. Se empleó la bibliografía adecuada y de actualidad. Al sustentante le sugerí diversas enmiendas a su introducción y capítulos, encontrándose conforme en su realización; siempre bajo el respeto de su posición ideológica, apruebo el trabajo de investigación presentado.

La tesis desarrollada por el sustentante cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.

Lic. Sergio Alejandro Giron
ABOGADO Y NOTARIO

Licenciado **SERGIO ALEJANDRO GIRON**

Revisor de Tesis

Colegiado 6163

7ª. Avenida 5-10 zona 4, 6to. Nivel, Torre I, Edificio Centro Financiero

Teléfono: 2420 3182



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintiuno de febrero de dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de el estudiante RENATO EMANUEL LÓPEZ MALDONADO titulado LA IMPOSIBILIDAD DE CUANTIFICAR LOS DAÑOS MORALES DEL SUJETO PASIVO DEL DELITO EN LA SENTENCIA PENAL. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

LEGM/sllh





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por ser quien me ha concedido la sabiduría, quien me ha dado las fuerzas para enfrentar toda dificultad, por darme la oportunidad de alcanzar esta meta
- A MIS PADRES:** Lucilo López Ruiz y Amada Obdulia Maldonado. (Q.E.P.D.) Quienes han sido mi guía, fortaleza y me instaron a seguir siempre adelante con sus palabras, les agradezco por forjarme como una persona responsable y de bien, y por eso hoy este triunfo es para ustedes.
- A MIS HIJOS:** Steven Emmanuel, Emma Johanna, Emmely Adriana, quienes juntos hemos aprendido a tener fortaleza, compartir la alegría y tener paciencia y al lado de ellos hoy celebro este logro.
- A MI ESPOSA:** Ingrid Johanna De León Aragón, por tu confianza, por tu colaboración, por tu paciencia, por tus palabras de aliento para seguir adelante para alcanzar esta meta.
- A MIS HERMANOS:** Otto, Patricia, Lorena, Byron, Ana, Edwin. Gracias por el apoyo que siempre me han brindado en cada momento durante todo el tiempo de mi carrera.
- A MIS SUEGROS:** Orlando De León y Cleotilde Aragón, por sus sabios consejos y el apoyo incondicional, gracias por estar allí cuando he necesitado siempre han sido un estímulo para mejorar.



A: Violeta Patricia de León Aragón.
Por su apoyo incondicional a mi familia y sus muy acertados consejos y con quien hoy comparto este éxito de mi vida.

A MIS SOBRINOS: Sentes López, Rodríguez López, López Barrillas, De León López, López Galdamez.
Todas las metas son alcanzables, todo lo que se propongan en la vida se puede lograr, con esfuerzo y sacrificio.

A MIS AMIGOS: Edwin Villatoro, Giovanni Guadamuz, Jorge Ramos, Héctor Cáceres, Vilma Poroj, Enrique Morales. Por su amistad a lo largo de la carrera, y a los compañeros de Serjursa, con los que hoy comparto este logro.

A: Lic. Italo Guido Aresti Orellana y al Lic. Sergio Alejandro Girón, por su colaboración en la asesoría y en la revisión del presente trabajo de investigación.

A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, y La Tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por abrirme sus puertas y darme la oportunidad de realizar mis estudios y poder egresar de ella con mucho orgullo.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El derecho de daños.....	1
1.1. Definición de daño	7
1.2. Daño moral y sanción.....	8

CAPÍTULO II

2. La responsabilidad penal.....	13
2.1. Grados de responsabilidad penal.....	16
2.2. Extinción de la responsabilidad penal.....	21

CAPÍTULO III

3. La responsabilidad civil.....	23
3.1. Reseña histórica de la responsabilidad civil.....	25
3.2. El deber de responder.....	30
3.3. Funciones de la responsabilidad civil.....	36
3.4. Definición de responsabilidad civil.....	42
3.5. Responsabilidad civil por la comisión de un delito.....	50



CAPÍTULO IV

Pág.

4. La cuantificación de los daños morales del sujeto pasivo del delito en la sentencia penal.....	59
4.1. La imposibilidad de cuantificar los daños morales del sujeto pasivo del delito en la sentencia penal.....	65
CONCLUSIONES.....	83
RECOMENDACIONES.....	85
BIBLIOGRAFÍA.....	87



INTRODUCCIÓN

Los daños son la consecuencia de una acción dolosa o culposa, los cuales deben indemnizarse de acuerdo a la legislación civil y penal guatemalteca. Sin embargo, el problema se presenta cuando se trata de la reparación de los daños morales, puesto que la doctrina y la legislación no establecen parámetros para determinar técnica, ni científicamente la forma de compensar el daño moral. Ante esta situación, se consideró pertinente realizar una investigación que fundamentara los elementos jurídicos que permitan establecer la cuantía cuando ocurre este tipo de responsabilidad, ante lo cual se planteó como hipótesis que no es posible esa cuantificación porque el daño moral ocurre en la esfera subjetiva de la persona, por lo cual los jueces a lo más que llegan es establecer arbitrariamente un monto tomando como base la cuantía en el daño material, lo cual se comprobó adecuadamente.

En la hipótesis la cuantificación del daño moral atiende a una apreciación meramente subjetiva, posiblemente arbitraria; sin embargo a pesar de no contar con parámetros o sistemas establecidos para medirse, el daño moral debe repararse, pues así lo establece la Ley. No obstante, la dificultad de una valoración económica no es un motivo para negar a la víctima de un delito su derecho a una indemnización, aludiendo a factores como la justicia o la misma moral. Si bien no puede cuantificarse completamente ese daño moral, puede hacerse una aproximación a través de expertos (entiéndase: psicólogos, psiquiatras, y otros), y así contribuir a esa reparación, analizándolo en nuestro medio, necesita de una investigación que instruya a los profesionales del derecho en su significado, la forma de su planteamiento en un proceso penal.

El objetivo se orientó a determinar los elementos y las características del derecho de daños, su importancia jurídica, así como la diferencia entre el detrimento moral con el patrimonial y lo referente a la responsabilidad.



Los supuestos de la investigación se basan a que en la actualidad los órganos jurisdiccionales carecen de las herramientas adecuadas para cuantificar los daños morales en la sentencia penal, pues no cuentan con auxiliares y técnicos que puedan ayudar a los jueces. Al aportar conocimientos y formas adecuadas para la solución de este problema, se logrará proteger los bienes, derechos y la satisfacción de las víctimas de un daño moral, consolidando la confianza en la administración de la justicia.

Para llevar a cabo la investigación, se utilizó el método deductivo, el inductivo, el sintético y el histórico con el cual se obtuvo la información sobre derechos de daños además de la responsabilidad penal y civil, lo que permitió aplicarlo al caso de los daños morales que lleva aparejada la obligación de resarcirlos, quedando a juicio del juez la cuantificación de los mismos. Se emplearon las técnicas de investigación siguientes: fichas bibliográficas y documentales, las cuales fueron de utilidad para la recolección de la información actual y suficiente para el desarrollo de la tesis.

El trabajo final de la presente tesis se encuentra redactado en cuatro capítulos: El primero se orientó hacia la explicación del derecho de daños, los elementos que informan a esta rama jurídica, los aspectos que lo integran, así como las características de cada una de las instituciones jurídicas que lo conforman; en el segundo, se abordan los elementos y fundamentos jurídicos de la responsabilidad penal, las características que debe tener el sujeto activo de la misma, así como su naturaleza jurídica; en el tercer capítulo se hizo una relación acerca de la responsabilidad civil, sus causas, efectos y su relación con la penal, a partir de establecer que aún cuando prescriba esta última la indemnización civil continua vigente; mientras que en el cuarto capítulo, se aborda la discusión sobre los elementos jurídicos que determinan la imposibilidad de cuantificar los daños morales del sujeto pasivo delito y las condiciones que se toman en cuenta para cuantificarlos en la sentencia penal.

El desarrollo de esta tesis, permitió establecer las diferencias cualitativas entre lo que es el daño moral del patrimonial, así como los factores que determinan la diferencia entre responsabilidad civil y penal.



CAPÍTULO I

1. El derecho de daños

En derecho, se distingue entre daños patrimoniales y daños morales, una dualidad básica que tiene importantes consecuencias legales, mientras que en economía, dañar es hacer disminuir la utilidad del individuo dañado. Integrando estos dos enfoques se tiene un análisis económico-jurídico acerca de los daños morales.

En el marco de este enfoque económico-jurídico, los daños patrimoniales se diferencian de los daños morales en función de la muy distinta aptitud que el dinero tiene, en uno y en otro caso, para restaurar la utilidad perdida, porque el daño patrimonial provoca una disminución de utilidad que es compensable con dinero o con bienes intercambiables por dinero.

Por el contrario, el daño no patrimonial o moral implica una reducción del nivel de utilidad que ni el dinero, ni bienes intercambiables por éste, pueden llegar a compensar. Por ejemplo, ni todo el oro del mundo es suficiente para reemplazar el sufrimiento experimentado por el velocista que queda cuadrapléjico como consecuencia de un accidente. Desde el punto de vista de la víctima, las cosas nunca volverán a ser como antes del accidente: por más que todos los gastos y pérdidas patrimoniales hayan sido objeto de una compensación en dinero, la víctima no se verá restituida a la situación anterior al terrible accidente que sufrió. De estar en el caso, nadie diría que le es



indiferente sufrir el accidente y ser compensado que no sufrirlo. La indemnización de los daños patrimoniales no basta para restaurar la situación de utilidad anterior al evento dañoso.

“Una indemnización dineraria de cuantía deja a la víctima del daño con idéntica cantidad de dinero que tenía antes del accidente, pero el mismo dinero no le ofrece la misma utilidad. Después de haber sufrido el daño su función de utilidad ha cambiado y queda por debajo de la primitiva: la víctima recibe de su dinero una utilidad total menor de la que disfrutaba antes de sufrir el daño. Entonces, la pregunta crucial del Derechos de daños en materia de daño moral es si la indemnización de daños y perjuicios debe servir para tratar de compensar esta pérdida de utilidad sufrida por la víctima de un daño moral, no patrimonial”.¹

Ante esa circunstancia, el análisis económico del derecho ofrece respuestas claras y lo hace desde una perspectiva doble, pues tiene en cuenta los incentivos a la prevención en la conducta del causante potencial del daño y el aseguramiento del riesgo por parte de aquéllos con aversión al mismo.

Es a partir de esta visión que la teoría económica supone con carácter general que todos los individuos manifiestan, en principio, aversión al riesgo. Hay que advertir que, de acuerdo con ella, el contenido socialmente óptimo de la norma jurídica básica sobre daños morales resulta sorprendente, al menos para los juristas habituados a los

¹ Flórez Hernández, José Gregorio. **El daño y la responsabilidad en el derecho norteamericano.** Pág.21



sistemas jurídicos reales, porque la prevención óptima exige que el causante de daños haga frente a una condena a indemnizar tanto los daños patrimoniales como el daños moral, toda vez que éste supone una disminución efectiva de la utilidad individual y, por tanto, una pérdida neta de bienestar social.

“La indemnización esperada deberá así coincidir con el daño socialmente ocasionado para que el mensaje o señales que el sistema jurídico envía a los agentes sociales les incentive a adoptar las precauciones socialmente óptimas. El causante, pues, debe pagar por el daño moral causado. Sin embargo, el aseguramiento óptimo de la víctima requiere que ésta no reciba compensación alguna por el daño moral sufrido sino sólo y exclusivamente (aunque también: íntegramente) por los daños patrimoniales, porque la indemnización del daños moral equivaldría a garantizar a la víctima un seguro cuyo precio el importe de las primas ésta no estaría dispuesta a pagar en prácticamente ningún caso : antes del accidente, la víctima potencial no se aseguraría contra el riesgo de sufrir un daño moral, pues un seguro de esta índole supondría transferir renta de un estado actual de salud, por ejemplo en el que el dinero se valora más a otro en el que se valora menos porque, por hipótesis, tras el accidente, el dinero rendirá menos utilidad que antes. Y ello bien porque el accidente, por sí mismo, puede acarrear una reducción de la utilidad marginal del dinero, bien por el carácter continuamente decreciente de esa función de utilidad marginal, dado que la compensación monetaria del daño patrimonial ya ha repuesto a la víctima en su dotación inicial de dinero”.²

² Ibid. Pág.21



Naturalmente, se puede objetar que una cosa es el contrato y las reglas del seguro privado y otra muy distinta las de la responsabilidad civil como parte del sistema jurídico; sin embargo, desde la perspectiva del bienestar colectivo, la diferencia entre unas y otras, consideradas como mecanismos de traslación del riesgo, es instrumental, pero no conceptual, porque las dos regulaciones implican un seguro para las víctimas de daños, por lo que el sistema jurídico debe garantizar que al ocasionarse un daño se proporcione una cobertura que la potencial víctima no tiene pensado cubrir, pues actuando racionalmente no espera que le pueda suceder.

“La teoría explica por qué la gente no contrata seguros para hacer frente al dolor causado por la muerte de sus hijos o de sus abuelos. También y de manera un tanto perversa, contribuye a explicar por qué los hombres y mujeres jóvenes son reacios a ahorrar para afrontar su vejez, una época decisiva de la vida que suele ser menos placentera que la juventud o que la madurez. Aunque tal vez esto no sea sino una manifestación más de que dentro de cada uno de nosotros conviven en realidad distintos sujetos, con preferencias opuestas, y que se suceden en el tiempo. Desde luego, el hecho de que la utilidad marginal del dinero aumente, se mantenga o disminuya tras un cierto evento dañoso es una cuestión empírica que no tiene una respuesta teórica general y uniforme. Sin embargo, es plausible entender que los accidentes más aptos para provocar daños morales los que se producen daños corporales graves e irreversibles, los que afectan a la vida o integridad física de seres queridos, etc, o bien dejan inalterada la utilidad marginal de la renta, como en los casos de muerte de personas próximas, o bien la reducen, como sucede normalmente en los



casos de lesiones corporales muy graves. En estos últimos es frecuente que se produzca una reducción muy drástica de las actividades realizables por el perjudicado y, por tanto, de la utilidad marginal del empleo de unidades adicionales de renta. La escasa evidencia empírica disponible refleja esta relación negativa entre accidente y utilidad marginal del dinero. Aunque entre los analistas económicos del Derecho, algunos discrepan de la utilización del aseguramiento óptimo ex ante como criterio rector de lo que la víctima debería recibir en caso de sufrir daños no patrimoniales. Con esto se estarían ilegítimamente imponiendo las preferencias del yo sano sobre los posiblemente muy distintos intereses del yo seriamente lesionado tras el accidente”.³

De acuerdo a lo expuesto por el autor, se entiende que el causante potencial de daños debe pagar por todos los daños patrimoniales y morales, pero que, en cambio, su víctima solo deberá cobrar una indemnización por el importe de los primeros, porque la prevención óptima exige que el causante pague por el todo, mientras que el aseguramiento óptimo, establece que la víctima sólo cobre parte.

“La solución alternativa la indemnización de los daños morales que algunos economistas teóricos ofrecen para cubrir la diferencia entre prevención y aseguramiento óptimos es sencilla al considerar que la solución alternativa a la indemnización por daños patrimoniales y morales consiste en desdoblarse la cantidad que deberá ser condenado a pagar el demandado y causante del hecho dañoso”.⁴

³ Polinsky, Alfred. **Daños punitivos desde un análisis económico**. Pág. 89.

⁴ **Ibid.** Pág. 89.



Con estos argumentos, el autor citado considera que la parte correspondiente al importe de los daños patrimoniales debe ser entregada a su víctima en concepto de indemnización, mientras que la otra parte del importe de los daños morales, se pagaría al Estado en concepto de multa, por lo que el importe acumulado de las multas por daños morales permitirá reducir los ingresos fiscales, incrementar los gastos sociales o hacer ambas cosas a un tiempo, según cuáles sean las preferencias colectivas en cada momento.

Es de tomar en cuenta que estos elementos teóricos, se orientan a establecer que la indemnización por daño moral perseguiría así compensar los perjuicios que su beneficiario o beneficiarios sufren en su vida personal, producto del dolor físico y del sufrimiento psíquico o bien sociofamiliar a partir de verse afectada su capacidad de comunicarse o relacionarse afectivamente, pues el daño supone la pérdida o deterioro de bienes que se integran con signo positivo en la función de utilidad del perjudicado, pero no aquéllos que afectan negativamente a las actividades económicas o laborales.

Los bienes cuya pérdida o deterioro trata de compensar la indemnización por daño moral son muy diversos, porque pueden ocasionar lesiones o incapacidades, con sus distintas variantes o bien la muerte, por lo que la indemnización que se concede por daños moral puede contribuir a aliviar padecimientos físicos o psíquicos o a conllevar una vida personal y social devastada. Sin embargo, aunque con dinero se puede pagar el tratamiento psicológico y las medicinas realmente efectivas para restablecer el bienestar -o, al menos, aliviar el malestar- de una persona profundamente deprimida, no



se está indemnizando daño moral alguno sino que se ordena reparar un daño patrimonial ocasionado por el costo de los tratamientos psicológicos o médicos, los servicios de atención o las medicinas que se pueden comprar.

Aun con los beneficios económicos que esto conlleva, la discusión acerca de la reparación del daño moral, porque aunque sean efectivos los tratamientos psicológicos y las medicinas en contra de la depresión, el daño moral se refiere precisamente a esta diferencia de utilidad entre ambos estados del mundo, porque nunca se volverá al estado en que se encontraba la persona antes del daño.

1.1 Definición de daño

En esta tesis se entenderá por daño el detrimento, perjuicio o menoscabo causado por acción, omisión o culpa de otro en el patrimonio o la persona, lo cual es avalado por el derecho civil, en donde la palabra daño significa el detrimento, perjuicio o menoscabo que una persona sufre a consecuencia de, y que afecta a sus bienes, derechos o intereses.

La valuación del daño moral en el derecho penal ha sido objeto de discusión porque el daño moral, en principio, se decide sin ningún elemento o parámetro que permita determinar el equivalente en dinero porque no hay una correlación entre un sufrimiento y una cantidad dineraria. Por tanto, no puede concederse una reparación exacta, pero



esto no quiere decir que no deba concederse ninguna, ni tampoco se otorgue cualquiera.

En la doctrina se han elaborado algunos criterios que permiten, de una manera relativa, cuantificar el daño moral, y que permiten una aproximación más o menos objetiva, pero siempre queda, en definitiva, librada la fijación de la reparación a la prudencia del juzgador que tendrá en cuenta las circunstancias del hecho.

El daño puede ser causado por dolo o culpa, o bien puede deberse acaso fortuito o fuerza mayor. El daño es doloso cuando el autor actúa de forma intencional o maliciosa. En el caso de daño causado culposamente, la conducta es negligente, descuidada o imprevisora, y no presta la atención que debiera según la diligencia aplicable.

En principio, el daño doloso obliga al autor del daño a resarcirlo. Además, suele acarrear una sanción penal, si también constituye un ilícito penado por la ley. En cambio, el acto ilícito meramente civil suele provocar tan sólo el nacimiento del deber de reparar o indemnizar el daño. La responsabilidad por daños, exige como regla general que exista un nexo causal entre la conducta del autor y el daño.

1.2. Daño moral y sanción

La eficacia preventiva del derecho de daños, no persigue una sanción que se añada la cantidad a cuyo pago es condenado el demandado para reparación del daño



patrimonial, sino que busca que la indemnización esperada por el causante potencial de daños coincida con el daño social, que incluye lo patrimonial y moral, esperado y derivado de su actuación.

“Es curioso comprobar cómo muchos adversarios de la función preventiva del derecho de daños no oponen objeción alguna a su utilización como derecho cuasisancionador. Pero, en el proceso de justificación y, en su caso, del cálculo de la indemnizaciones concedidas por el Tribunal Supremo en estas constelaciones de casos, no hay nada – absolutamente nada- que permita inferir que los magistrados ponentes ha tratado de averiguar cuál fue el daño moral efectivo, es decir, la concreta disminución de utilidad no reemplazable en dinero sufrida por la víctima. Tal aproximación sería siempre ardua y su resultado, inevitable y necesariamente imperfecto. Pero ni una cosa ni la otra justifican la pretensión de aquellos datos de la realidad que permitirán acercarse, aunque fuera de modo impreciso, a una valoración aproximada del daño moral efectivamente producido. Por ejemplo, el impacto psicológico acreditado o la mayor o menor relación afectiva que, con anterioridad a su muerte, mantenía la víctima con los actores, son factores indiciarios cuyo empleo no debería poder descartarse con la simple alegación de que el respeto a la igual dignidad personal de todas las víctimas mortales postula tal o cual indemnización”.⁵

En definitiva, si la jurisprudencia no se atiene a la magnitud real del daño ni a su especificidad diferenciable entre patrimonial y moral, sino a su origen doloso o culposos,

⁵ Henao, Juan Carlos. **El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en el derecho colombiano y francés.** Pág. 43.



el exceso de prevención no resulta tan preocupante como su defecto, por lo que no resulta extraño que con frecuencia en lo penal sean sancionables, por lo que el Artículo 112 del Código Penal guatemalteco, Decreto número 17-73 del Congreso de la República, regula que: “toda persona responsable de un delito o falta, lo es también civilmente”.

El problema principal que ocasiona la indemnización de los daños, es que en la legislación civil y penal no existe un criterio legal para la cuantificación de los daños, pues en realidad, se trata de daños patrimoniales que no resultan, por razones diversas, fáciles de cuantificar.

Aunque la etiqueta de daño moral permite aligerar la tarea de valorar los daños, porque se evita tener que explicitar los criterios de valoración económica del daño, ya que tales criterios no existen para los daños no patrimoniales, es decir, para los morales, siendo un ejemplo de ello, la asimilación del daño patrimonial bajo el ropaje del moral es particularmente visible en los caso de reclamación por lucro cesante, es decir, de ganancias que, con mayor o menor grado de probabilidad, la víctima dejó de obtener como consecuencia de la lesión sufrida.

“Es cierto que el lucro cesante puede resultar arduo de cuantificar, pero también es innegable que, por definición, es reemplazable por dinero. Por ello, es contrario al buen sentido calificar como daño moral el sufrido por quien erróneamente resulto excluido por razones de salud de la oposiciones al Cuerpo Jurídico Militar, porque pudo mediar un



perjuicio no reemplazable en dinero, al haberse frustrado una vocación muy sentida, pero el hecho de que se indemnizaron perjuicios evidentemente patrimoniales como si fueran daños morales lo acredita el hecho de que se compensaran como daños no morales únicamente los ingresos dejados de obtener durante el periodo de preparación de oposiciones; o los derivados del incumplimiento con proveedores y clientes a que se ve forzada una empresa cuando el Ayuntamiento ordena indebidamente la paralización de las obras que realizaba, así como la pérdida de clientela compradora: Naturalmente, no todo son errores en esta materia”.⁶

La mezcla de daños patrimoniales bajo la figura de los morales, imposibilita todo control externo de los criterios para la cuantificación de los daños para la indemnización al daño patrimonial, por lo que se deben establecer criterios técnico-jurídicos para materializar la cuantía producto del daño, sea este patrimonial o moral.

⁶ Flórez. **Ob. Cit.** Pág. 25.



CAPÍTULO II

2. La responsabilidad penal

Responsabilidad penal es la consecuencia jurídica cuando existe una violación de la ley, realizada por un sujeto imputable o inimputable que lleva a término actos previstos como ilícitos, lesionando o poniendo en peligro un bien material o la integridad física de las personas.

En derecho significa, la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto por el derecho penal al deber de afrontar las consecuencias que impone la ley. Dichas consecuencias se imponen a la persona cuando se le encuentra culpable de haber cometido un delito como autor del mismo, o de haber participado en éste, a partir de lo cual, se entiende que la responsabilidad penal la impone el Estado, y consiste en una pena que busca castigar al delincuente e intentar su reinserción para evitar que vuelva a delinquir.

A diferencia del derecho civil que tutela, específicamente, un interés individual y que, en caso de contravención, da lugar a una sanción indemnizatoria, el derecho penal descansa en la idea de un valor colectivo que Estado debe proteger y que genera para el autor de la conducta reprochable una sanción represiva, como puede ser, entre otras, la pena de privación de la libertad.



“La responsabilidad penal surge cuando una persona, en contravención a las normas que describen las conductas delictivas, comete en forma dolosa o culposa alguno de los ilícitos previstos por dichos ordenamientos. Cabe señalar que la reparación del daño en materia penal tiene el carácter de pena pública y se exige de oficio por el Ministerio Público. Los afectados pueden aportar las pruebas para demostrar la procedencia y el monto de la indemnización”.⁷

Esta reparación del daño comprende, al igual que en la materia civil, la indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos en que incurrió la víctima, ante lo cual debe señalarse que cuando se exija el daño en la vía penal, la indemnización será fijada por los jueces atendiendo a las pruebas obtenidas en el proceso.

La expresión responsabilidad tiene distintas acepciones, por lo cual habrá de precisarse sus alcances. En esta tesis, se entiende que para el derecho penal, responsable quiere decir sancionable, porque la responsabilidad jurídica será de carácter penal cuando al autor de una conducta contraria al ordenamiento jurídico penal le es impuesta una sanción prescrita por la ley penal.

“El profesor Alfonso Reyes había dicho que el término responsabilidad debía entenderse como sujeción del agente a las consecuencias jurídicas del hecho punible cometido. En el mismo sentido la Corte Constitucional estima que la Responsabilidad

⁷ Agudelo, Nodier. *Inimputabilidad y responsabilidad penal*. Pág. 5



Penal es el compromiso que le cabe al sujeto por la realización de un hecho punible. Desde otra perspectiva se habla de la Responsabilidad Penal o Punitiva de la Agencia Jurídica, quien debe evitar que se ejerza sobre la persona criminalizada un poder punitivo intolerablemente irracional. Para poder considerar a una persona responsable penalmente y, por consiguiente, sometida a sanción penal, deberá cumplirse con unas condiciones o presupuestos que integran ese concepto de responsabilidad, los cuales presentan diferencias según se estime al sujeto como imputable o inimputable”.⁸

No existen mayores discrepancias en el derecho penal para determinar cuáles son esas condiciones que se requieren para ser considerado responsable penalmente, cuando se trata de imputables. Se considera indispensable, que mediante sentencia definitiva se constate la realización de una conducta punible, esto es, una conducta típica, antijurídica y culpable. Sin embargo, en el derecho comparado se considera que además de estas condiciones se requiere que la pena impuesta sea necesaria.

“Así, por ejemplo, Roxin opina que se trata de saber si el sujeto individual merece una pena por el injusto que ha realizado. El presupuesto más importante de la responsabilidad, como es sabido, es la culpabilidad del sujeto. Pero éste no es el único presupuesto sino que debe añadirse además una necesidad preventiva de pena”.⁹

De lo expuesto por el autor citado, se entiende que la culpa, al igual que la negligencia, supone la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posible y

⁸ Soto Mayor, Juan. **Inimputabilidad y sistema penal**. Pág. 152

⁹ Sandoval Fernández, Jaime. **Causas de ausencia de responsabilidad penal**. Pág. 3.



previsibles del propio hecho, por lo que para comprenderlas y ubicarlas correctamente en el caso de los daños, se debe estar claro que el concepto de previsibilidad desempeña un papel de importancia, porque en el caso de la culpa, ese elemento no puede considerarse como suficiente para servirle de fundamento, dado que en otras razones, aun siendo previsible el resultado, puede no darse la culpa, si el sujeto ha actuado con la debida diligencia y prudencia, porque el concepto de culpa penal, es semejante al de culpa civil porque en ambos casos, la culpa se define por una omisión de la conducta debida para prever y evitar el daño.

Aunque la culpa se manifiesta por la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de reglamento o deberes, en la apreciación de la culpa a los fines del resarcimiento del daño, en un caso, y de la represión del delito, en el otro, existen pautas diversas, porque en el primer caso la culpa se aprecia como criterio muy afinado para no dejar a la víctima sin reparación; en el segundo, existe mayor rigor para valorar las circunstancias constitutivas de la culpa con el propósito de no condenar a un inocente. De allí, que la más leve culpa impone responsabilidad civil al de las obligaciones designa la deliberada inejecución por parte del deudor y, por último, es un vicio de los actos voluntarios.

2.1 Grados de responsabilidad penal

La responsabilidad penal es la consecuencia última del hecho delictivo, en el sentido de ser la respuesta final impuesta por el Estado, a través de la cual se considera al autor



legítimo del delito como merecedor definitivo de la sanción prevista en el tipo penal correspondiente. La expresión responsabilidad penal, implica para el derecho penal como disciplina, una interesante discusión filosófica y epistemológica.

"Existen algunos conceptos jurídicos básicos que deben discutirse en materia de responsabilidad penal: la conducta antijurídica, la culpabilidad y la imputabilidad. La culpabilidad y la responsabilidad penal son conceptos íntimamente vinculados entre sí, toda vez que la declaración de la responsabilidad penal del sujeto supone previamente el análisis de la culpabilidad como elemento del delito, lo cual significa evaluar el nivel y tipo de vinculación psicológica que existe entre el hecho y el sujeto como su autor consciente y libre. De esta forma, se define culpabilidad como una actitud consciente de voluntad que da lugar a un juicio de reproche en cuanto el agente actúa en forma antijurídica pudiendo y debiendo actuar diversamente, porque se entiende como una conducta antijurídica a aquella conducta que agrede y perturba los bienes jurídicos protegidos por el legislador causando daños y perjuicios a la sociedad. Por otra parte, la culpabilidad definida como el reproche que se le hace al autor de un determinado hecho delictivo, puede expresarse fundamentalmente de dos formas principales: el dolo y la culpa. La primera de ellas, el dolo, se define desde el punto de vista penal como la realización consiente e intencional de una conducta típica y antijurídica".¹⁰

A diferencia del dolo, en la culpa no hay intención, interviniendo otros elementos que comprometen la culpabilidad del autor de la conducta antijurídica. De esta manera, la

¹⁰ *Ibíd.* Pág. 19



culpa es la reprochable actitud consiente de la voluntad que determina la verificación de, un hecho típico y antijurídico por omisión del deber de cuidado que le era exigible al agente de acuerdo con sus condiciones personales y la circunstancias en que actuó. Otro concepto fundamental en la determinación de la responsabilidad penal es el de imputabilidad, la cual se entiende como elemento de la culpabilidad que se refiere a una aptitud personal para llevar adelante comportamientos de manera libre y consiente en los que se incluyen los hechos delictivos.

“En este sentido, se define la imputabilidad como la capacidad de valorar el comportamiento que se realiza y de dirigir la conducta según las exigencias legales. No obstante, cuando se demuestra que el sujeto es incapaz para valorar la trascendencia del comportamiento realizado o para regular la conducta según las exigencias del derecho debido a inmadurez psicológica o trastorno mental, se habla de inimputabilidad”.¹¹

De esta manera, cuando se verifica que una persona es inimputable se le exime de responsabilidad penal sobre la conducta antijurídica, así mismo, una persona puede estar exenta de responsabilidad penal, entre otras razones, si se comprueba que la causa del hecho imputado es una situación fortuita o de fuerza mayor, toda vez que era absolutamente inevitable la producción del hecho, muy a pesar de las diligencias desplegadas por el sujeto en aras de que no aparezca.

¹¹ *Ibíd.* Pág. 19



La responsabilidad penal, se entiende como la consecuencia última del comportamiento delictivo, en cuanto a la sanción penal que deba imponerse al autor del delito por su acción y omisión.

El término de responsabilidad sugiere una capacidad de anticipación cognitiva del comportamiento acerca del cual se responde ante otras personas o instituciones. En el caso de la responsabilidad penal se supone que los sujetos imputables deben prever las consecuencias de sus actos, en el sentido, de que su conducta pueda ser antijurídica y susceptible de ser sancionada por las instancias penales.

En este sentido, el concepto de responsabilidad penal se vincula directamente a los niveles cognoscitivos y afectivos de la personalidad, que explican el comportamiento delictivo, la comisión del delito supone en el individuo momentos fundamentales en la elaboración de la actitud personal que se refleja en su nivel de responsabilidad penal.

Esto requiere decir que, antes de la comisión del delito, el hombre se encuentra definiendo la auto evaluación de sus destrezas delictiva y su relación imaginaria con la ley. Una vez cometido el delito, se activan los procesos del derecho penal y la interacción real con la ley, modificando o reforzando sus actitudes anteriores.

Desde esta perspectiva, lejos de ser un concepto estático y mecanicista, la responsabilidad penal como acción precedente del derecho penal, es un fenómeno social que se encuentra influido por diversas variables psicosociales, que merecen una



amplia discusión a la luz de la psicología criminal, la psicología social y la política criminal.

“En el campo de la psicología criminal es importante analizar la relación existente entre la responsabilidad penal y la personalidad. Considerando al hombre como un ente bio-sico-social que percibe y construye permanentemente su entorno, la personalidad es entendida como un sistema dinámico de procesos psicológicos que determinan los ajustes adaptativos del individuo. Fierro sugiere tres fenómenos de personalidad que confieren particularidad singularidad funcional al comportamiento de las personas: la autorreferencia, la adaptación y la estabilidad. La anticipación de las consecuencias de nuestro comportamiento se encuentra influida en gran parte por la autoestima, el auto concepto, el autocontrol y todos aquellos fenómenos de autorreferencia que indican la calidad de nuestra relación con nosotros mismos. De igual norma, influye sobre la anticipación de resultados de la conducta la estimación que hace el individuo de sus recursos adaptativos: habilidades, destrezas y el ajuste de las relaciones interpersonales”.¹²

Se puede suponer que estos fenómenos de personalidad adquieren una individualidad particular, conforme se agrupan en patrones que permanezcan relativamente estables en el tiempo. Así mismo, existen características estructurales de la personalidad que influyen sobre la anticipación de resultados del comportamiento y en la formación de actitudes hacia las instancias legales.

¹² Martínez Rincones, Juan Francisco. **Responsabilidad penal**. Pág. 42.



2.2 Extinción de la responsabilidad penal

La extinción de la responsabilidad penal, es término de la obligación del procesado o acusado o incluso del condenado a cumplir la pena que la ley señala para el delito. La misma se extingue por la muerte del procesado; por el cumplimiento de la pena; por la amnistía; por indulto; por el perdón del ofendido; por la prescripción de la acción penal y por la prescripción de la pena.

Las causas de extinción de la responsabilidad penal, son específicas circunstancias que sobreviven después de cometida la infracción y anulan la acción penal o la ejecución de la pena. En estos casos, cesa el derecho del Estado a imponer la pena, hacerla efectiva o continuar exigiendo su cumplimiento, mientras que para el sujeto desaparece la obligación de sufrir la pena.

Las causas de extinción de la responsabilidad penal, se distinguen de las de exención en que éstas suprimen un elemento del delito, mientras que aquéllas parten del supuesto de la existencia de una infracción criminal con todos sus elementos constitutivos, pero unas y otras se asemejan en sus efectos excluyentes de la punición.





CAPÍTULO III

3. La responsabilidad civil

El no causar daño a los demás es quizá, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana. El derecho no protege entonces a quien causa un daño a otro, sino que muy por el contrario hace nacer una obligación –en sentido jurídico- de dejar a esa persona en una situación lo más parecido posible a como se encontraba antes de sufrir el daño. Esto es lo que se llama responder o ser responsable o tener responsabilidad por el daño parecido por otra persona.

“La obligación de reparar el daño ha sido considerada por los autores como una sanción, más propiamente como una sanción resarcitoria, para diferenciarla de la sanción represiva propia del ámbito penal. Podemos entonces resumir diciendo que el principio general del derecho de no dañar al otro, hace que sea posible la vida en sociedad y que cuando es conculcado, acarrea una sanción que consiste en la obligación jurídica de indemnizar el daño causado, o como dice De Cupis una reacción del derecho para facilitar la represión del daño. Debemos aclarar sin embargo que no siempre que se causa un daño se responde. De todos modos las excepciones a la indemnizabilidad del daño, debido al progreso jurídico y muy en especial de esta materia, cada vez son menores, porque se considera inconveniente que la víctima no sea compensada de algún modo. Esto nos permite diferenciar la responsabilidad moral de la responsabilidad civil. Hay responsabilidad moral cuando se viola un precepto



religioso, por ejemplo se comete un pecado de pensamiento o se viola un mandamiento religioso que no causa daño a nadie (inasistencia a celebración religiosa, codicia de bienes ajeno) o un deber moral que no es un deber jurídico (no se paga una deuda prescrita). Se trata de acciones privada reservada sólo a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”.¹³

La explicación tradicional del fundamento de la responsabilidad civil, se basa en el principio de justicia que impone la necesidad de indemnizar todo daño que se ocasione. Porque cuando se daña a un tercero y aparece la responsabilidad civil, lo más común es que también haya responsabilidad moral, como por ejemplo en el homicidio o el robo.

Además, el daño es visto como un costo que alguien debe asumir, y según cual sea esa regla, quien lo soportara será la víctima, el victimario, ambos si hay culpa concurrente, o un tercero como puede ser el seguro, el Estado o el principal o garante. Cuando este costo que significa el daño, no es soportado por el causante, el daño es transferido a otro patrimonio, como sucede cuando una empresa contamina el medio ambiente en el que los costos de contaminación, al ser difusos y no reclamado por la victima no entran dentro del cálculo de costos. Cuando el daño es indemnizado, el costo internaliza, es decir es asumido por quien causa el daño.

¹³ López Herrera, Edgardo. **Introducción a la responsabilidad civil**. Pág. 57



3.1 Reseña histórica de la responsabilidad civil

En el estado actual de la evolución de la historia del hombre, la responsabilidad civil y la penal se han separado en casi todos los sistemas jurídicos del mundo. Pero no siempre el ilícito penal fue distinto del civil y las consecuencias de los hechos dañosos fueron muy distintas en el pasado.

En los primeros tiempos de la humanidad no puede hablarse de responsabilidad civil, quizás hasta sea impropio hablar de derecho en el sentido actual. Pero aún en esas épocas ya el ser humano, gregario por naturaleza, vivía en primitivos clanes, con los lógicos desencuentros que la convivencia implicaba. El imperio de la fuerza debe haber sido el primer instrumento de incipiente orden y es más que probable que las primeras discusiones terminaran a los golpes y con la muerte de uno de los adversarios.

En esta época, cuando una persona sufría un daño, ese daño no era considerado personal sino que afectaba a todo el grupo, y las represalias se tomaban contra toda la otra tribu a la que pertenecía el ofensor. Esta venganza era un derecho primitivo que luego fue usado, aunque nos parezca extraño, para limitar las relaciones entre los miembros de los clanes.

“La venganza como sistema tenía el gran defecto de la falta de proporcionalidad y de individualidad como hemos señalado. Por una muerte podía quemarse una aldea entera, o por una violación cometerse un genocidio. Más adelante se produce un gran



avance jurídico en el momento en que la venganza sufre una limitación cuando se devuelve mal por mal, pero equivalente o proporcional. Este es un principio de proporcionalidad de la sanción con la falta cometida, en donde la fijación de la indemnización tiene relación con el daño causado. Se conoce como ley del Talión y está presente en el Código de Hammurabi, las leyes de Manú y la ley de Moisés. El Talión fue tan importante que se dice que ha significado para el mundo jurídico una sacudida no menos enérgica que la que supuso para la humanidad el paso del paleolítico al neolítico y el descubrimiento de la agricultura. Detener la cadena de daños, cualquiera sea la regla de responsabilidad, ya sea responsabilidad objetiva o subjetiva, el resultado es siempre el mismo”.¹⁴

Así fueron separándose lentamente la responsabilidad civil de la penal; y así también fue gradualmente aceptándose la noción de que el daño privado debía ser indemnizado mediante el pago de nada más que los daños causados.

“El gran mérito de Domat y Pothier junto con otros autores de antes de la Codificación, fue haber separado casi por completo la responsabilidad civil de la responsabilidad penal; y por lo tanto, haber estado en condiciones de establecer un principio general de responsabilidad civil; con la ayuda de las teorías de los jurisconsultos romanos, más o menos exactamente interpretados, consiguieron así un resultado que estos últimos no habían podido alcanzar. La etapa decisiva estaba despejada en lo sucesivo: a partir de ese día, ha surgido la responsabilidad civil; posee una existencia propia, y va a

¹⁴ Ibid. Pág. 14.



comprobarse toda la fecundidad del principio tan penosamente deducido y a entreverse su campo de aplicación casi ilimitado. A su vez el derecho francés otorga a la culpa el lugar de elemento de la responsabilidad civil que no había tenido en el derecho romano, en el que la injuria implicaba la culpa”¹⁵

Este lugar preeminente que ocupa la culpa hasta el presente, se justificó en ese momento en dos hechos. En primer lugar, la culpa es la expresión jurídica del principio económico del dejar hacer laissez faire, además cumple el mismo papel ideológico que desempeñan en otros sectores del ordenamiento el dogma de la libertad contractual y de los omnímodos poderes del propietario.

En segundo lugar, el acogimiento, que con especial delectación ha dispensado la sociedad a la culpa se ha debido a que ha constituido una noción arrebatada por el derecho a la moral. Culpa significa en el ámbito social, lo que traduce el pecado en el moral. La culpa es, por consiguiente, un acto configurado como una mancha, que justifica la sanción y crea una responsabilidad.

Existen principios en cuanto a la responsabilidad contractual, los cuales se describirán a continuación:

“ a) El deudor debe responder de los daños y perjuicios que ocasiona al acreedor el incumplimiento de la obligación;

¹⁵ *Ibid.* Pág. 14



- b) El incumplimiento de la obligación importa la presunción de culpa del deudo;
- c) La culpa se juzga en abstracto; y,
- d) No existe graduación de la culpa en relación al mayor o menor provecho que el contrato reporta al deudor”.¹⁶

Esto significa que todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquel por culpa del cual ha sucedido, así como que cada cual es responsable del daño que haya causado no sólo por su hecho, sino también por su negligencia o por su imprudencia, porque de acuerdo a la doctrina dominante, no hay necesidad de demostrar la culpa, sino que ésta se presume por la sola ocurrencia del daño.

“Al igual que el derecho romano el primitivo derecho inglés estaba lleno de formalismos. Una persona que tuviera derecho, denominada cause of action, debía obtener un writ por parte del Rey, algo parecido a la action que se solicitaba al pretor años atrás en el derecho romano. El writ en los primeros tiempos consistía, precio pago de una suma de dinero en la Cancillería, en una orden del rey a un funcionario local para que hiciera respetar el derecho de aquel que se había procurado el writ. En un primer tiempo, el derecho se establecía con una cause of action y el remedio con un writ. Esto cambió más adelante cuando por las luchas entre el Parlamento y la Corona los writs se restringieron. Los principales writs que se desarrollan allá por el Siglo XIII son dos:

¹⁶ Tun André. La responsabilidad civil. Pág. 17.



trespass y case. El trespass, según Diez Picazo equivalía probablemente al concepto romano de injuria o injuria”¹⁷

En ambos casos se trataba de figuras netamente penales, porque se requería que la conducta fuese directa e intencional; las conductas culposas todavía no tenían cabida en el sistema. Ambas tenían por objeto restablecer la paz del Rey, impidiendo todo comportamiento que pudiera provocar venganza. El trespass, era el remedio para todos los daños directos, inmediatos y causados por la fuerza a la víctima ya sea en su persona, a su tierra o a sus bienes.

En otras palabras existía una presunción de ilegalidad que facilitaba las cosas al actor. El caso imponía al actor la prueba de la intención ilegal o la negligencia de parte del demandado. Más tarde, tiene lugar un proceso de asociación de actos intencionales con el daño y actos negligentes. También en un estadio posterior y en virtud de un refinamiento de la sensibilidad jurídica, el derecho inglés comienza a distinguir entre tutela penal y civil.

“Tenemos entonces que al igual que en el civil law, en el common law derecho penal y derecho civil no estuvieron separados al principio. El proceso de separación fue lento y en el common law crea una rama, the law of torts, y en el civil law nace la responsabilidad civil o como lo dice una expresión más moderna, el derecho de daños. Sin embargo y como lo señala Ponzanelli la relación entre responsabilidad civil y penal,

¹⁷ *Ibid.* Pág. 17.



en una expresión que vale para ambos sistemas jurídicos, era casi edípica, porque requería la comisión de un hecho ilícito para que procediera la responsabilidad civil, que en un primer momento tenía la indisimulada función de castigar a quien cometía un ilícito civil”.¹⁸

Aunque en la actualidad es mucho más atinado fundar la regla de responsabilidad estricta en la tolerancia de la sociedad hacia ciertas actividades dañosas, pero socialmente útiles, con tal que se indemnicen sus inevitables consecuencias perjudiciales para terceros. La otra alternativa, cuando una actividad es lesiva es directamente la prohibición o la reglamentación de su realización buscando minimizar la posibilidad de daños, aunque en este último caso, aun cumpliendo todas las disposiciones legales, no hay excusa para responder. Este tipo de responsabilidad, se impone en actividades legítimas, pero dañosas con el propósito de internalizar el costo de los accidentes y no ponerlo en cabeza de la víctima.

3.2 El deber de responder

El derecho es una herramienta indispensable para que la convivencia humana sea posible, lo que se logra instaurando un sistema de controles variados, que se expresan mediante normas, mandatos, prohibiciones, costumbres, etc., los que en caso de no ser respetados generan en el sujeto el deber de responder.

¹⁸ *Ibid.* Pág. 19



“Responder es un verbo de raíz latina que tiene muchos significados de acuerdo al diccionario de la Real Academia, es decir que es un término polisémico. Las que nos interesan son las acepciones 16^a y 17^a. La primera nos dice que responder es estar uno obligado u obligarse a la pena y resarcimiento correspondientes al daño causado o a la culpa cometida. La segunda acepción citada es más genérica: asegurar una cosa haciéndose responsable de ella. Como vemos la última es más genérica que la primera, pero ambas pueden ser subsumidas, en sentido jurídico, con la que de Bustamante Alsina cuando dice responder es dar uno cuenta de su actos”.¹⁹

Hay deberes de responder que no interesan al derecho, pero sí a la moral, porque como se ha dicho, a quien el ser humano debe dar cuenta es a su propia conciencia. Por ejemplo, el que envidia los bienes o la mujer de su prójimo no puede ser penado, pero sí cometerá un pecado si eso está prohibido por su religión; o deberá rendir examen ante su conciencia si ella se lo reprocha, pero no irá preso ni indemnizará al prójimo por codicioso o lascivo, mientras esos sentimientos no se traduzcan en actos concretos que dañen al otro. Esta es una diferencia que existe entre moral y derecho.

La responsabilidad moral existe aún sin acto exterior que la ponga en evidencia. Así una persona puede odiar a otro sin emitir palabra o gesto alguno, lo que le genera una gran responsabilidad moral pero no jurídica. Ello sin embargo, no quiere decir que exista una total independencia entre moral y derecho ya que en algunos casos la moral tiene efectos sobre el derecho, como en el caso de la objeción de conciencia de una

¹⁹ Mosset Iturraspe, Jorge. **Introducción a la responsabilidad civil**. Pág. 24.



persona que profesa determinada religión y se niega a participar del servicio militar, o de un médico cuya religión le prohíbe el aborto o la contracepción y se niega a practicar estas operaciones.

El deber de responder que interesa a esta materia no es el que viene impuesto por la mora o las creencias, sino el que impone el ordenamiento jurídico, el que algunas veces puede conceder efectos a comportamientos que normalmente estarían regidos únicamente por la moral o la religión.

En algunos supuestos, este deber de responder surge de la actuación unilateral del individuo como cuando roba, o atropella a otra persona. En otros casos, el deber es bilateral porque existe un pacto previo que se asimila a la ley, porque para las partes tiene esa fuerza, tal es el caso de la compraventa, en donde el vendedor debe entregar la cosa y el comprador pagar el precio y responden el uno para con el otro si no cumplen con sus respectivas obligaciones.

Este deber de responder es parte de los controles que el derecho ejerce sobre los componentes de una sociedad. La forma de manifestarse estos sistemas de controles es muy variada, así pueden ser penales, civiles, administrativos o éticos; sin embargo todos tiene en común la existencia de dos elementos la ilicitud y la sanción, en donde el presupuesto del deber vendría a ser la ilicitud y la consecuencia la sanción.



La responsabilidad civil necesita de la ilicitud; y establece una sanción que consiste en la indemnización, ya sea que ésta consista en dinero o en la reposición de las cosas al estado anterior. Es lo que se conoce como sanción resarcitoria.

La sanción resarcitoria es además pecuniaria, cuando consiste en una suma de dinero, o apreciable en dinero cuando se abona de acuerdo a la naturaleza del daño, pero no es la única sanción pecuniaria que conoce el derecho civil, porque se puede citar también dentro de esa categoría a los intereses punitivos, intereses sancionatorios, la cláusula penal moratoria, arras penitenciales. También existen penas privadas no dinerarias, como ser la privación de la patria potestad, la desheredación, la indignidad para suceder.

Lo que tienen en común todas las responsabilidades de derecho civil, es que en todas existe el requisito de ilicitud y la sanción como consecuencia. Así, en los intereses punitivos la ilicitud estará dada por el cumplimiento moroso y la sanción es la tasa mayor que debe pagarse. En la indignidad para suceder o en la privación de la patria potestad, los supuestos en que proceden estas sanciones están predeterminados de antemano.

Lo que distingue la responsabilidad civil, de otras responsabilidades impuestas por el derecho es, en primer lugar, que en la responsabilidad civil debe existir daño, lo que puede no acontecer en el derecho penal o en el derecho tributario con las infracciones formales. En segundo lugar, la responsabilidad civil no es excluyente de otras



responsabilidades y bien puede afirmarse que es complementaria. Por ejemplo, si el delito penal ha causado un daño éste debe ser indemnizado; lo mismo que el hecho por el cual se priva de la patria potestad al padre, también puede generar obligación de indemnizar al hijo (malos tratos, por ejemplo). Esto implica que la responsabilidad civil no es subsidiaria, es decir no se impone luego de las otras sanciones o cuando estas no se han impuesto, por lo que puede coexistir con la responsabilidad penal, ética, administrativa, incluso la responsabilidad civil puede ser previa.

“Como ya hemos dicho cuando se causa un daño atribuible, consecuencia de tal acción es que se debe responder. La forma en que se responde es mediante el pago de una indemnización, la que en la mayoría de los casos consiste en el pago de una suma de dinero. Si bien nuestro código sienta como regla para el caso de hechos ilícitos la llamada reparación in natura, exactamente reposición de las cosas a su estado anterior. Podemos afirmar que la regla jurídica no se corresponde con lo que normalmente acostumbra suceder, es decir que prácticamente siempre la indemnización se reclama en dinero. Esta última afirmación debemos aclararla porque nos estamos refiriendo a lo que acontece cuando tiene lugar una demanda judicial. Si las partes negocian directamente o llegan a un arreglo, es probable que utilicen más la reparación en especie. En sede tribunalicia en cambio, creemos que es mucho más conveniente el pago en dinero. El pago en dinero ahorra muchos problemas que pueden suscitarse entre las partes por reclamos de calidad entre la situación anterior y la nueva. Por ejemplo si en un accidente de autos el demandado repara directamente el vehículo o contrata el taller donde se realizaran los arreglos, pueden luego suscitarse discusiones



en torno a la calidad del trabajo, por lo que puede ser más conveniente entregar el dinero al actor para que contrate directamente y corra los riesgos. Por eso nos parece que la opinión sobre el principio ahora sentado debe estar entre la predicción de que será letra muerta y la más optimistas que ven en ello un sistema más perfecto”.²⁰

Es cierto que para borrar todos los defectos del daño, la reparación debe dejar las cosas en su estado anterior, lo cual es más aconsejable, pero también que el dinero ahorra innumerables problemas y corta todo tipo de reclamos adicionales, que en vez de terminar con el daño puede causar aún más problemas.

No caben dudas de que la obligación de resarcir el hecho ilícito, es una obligación autónoma, porque tiene su causa fuente en el hecho ilícito. Las deudas comienzan cuando se trata sobre la responsabilidad contractual. En decir, que primero habría que plantear el cumplimiento y ante su imposibilidad los daños. Lo segundo, porque si la obligación contractual se declara nula y ya se hubiesen pagado indemnizaciones, debe restituirse lo pagado como efecto normal de la nulidad. Además, existe una prelación en el tiempo de la obligación contractual, la que sería primera en relación a la indemnización, siendo innegable que una es razón de la existencia de la otra.

Estos elementos permiten establecer que la obligación resarcitoria no es subsidiaria, sino autónoma o principal, porque no es incompatible acumular acción de cumplimiento con daños y perjuicios. Además, ante la imposibilidad por culpa o mora, la obligación se

²⁰ Ibid. Pág. 26



convierte en una nueva. Si se convierte en una nueva no es subsidiaria ni un efecto anormal de la obligación.

3.3. Funciones de la responsabilidad civil

En primer lugar la responsabilidad civil tiene una clara función demarcatoria entre aquello que está permitido, es decir, dentro del libre ámbito de actuación y aquello que está prohibido por la norma, que no necesariamente tiene que estar tipificada, sino que normalmente es una norma fundamental de comportamiento o norma de civilidad, por lo que en el caso de la responsabilidad por culpa o una norma de distribución de riesgos como sucede con la responsabilidad objetiva.

En materia civil el principio, que si bien no exige tipificación, sí exige reglas claras que eviten la paralización de actividades o el desconocimiento de los costos de los riesgos, si se trata de actividades empresarias o la evitación de sorpresas desagradables si se trata del hombre común, por lo cual, quien es encontrado responsable de un daño, inmediatamente adquiere la certeza de que lo que hizo está mal, aún si esa responsabilidad es objetiva, de ahí que su condena debe servirle de ejemplo a él y a los demás.

La función demarcatoria del derecho, debería permitir a toda la sociedad saber cómo debe comportarse para no interferir en la esfera de libertad del prójimo, para lo cual la función demarcatoria, sería la función originaria de la responsabilidad civil porque



precisamente es la que permite la elaboración de reglas de conducta sin las cuales la vida en sociedad sería imposible.

“También existe la función compensatoria, también llamada resarcitoria o indemnizatoria, es para alguno autores la única función o la más importante de la responsabilidad civil. Para otros, como Markesinis la función no es monopolizante de esta rama del derecho, porque también compensan la seguridad social o el seguro. Con esta función el derecho de la responsabilidad civil interviene después (ex post) de que el ilícito ha ocurrido para restablecer las cosas al estado anterior (ex ante). Corolario de esta función es el principio que se denomina de reparación integral, conocido en inglés como full compensación, que siempre se asocia con la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Ambos, es justo decirlo son expresiones de lo que se conoce como con la justicia correctiva o conmutativa”.²¹

Además, existe la función distributiva, la cual no se considera como una función separada de la función compensatoria. La misma tiene lugar cuando la sociedad toma la decisión, mediante el establecimiento de una regla de responsabilidad objetiva, de permitir ciertas actividades lícitas, pero riesgosas o peligrosas y lesivas sin que deba demostrarse en todos los casos la existencia de culpa, para tener el derecho a una indemnización, o por ejemplo cuando establece la responsabilidad del principal por el hecho de su dependiente.

²¹ Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela Nora. **La responsabilidad civil en la era tecnológica**. Pág. 180



Siempre que existe responsabilidad objetiva se desarrolla paralelamente un mercado de seguros, la más de las veces obligatoria, que permite distribuir los infortunios entre muchísimas persona, por lo que las funciones compensatoria y distributiva, tiene su fundamentación en superiores principios de justicia, correctiva o conmutativa y distributiva respectivamente.

La responsabilidad civil tiene además una función preventiva, es decir de actuación previa a que el daño ocurra, de evitación de que el perjuicio suceda, lo que puede perfectamente entenderse como actuar antes de que se dañe. El dicho popular más vale prevenir que curar, tiene aquí plena aplicación.

La observación de que la responsabilidad civil no debe tener por función prevenir los daños porque para ello están otras ramas del derecho que lo pueden hacer mejor, como el derecho penal o el derecho administrativo, implica concebir a la ciencia del derecho no como el todo unitario que es, sino como ramas o comportamientos incomunicados entre sí. Se cree en la universalidad del conocimiento, al igual que en la unidad del fenómeno jurídico.

Que otras ramas del derecho, o incluso que otras ciencias, tengan por función la prevención de daños, no quiere decir que el derecho de daños no sirva como instrumento preventivo o reductor de los daños o lo que es peor, que no deba aspirar a serlo.



Esto implica que la función preventiva, no debe ser considerada como separada o excluyente de la función compensatoria o de otras funciones, como la satisfactiva. Por el contrario, la consideración de función preventiva, además de la compensatoria, precisa y enriquece el concepto de compensación, lo integra pero no lo sustituye, porque prevenir y sancionar no significa lo mismo. Las medidas sancionatorias siempre tienen un efecto preventivo general y especial, pero a la inversa las medidas preventivas no siempre sancionan.

La responsabilidad civil no es el único instrumento para prevenir, no es tampoco el mejor ni el peor, es simplemente uno de los tantos de los que dispone la sociedad. La responsabilidad civil se ocupa de los daños generados por la acción u omisión de un sujeto y de su reparación a favor del afectado, por lo que la misma se divide en contractual y extracontractual.

La responsabilidad contractual, es aquella que se deriva del incumplimiento de una obligación establecida en un contrato. Si el incumplimiento es imputable a uno de los contratados por haber actuado con dolo o culpa, deberá indemnizar al afectado. El dolo se expresa en el incumplimiento deliberado de la obligación. La culpa en cambio consiste en el incumplimiento derivado de una grave negligencia o del incumplimiento, por omitir la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias. No obstante, quien haya actuado con la diligencia ordinaria requerida no será responsable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Tampoco será responsable del incumplimiento, si éste se deriva de caso fortuito o de fuerza mayor.



La responsabilidad derivada de la inexecución del contrato puede ser resarcida mediante los propios medios establecidos en el contrato, por ejemplo, a través de la aplicación de las penalidades acordadas. No obstante, si las partes no hubiesen previsto como actuar en caso de incumplimiento, la indemnización deberá ser fijada por el juez en proporción al daño producido.

Por otra parte, responsabilidad extracontractual es aquélla que se genera como consecuencia de una acción que causa daño a otra persona. No se deriva del incumplimiento de un contrato, sino de la aplicación de la ley ante el daño producido.

Este tipo de responsabilidad puede dividirse en subjetiva u objetiva. La primera, se deriva de un daño causado a otro por dolo o culpa, mientras que la segunda es aquella que se deriva el daño producido mediante un bien riesgoso o peligroso o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa. Esta responsabilidad es la que le alcanza, por ejemplo, al propietario del automóvil involucrado en un accidente, quien asumirá responsabilidad aunque él no haya conducido el vehículo que causó el accidente.

En estos casos no se podrá recurrir a la ausencia de dolo o de culpa para evitar la responsabilidad, pues el elemento subjetivo no es determinante de ella. En cambio, se podrá alegar que no hay responsabilidad si el daño ha sido consecuencia de un hecho fortuito, de fuerza mayor, del hecho determinante de un tercero o de la imprudencia de quien padece el daño.



Pueden existir algunas situaciones en las que el daño causado no genere responsabilidad, por ejemplo cuando el autor del daño obra en el ejercicio regular de un derecho o bien cuando el daño se produce en legítima defensa de la propia persona, de otra salvaguarda de un bien propio o ajeno. Asimismo, cuando el daño en un bien se produce en una situación de estado de necesidad, es decir, cuando es preciso destruir o deteriorar un bien para evitar un peligro eminente. En estos casos, el daño no debe exceder lo indispensable para conjurar el peligro y no debe haber notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado.

El daño causado puede ser de naturaleza patrimonial y de naturaleza extrapatrimonial. El patrimonial, es cuando el daño afecta derechos patrimoniales del perjudicado y el extrapatrimonial el daño no tiene connotaciones de carácter patrimonial.

El daño patrimonial puede ser emergente, el es la pérdida o detrimento en el patrimonio del afectado. Este daño es resarcido mediante una indemnización que represente el valor de lo perdido o que permita restituir el bien afectado a su estado, previo a la producción del daño. También puede ser por el lucro cesante, el cual está constituido por lo que deja de ganar el afectado a consecuencia del acto dañoso.

El daño extrapatrimonial puede ser un daño moral, vinculado por la afectación de la persona a través del dolor o sufrimiento que se la causa. Asimismo, puede ser directamente a la persona.



3.4. Definición de responsabilidad civil

Etimológicamente, la palabra responsable significa el que responde. De allí que este concepto se conecte con la idea de reparación, que tiene el sentido que el daño es soportado por alguien que es su autor, y no por la víctima misma. Por ende, tradicionalmente, se ha entendido que, en sentido escrito, la responsabilidad concierne al deber de reparar al daño jurídicamente atribuible causado por el incumplimiento, tanto de una obligación preexistente como del deber genérico de no dañar a otro.

“En la actualidad el sistema de la responsabilidad civil está atravesando una etapa de revisión. El esquema clásico, individualista, propio de las codificaciones civiles decimonónicas, cuyo exponente más conspicuo es el Código Napoleónico, ha sido largamente superado. Las dudas actuales acerca del rol que debe desempeñar la responsabilidad civil, como también las concernientes a su fundamento indican que la institución no está estabilizada. La revisión de alguno de los postulados clásicos, en materia de responsabilidad civil y la crisis de ciertos principios que en este campo se han tenido como incuestionables son, en buena medida, determinantes de lo que se ha denominado la crisis de la responsabilidad civil. Dentro de la moderna reelaboración del problema de la responsabilidad civil –producida por virtud de las profundas transformaciones sociales y culturales que derivaron del desarrollo tecnológico, con un notable incremento de hechos dañosos- la óptica del fenómeno se trasladó desde la estructura del acto ilícito hacia la del evento lesivo. Es decir, en el moderno derecho de daños se pone la mirada en la protección de la víctima, reformulando los presupuestos



de aquella institución. En este sentido, las modernas tendencias postulan una reelaboración del fenómeno resarcitorio a partir de la prescindencia del presupuesto de la ilicitud, centrando toda la teoría del responder sobre una nueva estructura, más funcional y dúctil a la hora de brindar una respuesta al permanente problema del perjuicio sufrió. Por ende, el daño pasa a ser el presupuesto esencial de la responsabilidad, y la culpa (otrora factor casi exclusivo) uno de los criterios que, conjuntamente con otros y con igual valor, conforman un sistema policéntrico para la imputación del nacimiento”.²²

La responsabilidad civil se ha redefinido, entonces, como una reacción contra el daño injusto. Ante la imposibilidad de la eliminación del daño, el problema se presenta como una transferencia de un sujeto denominado víctima a otro conocido como el responsable. En suma, la responsabilidad civil no es una forma de sancionar al culpable, sino de trasladar las consecuencias dañosas a un sujeto distinto del que las sufrió, cuando existe una razón que justifique tal desplazamiento.

Debe tenerse presente que la revisión del sistema de la responsabilidad civil no significa dar vuelta a las cosas, ni destruir los cimientos para edificar de nuevo, sino que significa ampliar las fronteras de la responsabilidad civil más allá de la culpa, sin excluirla; más allá de la responsabilidad civil, sin desecharla.

“En suma, aún con algunas discusiones, en la actualidad la doctrina prefiere aludir a derecho de daños, en lugar de la teoría de la responsabilidad civil. No se trata de una

²² Mosset Iturrabe, Jorge. *Introducción a la responsabilidad civil*. Pág. 24.



cuestión terminológica, sino de un cambio conceptual. En Argentina, Morello señala como notas identificadoras del nuevo derecho de daños, las siguientes: su eje nuclear se sitúa en evitar los daños, antes que un tardío y disfuncional, por cierto ineficiente o disvalioso, rol de reparación; ello acontece en un mundo en que asciende la fase de los derechos de la tercera generación, en el vértice de la solidaridad; la gravitación cada vez más intensa de lo económico sobre lo jurídico, toma incompresible un tratamiento unilateral de los problemas y de las controversias, tal como señalan en los EUA Mauro Cappelletti y Guido Calabresi, entre otros. Estas notas adquieren una mayor intensidad cuando se exorbita el proceso de partes singulares para atrapar al de categorías o grupos como son los que se centran en los intereses difusos”.²³

Se entiende que la finalidad esencial de este cambio, es la protección de la víctima. En ese sentido, la evolución del sistema de responsabilidad civil muestra la tendencia a ampliar la nómina de daños indemnizables, por ejemplo, con la aceptación de la reparación del daño moral, de los daños provenientes de las intromisiones a la intimidad, de la pérdida de una oportunidad, de la lesión al crédito, de los daños causados por entidades financieras cuando otorgan créditos abusivos, abren o manejan indebidamente una cuenta corriente, el daño a la persona o al proyecto de vida, del perjuicio ocasionado por actos discriminatorios, así como la lesión al simple interés, en tanto no sea ilegítimo.

²³ *Ibid.* Pág.24



En el moderno derecho de daños se llega a admitir la resarcibilidad de los daños ilícitos, prescindiendo de la antijuridicidad para centrar el sistema en el daño injustamente sufrido por la víctima, y no en el injustamente causado. Este criterio no significa que siempre deba ser resarcido todo daño. Lo que pretende evitar es el abandono de la víctima a su suerte, forzándola a quedar sin resarcimiento, cuando no puede demostrar las connotaciones negativas del psicologismo de algún obrar dañoso.

Asimismo, con las nuevas propuestas teóricas, se tiende a la objetivación de la responsabilidad civil, con el paulatino aumento de las hipótesis comprendidas en la imputación objetiva, orientándose hacia un gradual proceso de socialización de los daños, con la difusión de mecanismos alternativos de la responsabilidad civil como el seguro (obligatorio u optativo), los fondos de garantía, las seguridad social, la asunción de daños por el Estado, los que no desplazan a la responsabilidad civil, sino que coexisten con ella y garantizan a la víctima el cobro del resarcimiento.

“En Francia, Viney ha escrito sobre la declinación de la responsabilidad individual. Desde el punto de vista de la víctima, el sistema ideal de resarcimiento será aquel que le permita una rápida recomposición de sus intereses esenciales, sin tener que interrogar sobre la causa del perjuicio. Porque por un lado, se ha aumentado la posibilidad de reclamar, ensanchándose el campo de los legitimados activos. Esta tendencia se evidencia, por ejemplo, en el caso del daño ambiental, donde se reconoce la posibilidad de acceder a la justicia, a los portadores de un interés difuso, sin perjuicio de legitimar a las asociaciones intermedia. Ello hace tambalear mecanismos procesales



tradicionales como la legitimación, y la acción individual. Esta evolución en el derecho comparado, es observada por los juristas mexicanos como la lenta declinación de una concepción individualista del proceso, que aparece cada día más insuficiente para tutelar los nuevos intereses difusos y de grupo que han llegado a ser vitales para las sociedades modernas, como es evidente en el campo del derecho ambiental".²⁴

Por el otro lado, también se amplía el abanico de los legitimados pasivos, preservando así, a la víctima, de la posible insolvencia del autor del daño. Ello, sin perjuicio de las oportunas acciones de regreso entre los integrantes del grupo deudor. Así se consagran responsabilidades plurales, como en el supuesto del daño ambiental, donde se entiende que, en su caso, genera responsabilidad colectiva, así como se vuelve frecuente la responsabilidad solidaria o concurrente de los legitimados pasivos plurales.

Por lo demás, se consagra la teoría de la indiferencia de la concausa, con el alcance de que se asigna la calidad de legitimado pasivo, en un reclamo por la totalidad del daño a quien aporta sólo una de las causas concurrentes. Asimismo, se procura aligerar a la víctima de la carga probatoria; por ejemplo, mediante las cada vez más numerosas presunciones de causalidad. Se admite que, acreditada la causa física del daño, en determinadas circunstancias se presume la autoría del daño (quien lo causó), su adecuación (por cuáles consecuencias se responde), y aún la magnitud del daño, con ello se tiende a la facilitación del trámite de la reclamación y de la obtención del resarcimiento.

²⁴ Martínez Sarrión, Ángel. **La evolución del derecho de daños**. Pág. 64.



Han surgido otros mecanismos tendentes a asegurar a las víctimas el cobro de la indemnización, tales como: la invalidez de la abreviación convencional de los plazos de prescripción, el acotamiento de la teoría de la aceptación de los riesgos, la nulidad de las cláusulas eximentes o limitativas de responsabilidad. La reglamentación de los contratos con cláusulas predispuestas o condiciones generales. En la actualidad, se tiende a la supresión de los distingo entres daños reparables en la responsabilidad contractual y en la extracontractual, habiéndose advertido que la diferenciación puede conducir a resultados absurdos e injustos, con lo que se atiende más a la evitación de los daños, que a un tardío y disfuncional, por cierto ineficiente o disvalioso, rol de estudio excluyente del derecho administrativo, para pasar a serlo también, en forma fundamental, del derecho privado.

El precepto primario que gobierna al derecho de daños, está plasmado en la regla que prohíbe dañar a otros, lo cual se ha entendido que se trata de un deber genérico que posee jerarquía legal y, por lo tanto, acaecida su infracción, la reacción jurídica, resarcitoria o preventiva. Es decir, este fundamento legal asiste en los modos preventivos de actuar del derecho de daños, que persiguen evitar o cesar las situaciones lesivas, por cuanto, también el peligro de daño o de su prolongación, incide negativamente sobre la seguridad en el goce de los bienes por parte de los miembros de la comunidad.



Por otra parte, se entiende que ninguno de los principios de derecho positivo se opone a la prevención de los daños. Es más, se postula la vigencia, el ordenamiento jurídico del derecho a la prevención.

“La doctrina ha postulado insistentemente que la prevención es función de derecho de daños, a través de la justicia civil, la que se encuentra facultada para poner en marcha, en los juicios de daños y perjuicios, mecanismos preventivos (órdenes de hacer o no hacer al agente de la actividad dañosa), con el fin de tutelar en forma directa e inmediata intereses humanos lesionados o amenazados. Esta conclusión se impone no sólo por las razones jurídicas esbozadas precedentemente, sino también, hasta por la fuerza de las cosas: el progresivo incremento del número de accidentes, que aumenta año tras año a despecho de las medidas de seguridad introducidas por el derecho público y las autoridades administrativas. Desde otra perspectiva, la prevención del daño tiende a adecuarse a las preocupaciones del hombre contemporáneo, al mismo tiempo que a proteger a la víctima para quien es inconmensurablemente preferible evitarlo que su reparación”.²⁵

Esta función preventiva del sistema de responsabilidad civil cobra especial relevancia en orden a la tutela de los llamados intereses supraindividuales, difusos, de incidencia colectiva o colectivos, tal es el caso de los daños ambientales. En ellos, resulta prioritario contrarrestar de raíz del proceso de masificación de la dañosidad, ya que sólo los instrumento que suprimen las fuentes de peligro, o de daño, resultan idóneos para

²⁵ Ibid. Pág. 69.



satisfacer globalmente a los grupos sociales que en estos casos se encuentran interesado en forma colectiva.

Por ende, en el ámbito del derecho privado, los remedios preventivos del daño residen, fundamentalmente, en una serie de dispositivos y herramientas jurídicas que permiten la actuación preventiva, es decir, con carácter anticipatorio al perjuicio.

En este sentido, la prevención indirecta se relaciona con la misma sanción resarcitoria, en cuanto origina una motivación que inclina a obedecer el precepto, a abstenerse de su violación, a no producir el daño antijurídico.

“Así, la sentencia que imponga la reparación global de los perjuicios, prevendrá indirectamente, alterando la originaria ecuación de costos que determino la conveniencia financiera de un determinado accionar dañoso. La reparación operara esta función de prevención, en cuanto establezca una racional exorbitancia relativa, entre el ahorro generado por las indemnizaciones debidas, sin perjuicio de la inmediata función resarcitoria, orientada en su empleo a la reposición de estado –global y particular- de cosas, precedente al deterioro. Por otra parte, tal como se ha señalado precedentemente, la prevención directa se puede ejercer mediante técnicas inhibitorias (órdenes judiciales de hacer o no hacer, impuestas al agente de la actividad dañosa), que son susceptibles de ser aplicadas por los jueces civiles en los juicios por daños y perjuicios. A pesar de que el derecho positivo mexicano, en este aspecto al igual que el argentino, carece de una acción civil genérica (aplicable a cualquier actividad dañosa o



peligrosa), tanto el Código Civil, como otras leyes, adoptan la idea de la prevención en supuestos particulares. Por lo demás, el ordenamiento jurídico-privado mexicano, recepta una serie de remedio de corte inhibitorio, que procuran una protección preventiva de carácter anticipatorio o definitivo, según el caso”²⁶

Debe destacarse que la puesta en marcha de estos efectos reactivos, de tipo directamente preventivo, exige una delicada valoración comparativa entre la importancia del interés en peligro y del interés que corresponda a quien puede imputarse ese peligro.

3.5. Responsabilidad civil por la comisión de un delito

La comisión de un delito por parte de un sujeto culpable, determina la responsabilidad penal y por ello la sujeción del trasgresor a las consecuencias que son indicadas por el orden jurídico, que es la pena. Pero es de notarse que además de la pena, pueden surgir otras consecuencias de la comisión de un delito o con ocasión del mismo, como son las consecuencias civiles que derivan del hecho catalogado como un delito.

El hecho que la ley describe como delictivo, además de producir un daño social, puede además ocasionar un daño privado o la lesión de intereses individuales que son susceptibles de ser reparados o indemnizados, lo que hace surgir una responsabilidad civil o de reparar el daño causado.

²⁶ *Ibid.* Pág.69



En el proceso penal, la responsabilidad civil puede definirse como la obligación que tiene el autor de un delito o falta de reparar económicamente los daños y perjuicios causados o derivados de su infracción. El objetivo de la responsabilidad civil, es compensar a la víctima por los daños causados por lo que persigue un interés privado.

El particular, víctima del delito y beneficiario de la indemnización en la que se valora la responsabilidad civil derivada del mismo, puede renunciar a la misma siempre que esta renuncia no atente contra el interés u orden público, ni perjudique a terceros.

La reparación del daño ocasionado podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer algo, y se determinara por el juez atendiendo a la naturaleza de la infracción y a las condiciones personales y económicas del culpable.

La indemnización de perjuicios comprenderá no sólo los ocasionados al agraviado, sino también a sus familiares o a terceros. Sin embargo, si la víctima, por medio de su conducta, hubiera contribuido a la producción del daño o perjuicio sufrido, podrá disminuirse el importe de su indemnización.

El perjudicado por el delito podrá optar por exigir la responsabilidad derivada del mismo en la vía penal, pudiendo ser cuantificado en la sentencia que ponga fin al procedimiento, por la vía civil, en cuyo caso será necesario ejercer nuevas acciones ante los tribunales civiles.



A partir de lo explicado, se entiende que son penalmente responsables de los delitos las faltas cometidas tanto los autores como sus cómplices. Se considera autor de un delito a aquella persona que realiza el hecho constitutivo de delito, el que induce a otra persona a ejecutarlo o el que coopera de forma imprescindible en su comisión de modo que sin su ayuda no se puede realizarse.

Por su parte, el cómplice es aquella persona que, sin realizar directamente el acto delictivo, coopera en su ejecución con actos anteriores o simultáneos a la comisión del delito.

“Respecto a los delitos y faltas cometidos utilizan medios o soportes de difusión mecánica como la prensa, radio o televisión no responderá criminalmente ni los cómplices ni quienes les hubieran favorecido de forma personal o económica, sino los que han redactado el texto o producido el signo delictivo y los inductores, los directores de la publicación o programa en que se difunda, los directores de la empresa editora, emisora o difusora, los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora. Mientras que los autores del hecho responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria, es decir, en primer lugar responderán las personas en primer lugar, si no pudieran perseguirse, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas a continuación y así sucesivamente. Por último y respecto a los delitos cuyo autor es una



entidad o persona jurídica (una sociedad), será responsable penalmente administrador ya sea de hecho o de derecho de dicha entidad o persona jurídica”.²⁷

Además de las consecuencias penales consistentes en multa, prisión e inhabilitación, el responsable de los delitos de injuria o calumnia está obligado a reparar el daño causado mediante una compensación económica a favor del ofendido, debido a la llamada responsabilidad civil.

Los tipos de responsabilidad civil que existen emanan de la ley. Pueden ser de dos tipos:

- Responsabilidad culposa o subjetiva: se deriva del sujeto y es aquella en la que incurre el hombre obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres, así como por el ejercicio de un derecho, causa daño a otro.
- Responsabilidad causal u objetiva: la responsabilidad civil causal u objetiva, se deriva del objeto y es aquella en la que incurre el hombre haciendo uso de mecanismos, sustancias o aparatos peligrosos en sí mismos, o por la posesión, mantenimiento o usos de bienes inmuebles o muebles, causa un daño a otro.

En la responsabilidad subjetiva, para que el daño producido por un hecho de lugar a indemnización, es necesario probar que el autor del hecho actuó con dolo o culpa. Es decir, es necesario poder probar que el autor del hecho tuvo la intención de causar el daño si se alega dolo; si se alega culpa, probar que no empleó la diligencia

²⁷ Viney Geneviene. **Los efectos de la responsabilidad civil**. Pág. 178



necesaria para evitar el daño causado. De esto se desprende que en la responsabilidad subjetiva, es necesario analizar la conducta del sujeto. Es esta conducta la que determina su responsabilidad.

En la responsabilidad objetiva, se prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, no se mira su culpabilidad, se atiende única y exclusivamente al daño producido, basta que este daño se produzca para que el autor del hecho dañino sea responsable.

El Código de Napoleón, en el Artículo 1382 dispone: "Todo hecho, cualquiera del hombre, que cause daño a un tercero obliga a aquél por cuya culpa ocurrió, a repararlo".

El Código Civil alemán, dispone en el Artículo 823: "Quien dolosa o culposamente lesiona en forma antijurídica la vida, el cuerpo, la libertad, propiedad o cualquier otro derecho de otra persona, está obligado para con ella a la indemnización del daño causado por éste".

La misma obligación incumbe a aquél que infringe una ley, destinada a la protección de otro. Si según el contenido de la ley, es también posible una infracción de ésta sin culpa, la obligación de indemnización sólo tiene lugar en el caso de culpa.



El Código Civil español, establece en el Artículo 1902: “El que por su acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

El Código Civil de Grecia de 1940, dispone en el Artículo 914: “Aquel que, contrariamente a la ley, cause por su falta, un daño a otro, está obligado a repararlo”.

El Artículo 2043 del Código Civil italiano de 1942, dispone: “Cualquier hecho doloso o culpable, que ocasione a otro un daño injusto, obliga al que ha cometido el hecho a reparar el daño”.

La responsabilidad objetiva, sólo se encontraba establecida como norma general en el Código Civil ruso de 1922, cuyo Artículo 403 disponía lo siguiente: “Aquel que ha causado un daño a la persona o a los bienes de otro, está obligado a reparar el daño.

Se libra de esta obligación si prueba que no podía prevenir el daño, o que tenía derecho a infringirlo, o que el daño se ha producido a consecuencia de la premeditación o negligencia grave de la propia víctima”. Pero este Artículo fue sustituido por el Artículo 88, de la ley que aprobó los Principios de la Legislación Civil de la URSS, del 8 de diciembre de 1961, que entró en vigencia el 1 de mayo de 1962.



Las disposiciones del actual texto son las siguientes: “El daño causado a una persona o a sus bienes, así como el daño causado a una organización deberá indemnizar el daño cometido por sus trabajadores durante el cumplimiento de sus deberes de trabajo. Los daños causados por acuerdos legales, serán indemnizados solamente en los casos determinados por la ley”.

La teoría subjetiva o clásica de la responsabilidad fue criticada desde fines del siglo pasado, especialmente debido a la dificultad y a veces imposibilidad de probar la culpa del autor de daño. Estas críticas, se debieron especialmente a la dificultad de probar dicha culpa con relación a los accidentes de trabajo y antes de que existiera una legislación especial sobre esta materia.

A esta crítica se puede agregar hoy, y en relación la materia de estudio, que determinadas actividades llevan involucrado en su ejercicio, un porcentaje de riesgo.

Este riesgo no tiene relación la conducta humana, sino que los daños se producen en el tiempo, en una proporción casi constante con el desarrollo de la actividad. Las críticas que se han señalado, dieron nacimiento a la teoría de la responsabilidad objetiva o teoría del riesgo. En ella la responsabilidad no se basa en la culpa del autor del daño, se basa exclusivamente en que el daño se haya producido.

No es la conducta, es decir, la culpa, la fuente de la responsabilidad, sino el hecho de haberse creado un riesgo que ha determinado que un daño se produzca.



En la responsabilidad subjetiva, era necesario establecer dos elementos: la causalidad y la imputabilidad; en la responsabilidad objetiva, basta con establecer el nexo causal. La presunción de responsabilidad o responsabilidad cuasiobjetiva o semiobjetiva, como la denominan algunos tratadistas, en la cual por regla general se presume la culpa y el nexo causal pero existe la posibilidad de librarse de ella, acreditando la existencia de una circunstancia que rompa el nexo causal como lo son la fuerza mayor y el caso fortuito o la culpa exclusiva de la víctima.





CAPÍTULO IV

4. La cuantificación de los daños morales del sujeto pasivo del delito en la sentencia penal

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 está habría de ser siempre insuficiente o arbitraria. Más aun, muchos consideraban a los bienes de la personalidad tan dignos, que rechazaban la sola idea de traducirlos a términos materiales. Sin embargo, en el presente parece universal e indiscutiblemente aceptada la indemnización 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 positivo.

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 un interés de carácter netamente patrimonial o material; ambos daños quedan, en teoría, perfectamente delimitados, aunque puedan ser objetos de una valoración unitaria.

“En definitiva, la indemnización del daño moral no hace desaparecer el daño causado, pero, al igual que la antigua satisfacción, contribuyente a esta finalidad en una doble 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 graves”.²⁸

El daño es una consecuencia de una conducta y, como tal, la ocurrencia de esa consecuencia, el acaecimiento de esa consecuencia, debe tener las notas de certeza. Cuando se dice certeza, es para diferenciarlo de lo eventual, de lo que puede o no ocurrir, de lo meramente hipotético.

El grado de certeza que campea en la pérdida radica en la oportunidad pérdida de obtener un beneficio, porque no se puede hablar de cuantificación del daño sin tener presente el factor probatorio, la existencia del daño, y su carácter de certeza deben ser acreditados por la víctima. Con lo cual, cuando se habla de cuantificación de daños, siempre se está hablando de los daños que simplemente fueron probados en determinado caso. Por tanto, no basta con los daños acaecidos sino con aquellos efectivamente demostrados en sede judicial.

“Esas son las famosas consecuencias inmediatas, mediatas, previsibles o previstas y casuales, considerando resarcibles a cada categoría de conformidad al rol que juega otro protagonista: el calibre del factor de atribución, en efecto, la culpa y el dolo, importando en el segundo caso una extensión de las consecuencias reparables. El Código Civil –vale recordarlo- proporciona otra posibilidad. Permite en ocasiones fijarlo convencionalmente, por ejemplo, mediante la cláusula penal, en donde se efectúa una

²⁸ Lambert- Faivre, Yvonne. **La evolución de la responsabilidad civil; de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización.** Pág. 92.



tasación anticipada de ese daño. Cuando se fija la seña ocurre otro tanto, estamos anticipando una valuación a ese arrepentimiento que queremos tratar de prever. Se impone otra aclaración: la cuantificación de daños impone un ejercicio de la equidad en sumo grado como modo de reconocer judicialmente sufrimientos concretos, por tanto de nada sirve un discurso teórico progresista de la responsabilidad que, verbigracia, es pródigo con posturas de índole sustantivas (reconocimiento de nuevos daños, recurso a presunciones que mejoren la situación de tutela sustantiva, etc.) si no se compadece con la valoración real de las circunstancias sufridas. No extraña apreciar sentencias que retroceden en sus reivindicaciones tan pronto como muestran su cuadro de cuantificación a cada uno de los rubros concretos que concede.

La cuantificación que estamos hablando, y a la que nos vamos a referir hoy, es la cuantificación judicial del daño. Aquella que tiene su correlato en el Código Procesal que le imponen a los jueces el deber de valorar, cuantificar y estimar el valor de los daños cuando éstos aparecen acreditados en la causa”.²⁹

Un ejemplo de lo expuesto es el caso de una persona que fue asesinada, en donde en el ámbito del daño patrimonial se está hablando de las consecuencias patrimoniales disvaliosas, en donde como norma principal en la materia es menester confrontar los beneficios económicos que la persona fallecida en vida producía y las situaciones de necesidad que sus deudos presentan. Es decir, qué requerían de él. Esa confrontación va a dar la pauta del daño patrimonial en el caso de muerte. Aquí, se presenta la

²⁹ *Ibid.* Pág. 92



oportunidad de un esfuerzo argumental al momento de redactar la demanda, consistente en exhibir qué significa la situación dañosa que se tiene por delante.

En este caso, se antoja ser descriptivos en tanto que pueda apreciarse no solamente desde el discurso leído qué significa la demanda sino apreciarse al momento de la precisión de los instrumentos probatorios, para determinar y acertar con la acreditación de ciertas circunstancias.

“Esto implica que el desmenuzamiento de las circunstancias fácticas del individuo durante su vía y de sus familiares da la pauta sobre qué situaciones tiene que recaer la prueba, lo cual debe orientarse hacia la base de cálculo para estimar el daño patrimonial por la muerte de la persona a partir de sus ingresos, tomando en cuenta los ingresos regulares que tenía y proyectarlos en el tiempo hasta lo que sería su vida útil. Es de tomar en cuenta que al menos se debe descontar lo que sería para su uso personal y fundamentalmente después balancear en el sentido de proyecciones de futuro. Balancear en el sentido de proyecciones de futuro de sus deudos. Por ejemplo, los aportes de la esposa.

Aun cuando al efecto de esta exposición, tenga la tendencia de ir hacia el esquema aritmético, creo que se lo debe evitar como forma de determinación de la cuantificación del daño. Los sistemas aritméticos tienden a no discriminar y esta no discriminación seguramente puede llevar a situaciones de falta de equidad. Estamos hablando de una proyección futura de un individuo que mantiene sus fuentes de ingresos a lo largo de la



vida y eso puede que no ocurra. De hecho, por caso, los guarismos de desocupación nos hablan a la claras de la inestabilidad del mercado laboral. Sin embargo, no queda otra que compensar estas situaciones y, cuando digo balancear, me estoy refiriendo a la sintonía fina de la equidad. En el caso de la madre que trabaja fuera del hogar, vamos a computarle sus ingresos como decíamos recién. Pero la madre que no trabaja fuera del hogar, la ama de casa, también da un servicio valorable. No solamente recurrir al expediente da calcular las horas de trabajo que se ahorra de una empleada en los quehaceres domésticos. No solamente eso sino que generalmente la mujer que se queda en el hogar también permite que el hombre tenga un vida económica más activa. Si nuestras mujeres no estuviesen en el hogar, cuántas cosas nosotros tendríamos que resignar de nuestro tiempo laboral para ir en auxilio de los quehaceres de la casa o de nuestros hijos. Estamos hablando de muertes y resulta antipático hablar de estas disquisiciones y diferenciaciones".³⁰

En todo caso, se trata de que en el caso del daño moral, el énfasis debe plantearse en la cuestión argumentativa y probatoria para determinar ideas acerca de las pautas para la determinación de su valor indemnizatoria, para lo cual, al recurrir a la dogmática se dice, ante todo, que se reivindica la naturaleza resarcitoria del rubro y luego que no debe necesariamente guardar relación el daño moral con el daño patrimonial. Ante lo cual, a la hora de argumentar la petición o de fundar una decisión respecto del daño moral, es lícito abandonar ciertos dogmáticos que en ocasiones, más que a consagrar

³⁰ *Ibid.* Pág. 95.



ciertos conceptos, están dirigidos a hacer abandonar ciertas prácticas de aplicación arbitraria de guarismos sin sentido.

“Reivindicar el carácter resarcitorio impone, en cambio, otro puesto de mira, ya que se prioriza a la intensidad del sufrimiento de la víctima. Esta cuestión ya no merece discusión: el daño moral debe ser resarcitorio. Esto es el operador del derecho frente al daño moral debe situarse mentalmente dispuesto a calibrar el padecimiento moral, la afectación sentimental relevante y asumir que con la suma dineraria va a intentar mitigar aquel sufrimiento. He aquí un razonamiento forzado, un salto lógico, ¿puede el dinero lograr el objetivo mencionado? El dinero no es una elección, es recurrir al único medio posible de satisfacción por equivalente, al menos en este mundo, y eso demuestra una seria limitación. Sin perjuicio de todo ello, creo que la reparación del daño moral no es sólo resarcitoria, también aparece un componente compensatorio: frente a un dolor, intento compensar con una alegría y un componente sancionador, en tanto me permite condimentar la suma resarcitoria con mirada –en dosis, en cierto- de la conducta del dañador”.³¹

En todo caso, de lo que se trata es de garantizar que todo daño debe indemnizarse, sea el mismo material o patrimonial, bien moral o extrapatrimonial. El centro de la discusión se centra en la viabilidad de cuantificar este último, no la validez de la responsabilidad civil por los efectos dañosos.

³¹ Ibid. Pág.95.



4.1 La imposibilidad de cuantificar los daños morales del sujeto pasivo del delito en la sentencia penal

Los llamados daños morales son los infringidos 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 derecho de la personalidad o extrapatrimoniales.

El tema de la cuantificación del daño, es por demás complicado de sistematizar. Imagínense ustedes por un segundo si se tiene que poner en el papel de un legislador e intentar organizar un sistema en el cual se pudieran dar pautas acerca de cuánto valuar el daño. Sería muy complicado ponerse de acuerdo acerca de cuál sería el sistema adecuado para determinar el juego armónico de dos valores, el de justicia por un lado y el de seguridad por otro, que son justamente los valores que están aquí involucrados.

Si se revisa el panorama que presenta la doctrina ha sistematizado al respecto, se encontrará que el sistema de cuantificación del daño, en verdad, nace desde una conceptualización y clasificación del daño y prosigue con una ajustada precisión en lo que hace a las consecuencias indemnizables. Es decir, se alude al problema de la relación de causalidad en lo que es la función de adecuación de las consecuencias.

“Algunas legislaciones siguen una vía intermedia entre la negación y el pleno reconocimiento de los daños morales. Así, el Código civil alemán 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. 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 positivo. 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 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”³²

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 materia; ambos daños quedan, en teoría, perfectamente delimitados, aunque puedan ser objetos de una valoración unitaria.

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

³² Angel Yagúez, Ricardo. **La responsabilidad civil**. Pág. 21.



más común. Esta última afirmación no es trasladable a los daños no patrimoniales, surgiendo con ello, complejos problemas de orden jurídico en cuanto a su resarcibilidad.

“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 reducen a aquellos en que el hecho productor del daño tiene naturaleza delictual, artículo 185.2º 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 el reconocimiento, en base a lo 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, Hernández Gil, 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 del derecho comparado que representa el derecho anglosajón”.³³

³³ *Ibid.* Pág. 21.



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, se pueden 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.

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.

“La reparación del daño moral constituye un enriquecimiento sin causa, porque la reparación del daño moral sufrido por un sujeto constituye para él mismo un enriquecimiento sin causas, 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 de derecho penal. 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”.³⁴

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 monetizable el dolor, sino, más simplemente, asegurar al dañado una utilidad sustitutiva que lo compense, en la medida de lo posible, de los sufrimientos morales y psíquicos padecidos.

³⁴ *Ibid.* Pág. 25



De ahí que 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 satisfacción, contribuye a esta finalidad en una doble dirección, la cual 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 derivado del fallecimiento o de daños corporales graves, en donde 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 lesiones corporales graves, es decir, aquéllas que conllevan un determinado grado de invalidez permanente, a 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.

3. 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.

Esta objeción se funda en un sentido demasiado restringido del concepto reparar, porque como se ha puesto de relieve, hace más de medio siglo, los partidarios de la teoría negativa del resarcimiento de los daños morales han afirmado que reparar significa 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.



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 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. Esto es, consentir al dañado la adquisición de sensaciones placenteras tendientes a eliminar o atenuar aquellas sensaciones dolorosas que el ilícito le ha causado y en las que se sustancia el daño no patrimonial. En tal sentido, 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 agradable, 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. Tal tesis defendida por la doctrina y la jurisprudencia española, no



es sostenida de igual modo en el ordenamiento jurídico italiano. Bonilini, 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 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”.³⁵

Es por esta razón 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, la doctrina y la legislación de daños, se ha pronunciado a favor del establecimiento de un sistema de límites o techos en materia de indemnización de este tipo de daños.

³⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aída- Parellada. **Factores objetivo de atribución**. Pág. 187.



“Los daños y perjuicios causado a las personas, comprensivo del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daño morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en la Ley. Es de aclarar los distintos pensamientos doctrinarios que se han venido manejando sobre la concepción del daño moral, esto es, desde el pretium doloris de los romanos hasta nuestros días donde la aceptación de la reparación del daño moral se está volcando, como hemos podido, ver al estudio del daño moral como lesión de los derechos fundamentales de la persona, pero con una evolución doctrinal y jurisprudencial muy importante, como es manejar el problema con criterios de objetivación que garantice un tratamiento de igualdad a la víctima cuando se le lesione su esfera íntima o bien su esfera social. 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 persona, los aceptan en el concreto ámbito de los daños no patrimoniales”³⁶

En los supuestos de daños no patrimoniales, el establecimiento de criterio 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.

³⁶ **Ibid.** Pág. 187.



Con este procedimiento, se puede afirmar que aunque se remira 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 de la víctima.

En el caso de muerte de la persona ofendida, la liquidación estará relacionada 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.

Es importante tomar en cuenta, 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 extra contractual, 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 a descubrir nuevos tipos de daños justificativos de indemnizaciones especiales, así el llamado perjuicio social.

“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 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 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 tiene 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 ha 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 aceptan sólo como pena privada o sanción al ofensor".³⁷

Estos elementos permiten comprender que la reparación pecuniaria del daño no patrimonial es resarcitoria y no punitoria, en donde el daño moral constituye una lesión o menoscabo a intereses jurídicos, a facultades de actuar en la esfera del actuar propia del afectado.

Es claro desde esta exposición que la apreciación pecuniaria no se hace con fines de compensación propiamente dicha, es decir, para reemplazar mediante equivalente en

³⁷ Ibid. Pág. 189.



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.

Aunque se puede replicar que la reparación punitiva constituye una inmoralidad, porque se busca 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 Llambías que no es posible degradar los sentimientos humanos más excelsos mediante una suerte de subrogación real, por lo 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 observara 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 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 inmensurable 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 sólo hace referencia al menoscabo sufrido por el lesionado, sino principalmente a la actuación del dañador, es decir, al mayor o menor carácter ofensivo o reprochable de su proceder. 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. Resarcimiento del daño moral recoge, implícitamente, la reparación de perjuicios patrimoniales”³⁸

Ante las apreciaciones expuestas por el autor citado, se ha dicho que hay ilícitos que no producen daño patrimonial alguno, es decir que sólo afectan la esfera extrapatrimonial de la víctima, tal como 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, mientras que en otros casos el daño patrimonial puede ser cuantioso y no existir, o penas 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 equivalencias, propio del resarcimiento de los daños patrimoniales.

Aunque es verdad que poner la atención en la gravedad del ilícito puede, según las circunstancias, servir al juez para determinar el monto indemnizatorio, lo que es también que atendiendo a esta gravedad, el ilícito será computable si existe un factor subjetivo de responsabilidad implicado tal como la culpa, la negligencia, la 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.

³⁸ Alterini Atilio A. **Responsabilidad civil. Límites a la reparación.** Pág. 15



Resulta razonable concluir que, en esta materia, no es posible sentar un criterio previo, porque la reparación del daño moral puede revestir y reviste comúnmente, el doble carácter del resarcitorio para la víctima y de sanción para la gente del ilícito que se atribuye, en donde la reparación cumple, entonces, una función de justicia correctiva, que conjuga o sintetiza a la vez la naturaleza resarcitoria de la indemnización del daño moral para la víctima y la naturaleza sancionatoria de la reparación para la gente del daño.

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, porque el verdadero daño moral es aquel que no implica repercusión económica, de ahí que no se habla de reparación, sino, de indemnización compensatoria por vía de sustitución.

Estas formas de reparación permiten que el perjudicado o la víctima mantengan intacto su patrimonio de forma equivalente a como estaba antes de la producción del daño. La reparación en forma específica consiste en eliminar la causa que provoco el daño y en reponer al perjudicado en la situación anterior al perjuicio. Esta es la finalidad primaria de la obligación de resarcir y se incluye en el propio significado de la palabra resarcimiento.

En consecuencia, se puede decir, que la restitución es una forma de reparación, aunque no será la única forma de restaurar la situación, puesto que depende del tipo de daños:



así por ejemplo, cuando ha existido un hecho dañoso contra cosas materiales, que ha producido su menoscabo o bien ha existido un delito de robo o de hurto, en estos casos la restitución aparece como la primera y más elemental forma de reparar el perjuicio causado.

Ahora bien, cuando se habla que se ha producido un daño o se ha lesionado un bien inmaterial de los llamados derechos de la personalidad, por ejemplo un daño en el honor de una persona, en este caso, se habla también de restitución, pero en sentido distinto, porque lo que se pretende es que, a través de la reparación que se lleva a cabo, se reponga la situación al momento anterior a la lesión del honor.

Así, cuando se trata de la reparación del derecho al honor, a la intimidad, etc., se prevé que el demandante tiene derecho a la sentencia en la que se reconoce su derecho al honor o la intimidad, etc., sea publicada y que se publique asimismo la rectificación.

En el resarcimiento pecuniario o por equivalente si no es posible la reparación del perjuicio causado, el perjudicado o la víctima tienen derecho a obtener el equivalente pecuniario, calculado de acuerdo a los parámetros aludidos al tratar la valorización del daño. Esta es la reparación propiamente dicha y es posible utilizarla siempre para reparar cualquier tipo de intereses lesionados.





CONCLUSIONES

1. En Guatemala, todavía no se ha establecido una tendencia para fortalecer el conocimiento de los daños morales como un medio para apoyar a la ciudadanía en la protección de sus derechos patrimoniales y extrapatrimoniales, lo cual va en detrimento de la seguridad jurídica que el Estado debe brindarle a los guatemaltecos.
2. La legislación guatemalteca, no establece un criterio técnico para establecer el monto específico que debe cubrir el resarcimiento patrimonial, por lo que si las partes no se ponen de acuerdo sobre la manera de cumplir con la responsabilidad civil, le corresponde al juez competente en un proceso por daños, establecer de acuerdo a su criterio el valor monetario de la reparación.
3. En el caso de los daños morales o extrapatrimoniales, resulta evidente que los mismos son cuantificados de manera muy subjetiva, con lo cual cada juzgador puede tener criterio diferente para valorar pecuniariamente el monto que el responsable civil, aunque no lo sea penal, debe pagar para compensar monetariamente un perjuicio que se ubica en la esfera moral.



4. A pesar que en la actualidad, se han incrementado las causas que pueden ocasionar daños patrimoniales y especialmente morales, los legisladores guatemaltecos no han actualizado la legislación civil relacionada con este tema, lo cual pone en desventaja a la víctima, puesto que si la forma del daño no se encuentra establecida en la ley no la puede reclamar.

5. La limitación legal que presenta la falta de criterios técnicos y jurídicos para cuantificar los daños morales, se expresan cuando se producen daños ambientales, pues se resarcen los aspectos patrimoniales, pero debido a la ausencia de una normativa legal explícita, para resarcir el daño moral, queda únicamente la opción monetaria aunque la misma no sea la más adecuada.



RECOMENDACIONES

1. Para superar las limitaciones teóricas sobre el derecho de daños existente en Guatemala, El Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala debe promover diplomados para fomentar que los abogados interesados en este tema logren especializarse en el mismo, para que el país pueda tener expertos que litiguen en este campo cuando la ciudadanía requiere sus servicios; y con ello que la indemnización deba ser cuantiosa y satisfactoria para el afectado.
2. Es necesario que la Junta Directiva del Congreso de la República, promueva que la Comisión de Puntos Legislativos realice encuentros con expertos civilistas para que los mismos contribuyan a elaborar una propuesta de ley donde se establezcan los criterios técnicos para establecer el monto específico que debe cubrir el resarcimiento patrimonial, porque con ello se estarán instaurando las bases jurídicas que tutelan el daño moral.
3. Que la Junta Directiva del Congreso de la República y del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, convoquen a la discusión con académicos y expertos internacionales para instaurar los mecanismos legales idóneos que permitan establecer la manera de indemnizar los daños morales o extrapatrimoniales, para que los mismos se cuantifique objetivamente; y con ello se estará indicando el proceso jurídico idóneo, protegiendo el orden y derecho constitucional.



4. Los diputados al Congreso de la República, deben promover una discusión con expertos nacionales e internacionales sobre las nuevas formas que se presentan los daños patrimoniales y morales, para que se desarrolle la actualización de la legislación civil relacionada con la indemnización de los daños; porque la víctima de los daños morales tiene derecho a ser resarcida

5. Es necesario que el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, establezca una comisión técnica que le permita definir los parámetros técnicos y legales orientados hacia la cuantificación de los daños morales ante daños ambientales, para que se pueda volver la situación a su estado anterior o bien la compensación monetaria sea lo adecuada en relación con los estragos ocasionados, porque con ello se dará a conocer los beneficios que se logren para la población en general.



BIBLIOGRAFÍA

- AGUDELO, Nodier. **Inimputabilidad y responsabilidad penal**. México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 2001.
- ALTERINI, Atilia A. **Responsabilidad civil. Límites a la reparación**. Argentina: Ed. Jurídica, 1997.
- ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo. **La responsabilidad civil**. España: Ed. Tirant Lo Blanc, 1998.
- FLÓREZ HERNÁNDEZ, José Gregorio. **El daño y la responsabilidad en el derecho norteamericano**. México: Ed. Siglo XXI, 2006.
- HNAO, Juan Carlos. **El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en el derecho colombiano y francés**. Colombia: Ed. Universidad Javeriana, 2004.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida-Parellada. **Factores objetivos de atribución**. Argentina: Ed. Uthea, 2001.
- LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. **La evolución de la responsabilidad civil; de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización**. México: Ed. McGraw-Hill, 2006.
- LÓPEZ HERRERA, Edgardo. **Introducción a la responsabilidad civil**. Colombia: Ed. Temis, 1996.
- MARTÍNEZ RINCONES, Juan Francisco. **Responsabilidad penal**. Bogotá: Ed. Nuevo Foro Penal, 1996.
- MARTÍNEZ SARRIÓN, Angel. **La evolución del derecho de daños**. Venezuela: Ed. Alfa, 1991.
- MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRRES, Graciela Nora. **La responsabilidad civil en la era tecnológica**. Madrid: Ed. Tirant Lo Blanc, 2006.
- MOSSET ITURRASPE, Jorje. **Introducción a la responsabilidad civil**. Buenos Aires: Ed. Abelardo Perrot, 1974.
- POLINSKY, Alfred. **Daños punitivos desde un análisis económico**. Argentina: Ed. Bosch, 1998.



SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime. **Causas de ausencia de responsabilidad penal**. Buenos Aires: Ed. Abelardo Perrot, 1999.

SOTO MAYOR, Juan. **Inimputabilidad y sistema penal**. Colombia: Ed. Temis, 1996.

TUN, André. **La responsabilidad civil**. México: Ed. Aguilar, 1997.

VINEY GENEVIEVE. **Los efectos de la responsabilidad civil**. Argentina: Ed. Jurídica, 2001.

Legislación:

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

Código Civil. Decreto Número 106 del Jefe de Estado. Guatemala, 1965.

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

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Número 107 del Jefe de Estado. Guatemala, 1965.